

Sygn. akt: KIO 1228/18  
KIO 1229/18

## WYROK

z dnia 5 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2018r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2018r. przez:

- A. **wykonawcę FUJIFILM Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178**
- B. **Wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny z siedzibą w Olsztynie, ul. Żołnierska 18**

przy udziale **wykonawcy Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1228/18 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy FUJIFILM Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1229/18 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1a. oddała odwołanie wykonawcy FUJIFILM Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176**

**1b. oddała odwołanie wykonawcy Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11,**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FUJIFILM Europe GmbH spółka z**

**ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 oraz wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11 i :**

- 2.2. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **FUJIFILM Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 i wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** tytułem wpisów od odwołań

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Sygn. akt KIO 1228/18**

### **KIO 1229/18**

#### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę aparatu RTG przewoźnego zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 marca 2018r. za numerem 526545-N-2018.

W dniu 15 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Medical Market spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Przeźmierowa i o odrzuceniu oferty Fujifilm Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie.

#### **Sygn. akt KIO 1228/18**

W dniu 20 czerwca 2018r. Fujifilm Europe GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie – dalej zwany odwołującym Fujifilm wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika reprezentującego przedsiębiorcę w Polsce ujawnionego w odpisie z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 czerwca 2018r.

Odwołujący Fujifilm wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów Pzp przez zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący ma wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców czym wyrządza odwołującemu szkodę. W wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert w tym szczególnie wybór najkorzystniejszej oferty Medical Market Sp. z o. o z Przeźmierowa, odwołujący może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący Fujifilm zarzucił zamawiającemu dokonanie w przedmiotowym postępowaniu niezgodnych z ustawą następujących czynności:

1. Wybór najkorzystniejszej oferty Medical Market Sp. z o. o z Przeźmierowa, pomimo, że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
2. Odrzucenia oferty odwołującego;
3. Zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego;
4. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
5. nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

Powyższymi czynnościami dokonany niezgodnie z ustawą, zdaniem odwołującego Fujifilm naruszono w szczególności następujące przepisy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której spełnia ona wszystkie wymogi SIWZ;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 - przez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie wymagań nie wyrażonych w SIWZ;
3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 - przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
4. Art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego pomimo tego, że oferta nie powinna być odrzucona;
5. Art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów wyboru ofert określonych w SIWZ;
6. art. 7 ust. 1 i 3 - przez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości, a także zagrożenia udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Medical Market Sp. z o. o. z siedzibą w Przeźmierowie;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
4. dokonania wyboru oferty Firmy Fujifilm Europę GmbH z siedzibą w Dusseldorfie działającą przez Fujifilm Europę GmbH (sp. z o.o.) Oddział w Polsce;

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na to, że „Zamawiający w formularzu parametrów wymaganych, oferowanych i ocenianych wymagał, by w przypadku, gdy masa zaoferowanego aparatu przekracza 320 kg, Wykonawca dołączył do oferty ekspertyzę techniczną, odnoszącą się do nośności i przebiccia stropu i posadzek oraz potwierdzającą, iż aparat można użytkować w budynku głównym siedziby zamawiającego bez szkody dla konstrukcji. W toku badania oferty Wykonawcy Zamawiający stwierdził uchybienia w załączonej do oferty ekspertyzie - Załączona przez Wykonawcę ekspertyza odnosi się jedynie do nośności stropu, pomijając nośność posadzek oraz przebiccie stropu i posadzek. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia ekspertyzy w powyższym zakresie 4 kwietnia 2018 r. (Dowód Nr 2) W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przysłał identyczną treść ekspertyzy - bez uwzględnienia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ oraz treści wezwania. Wobec braku poprawnego uzupełnienia dokumentu ( ekspertyzy ) oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu."

Odwołujący wskazał, iż zamawiający postawił w wezwaniu do wyjaśnień dodatkowe żądania

nie wynikające z SIWZ oraz nie uwzględnił wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia: „podstawy wykonania ekspertyzy załączonej do oferty. W części pierwszej ekspertyzy znajduje się informacja, iż ekspertyza została sporządzona na podstawie fragmentarycznej, archiwalnej dokumentacji projektowej budynku głównego szpitala - w szczególności archiwalnych rzutów kondygnacji i przekrojów. W punkcie piątym ( Wnioski) widnieje informacja, iż aktualny stan budynku zezwala na eksploatację aparatu dostarczonego przez Wykonawcę. Zamawiający powziął wątpliwość, na jakiej podstawie został określony aktualny stan budynku, jeżeli ekspertyza została wykonana na podstawie archiwalnej dokumentacji, a nie przeprowadzono wizji lokalnej w siedzibie zamawiającego". Zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca winien oprzeć ekspertyzę na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji (załącznik nr 7 do SIWZ). Tym samym żądanie zamawiającego wykracza poza zakres oferty określony w SIWZ.

Zamawiający nie wskazał z jakiego powodu nie uwzględnił wyjaśnień odwołującego. Zamawiający nie odniósł się do samej ekspertyzy, nie wskazał rzekomych zagrożeń z niej wynikających, które nie gwarantują spełnienia oczekiwań wskazanych w wymaganiach dopuszczających rozwiązania równoważne lub dopuszczające. Dodatkowo odwołujący stwierdził, iż przedstawione podstawy prawne i faktyczne odrzucenia oferty są lakoniczne i pobieżne. Odwołujący nie może stwierdzić z jakiego powodu zamawiający uznaje, iż przedstawiona ekspertyza jest niezgodna z SIWZ.

Zgodnie z pkt. 21 załącznika nr 6 do SIWZ, (dowód Nr 3) który zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: „Masa aparatu (z akumulatorami) ś 320 kg. Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie aparatu o wyższej masie, pod warunkiem załączenia do oferty ekspertyzy potwierdzającej możliwość użytkowania aparatu w siedzibie zamawiającego. Ekspertyzę należy wykonać w oparciu o dokumenty, stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ. Zamawiający wymaga ekspertyzy technicznej (wykonanej przez rzeczoznawcę budowlanego w zakresie konstrukcji budowlanych posiadającego uprawnienia do projektowania bez ograniczeń) odnośnie nośności i przebicia stropu i posadzek w budynku głównym od zaproponowanego urządzenia. Ekspertyza ma wykazać, że można takie urządzenie zastosować bez szkody dla konstrukcji budynku."

Odwołujący przesłał zamawiającemu żądane wyjaśnienia w dniu 16.04.2018r. (dowód nr 4). Należy podkreślić, że zgodnie ze wskazanym zapisem SIWZ, Wykonawca miał sporządzić ekspertyzę na podstawie przekazanych przez zamawiającego informacji - stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ. Załącznik ten to właśnie wskazana w ekspertyzie archiwalna dokumentacja projektowa Szpitala. Tym samym, odwołujący wypełnił zapisy SIWZ. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że oferowane urządzenie nie wymaga wykonywania jakichkolwiek przebić stropów i posadzek, tym samym nie mógł zawrzeć tej kwestii w ekspertyzie, skoro kwestia ta go nie dotyczyła.

Istotnym jest, iż zgodnie ze wskazanym zapisem SIWZ, ekspertyza miała wykazać, że ..można takie urządzenie zastosować bez szkody dla konstrukcji budynku". Załączona do oferty ekspertyza potwierdziła ten fakt.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Firmy Medical Market Sp. z o.o. w sposób istotny dopuścił się naruszenia przepisów dot. przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania a nade wszystko wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy, w tym szczególnie art. 91 ust. 1 gdy można dokonać wyboru oferty jedynie ocenionej jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Uwzględniając ofertę odwołującego, której odrzucenie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy, to właśnie oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą ocenę w zakresie kryteriów oceny ofert.

W dniu 20 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 25 czerwca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania odwołującego Fujifilm i uwzględnienie odwołania wniesionego przez Siemens pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. W ocenie przystępującego odwołanie Fujifilm jest niezasadne. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 czerwca 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem. Kopia zgłoszenia została doręczona odwołującemu i zamawiającemu w dniu 25 czerwca 2018r.

Zamawiający złożył w dniu 2 lipca 2018r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podniósł, że argumentacja odwołującego Fujifilm jest chybiona.

W dniu 4 kwietnia 2018r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia podstaw wykonania ekspertyzy i odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia. W tym samym dniu zamawiający wezwał odwołującego Fujifilm do uzupełnienia ekspertyzy o brakujące elementy odnoszące się do nośności posadzek oraz przebiega stropu i posadzek. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przesłał tą treść ekspertyzy, którą załączył do oferty pomijając elementy opisane w wezwaniu. Nieuzupełnienie ekspertyzy stało się powodem odrzucenia oferty z dnia 15 czerwca 2018r. Jako dowód prawidłowości postępowania zamawiającego w załączeniu znajduje się kopia korespondencji pomiędzy zamawiającym i autorem ekspertyzy, z której wynika, że autor przekazał odwołującemu inną wersję ekspertyzy niż Fujifilm przekazała zamawiającemu w ramach uzupełnienia dokumentów, co wystarczająco potwierdza zaniechanie odwołującego. Zamawiający precyzyjnie uzasadnił powody odrzucenia oferty odwołującego Fujifilm i nie wykroczył poza elementy nieopisane w siwz, a jedynie wyjaśniał elementy oferty odwołującego. Wyłącznym uprawnieniem

zamawiającego jest opis przedmiotu zamówienia, określenie katalogu dokumentów, jakie są wymagane przy składaniu ofert, określenie warunków udziału w postępowaniu. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której jeden z wykonawców świadomie i jednostronnie znosi z siebie ciężar załączenia do oferty dokumentów lub wybranych ich elementów. Jeśli istniało podejrzenie, że wymagania zamawiającego są zbyt rozbudowane odwołujący mógł złożyć wniosek o wyjaśnienie treści siwz.

### **Sygn. akt KIO 1229/18**

W dniu 20 czerwca 2018r. wykonawca Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – zwany dalej odwołującym Siemens wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 czerwca 2018r.

Odwołujący Siemens wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Medical Market sp. z o.o. ul. Kościelna 26, 62-081 Przeźmierowo (dalej jako: Medical Market),
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Medical Market, mimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw do odrzucenia oferty z Postępowania z uwagi na to, iż ważność oferty wygasła i wykonawca nie przedłużył jej ważności, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego jak też i oświadczeń składanych po otwarciu ofert ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący Siemens zarzucił;

1. naruszenie art. 7 ust 1 i ust 3 przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7a oraz art. 7 ust 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Medical Market,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Medical Market z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu,
3. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przepisów ustawy i przyjętych kryteriów oceny ofert, co spowoduje wybór oferty odwołującego jako

najkorzystniejszej.

Oferta odwołującego Siemens zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 15.06.2018r. została uplasowana na pozycji nr 2.

W sytuacji zatem odrzucenia oferty Medical Market jedyną pozostałą ważną ofertą będzie oferta odwołującego.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

W dniu 15 czerwca 2018r. odwołujący Siemens otrzymał informację o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania i wybraniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Medical Market. Oferta odwołującego zajęła II miejsce w rankingu złożonych ofert.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego i wskazał, iż zamawiający dokonując oceny ofert naruszył przepisy ustawy w zakresie równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami.

Oferta złożona przez wykonawcę Medical Market powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż upłynął termin ważności oferty wynikający z przepisu art. 85 ust 1 pkt 1 a wykonawca nie przedłużył ważności oferty zgodnie z art. 85 ust 2.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony przez zamawiającego, z uwzględnieniem przesunięć w trakcie procedury, na 23.03.2018r. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 30 dni, co również zostało zawarte w SIWZ :

IX. Termin związania oferta:

Oferenci pozostają związani ofertą przez okresie 30 dni od ostatecznego upływu terminu do składania ofert.

Uwzględniając powyższe termin związania ofertą upływał w dniu 21.04.2018r i tym samym, z uwagi na brak wyrażenia przez wykonawcę Medical Market woli przedłużenia ważności oferty i w konsekwencji pozyskania zamówienia, oferta ta wygasła i w związku z tym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a.

Odwołujący Siemens wykazując zainteresowanie pozyskaniem zamówienia skorzystał z uprawnień jakie daje art. 85 ust 2 i samodzielnie dwukrotnie, w dniu 20.04.2018r. oraz 22.05.2018r. przedłużał termin związania ofertą zabezpieczając tym samym ważność oferty na cały okres przedłużającej się procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, czego Medical Market nie uczynił. Z powyższego wynika, iż Medical Market przestał być zainteresowany przedmiotowym postępowaniem co potwierdził również nie odwołując się od pierwszej decyzji zamawiającego podjętej w dniu 21.05.2018, z której wynikało iż zamawiający z uwagi



na wygaśnięcie terminu ważności oferty nie uwzględnił jej przy streszczeniu i porównaniu ofert. Zamawiający nie powinien zatem jednakowo traktować wykonawców, których oferty są ważne i tych, których ważność ofert wygasła, gdyż narusza to podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, czyli zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust.1 ustawy.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. 109/13 Izba słusznie podniosła, że sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą (wobec których zamawiający zachowywałby wszelkie roszczenia wynikające ze związania ofertą) oraz wykonawców ofertą swoją niezwiązaną, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności, że ofertą są związani, i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie. W sytuacji, gdy termin związania ofertą upłynął, jego przywrócenie nie jest możliwe. Pogląd przeciwny prowadziłby do tego, że zamawiający byłby zdany na swobodną decyzję wykonawcy, czy zechce zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w ofercie, czy też nie. Wyrażenie zgody przez wykonawcę, który nie jest związany swoją ofertą, na zawarcie umowy z zamawiającym, nie jest udzieleniem zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, lecz negocjacjami z wykonawcą, co w sformalizowanym postępowaniu przetargowym jest niedopuszczalne.

Powyższe stanowisko prezentowane jest w wielu wyrokach sądów okręgowych jak i KIO : wyrok KIO 2097/17 z dnia 23 października 2017r., wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. KIO 2206/16, wyrok KIO z dnia 31 marca 2015r, KIO 520/15, Wyrok KIO z 18 lutego 2015r, KIO 217/15, wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13.

W dniu 20 czerwca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 22 czerwca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FUJIFILM EUROPE GmbH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania Siemens i uwzględnienie odwołania FUJIFILM pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez osobę KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 22 czerwca 2018r.

W dniu 2 lipca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podniósł, że jest świadomy, że linia orzecznicza w spornej materii nie jest jednoznaczna. Przytoczył wyroki KIO 111/16, KIO 151/17 i KIO 655/13 oraz Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014r. sygn. akt IX Ga 392/13 i podniósł, że stoi na stanowisku, iż wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za niedoprecyzowanie przepisów prawa czy rozbieżną linię orzeczniczą. Zamawiający podziela zdaniem TSUE

wyrażone w sprawie C-35/17, iż wobec braku jasnego i oczywistego sposobu postępowania zamawiający przystąpił do zbadania wszystkich ofert w postępowaniu przetargowym.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, ofert Medical Market, Fujifilm i Siemens, wezwania do uzupełnienia dokumentów kierowane do Fujifilm i Siemens, wezwanie do wyjaśnienia dokumentów kierowane do Fujifilm, oświadczenia o przedłużeniu terminów związania Siemens i Fujifilm, informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie Fujifilm, odpowiedź zamawiającego, postanowienie Izby, zbiorczego porównanie ofert przedstawione przez odwołującego Fujifilm, wezwania i odpowiedzi udzielane przez Medical Market, korespondencję e-mail od M. N. wraz z załącznikiem.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W treści siwz zamawiający określił następujące wymagania:

Rozdział VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia, oraz że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom

2. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom zamawiający żąda:

2.1. Folderu-katalogu, zawierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w Formularzu cenowym.

Rozdział IX. Termin związania ofertą:

Oferenci pozostają związani ofertą przez okresie 30 dni od ostatecznego upływu terminu do składania ofert.

Zamawiający nie wymagał składania do oferty oświadczeń o terminie związania ofertą. Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium.

Z załącznika nr 6 opisującego parametry wymagane oferowanych urządzeń wynika, że w pkt 21. Zamawiający określił masę aparatu (z akumulatorami)  $\leq 320$  kg.

Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie aparatu o wyższej masie, pod warunkiem załączenia do oferty ekspertyzy potwierdzającej możliwość użytkowania aparatu w siedzibie Zamawiającego. Ekspertyzę należało wykonać w oparciu o dokumenty, stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ.

Zamawiający wymaga ekspertyzy technicznej (wykonanej przez rzeczoznawcę budowlanego w zakresie konstrukcji budowlanych posiadającego uprawnienia do projektowania bez ograniczeń) odnośnie nośności i przebicia stropu i posadzek w budynku głównym od zaproponowanego urządzenia. Ekspertyza ma wykazać, że można takie urządzenie zastosować bez szkody dla konstrukcji budynku.

Załącznik nr 7 zawierał dokumenty na podstawie których należało sporządzić ekspertyzę tj. następujące pliki :

obliczenia stropów arch,

opis tan istniejący,

przekrój A-A,

scan rzutu klatki,

scany fragmentów rzutów przykładowej kondygnacji konstrukcja,

scany przekroju F-F,

WP\_20170920\_13\_36\_56\_Pro,

WP\_20170920\_13\_37\_17\_Pro,

WP\_20170920\_13\_37\_29\_Pro,

WP\_20170920\_13\_37\_35\_Pro,

WP\_20170920\_13\_37\_42\_Pro,

WP\_20170920\_13\_37\_47\_Pro.

Na str. 7 oferty Fujifilm w pkt. 21 zawarto oświadczenie, że załączono ekspertyzę, a aparat waży 460kg.

W folderze technicznym w ofercie Fujifilm na str. 20 podano wagę kompletnego aparatu - 460 kg

Wykonawca Fujifilm złożył ekspertyzę techniczną dotyczącą oceny możliwości dostawy, montażu i użytkowania aparatu Fujifilm FDR Go u zamawiającego ze stycznia 2018r.

Na str. 2 tej ekspertyzy opiniujący podał, że podstawą opracowania była dokumentacja przetargowa dotycząca dostawy aparatu i fragmentaryczna, archiwalna dokumentacja projektowa budynku głównego Szpitala Specjalistycznego w szczególności archiwalne rzuty kondygnacji i przekroje.

W pkt. 3 ekspertyzy opiniujący podał, że budynek został wykonany w technologii tradycyjnej, udoskonalonej, z zastosowaniem elementów układu płytowo- słupowego. Strop nad parterem wykonano jako stop żebrowy o grubości 20 cm, stropy nad pozostałymi kondygnacjami między innymi jako stropy Akermana o wysokości 22 cm. Opiniujący ustalił, że ze względów statyczno-wytrzymałościowych dopuszczalne jest charakterystyczna obciążenie technologiczne równomiernie rozłożone dla stropów międzykondygnacyjnych, które wynosi  $p=2,00$  kN/m<sup>2</sup>. W rzucie poziomym wymiary oferowanego aparatu wynoszą  $0,58 \times 1,22 = 0,71$  m<sup>2</sup>, co powoduje, że obciążenie 1 m<sup>2</sup> od aparatu wynosi 647,89 kg. Rzeczywista wartość obciążenia stropów międzykondygnacyjnych wynosi 207,33 kg/m<sup>2</sup>, co powoduje, że występuje przekroczenie dopuszczalnego normowo poziomego obciążenia. Ponieważ wartość ta jest mniejsza niż 5% (4% 5%) czyli wartość przyjęta powszechnie w analizach inżynierskich jako wartość graniczna i uwzględniając fakt, że dotyczy to części długotrwałej obciążenia zmiennego równomiernie rozłożonego według opiniującego należy

przyjąć, że użytkowanie objętego analizą aparatu pomiarowego nie spowoduje zmian negatywnych w pracy statycznej przestrzennego układu konstrukcyjnego budynku głównego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie.

Opiniujący podał następujące wnioski:

- według stanu na miesiąc styczeń 2018r. brak jest znamion zewnętrznych świadczących o przeciążeniu konstrukcji budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie,
- aktualny stan techniczny budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie umożliwi dostawę oraz późniejszą eksploatację cyfrowego systemu jezdnego Fujifilm FDR Go o ciężarze 460 kg,
- planowana dostawa oraz późniejsza eksploatacja przedmiotowego aparatu nie spowoduje pogorszenia stanu sprawności technicznej budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie,
- planowana dostawa oraz późniejsza eksploatacja przedmiotowego aparatu nie spowoduje zagrożenia bezpieczeństwa konstrukcji oraz bezpieczeństwa użytkowania budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie,
- ramowy zakres prac związanych z docelową eksploatacją cyfrowego systemu jezdnego Fujifilm FDR Go o ciężarze 460 kg w obszarze pomieszczeń budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie przedstawiono na rozdziale Zalecenia. Opiniujący zalecił m.in. :

opracować szczegółową instrukcję użytkowania aparatu Fujifilm FDR Go, w szczególności uwzględniającą stan spoczynku (przechowywanie) aparatu w strefie przypodporowej stropów międzykondygnacyjnych, przy podciągach ram żelbetowych budynku głównego Szpitala Wojewódzkiego w Olsztynie.

Autor opracowania przyjął, że wszystkie istotne informacje dotyczące przedmiotu niniejszej Ekspertyzy technicznej zostały mu ujawnione przez przedstawicieli Zleceniodawcy, a tym samym niniejsze opracowanie zostało wykonane zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz zgodnie ze sztuką zawodową.

Opracowanie nie zawiera oceny rozwiązań konstrukcyjno - materiałowych oraz rozwiązań układu funkcjonalno - użytkowego budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie.

W ramach realizacji niniejszej Ekspertyzy technicznej nie przeanalizowano stanu prawnego budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie w aspekcie praw właścicielskich.

Opracowanie objęte jest prawem autorskim zgodnie z treścią Ustawy z dnia 4 lutego 1994 o Prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 poz.83 z późniejszymi zmianami).

W dniu 4 kwietnia 2018r. zamawiający wezwał Fujifilm do uzupełnienia ekspertyzy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o zakres dotyczący nośności posadzek i przebiccia stropu i posadzek oraz o szczegółową instrukcję użytkowania, o której mowa w zaleceniach ekspertyzy. W tym samym dniu zamawiający wezwał także do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy na jakiej podstawie został określony aktualny stan budynku, jeśli ekspertyza została wykonana na podstawie archiwalnej dokumentacji, a nie przeprowadzono wizji lokalnej w siedzibie zamawiającego i podstawy sporządzenia ekspertyzy w zakresie zapisu pkt szóstego mówiącego o tym, że ekspertyza nie zawiera oceny rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych oraz rozwiązań układu funkcjonalno - użytkowego budynku głównego. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia w jaki sposób dokonano ekspertyzy, która winna obejmować nośność i przebiccie stropu oraz posadzki bez uwzględniania oceny rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych oraz układu funkcjonalno-użytkowego w siedzibie zamawiającego.

W dniu 16 kwietnia 2018r. Fujifilm wyjaśnił, że zamawiający w siwz nie przewidział wizji lokalnej i sporządzania ekspertyzy w inny sposób niż na podstawie informacji dostarczonych przez zamawiającego. W dniu 11 kwietnia 2018r. Fujifilm przeprowadził uzupełniającą wizję lokalną dotyczącą wskazanych przez zamawiającego miejsc przechowywania aparatu. Fujifilm wyjaśnił ponadto, że dla eksploatacji aparatu nie ma konieczności wykonywania przebić stropów czy posadzki, ponadto przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie ekspertyzy technicznej stanu konstrukcji budynku, a jedynie określenie czy zastosowane rozwiązania konstrukcyjne są właściwe z punktu widzenia użytkowania aparatu. Zawarte w ekspertyzie stwierdzenie odnosi się do braku znamion zewnętrznych świadczących o przeciążeniu elementów konstrukcyjnych stwierdzonego podczas wizji lokalnej. Odnośnie instrukcji użytkowania, to nie jest ona niezbędna dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zostanie dostarczona wraz z urządzeniem. Do wyjaśnień dołączono instrukcję użytkowania oraz załączoną do oferty ekspertyzę.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2018r. Fujifilm wystąpiła z wnioskiem o wydłużenie terminu związania o 60 dni. Na dokumencie jest adnotacja, że termin związania upłynął w dniu 21 kwietnia 2018r., a dokument do zamawiającego wpłynął 25 kwietnia 2018r.

Pismem datowanym na 20 kwietnia 2018r. Siemens wydłużył termin związania do dnia 23 maja 2018r.

Zamawiający wzywał do uzupełnienia ekspertyzy także Siemens, przy czym ten wykonawca złożył uzupełnioną ekspertyzę pochodzącą od tego samego podmiotu i podpisaną przez tego samego eksperta, co ekspertyza Fujifilm, obejmującą oświadczenia dotyczące wykonania wizji lokalnej, a także wnioski, co do nośności posadzek i przebiccia stropów i posadzek.

W dniu 22 maja 2018r. Fujifilm wskazał, że pismo z dnia 18 kwietnia 2018r. mylnie

przedłużało termin związania do 23 maja 2018r. powinien być 23 czerwca 2018r.

W dniu 22 maja 2018r. Siemens wydłużył termin związania do dnia 23 czerwca 2018r.

W dniu 21 maja 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Siemens i o niedopuszczeniu do oceny ofert złożonych przez Medical Market i Fujifilm z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy, ani nie odrzucił żadnej oferty.

Wykonawca Fujifilm wniósł odwołanie wobec braku dokonania oceny jego oferty i dokonania wyboru oferty Siemens w dniu 28 maja 2018r.

W dniu 5 czerwca 2018r. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 5 czerwca 2018r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zobowiązał się do dokonania ponownego badania i oceny ofert. Izba ustaliła, że zamawiający nie dokonał wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą.

W dniu 5 czerwca 2018r. zamawiający wezwał Medical Market do uzupełnienia folderu/katalogu zawierającego opis – specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia, oraz deklaracji certyfikatu CE dla całego aparatu RTG.

Pismem z dnia 5 czerwca 2018r. Medical Market uzupełniła żądane dokumenty.

W dniu 8 czerwca 2018r. zamawiający wezwał Medical Market do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w zakresie wskazanych pismem wymaganych parametrów.

W dniu 8 czerwca 2018r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze

W dniu 11 czerwca 2018r. Medical Market złożył wyjaśnienia i załączył dodatkowe dokumenty.

W dniu 12 czerwca 2018r. zamawiający poinformował Medical Market o poprawie innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W dniu 13 czerwca 2018r. Medical Market wyraziło zgodę na poprawę omyłki

W dniu 15 czerwca 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Medical Market wskazując, że oferta ta była najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert. Zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty Fujifilm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazując, że Fujifilm zaoferowała aparat cięższy niż wartość określona przez zamawiającego jako maksymalna, a ze złożonej ekspertyzy nie wynikają wnioski dotyczące nośności posadzek oraz przebiecia stropów i posadzek, a wykonawca wezwany do uzupełnienia ekspertyzy przesłał tę samą ekspertyzę bez uwzględnienia wymagań zamawiającego zawartych w siwz i wezwaniu. Wobec braku poprawnego uzupełnienia dokumentu oferta wykonawca w ocenie zamawiającego podlegała odrzuceniu.

Z porównania ofert przedłożonego przez odwołującego Fujifilm wynika, że gdyby zamawiający w analogiczny sposób oceniał złożone oferty żadnej nie wykluczając, ani nie odrzucając, to oferta Fujifilm byłaby najkorzystniejsza, drugą byłaby oferta Medical Market, a trzecią Siemens.

Z korespondencji e-mail M. N. z dnia 15 maja 2018r. wynika, że przesłał on nową wersję opracowania ekspertyzy odwołującemu Fujifilm po wizji lokalnej, a więc po 12 kwietnia 2018r. Do korespondencji załączoną ekspertyzę datowaną na kwiecień 2018r., w której w pkt. 3 ekspert wskazał na przeprowadzenie wizji lokalnej, w pkt. 4 tiret 5 wskazał na przeprowadzenie wizji lokalnej. Na str. 6 w akapicie 1 i 2 od dołu ekspert wskazał, że przyjęty poziom obciążenia nie spowoduje przebicia stropu. Na podstawie oględzin posadzek w obszarze kondygnacji budynku głównego ekspert stwierdził, że nie zachodzi obawa ich uszkodzenia podczas przemieszczenia jak również postoju aparatu pomiarowego. Stan techniczny nie wskazuje, że może nastąpić uszkodzenie posadzek z uwagi na ich nośność lub przebicie. Na str. 7 w pkt. 5 Wnioski w tirecie 4 ekspert dodatkowo stwierdził, że :

- eksploatacja aparatu nie spowoduje przekroczenia nośności stropów międzykondygnacyjnych,
- eksploatacja aparatu nie będzie skutkować przebicciem stropu,
- użytkowanie aparatu nie spowoduje przekroczenia nośności posadzek,
- eksploatacja aparatu nie będzie skutkować przebicciem posadzek

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogą skutkować odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego Fujifilm o odrzucenie odwołania Siemens na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z następujących względów:

1. Przepis art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustaliła Izba w żądaniu odwołania Fujifilm na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 maja 2018r. nie było żądań odnoszących się bezpośrednio do oferty Medical Market i jej dalszych losów w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym przywrócenie i ponowne badanie i ocena tej oferty pozostała poza granicami żądań odwołania Fujifilm.
2. Powaga rzeczy osądzonej ma swoje granice i orzeczenie prawomocne ma tę powagę tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko pomiędzy tymi samymi stronami.
3. W przedmiotowym sporze nie ma przede wszystkim tożsamości stron, oraz zgodności czynności z żądaniem odwołania Fujifilm, co stanowi, że Izba nie jest

władna odrzucić odwołanie Siemens Siemens na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

4. Powołane przez przystępującego Fujifilm orzeczenie sygn. akt KIO 500/18 odnoszące się do normy art. 185 ust. 6 ustawy miałyby ewentualnie zastosowanie w sytuacji, gdyby nadal oferta Medical Market nie podlegała rozpoznaniu przez zamawiającego, a on nie przyłączając się do postępowania odwoławczego Fujifilm na czynność z dnia 28 maja 2018r. utraciłby możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej na późniejszym etapie.

Izba oceniła, że obaj odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnili przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

#### **Sygn. akt KIO 1228/18**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, w której spełnia ona wszystkie wymogi SIWZ oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 - przez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie wymagań nie wyrażonych w SIWZ

Zarzuty nie potwierdziły się. W pkt. 21 załącznika nr 6 zamawiający jako wymaganie przedmiotowe określił, aby masa urządzenia nie przekraczała 320 kg. Jednocześnie zamawiający dopuścił urządzenia o większej masie, ale postawił wymaganie załączenia do oferty ekspertyzy potwierdzającej (cel zamawiającego czyli) możliwość użytkowania aparatu w siedzibie zamawiającego bez szkody dla konstrukcji budynku. Zamawiający określił także:

1. kto ma sporządzić ekspertyzę - rzeczoznawca budowlany w zakresie konstrukcji budowlanych posiadającego uprawnienia do projektowania bez ograniczeń,
2. na jakich podstawach - w oparciu o dokumenty, stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ,
3. ekspertyza miała być techniczna odnośnie nośności i przebiecia stropu i posadzek w budynku głównym od zaproponowanego urządzenia.

Zamawiający zatem nie poprzestał na określeniu celu sporządzenia ekspertyzy czyli dokumentu potwierdzającego, że oferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający jednak opisał także jak sporządzony ma zostać sporządzony taki dokument i do jakich kwestii technicznych ma się odnosić. Tym samym dokument, choćby potwierdzający cel zamawiającego, ale nie sporządzony przez niewłaściwą osobę, na innych podstawach niż określone przez zamawiającego, czy odnoszący się do innych kwestii technicznych lub jedynie do części opisanych przez zamawiającego kwestii technicznych, w ocenie Izby nie mógł być uznany za dokument potwierdzający, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania techniczne opisane przez zamawiającego. Zamawiający wymagał w tym



zakresie dokumentu, a nie oświadczenia własnego wykonawcy, a w aktach brak jest dowodu na to, że odwołujący Fujifilm nie był w stanie pozyskać wymaganego dokumentu z przyczyn obiektywnych. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że odwołujący Fujifilm uzyskał ekspertyzę sporządzoną przez właściwego rzeczoznawcę, opartą o prawidłowe podstawy – załącznik nr 7 i odnoszącą się do nośności stropów, a nie odnoszącą się do nośności posadzek, czy przebiccia stropów i posadzek. Tym samym załączona do oferty ekspertyza słusznie została oceniona przez zamawiającego jako dokument przedmiotowy zawierający braki, a więc podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający zatem prawidłowo wezwał wykonawcę do uzupełnienia ekspertyzy. Z wyjaśnień odwołującego Fujifilm wynika, że przeprowadził on z udziałem eksperta nie wymaganą siwz wizję lokalną i załącza w ramach uzupełnienia ekspertyzę uzupełnioną o ustalenia z wizji, jednakże w ramach uzupełnienia odwołujący ponownie złożył tę samą ekspertyzę, co załączona do oferty. Uzupełniona ekspertyza nadal nie zawierała treści, których wymagał zamawiający i do których uzupełnienia wzywał. Izba na podstawie uzupełnionej ekspertyzy wykonawcy Siemens pochodzącej od tego samego eksperta ustaliła, że możliwe było pozyskanie od eksperta uzupełniającej ekspertyzy w zakresie nośności posadzek i przebiccia stropów i posadzek. Tę możliwość potwierdza także nadesłana przez biegłego w maju 2018r. ekspertyza wystawiona dla odwołującego Fujifilm w kwietniu 2018r., która wpłynęła do zamawiającego po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów. Tym samym zgromadzony materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że żądany przez zamawiającego dokument o kompletnej wymaganej treści był możliwy do uzyskania przez odwołującego Fujifilm i z tego względu nie mógł być zastąpiony oświadczeniem wykonawcy. Nadto Izba oceniła wezwanie odwołującego Fujifilm przez zamawiającego do uzupełnienia braków dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, jako jednoznaczne i precyzyjne. Z wezwania tego wynikało, że zamawiający ustalił, że załączona do oferty ekspertyza odnosi się jedynie do nośności stropów, a nie odnosi się do nośności posadzek i przebiccia stropów i posadzek i w zakresie tego braku wezwał odwołującego Fujifilm do uzupełnienia. Tym samym nie jest tak, że zamawiający domagał się ekspertyzy zawierającej inne treści niż wynikające z siwz. Zamawiający nie zezwolił także w pkt. 21 na pomijanie jakichś kwestii technicznych odnoszących się do zaoferowanego urządzenia, gdyby bowiem wolą zamawiającego było podawanie cech odnoszących się wyłącznie do oferowanego urządzenia, to przy wskazaniu wymogów dotyczących nośności i przebiccia posadzek i stropów dodałby sformułowanie „o ile dana cecha dotyczy” oferowanego urządzenia. Zamawiający takim sformułowaniem się nie posłużył, a zatem każdy wykonawca miał wymagać od eksperta odniesienia się do wszystkich cech technicznych wskazanych przez zamawiającego w pkt. 21. U odwołującego tak pierwotnie jak i na wezwanie do uzupełnienia brakowało nośności posadzek oraz przebiccia stropów i posadzek, tym samym

odwołujący Fujifilm nie wykazał zamawiającemu w sposób określony treścią siwz, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego. W konsekwencji treści oferty odwołującego nie odpowiadała treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest szersze niż pojęcie „sprzeczny” i obejmuje zarówno sprzeczność – niezgodność, jak i braki w wykazaniu spełniania wymagań siwz. W niniejszej sprawie treść oferty odwołującego zawiera braki, a więc nie odpowiada treści siwz, z uwagi na zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia, nie ma możliwości sanowania tego braku. Nadto w ocenie Izby oferta nie nadaje się także do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż zamawiający nie może zastąpić rzeczoznawcy dysponującego wiedzą specjalną i zamiast niego ocenić nośność posadzek i przebiecie posadzek i stropów. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że nie dysponuje wykwalifikowaną kadrą, za pomocą której mógłby ocenić czy urządzenie o wadze większej niż 320 kg nie zagrazi bezpieczeństwu konstrukcji budynku głównego. Tym samym poprawa była niemożliwa. W tym stanie rzeczy zamawiający prawidłowo zastosował normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i nie naruszył normy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 - przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego pomimo tego, że oferta nie powinna być odrzucona, a także Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów wyboru ofert określonych w SIWZ

Zarzuty nie potwierdziły się. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w czynności odrzucenia oferty odwołującego Fujifilm z postępowania, a tym samym nie była to oferta niepodlegająca odrzuceniu. Oferta podlegająca odrzuceniu nie może być oceniana przez zamawiającego w kryteriach oceny ofert, a tym samym w konsekwencji tej oceny wybrana. Należy zatem stwierdzić, że oferta odwołującego Fujifilm nie mogła być oceniona i nie mogła być wybrana, a tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. Sam odwołujący Fujifilm wykazał za pomocą zestawienia punktacji ofert w poszczególnych kryteriach, że w przypadku braku wyboru oferty odwołującego, to oferta Medical Market uzyskałaby największą liczbę punktów, tym samym również nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Medical Market.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 - przez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości, a także zagrożenia udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący Fujifilm nie wykazał naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości, a także udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Wszystkich wykonawców oferujących aparaty o wadze powyżej 320 kg dotyczył obowiązek złożenia ekspertyzy sporządzonej przez właściwą osobę, na podstawie dokumentów z załącznika nr 7, a także zawierająca minimalne treści odnoszące się do nośności stropów i posadzek oraz przebiccia stropów i posadzek. Oferty zawierające urządzenia o większej wadze zaoferowali Siemens i Fujifilm, obaj złożyli ekspertyzy do oferty, były one sporządzone w zbliżony sposób przez tego samego eksperta, obie dotyczyły nośności stropów. Obu wykonawców w tym samym terminie i w zbliżony sposób zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i odwołujący Siemens uzupełnił dokument składając uzupełnioną o wymagane przez zamawiającego treści, a odwołujący Fujifilm złożył ekspertyzę załączoną do oferty. Tym samym obaj wykonawcy w tym momencie znaleźli się w innej sytuacji faktycznej, a zatem pozostawienie oferty Siemens w postępowaniu i odrzucenie oferty odwołującego Fujifilm dotyczyło innych sytuacji faktycznych, w których znaleźli się obaj wykonawcy. Tym samym Izba nie dopatryła się naruszenia zasad wskazanych przez odwołującego Fujifilm w podnoszonym zarzucie.

### **Sygn. akt KIO 1229/18**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 7a oraz art. 7 ust 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Medical Market

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W przedmiotowej sprawie zaistniała specyficzna sytuacja faktyczna i prawna. Zamawiający określił w siwz termin związania ofertą na 30 dni. Jednak od wykonawców nie oczekiwał w ofercie składania jakiegokolwiek oświadczenia woli, że czują się związani ofertą przez ten okres. Niewątpliwie termin 30 dniowy upłynął w dacie 21 kwietnia 2018r. Bezsporne jest także to, że zamawiający nie występował do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu wiązania ofertą, mimo, że obu wyborów oferty najkorzystniejszej dokonywał po upływie terminu wiązania tj. 28 maja i 15 czerwca 2018r. Nie ulega także wątpliwości, że Medical Market nie składał żadnych oświadczeń o przedłużeniu terminu wiązania ofertą, jednak na wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, złożenia wyjaśnień czy poprawy omyłki reagował i składał wymagane dokumenty, wyjaśnienia oraz wyrażał zgodę na poprawę jego omyłki. Nadto zamawiający w postępowaniu nie wymagał wadium, a zatem odmowa podpisania umowy nie była obwarowana sankcją utraty wadium dla żadnego z wykonawców, tak związanych jak i niezwiązanych ofertą. Brak żądania przez zamawiającego, aby wykonawcy składali na etapie ofertowania oświadczenie o terminie wiązania ofertą powoduje, że zamawiający dopuścił,

że sam fakt złożenia oferty będzie per facta concludentia rozumiany jako zobowiązanie się do utrzymania ważności oferty przez okres 30 dni. Na gruncie zatem badanej siwz tak samo należy oceniać każdą aktywność wykonawcy w postępowaniu potwierdzającą, że nadal wykonawca czuje się związany ofertą i ma wolę uzyskać przedmiotowe zamówienie. Ze strony zamawiającego przyjęcie takiego rozwiązania jest ryzykowne, gdyż bada jedynie wolę wykonawcy co do podtrzymywania swej oferty nie w okresie ciągłym, ale jedynie w chwilach aktywności wykonawcy, tym samym nie ma pewności, że wykonawca nie uchyli się od zawarcia umowy wskazując, że według niego np. termin związania ofertą, który miał wolę przedłużyć, upłynął w dniu następującym po dniu ostatniej aktywności wobec zamawiającego. Jednak w ocenie Izby nie można karać wykonawcy za to, że nie złożył oświadczenia woli, którego zamawiający od niego nie wymagał. Co w ocenie Izby nie daje możliwości przyjęcia, że wykonawca w sposób dorozumiany (tak jak dorozumiane było związanie się ofertą w chwili jej złożenia) nie przedłużył terminu związania ofertą. W ocenie Izby przepis art. 85 ust. 2 ustawy nie precyzuje w jakiej formie ma być dla swej ważności złożone oświadczenie woli o terminie związania ofertą, czy oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą składane samodzielnie czy jako zgoda na prośbę zamawiającego. Niewątpliwie oferta musi być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności, co powinno prowadzić do przyjęcia, że również w takiej formie powinny być składane oświadczenia składające się na essentialia negotii tej oferty. Problem pojawia się jednak w sytuacji, gdy sam zamawiający uważa oświadczenie o terminie związania ofertą za zbędne w formularzu ofertowym, jak w niniejszej sprawie. Oczywistym jest, że dla przejrzystości postępowania powinno być możliwe ustalenie, czy wykonawca jest jeszcze swoją ofertą związany czy też nie. Jednak w tym konkretnym przypadku to zamawiający zaniedbał postawienia takiego żądania, w konsekwencji, nie mógł wyciągnąć negatywnych konsekwencji z tego, że wykonawca Medical Market w sposób jednoznaczny i czytelny, w formie pisemnej nie składał mu oświadczeń w przedmiocie związania ofertą, co jednak nie powoduje, że nie miał rzeczywistej woli związania się swoją ofertą wobec zamawiającego, aż do czasu zakończenia postępowania. Nie można też przyjąć, że terminy związania ofertą są terminami ustawowymi i zamawiający nie musi ich określać w siwz. Taka teza nie jest prawdziwa, bo ustawodawca określił jedynie terminy graniczne, a to zamawiający każdorazowo konkretyzuje je w swoim postępowaniu. Odwołujący nie wykazał okoliczności, że Medical Market nie ma woli związania ofertą, wskazując jedynie, że z zasad doświadczenia życiowego należy wywieść, że tego kto nie przystępuje do postępowania odwoławczego w celu obrony swojej zwycięskiej oferty nie jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia. Przeczy tej tezie jednak zachowanie Medical Market w postępowaniu, gdyż przy pierwotnym wyborze wykonawca ten nie kwestionował pozostawienia swojej oferty bez rozpoznania, a jednak po unieważnieniu czynności zamawiającego aktywnie brał udział w

postępowaniu. Nie ma zatem bezpośredniego dowodu na to, że wykonawca nie czuje się związany swoją ofertą i nie wykona zamówienia na warunkach zaoferowanych w złożonej ofercie. Specyfika przedmiotowej sprawy – tj. brak wymagania złożenia pisemnego oświadczenia o związaniu ofertą w opracowanym przez zamawiającego wzorze formularza ofertowego powoduje, że całokształt orzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych dotyczący tego, czy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą jest zgodą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy jest nieadekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Natomiast jak najbardziej stan faktyczny sprawy wpisuje się w wyrok TSUE sygn. akt C-35/17, który wprawdzie odnosi się do możliwości wykluczenia wykonawcy, jednak przesądza znaczenie siwz dla możliwości nałożenia sankcji na wykonawcę. Kierując się tym orzeczeniem oraz przede wszystkim zasadą równego traktowania wykonawców Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Medical Market na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy, a w konsekwencji nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu

Zarzut nie potwierdził się. Oferta Medical Market nie podlegała odrzuceniu, a tym samym oferta ta podlegała ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert. Zamawiający wykazał informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, że oferta ta była korzystniejsza od oferty odwołującego Siemens w przyjętych kryteriach, tym samym zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 i ust 3 przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający jednakowo potraktował wykonawców składających pisemne oświadczenia i tych których takich oświadczeń z braku obowiązku wynikającego z treści siwz nie składali przyjmując, że wykazując aktywność w postępowaniu wykonawcy czuli się związani swoimi ofertami, co w przypadku składających oświadczenia dodatkowo potwierdzone było oświadczeniami o przedłużeniu terminu związania. Mając to na uwadze Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczonych przez odwołujących wpisów od odwołań.

**Przewodniczący: .....**