

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 02 sierpnia 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

**Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2017 roku i 02 sierpnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. P. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O., Al. (...)**,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S. J. M. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. P. Sp. z o.o., ul. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i dostawę sprzętu medycznego dla potrzeb Pracowni Elektrofizjologii”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2017/S 073-140436.

Odwołujący M. P. sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 9, w tym przyznania punktacji ofercie S. J. M. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: SJM) w zakresie zadania nr 9, zaniechania wykluczenia SJM w zakresie zadania nr 9, wyboru oferty SJM jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 9, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i dostawę sprzętu medycznego dla potrzeb Pracowni Elektrofizjologii”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 91 ust. 1 PZP przez dokonanie oceny oferty złożonej przez SJM w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, polegające na przyznaniu ofercie SJM w zadaniu nr 9 zawyżonej punktacji w zakresie wskazanych w poz. 6 warunków technicznych podlegających ocenie (przyznano maksymalną liczbę punktów - 50), podczas gdy kardiowertery-defibrylatory oferowane przez SJM (Unify/Unify Quadra) wyposażone są w system (algorytm) SenseAbility, zaś wskazane przez SJM w treści oferty parametry Decay Delay i Treshold Start są wyłącznie funkcjami algorytmu SenseAbility, a w konsekwencji Decay Delay i Treshold Start nie stanowią odrębnych od algorytmu SenseAbility systemów i tym samym oferta SJM w poz. 6 nie spełnia najwyższego punkowanego wymagania „możliwości programowania i osobnego algorytmu”, co powinno skutkować przyznaniem ofercie SJM 20 pkt za kryterium wskazane w poz. 6; art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP polegające na zaniechaniu wykluczenia SJM pomimo przedstawienia przez SJM Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd, które miały istotny wpływ na podjętą przez Zamawiającego decyzję o przyznaniu ofercie SJM maksymalnej punktacji w zakresie poz. 6, a w konsekwencji na decyzję o wyborze oferty SJM jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 9, przejawiające się w złożeniu przez SJM w ofercie oświadczenia, które sugerowało wyposażenie oferowanych kardiowerterów-defibrylatorów w najwyższą punkowaną „możliwość programowania i osobny algorytm”, podczas gdy kardiowertery-defibrylatory oferowane przez SJM (Unify/Unify Quadra) wyposażone są w system (algorytm) SenseAbility, zaś wskazane przez SJM w treści oferty parametry Decay Delay i Treshold Start są wyłącznie funkcjami algorytmu SenseAbility, a w

konsekwencji Decay Delay i Treshold Start nie stanowią odrębnych od algorytmu SenseAbility systemów, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 PZP polegające na uwzględnieniu oferty SJM w procesie oceny ofert i wyborze jej jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać uznana za odrzuconą wobec złożenia jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia; art. 92 ust. 1 pkt 1) PZP polegające na zaniechaniu podania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 27 czerwca 2017 r.) punktacji przyznanej złożonym w zadaniu nr 9 ofertom Odwołującego i SJM - w każdym pozacenowym kryterium oceny ofert, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest poinformowanie wykonawców o ocenie w każdym z takich kryteriów w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji; art. 92 ust. 1 PZP polegające na zaniechaniu podania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 27 czerwca 2017 r.) uzasadnienia faktycznego dla przyznania ofercie SJM maksymalnej liczby punktów w zakresie warunku technicznego wskazanego w poz. 6 zadania nr 9, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest podanie wykonawcom uzasadnienia przyznanej punktacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym przedstawienia przebiegu i podstaw faktycznych procesu decyzyjnego co do oceny poszczególnych elementów oferty; art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z pozbawionym uzasadnieniem zawyżeniem punktacji przyznanej ofercie SJM w zadaniu nr 9 w zakresie poz. 6, jak również w związku z zaniechaniem wykluczenia SJM z postępowania z powodu przedstawienia przez SJM informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 9, o nakazanie Zamawiającemu wykonania następujących czynności: ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu w ramach zadania nr 9; wykluczenie SJM z postępowania w zakresie zadania nr 9 i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą, względnie przyznanie ofercie SJM prawidłowej punktacji w zakresie zadania nr 9 w odniesieniu do warunku technicznego wskazanego w poz. 6, tj. liczby 20 punktów; ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 9, w przypadku ustalenia, że Zamawiający zawarł umowę z SJM w zakresie dotyczącym zadania nr 9 z naruszeniem przepisu art. 94 PZP, z ostrożności procesowej wniósł o unieważnienie umowy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 12 czerwca 2017 r. poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach dokonanych przez siebie czynności. W treści zawiadomienia znalazły się informacje o wykonawcach wykluczonych z postępowania, o ofertach odrzuconych, o tym, w których zadaniach oferta poszczególnego

wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, a także uzasadnienie, które zawierało podanie szczegółowej i końcowej punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach każdego zadania.

W informacji tej, w odniesieniu do zadania nr 9 Zamawiający podał, że najkorzystniejszą ofertę złożył zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca S. J. M. sp. z o.o.

27 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że w piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r. doszło do popełnienia omyłki pisarskiej, w wyniku której Zamawiający wskazał dwóch wykonawców, których oferty w odniesieniu do zadania nr 9 zostały uznane za najkorzystniejsze. Zamawiający dokonał zatem poprawienia tej omyłki i poinformował Odwołującego i Wykonawcę S. J. M. sp. z o.o. o wybraniu oferty Wykonawcy S. J. M. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. [Wartość niniejszego postępowania – stosownie do informacji przekazanej przez Zamawiającego - przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Odwołujący już w dniu 12 czerwca 2017 roku otrzymał informację o wynikach całego postępowania. Nadto już w dniu 12 czerwca 2017 roku otrzymał informację o przyznanej punktacji każdemu z wykonawców. O ile zatem treść zawiadomienia o wynikach postępowania zawierała informację, że zarówno oferta Odwołującego, jak i Wykonawcy Przystępującego jest najkorzystniejsza, to jednocześnie z treści zawiadomienia jednoznacznie wynikała informacja o przyznanej punktacji. Ta część zawiadomienia nie zmieniła się. Co więcej, z tej części zawiadomienia Odwołujący mógł powziąć wiadomość o tym, że uzyskał mniej punktów niż Wykonawca Przystępujący, zatem jego oferta nie jest najkorzystniejsza.

Podkreślić należy, że dwie oferty nie mogą zostać wybrane jako najkorzystniejsze w postępowaniu (w jednym czasie). Tymczasem z otrzymanego przez Odwołującego w dniu 12 czerwca 2017 r. zawiadomienia wynikało, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejsze dwie oferty (ofertę Odwołującego i Wykonawcy Przystępującego) oraz że oferta Odwołującego otrzymała mniej punktów od oferty Wykonawcy Przystępującego.

Z treści zawiadomienia wynikała także informacja o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych. Z treści zawiadomienia nie wynika, żeby Wykonawca Przystępujący został wykluczony z postępowania. Tym samym podnoszone przez Odwołującego na obecnym etapie żądanie dotyczące konieczności wykluczenia z postępowania Wykonawcy Przystępującego jest spóźnione.

Ponadto Odwołujący stawia zarzuty w zakresie przyznanej Przystępującemu punktacji – ta

natomiast nie podlegała zmianie Zamawiającego. Treść zawiadomienia w tym zakresie była jednoznaczna.

Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł zauważyć błąd Zamawiającego. Należyta staranność w tym zakresie polegała na zwykłym przeczytaniu informacji do końca (choćby tylko w zakresie zadania nr 9), a więc na standardowym działaniu każdego, kto otrzymuje pismo.

Nadto Odwołujący w treści odwołania podniósł zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na zaniechaniu podania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 27 czerwca 2017 r.) punktacji przyznanej złożonym w zadaniu nr 9 ofertom Odwołującego i Wykonawcy S. J. M. sp. z o.o. - w każdym pozacenowym kryterium oceny ofert, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest poinformowanie wykonawców o ocenie w każdym z takich kryteriów w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji; art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na zaniechaniu podania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 27 czerwca 2017 r.) uzasadnienia faktycznego dla przyznania ofercie Wykonawcy S. J. M. sp. z o.o. maksymalnej liczby punktów w zakresie warunku technicznego wskazanego w poz. 6 zadania nr 9, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest podanie wykonawcom uzasadnienia przyznanej punktacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym przedstawienia przebiegu i podstaw faktycznych procesu decyzyjnego co do oceny poszczególnych elementów oferty. Są to zatem zarzuty dotyczące treści informacji, która w tym zakresie w ogóle nie podlegała zmianie. Zarzuty w tym zakresie dotyczą bowiem braku (w ocenie Odwołującego) właściwego sposobu przedstawienia uzasadnienia przyznania punktacji poszczególnym wykonawcom. Podnoszenie tych zarzutów w dniu 7 lipca 2017 roku jest spóźnione. Informacje w tym zakresie dostępne były już 12 czerwca 2017 roku i od tej daty należy liczyć termin na wniesienie odwołania.

Oznacza to, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie artykułu 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący twierdził, że wnosząc odwołanie w terminie 10 dni od dnia pierwszej decyzji Zamawiającego o wynikach postępowania z dnia 12 czerwca 2017 roku, Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania.

Powyższe twierdzenie Odwołującego jest bezpodstawne. Odwołujący miał interes w zaskarzeniu co najmniej czynności polegającej przyznaniu przez Zamawiającego punktów w zakresie oceny ofert złożonych na zadanie nr 9 oraz, co istotne, uznaniu za najkorzystniejszej ofert dwóch wykonawców, co w świetle przepisów ustawy jest niedopuszczalne.

Izba ustaliła, że 23 czerwca 2017 roku Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę na

realizację zadań nr. 6, 8, 11, 15. Co istotne, w ramach jednej umowy objęto realizację wszystkich zadań, w jakich oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Z treści zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 12 czerwca 2017 roku wynikało, że oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w zadaniach nr 6, 8, 9, 11, 15. Zatem już w dniu 23 czerwca 2017 roku (dzień podpisania umowy z Zamawiającym) Odwołujący posiadał wiedzę, że w ramach jednego z zadań – zadania 9 - nie została z nim zawarta umowa.

Z treści art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że: odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W ocenie Izby, już 23 czerwca 2017 roku Odwołujący miał wiedzę, że nie zawarto z nim umowy na zadanie 9, a zawarto na wszystkie pozostałe zadania, w odniesieniu do których oferta Odwołującego uznana została za najkorzystniejszą. W dodatku, jedną umową zawartą z Zamawiającym objęte zostały wszystkie zadania, w których oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Oznacza to, że już 23 czerwca 2017 roku Odwołujący mógł mieć wiedzę, że w zakresie zadania nr 9, jego oferta nie była najkorzystniejsza.

Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący w treści odwołania wniósł o unieważnienie umowy w przypadku ustalenia, że Zamawiający zawarł umowę z Wykonawcą S. J. M. sp. z o.o. w zakresie dotyczącym zadania nr 9 z naruszeniem przepisu art. 94 ustawy Prawo zamówień publicznych. Swoje żądanie Odwołujący uzasadnił ostrożnością procesową. Podkreślić należy, że tego rodzaju żądania co do zasady nie są podnoszone w odwołaniach. Powyższe dowodzi, że Odwołującemu wcześniej znana była okoliczność, że Zamawiający zawarł już z wykonawcami umowy na realizację zadań, w których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, w tym także na zadanie nr 9.

Wniesione w dniu 7 lipca 2017 roku odwołanie jest zatem również w świetle przesłanki określonej w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp – spóźnione. Oznacza to, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba podkreśla, że całość okoliczności w niniejszym postępowaniu, a więc zarówno treść informacji z dnia 12 czerwca 2017 roku o wynikach postępowania, jak i treść umowy (zakres zadań, na które umowa została zawarta) dawały pełny obraz, że Odwołujący już w dniu 12 czerwca 2017 roku wiedział, że w zakresie zadania 9 jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą oraz że Wykonawca S. J. M. sp. z o.o. nie został wykluczony z postępowania. Z kolei już w dniu 23 czerwca 2017 roku Odwołujący wiedział na pewno, że nie uzyskał zamówienia w zakresie zadania 9. Zatem najpóźniej 23 czerwca 2017 roku

Odwołujący mógł powziąć wiedzę o braku wyboru jego oferty w zakresie zadania 9. Podkreślić ponownie należy, że przepis art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie początku biegu terminu do wniesienia odwołania stanowi, że termin ten rozpoczyna bieg od chwili, gdy wykonawca „mógł powziąć wiadomość” o czynności Zamawiającego, a nie od chwili, gdy wykonawca o tej czynności faktycznie się dowiedział. Skoro zatem Odwołujący podpisał umowę (nie zawierającą zakresu zadania nr 9), to należy uznać, że już 23 czerwca 2017 roku mógł powziąć wiadomość, że w zakresie tego zadania jego oferta nie była najkorzystniejsza.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych – czyli stosownie do wyniku postępowania oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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) w związku z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów dla Zamawiającego. Zamawiający złożył oświadczenie, w którym uwzględnił odwołanie w całości, co oznacza, że koszty postępowania Izba zasądza stosownie do § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....