

Sygn. akt: KIO 22/20

WYROK
z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2020 r. przez wykonawcę ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu

przy udziale wykonawcy ProfiMedical B. W. Sp. J. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 22/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ProfiMedical B. W. Sp. J. z siedzibą w Katowicach oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu na rzecz ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach kwotę 18 426 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od

odwołania, opłaty skarbowej, kosztu dojazdu na rozprawę i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę aparatu USG wraz z jego uruchomieniem w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na potrzeby Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii dla Noworodków i Dzieci w ramach projektu pn. „Modernizacja Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii dla Noworodków i Dzieci wraz z wyposażeniem w Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu” dofinansowanego przy wsparciu Unii Europejskiej ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 - 2020, dla osi priorytetowej 10. „Rewitalizacja oraz infrastruktura społeczna i zdrowotna” dla działania: 10.1 „Infrastruktura ochrony zdrowia”, postępowanie nr: PZ/16/ 2019.

W dniu 5 listopada 2019 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S21305/11/2019522158-2019-PL.

W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty: ProfiMedical B. W. Sp. J. z siedzibą w Katowicach oraz Odwołujący: ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach.

W dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentów, wzywając go do jednoznacznego wskazania jaki jest zakres częstotliwości oferowanej głowicy liniowej wysokiej częstotliwości oraz do podania modelu i parametrów technicznych głowicy liniowej.

Pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na ww. wezwanie do złożenia wyjaśnień.

W dniu 27 grudnia 2019 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ProfiMedical B. W. Sp. J. z siedzibą w Katowicach oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 stycznia 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą PZP - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w sytuacji gdy nie ziściły się ku temu podstawy, bowiem Odwołujący złożył ofertę w sposób skuteczny, odpowiadający treści SIWZ i wymaganiom określonym przez Zamawiającego; ponadto Zamawiający błędnie stwierdził, że Odwołujący nie udzielił pełnych wyjaśnień na wezwanie z dnia 12.12.2019 roku, a abstrahując od powyższego - z ostrożności wskazał, że ewentualny brak udzielenia wyjaśnień nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 992/180);

2) naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP - poprzez nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ, w konsekwencji czego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się,

3) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP - poprzez poinformowanie Odwołującego się o odrzuceniu złożonej przez niego oferty z zaniechaniem dostatecznego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, w szczególności Zamawiający nie wskazał w żaden sposób, któremu z warunków (lub punktów) SIWZ nie odpowiada treść oferty złożonej przez Odwołującego, co w konsekwencji stanowić miało podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego,

4) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy PZP - poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z powodu - jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 27.12.2019r. - nie udzielenia pełnych wyjaśnień przez Odwołującego (czemu ten bezwzględnie zaprzecza), z pominięciem przez Zamawiającego okoliczności, iż rygor odrzucenia oferty za brak wyjaśnień dotyczyć może wyłącznie konkretnego obszaru tj. rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a rygor ten nie może być interpretowany rozszerzająco za brak wyjaśnień udzielonych w związku z innymi obszarami, które co najważniejsze nie były przez Zamawiającego określone jako wymagania w SIWZ, a w konsekwencji nie powinny mieć istotnego znaczenia dla prawidłowości złożenia oferty i oceny ofert,

5) naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy PZP i art. 30 ust. 1 pkt. 1) ustawy PZP - poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty; Zarzut ten Odwołujący podniósł z ostrożności, bowiem jeśli w ocenie Zamawiającego model i parametry techniczne głowicy liniowej miały tak istotne znaczenie, jak może wynikać z czynności Zamawiającego z dnia 27.12.2019 roku, to

Zamawiający powinien okoliczności te uwzględnić w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty - czego Zamawiający nie wykonał i pominął w SIWZ obowiązek wskazania w ofercie modelu głowicy i jej parametrów technicznych ponad dane obowiązkowe do wskazania w formularzu parametrów technicznych stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ,

6) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

7) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy PZP - zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, natomiast wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu poprzez ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty złożonej przez Odwołującego, gdyby bowiem postępowanie prowadzono zgodnie z przepisami ustawy PZP, wówczas nie doszłoby do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty nastąpiłby zgodnie z przepisami ustawy PZP,

8) Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP - poprzez dokonanie w sposób wadliwy czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na bezpodstawne pominięcie oferty Odwołującego, która to oferta była najkorzystniejsza.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania,
2) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 27.12.2019 roku polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i jednocześnie unieważnienie czynności Zamawiającego obejmującej wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

3) w przypadku, gdy doszło do zawarcia umowy z wybranym oferentem — wnoszę o unieważnienie podpisanej umowy na wykonanie zamówienia,

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem oferty złożonej przez ADO-MED Sp. z o.o. oraz ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty,

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu Odwołującemu kosztów niniejszego postępowania odwoławczego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez niego powołał się na art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP twierdząc, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, a w uzasadnieniu swojej czynności Zamawiający wskazał wyłącznie lakonicznie, iż „Zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami Zamawiający stwierdził, że parametry głowicy liniowej nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i formularzu parametrów technicznych. Ponadto Oferent, poza symbolem głowicy, nie podał, pomimo wezwania Zamawiającego, parametrów technicznych oraz modelu głowicy co uniemożliwia zidentyfikowanie zaoferowanego przedmiotu zamówienia.”.

W związku z tym Odwołujący zakwestionował prawidłowość czynności dokonanej przez Zamawiającego obejmującej odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP, albowiem nie podał Odwołującemu dostatecznego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia złożonej oferty - do czego Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ww. przepisem.

Zarzucił, że Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 27.12.2019 roku lakoniczne uzasadnienie, które jest sprzeczne pomiędzy podaną przez Zamawiającego podstawą prawną a uzasadnieniem faktycznym, bowiem podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy PZP, który ma zastosowanie w przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie wskazał w żaden sposób, któremu z warunków (lub punktów) SIWZ nie odpowiada treść oferty złożonej przez Odwołującego. Natomiast przy uzasadnieniu faktycznym, Zamawiający odwołał się do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, podając w sposób niezgodny ze stanem faktycznym, jakoby Odwołujący poza symbolem głowicy, nie podał parametrów technicznych oraz modelu głowicy.

Według Odwołującego - tak wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne nie opowiada podstawie prawnej powołanej przez Zamawiającego poprzez brak wskazania przez Zamawiającego jakim wymaganiom określonym w SIWZ i formularzu parametrów technicznych nie odpowiada złożona przez niego oferta - spółka pozbawiona została możliwości prawidłowego przygotowania odwołania i oceny poprawności odrzucenia oferty.

Podkreślił przy tym, prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego obowiązku

przewidzianego w art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP ma doniosłe znaczenie dla możliwości zakwestionowania danej czynności oraz dla obrony interesów oferenta, którego oferta została odrzucona.

W opinii Odwołującego - stanowisko Zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Zamawiający jest więc zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, konkretne postanowienia lub wymagania zawarte w treści SIWZ, którym, jego zdaniem, nie odpowiada treść oferty złożonej przez wykonawcę.

Podniósł przy tym, że Zamawiający nie wskazał konkretnych postanowień lub wymagań zawartych w treści SIWZ, którym w jego ocenie nie odpowiada treść oferty złożonej przez Odwołującego, a dodatkowo podał uzasadnienie faktyczne nie odpowiadające podanej podstawie prawnej; uzasadnienie faktyczne jest niezgodne ze stanem faktycznym, a w konsekwencji stanowisko Zamawiającego jest wyrażone w sposób nieczytelny i wprowadzający w błąd.

Odnosząc się do podstawy faktycznej odrzucenia oferty wskazanej przez Zamawiającego, co miało wynikać z braku podania parametrów technicznych i modelu głowicy oraz stwierdzenia, że parametry głowicy liniowej nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i formularzu parametrów technicznych, to zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP oraz art. 82 ust. 3 ustawy PZP, bowiem nieprawidłowe było twierdzenie Zamawiającego, iż oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji brak było podstaw dla odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności podkreślił, że wymagane parametry techniczne określone zostały w załączniku nr 3 do SIWZ, który wypełnił w sposób prawidłowy i złożył jako integralną część oferty.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ, ani w formularzu parametrów technicznych nie wymagał od oferentów podania modelu czy innych niż wskazane parametrów technicznych, wobec czego brak usprawiedliwienia dla żądania od Odwołującego wskazania dodatkowych danych niż wymagane i jednocześnie odrzucenie oferty wobec rzekomego braku podania tych dodatkowych danych (w ocenie Odwołującego okoliczność ta stanowi również jeden z elementów naruszenia zasady równego traktowania wykonawców).

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w piśmie z dnia 27.12.2019 roku stwierdził, że w pisemnych wyjaśnieniach nie podał (poza symbolem) modelu głowicy.

W związku z tym, powyższe twierdzenia uznał za nieprawdziwe, bowiem w piśmie z dnia 13.12.2019 roku wskazano: głowica liniowa o symbolu L14-6WU.

Wyjaśnił, że typ głowicy to „liniowa”, natomiast symbol L14-6WU określa jednoznacznie model głowicy jaki został zaoferowany do wyspecyfikowanego aparatu USG.

W jego przekonaniu - model głowicy bowiem zawsze jest zdefiniowany typem oraz symbolem głowice.

Podkreślił przy tym, że również w tym przypadku SIWZ nie przewidywał obowiązku podania w ofercie modelu głowicy liniowej.

Zakwestionował jako nieprawidłowe podane w piśmie z dnia 27.12.2019 roku informacje Zamawiającego dotyczące wyjaśnień Odwołującego z dnia 13.12.2019 roku, że parametry głowicy liniowej nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i formularza parametrów technicznych.

Przypomniał, że w wezwaniu do wyjaśnienia treści dokumentów Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego wskazania, jaki jest zakres częstotliwości oferowanej głowicy liniowej wysokiej częstotliwości, wykonanej w technologii ukierunkowanej polaryzacji kryształów lub matrycowej szerokopasmowej oraz czy parametr ten mieści się w którymś z przedziałów wskazanych przez Zamawiającego tj. czy w „<= częstotliwości 4.0 - 18.0 MHz” czy w „>częstotliwości 4.0 - 18.0 MHz”.

W związku z tym wezwaniem wskazał, że w piśmie z dnia 13.12.2019 roku Odwołujący jednoznacznie odpowiedział, że zakres częstotliwości głowicy wynosi 3,5 - 16,0 MHz, a więc jest mniejszy niż zakres 4,0 - 18,0 MHz (w pkt. 3 ppkt. 8 formularza ofertowego wskazano: „mniejszy lub równy 4,0 - 18,0 MHz lub większy niż 4,0 - 18,0 MHz”).

Zatem, złożone wyjaśnienia bezwzględnie potwierdziły – w ocenie Odwołującego, że częstotliwość głowicy mieści się w zakresie wymagań przewidzianych SIWZ, lecz zgodnie z SIWZ oferentowi nie przysługują punkty w danym kryterium oceny parametrów technicznych (Zamawiający ewidentnie dopuścił taką możliwość określając wymogi alternatywnie jako „mniejsze lub równe 4,0 - 18,0 MHz = 0 pkt, lub większe niż 4,0 - 18,0 MHz = 5 pkt”).

Wskazał, że oferując głowice której zakres częstotliwości jest mniejszy niż ww. wskazany oferent naraża się wyłącznie na utratę 5 punktów przy ocenie ofert, natomiast Zamawiający nie zaznaczył ww. wymogu jako warunek konieczny skutkujący odrzuceniem oferty.

Zarzucił, że Zamawiający nie uzasadnił swojego twierdzenia dlaczego w jego ocenie parametry głowicy liniowej nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i formularzu parametrów technicznych.

Odnosząc się do trzeciego z twierdzeń Zamawiającego wskazanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty a dotyczącego braku podania parametrów technicznych głowicy, wyjaśnił, że wszystkie wymagane SIWZ parametry techniczne głowicy opisane zostały w formularzu parametrów technicznych stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, który to formularz Odwołujący prawidłowo wypełnił i złożył jako integralna część oferty.

Przykładowo, zwrócił uwagę, że w pozycji nr 68 ww. formularza wskazano wymagane dane jak: liczba kryształów piezoelektrycznych która wynosi 256 elementów oraz długość głowicy (FOV) która wynosi 50,9 mm, co oznacza, że dane podane przez Odwołującego spełniały minimalne wymagania stawiane przez Zamawiającego a opisane w SIWZ.

Podniósł przy tym, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał podania od oferentów innych dodatkowych parametrów technicznych głowicy, ponad dane wskazane w załączniku nr 3 do SIWZ.

Wskazał również, że przepis 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP skorelowany jest z art. 82 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. W związku z tym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

Powyższe oznacza dla Odwołującego, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ występować będzie wówczas, kiedy np.: wykonawca zaoferuje inny przedmiot zamówienia nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ; wykonawca nie zaoferował równoważnego przedmiotu zamówienia lub nie wykazał równoważności; zaproponowano w ofercie inny niż wymagany w SIWZ sposób lub zakres świadczenia; nie zaakceptowano istotnych warunków przyszłej umowy.

Zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący wskazał w sposób prawidłowy w

złożonej przez siebie ofercie wszystkie niezbędne wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ.

Zważył również, że w SIWZ nie określono obowiązku podania modelu głowicy liniowej, czego wymagał od Odwołującego Zamawiający pismem z dnia 12.12.2019r. — pomimo tego, Odwołujący się w piśmie z dnia 13.12.2019r. wskazał Zamawiającemu model głowicy.

Zwrócił również uwagę, że podobna sytuacja dotyczy żądania od Odwołującego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12.12.2019r. wskazania parametrów technicznych głowicy - pomimo, iż minimalne wymagania w tym zakresie określono w formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ (które Odwołujący wskazał w ofercie), SIWZ nie przewidywał obowiązku podania dalszych parametrów technicznych oraz pomimo tego, że Zamawiający nie sprecyzował w wezwaniu z dnia 12.12.2019r. jakiego rodzaju dodatkowe parametry techniczne miałby wskazać Odwołujący.

W świetle przytoczonych okoliczności uznać należało, że oferta złożona przez Odwołującego odpowiadała wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w SIWZ, a podstawą do odrzucenia oferty jest tylko stwierdzenie oczywistej sprzeczności oferty z treścią SIWZ, wówczas gdy odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy obu dokumentami.

Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy nie występuje merytoryczna sprzeczność oferty złożonej przez Odwołującego się z treścią SIWZ.

Abstrahując od powyższego, z ostrożności dodał, że nawet ewentualny brak udzielenia wyjaśnień na pismo z dnia 12.12.2019r. w zakresie na jaki powołuje się Zamawiający tj. brak podania parametrów technicznych i modelu głowicy, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Fakt, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień oznacza tyle tylko, że zamawiający ofertę takiego wykonawcy, w szczególności pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ocenia wyłącznie na podstawie treści oferty. Nie udzielając wyjaśnień, wykonawca naraża się na ryzyko, że zamawiający, błędnie rozumiejąc treść oferty uzna ją za niezgodną z treścią SIWZ, co jednak wcale nie oznacza, że taka niezgodność rzeczywiście występuje.

Okoliczności te Odwołujący wskazał jedynie z ostrożności, bowiem jak wyjaśniono we wcześniejszej części niniejszego odwołania - udzielił już odpowiedzi na wezwanie do

złożenia wyjaśnień z dnia 12.12.2019r.

W świetle powyższego uznać należało, że doszło również do naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z powodu - jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty - nie udzielenia pełnych wyjaśnień przez Odwołującego (czemu Odwołujący bezwzględnie zaprzeczył), z pominięciem okoliczności, iż rygor odrzucenia oferty za brak wyjaśnień dotyczyć może wyłącznie konkretnego obszaru tj. rażąco niskiej ceny i kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a rygor ten nie może być interpretowany rozszerzająco za brak wyjaśnień udzielonych w związku z innymi obszarami, które co najważniejsze nie były przez Zamawiającego określone jako wymagania w SIWZ, a w konsekwencji nie powinny mieć istotnego znaczenia dla prawidłowości złożenia oferty i oceny ofert.

Zauważył przy tym, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy PZP „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”.

Natomiast w niniejszej sprawie Zamawiający wezwał Odwołującego się do: - jednoznacznego wskazania zakresu częstotliwości głowicy liniowej wskazanego w ofercie (na co Odwołujący udzielił jednoznacznej odpowiedzi),

- wskazania modelu głowicy (co nie było wymagane w SIWZ - pomimo to Odwołujący się wskazał model), oraz

- wskazania parametrów technicznych głowicy (nie wiadomo w jakim zakresie, bowiem Zamawiający zaniechał ich określenia, a w pozostałym zakresie minimalne parametry techniczne wskazane zostały już przez Odwołującego w ofercie, a podanie innych parametrów technicznych SIWZ nie wymagał).

Powyższe oznaczało dla Odwołującego, że nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, iż nie udzielił pełnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12.12.2019 roku, to i tak brak było podstawy do uznania tego zaniechania za podstawę do odrzucenia jego oferty.

Z ostrożności należy powołać się również na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy PZP i art. 30 ust. 1 pkt. 1) ustawy PZP, zgodnie z którymi to przepisami Zamawiający powinien w SIWZ opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Podkreślił, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał podania modelu głowicy liniowej, ani podania parametrów technicznych tej głowicy ponad wymagania określone w załączniku nr 3 do SIWZ (które Odwołujący się wskazał w ofercie).

Wywodził, że jeżeli zatem w ocenie Zamawiającego podanie ww. danych było dla Zamawiającego istotne i miało wpływać na sporządzenie oferty oraz jej ocenę, to Zamawiający powinien wymagania te określić w SIWZ - co nie nastąpiło.

Powyższe oznacza dla Odwołującego, że Zamawiający naruszył ww. przepisy poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty.

Zarzucił, że Zamawiający pominął w SIWZ obowiązek wskazania w ofercie modelu głowicy i jej parametrów technicznych ponad dane obowiązkowe do wskazania w formularzu parametrów technicznych stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, przy czym jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do podania tych danych w wezwaniu z dnia 12.12.2019r. a w dalszym kroku odrzucił ofertę Odwołującego w powiązaniu z ww. danymi i wezwaniem.

Argumentował, że gdyby SIWZ przewidywał konieczność podania przedmiotowych danych, co powinno wynikać z SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, to Odwołujący podałby te dane już na etapie składania oferty.

Wymaganie przez Zamawiającego podania przez Odwołującego dodatkowych danych technicznych głowicy liniowej stanowiącej element całości zamawianego aparatu USG, ponad dane wymagane SIWZ, stanowiło - w ocenie Odwołującego - naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zważył również, iż wszyscy wykonawcy powinni mieć do spełnienia takie same warunki i wymogi stawiane SIWZ. Wobec tych okoliczności uzasadnione jest twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Wskazał, że naruszono również ust. 3 wskazanego przepisu, bowiem zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Natomiast wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu poprzez ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty złożonej przez Odwołującego, gdyby bowiem postępowanie prowadzono zgodnie z przepisami ustawy PZP, wówczas nie doszłoby do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty nastąpiłby zgodnie z przepisami ustawy PZP.

W dniu 7 stycznia 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca ProfiMedical B. W. Sp. J. z siedzibą w Katowicach, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 29 listopada 2019r. na pytanie nr 16, pisma Przystępującego z dnia 11 grudnia 2019 r., wezwania Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2019r. do wyjaśnienia treści dokumentów, odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2019r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27 grudnia 2019 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 stycznia 2020r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 82 ust.3, art.89 ust.1 pkt 2, art.91 ust.1 oraz art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej jednak kolejności, należy wskazać, że Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, jako powołany omyłkowo.

Z powyższych względów Izba uznała go za bezprzedmiotowy i jako taki nie podlegający rozpoznaniu.

W dalszej kolejności, Izba uznała za spóźniony zarzut wymierzony przeciwko SIWZ, a dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp i art.30 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, jako, że odwołanie zostało wniesione w dniu 27 grudnia 2019 r., podczas gdy publikacja SIWZ na stronie Zamawiającego miała miejsce w dniu 5 listopada 2019 r.

Stosownie do przepisu art.182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający wprowadził do SIWZ załącznik nr 3 – Formularz Parametrów Technicznych – Apart USG, gdzie w pkt 68 dokonał następującego opisu: Głowica liniowa wysokiej częstotliwości, wykonana w technologii ukierunkowanej polaryzacji kryształów lub matrycowej szerokopasmowa o zakresie częstotliwości w przedziałach: mniejszym lub równym 4.0 – 18.0 MHz lub większym niż 4.0 – 18.0 MHz; liczba kryształów piezoelektrycznych min. 128; długość głowicy (FOV) min. 50.

Nadto, Izba stwierdziła, że powyższy formularz, ale już załączony do oferty złożył Odwołujący deklarując w jego rubryce wartość oferowaną: TAK 3,5 - 16,0 MHz; 256 elementów; FOV 50,9 mm.

Ustalono również, że podobne zobowiązanie wynikało z treści samego pkt 3.8 formularza oferty, gdzie w rubryce wartości oferowanej Odwołujący podał: <= częstotliwości 4.0 – 18.0 MHz X, czym potwierdził ten parametr.

Stwierdzono przy tym, że pismem z dnia 12 grudnia 2019 r., czyli dzień po przekazaniu przez Przystępującego informacji Zamawiającemu o niespełnianiu przez powyższy parametr wymogów SIWZ, Zamawiający w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia powyższego parametru poprzez jednoznaczne wskazanie zakresu częstotliwości oferowanej głowicy, a także podanie modelu oraz parametrów głowicy liniowej.

W następstwie tego wezwania Odwołujący wskazał symbol produktu: L14-6WU i potwierdził zakres częstotliwości głowicy.

Natomiast w piśmie z dnia 27 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, powołując się na rozdział XIII – Opis kryteriów...

Poza tym w swoim rozstrzygnięciu Zamawiający wskazał, że w dniu 12.12.2019 r. wezwał oferenta do jednoznacznego wskazania jaki jest zakres częstotliwości oferowanej głowicy liniowej wysokiej częstotliwości oraz podania modelu oraz parametrów technicznych głowicy liniowej.

Dalej, Zamawiający uzasadniał, że zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami Zamawiający stwierdził, że parametry głowicy liniowej nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ i formularzu parametrów technicznych. Ponadto, Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ten poza symbolem głowicy, nie podał, pomimo wezwania Zamawiającego, parametrów technicznych oraz modelu głowicy co uniemożliwia zidentyfikowanie zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Po przeanalizowaniu powyższego materiału dokumentacyjnego, zdaniem Izby - działania Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należało uznać za naruszające powołane wyżej przepisy prawa, a argumentację Odwołującego za trafną.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący przy powyższym opisie przedmiotu zamówienia mógł zaoferować aparat USG o zakresie częstotliwości w przedziale: mniejszym niż 4.0 – 18.0 MHz, bowiem taka jest wyraźna treść cyt. wyżej pkt 68 załącznika nr 3 – Formularz Parametrów Technicznych – Aparat USG, odnoszącego się do całego przedziału wartościowego, a nie do jednej z jego granic – górnej czy dolnej.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał spełnienia innego parametru to powinien, to jednoznacznie uwzględnić w swoim opisie przedmiotu zamówienia, czego nie uczynił.

W przekonaniu Izby – Zamawiający zasugerował się w swojej ocenie stanowiskiem Przystępującego z dnia 11 grudnia 2019r., poprzedzającym przeprowadzone przez niego postępowanie wyjaśniające treść oferty w trybie przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

W cyt. piśmie Przystępujący wyraźnie wskazał, że zaoferowana przez konkurenta głowica nie spełnia wymogu w zakresie minimalnego zakresu górnej granicy częstotliwości pracy głowicy, a także stwierdził on, że minimalne częstotliwości pracy głowicy liniowej, które powinny wynosić w dolnym zakresie częstotliwości pracy 4.0 Mhz lub niżej, natomiast w górnym zakresie częstotliwości pracy minimum 18.0 Mhz lub wyżej, podczas gdy Zamawiający takich odniesień w SIWZ nie uczynił.

Zdaniem Izby – taka interpretacja mogłaby znaleźć potwierdzenie, o ile Zamawiający w SIWZ określiłby jaki parametr stanowiłby punkt graniczny, którego przekroczenie skutkowałoby odrzuceniem oferty wykonawcy. Co zostało wyżej podniesione, Zamawiający posłużył się jedynie wskazaniem przedziałów częstotliwości, a nie bezwzględnym zastrzeżeniem wartości, niepożądaną przez Zamawiającego.

Powyższy brak konsekwencji Zamawiającego przy ocenie jego własnych wymogów techniczno-funkcjonalnych, wynika również z treści pytania nr 16 Odwołującego i odpowiedzi na nie Zamawiającego z dnia 29 listopada 2019 r., gdzie na jasno zadane pytanie wykonawcy o aparat USG z parametrem 3,5 – 16 MHz, Zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza rozwiązanie równoważne, przy czym nie zaprzeczył w jakikolwiek sposób, że powyższy, powołany przez wykonawcę parametr urządzenia nie spełnia wymagań SIWZ.

W dalszej części, oceniając przedmiotową sprawę, Izba dostrzegła również, że motywacja Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego zawarta w piśmie z dnia 27 grudnia 2019r w ogóle nie zawiera jakiegokolwiek wskazania faktycznego potwierdzającego istnienie sprzeczności treści oświadczenia woli z treścią SIWZ. Brak jest powołania w uzasadnieniu konkretnych elementów oświadczenia woli wykonawcy pozostającego w kolizji z danymi postanowieniami SIWZ(nie przytoczono żadnego postanowienia SIWZ).

W związku z tym, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Jednocześnie, Izba stanęła na stanowisku, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego Odwołujący podał zaoferowany parametr zarówno w swojej ofercie, jak i w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 r., który następnie potwierdził.

W opinii Izby - sama okoliczność rzekomego braku podania modelu głowicy, lecz jedynie jej symbolu w warunkach, gdy w treści SIWZ Zamawiający nie przewidział badania przedmiotu zamówienia w oparciu o szczegółowe karty katalogowe zawierające informacje o modelu głowicy, nie może stanowić bezpośredniej przyczyny do odrzucenia oferty wykonawcy.

Powyższe statuowanie i kreowanie przez Zamawiającego nowego warunku dotyczącego przedmiotu zamówienia stanowi – według zapatrywania Izby - naruszenie fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych, o których mowa w art.7 ust.1 ustawy Pzp, to jest zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości.

Analizując dalej omawiany przypadek, w przekonaniu Izby - taki stan rzeczy powoduje bezpośrednio, że podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego w cyt. wyżej piśmie rozstrzygającym przetarg i odrzucającym jego ofertę jest wadliwa, a zastosowany przez niego przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za powołany bezpodstawnie.

W związku z powyższym, działania Zamawiającego należało potraktować, jako pozostające poza granicami przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że odrzucenie oferty Odwołującego było bezzasadne.

Konsekwencją powyższych naruszeń prawa było uznanie, że Zamawiający naruszył również przepisy art. 82 ust.3 oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....