

WYROK
z dnia 28 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2011 r. przez wykonawcę TMS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku

przy udziale wykonawcy MIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu nr 3 w Rybniku unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie MIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, odrzucenie oferty MIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TMS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 3 w Rybniku na rzecz TMS Spółkę z

ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku, - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawę aparatu usg na potrzeby Zakładu Diagnostyki Obrazowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12.10.2011r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 196 319399.

4 listopada 2011 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania.

TMS Sp. z o.o. w Warszawie, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp, wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Miro Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako oferty niezgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wobec zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wskazując na naruszenie przywołanych przepisów ustawy odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty Miro Sp. z o.o., wykluczenie Miro Sp. z o.o. i o ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał, że Miro Sp. z o.o. zaoferował aparat USG Aloka Pro Sound Alpha 6 niespełniający wymagań granicznych opisanych w pkt. VII.2 załączniku nr 1.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacji technicznej. Aparat ten nie posiada możliwości rozbudowy o moduł elastografii wbudowany w aparat. Wywodził, że brak możliwości rozbudowy aparatu wynika jednoznacznie z oferty złożonej przez Miro Sp. z o.o. 4 listopada 2011r. w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Pomnik - Centrum Zdrowia Dziecka” w Warszawie, gdzie wykonawca oświadczył to wprost. Miro Sp. z o.o. w obu postępowaniach zaoferował ten sam model/ typ aparatu USG Aloka Pro Sound Alpha 6, nie ma możliwości, by ten sam model aparatu 27 października posiadał możliwość rozbudowy o elastografię, a już 4 listopada nie.

Odwołujący podniósł, iż fakty te jednoznacznie wskazują, że w niniejszym postępowaniu Miro Sp. z o.o. podał nieprawdę odnośnie możliwości rozbudowy o moduł elastografii wbudowany w aparat minimum na sondach liniowych i endocavitarnych.

Miro Sp z o.o. w Warszawie z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w pisemnym stanowisku wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, i przeprowadziła rozprawę. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający oświadczył, że miał wątpliwości co do prawidłowości oferty przystępującego, jednak uznał ponowne jej badanie za niedopuszczalne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego, spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie jest zasadne.

Przede wszystkim nietrafnie przyjął zamawiający, że wobec dokonania wyboru oferty przystępującego i przesłania informacji o wynikach postępowania nie jest uprawniony do ponownego badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują wprost tej kwestii, jednak prawo zamawiającego do unieważnienia z własnej inicjatywy czynności w postępowaniu wywieść należy z ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Zamawiający, ilekroć uzna, że jego oświadczenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotknięte było błędem wynikającym z wadliwej oceny oferty lub dokumentów złożonych wraz z ofertą, może uchylić się od jego skutku – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą – przez złożenie stosownego oświadczenia (art. 84 i 88 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Izba nie dopatrzyła się przeszkód dla stosowania w drodze ostrożnej analogii art. 84 k.c. stanowiącego w § 1., że w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Stosownie do art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd

uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i ocenił sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Wskazać trzeba, iż błąd w ocenie oświadczeń, dokumentów lub oferty składanych przez wykonawcę ma charakter „błędu wywołanego przez tę osobę”, a skoro skutkuje wyborem najkorzystniejszej oferty, ma zawsze charakter istotny.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać można natomiast, że skoro ustawodawca w art. 186 ust. 2 Pzp przyznał zamawiającemu prawo do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości z konsekwencją w postaci zobowiązania do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania, to nie znajduje uzasadnienia odmowa zamawiającemu prawa do ponawiania już dokonanej oceny również z inicjatywy własnej. Celem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybach konkurencyjnych jest, zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp wybór oferty złożonej przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia to zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta wyłącznie na podstawie oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do ustalonych kryteriów wyboru, ale pod warunkiem, że oferta taka nie podlega odrzuceniu, a składający ją wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie umowa w sprawie zamówienia publicznego narażona będzie na ryzyko unieważnienia.

Prezentowany pogląd na uprawnienie zamawiającego do samodzielnego, a nie będącego skutkiem środków ochrony prawnej, podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrokach z 23 września 2010 r. KIO 1939/10, z 19 stycznia 2011 r. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. KIO 159/11, wyroku z dnia 21 czerwca 2011, KIO 1231/11, .

Bezpodstawnie podniósł też zamawiający, że nie mógł ponowić czynności badania i oceny ofert, gdyż ewentualne ustalenia prowadziłyby do konieczności poprawienia typu oferowanego urządzenia. Istotnie, wskazanie innego urządzenia w miejsce oferowanego jest niedopuszczalne. Nie przemawia to jednak w żaden sposób za koniecznością utrzymania dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Stanowiska zamawiającego nie broni też wskazywana na rozprawie hipotetyczna możliwość uchylecia się przystępującego od zawarcia umowy ze skutkiem utraty wadium wskazanym w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp lub zastrzeżona w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp konieczność wykluczenia wykonawcy z kolejnych

postępowań prowadzonych w okresie trzech lat w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Obowiązek udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy spoczywa wyłącznie na zamawiającym, niezależnie od racjonalności działań wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W pkt VII.2 załączniku nr 1.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby oferowany aparat USG posiadał możliwość rozbudowy o moduł elastografii wbudowany w aparat min. na sondach liniowych i endocavitarnych.

Parametr ten miał charakter wymagania granicznego, od którego spełnienia uzależnione jest złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Przystępujący zaoferował aparat USG Aloka Pro Sound Alpha 6, co Izba ustaliła na podstawie oferty przystępującego oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niesporne jest między stronami, że – jak oświadczył odwołujący – w postępowaniu poprzednio prowadzonym przez zamawiającego, przystępujący zaoferował aparat USG Aloka Pro Sound Alpha 7, urządzenie wyższej klasy posiadające wymaganą funkcjonalność. Z załączonej do odwołania kopii oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Pomnik Centrum Zdrowia Dziecka” wynika, że wobec punktowanego, a nie granicznego wymagania zamawiającego, aby oferowany aparat posiadał możliwość rozbudowy o technikę badań sonoelastografii tkanek, możliwość obrazowania/mapowania w różnych kolorach i możliwość obrazowania w postaci wykresu lub skali porównującej sonoelastografię badanej tkanki z ośrodkiem referencyjnym, przystępujący oświadczył, że możliwości takiej „na dzień składania ofert nie przewiduje się”. Terminy składania ofert upływały odpowiednio; w badanym postępowaniu 27 października 2011r., w Instytucie „Pomniku Centrum Zdrowia Dziecka” 4 listopada 2011r.

Zamawiający w treści składanych pism wywodził, że opisy wymagań obu zamawiających były różnobrażące i miały inną treść, wskazując jedynie publikację potwierdzającą prezentowaną tezę. Odwołujący natomiast wskazywał, że pojęcia sonoelastografii i elastografii stanowią w zasadzie synonimy, popierając swe stanowisko wydrukami z publikacji naukowych. Na dowód różnic w funkcjonalnościach aparatów Aloka Pro Sound Alpha 6 i Alpha 7 odwołujący złożył opis obu urządzeń. Izba dała wiarę stanowisku odwołującego, mając na względzie, że jest ono spójne ze stanowiskiem zawartym w przystąpieniu. Oświadczenie przystępującego zawarte w przystąpieniu do postępowania odwoławczego ma przesadzające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

W zgłoszeniu przystąpienia z 18 listopada 2011r. przystępujący oświadczył, że wg jego wiedzy na dzień 27 października 2011r. aparat Aloka Pro Sound Alpha 6 posiadał możliwość

rozbudowy o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych. Natomiast 2 listopada 2011r. otrzymał od producenta informacje, że ze względu na zalecane zmiany w oprogramowaniu wymagana opcja elastografii będzie możliwa do rozbudowy dopiero w kolejnej wersji aparatu Aloka Pro Sound Alpha 6.

Oświadczenie przystępującego co do możliwości rozbudowy aparatu o moduł wymagany przez zamawiającego oraz jej utraty pozostało całkowicie gołosłowne i jest niewiarygodne w świetle wiedzy o rynku urządzeń medycznych (współpracy producentów z dystrybutorami) oraz doświadczenia życiowego. Jego treść stanowi nadto o przyznaniu faktów leżących u podstaw odwołania. Z oświadczenia przystępującego wynika wprost, że aktualnie aparat Aloka Pro Sound Alpha 6 nie posiada wymaganej przez zamawiającego możliwości rozbudowy o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych.

Poprawienie oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż nawet przy uznaniu, że przystępujący w treści swojej oferty dopuścił się omyłki, jej poprawienie mogłoby polegać jedynie na wpisaniu innego urządzenia posiadającego wymaganą funkcjonalność. W takim przypadku nastąpiłaby nie poprawa oferty złożonej, lecz złożenie nowej ofert. Nieusuwalna niezgodność treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji powoduje obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp znalazł potwierdzenie.

Izba uznała również za potwierdzony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania.

Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Oświadczenie o możliwości rozbudowy oferowanego przez przystępującego aparatu o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych, jak było wskazane wyżej, jest w sposób nie budzący wątpliwości niezgodne ze stanem rzeczy istniejącym w momencie zamknięcia rozprawy. Nieprawdziwe informacje złożone przez

przystępującego miały wpływ na wynik postępowania, gdyż ich złożenie przesądziło o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą.

Twierdzenie o powzięciu informacji o braku możliwości rozbudowy oferowanego aparatu USG o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych, niezależnie od swojej gołosłowności, pozostaje bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu.

Z literalnej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika bowiem, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Przepis nie wiąże też sankcji wykluczenia z postępowania z datą złożenia oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacji, a jedynie z wpływem informacji na wynik postępowania.

Art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE stanowi natomiast, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Należyta staranność wymagana od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obejmuje konieczność oceny i weryfikacji treści oferty przed jej złożeniem. Pamiętać trzeba, że składając ofertę wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jej treścią. Należyta staranność wymaga zbadania przez przystępującego, czy będzie możliwe dostarczenie aparatu USG o zaoferowanych cechach. Przystępujący tego zaniechał, wykazując się brakiem dbałości. Niedbalstwo natomiast stanowi postać winy. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione (podobnie w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1004/09).

Prezentowana wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ukształtowała się w orzecznictwie Izby, znalazła wyraz nie tylko w powołanych przez odwołującego orzeczeniach z 22 października KIO 2225/11, z 10 czerwca 2009 r. KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09, KIO/UZP 668/09, KIO/UZP 669/09, KIO/UZP 679/09, ale również m.in. w wyrokach Izby z 5 lutego 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 99/09 oraz z 28 września 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1161/09).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, mając na względzie, że treść sentencji winna odpowiadać potwierdzonym w toku rozprawy zarzutom odwołania. Z tego względu niezależnie od tego, że nakazanie wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niesie skutek w postaci uznania oferty przystępującego za odrzuconą *ex lege* zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, wobec potwierdzenia

zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba nakazała odrzucenie oferty przystępującego.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: