

Sygn. akt: KIO/2669/10

WYROK
z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Nowosielski

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2010 r. przez **Kodak Polska Spółka z o.o., 02-672 Warszawa** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej, 00-909 Warszawa, ul. Banacha 2**

przy udziale wykonawcy **Tomasza Niewiadomskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fantom Serwis Tomasz Niewiadomski, 03-683 Warszawa, ul. Płońska 36** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Fantom Serwis Tomasz Niewiadomski.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej, 00-909 Warszawa, ul. Banacha 2 i nakazuje

- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Kodak Polska Spółka z o.o., 02-672 Warszawa,**

b) zasądza od **Wojskowego Centrum Edukacji Obywatelskiej, 00-909 Warszawa, ul. Banacha 2** na rzecz **Kodak Polska Spółka z o.o., 02-672 Warszawa** koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup, dostawę, montaż, uruchomienie maszyny CtP dla Drukarni WCEO*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 204-311266, w dniu 10 grudnia 2010 r. wykonawca Kodak Polska Sp. z o.o. z Warszawy wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 grudnia 2010r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez FANTOM SERWIS i odrzucenia oferty odwołującego się, która w pierwotnej decyzji zamawiającego została wskazana jako najkorzystniejsza. Zamawiający w dniu 29 listopada 2010 r. przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania, którą następnie uchylił w dniu 30 listopada 2010r., a w dniu 2 grudnia 2010 r. po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dokonał rozstrzygnięcia postępowania.

Zamawiający uznał, iż oferta Kodak Polska Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, jako niezgodna z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). W uzasadnieniu tego stanowiska zamawiający wskazał, iż sposób w jaki w ofercie wykonawca wskazał oferowany produkt, podając jedynie markę i model naświetlarki o symbolu KODAK TRENDSETTER 400 IV, nie wynika, czy wykonawca zaoferował również kompresor, perforator do blach Romayor 314, materiały eksploatacyjne (blachy offserowe) do maszyn Dominat 525 2 opakowania, Dominat 725 – 2 opakowania, Romayor 314 – 2 opakowania.

Wobec takiego stanowiska, odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł alternatywnie o unieważnienie czynności anulowania rozstrzygnięcia oraz uznania za obowiązujące rozstrzygnięcia z dnia 29.11.2010 r., a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu zawarcie umowy z odwołującym lub o powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców oraz badania i oceny ofert, w tym wybór oferty najkorzystniejszej, co winno prowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, wykluczeniem z postępowania wykonawcy Fantom Serwis i dokonaniem wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na anulowaniu pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania na podstawie art. 92 ustawy, której dokonanie nie miało umocowania w treści wskazanego przepisu i stanowiło o naruszeniu

zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy).

Odwołujący wskazał również na brak podstawy do odrzucenia jego oferty, co zamawiający uczynił w oparciu o treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego i dotyczące symbolu „Kodak Trendsetter 400 IV”, uznając, iż ich przyjęcie prowadziłyby do zamiany w treści oferty. Zdaniem odwołującego, udzielone przez niego wyjaśnienia, w których wskazał, iż przywołane oznaczenie obejmuje: „każde urządzenie osobno: naświetlarka, kompresor, perforator do blach Romayor 314, blachy offsetowe (...), ale każde o tym symbolu”, nie stanowiło o zmianie w treści oferty. W formularzu ofertowym, w części dotyczącej wymagań technicznych, odwołujący wskazał wszystkie elementy wchodzące w skład zestawu CTP. Składając wyjaśnienia, odwołujący nie dokonywał zmiany składu zestawu, potwierdził jedynie, że pod wskazaną nazwą zaoferował cały wymagany przez zamawiającego zestaw CTP, spełniający wymagania techniczne określone w siwz.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Fantom Serwis oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, odwołujący wskazał na niespełnienie wymagania posiadania menu sterowania w języku polskim naświetlarki Luxel 6300S, na dowód czego przedłożył instrukcję obsługi tego urządzenia wraz z tłumaczeniem na język polski. Wskazana niezgodność oferty wybranej z treścią siwz, wskazuje na podanie nieprawdziwych informacji co do specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia i winna prowadzić do wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Kolejna niezgodność wybranej oferty z treścią siwz, na jaką wskazał odwołujący, wynika z braku przedłożenia wraz z ofertą certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważnego na świadczenie usług serwisowych i gwarancyjnych, z czego odwołujący dodatkowo wywiódł, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy i powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. W ocenie odwołującego, złożenie dwóch polis opiewających na kwoty 250.000,00 zł. każda, nie spełniało warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 500.000 zł. Okoliczność ta również powinna prowadzić, zdaniem odwołującego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Odwołujący dodatkowo zakwestionował prawidłowość zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, którym obok nazwy płatnika podano informację o adresie, który nie widnieje w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wykonawcy Fantom Serwis, co zdaniem odwołującego rodzi wątpliwości co do prawidłowości zaświadczenia ZUS i który nie powinien być przez zamawiającego uznany, a wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W ocenie odwołującego, zamawiający potraktował ofertę Fantom Serwis w sposób uprzywilejowany, co przejawiało się w korzystniejszym traktowaniu tej oferty i braku zauważenia występujących w niej uchybień. Poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a także odrzucenia jego oferty, zamawiający dopuścił się nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji.

W dniu 16 grudnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Fantom Serwis Tomasz Niewiadomski

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie na skutek decyzji zamawiającego o wyborze oferty innego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający odrzucając ofertę odwołującego się i dokonując wyboru oferty Fantom Serwis, nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczność, iż zamawiający z własnej inicjatywy uchylił pierwotny wynik postępowania, pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia spornych kwestii dotyczących prawidłowości oceny złożonych w postępowaniu ofert, dokonanej przez zamawiającego.

W ocenie Izby, oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający uznał, w oparciu o treść wyjaśnień wykonawcy, iż ten nie zaoferował w całości przedmiotu zamówienia. Ustalenie to zamawiający opierał na

stwierdzeniu, iż w wyjaśnieniach wykonawca dokonał modyfikacji treści siwz, poprzez wskazanie nazw urządzeń, które w jego ocenie, nie mieściły się w oznaczeniu modelu oferowanego urządzenia, wskazanym w formularzu ofertowym, jako „Kodak Trendsetter 400 IV” i co miało wskazywać, iż wykonawca nie zaoferował w całości przedmiotu zamówienia. Na podstawie treści oferty – formularza cenowego (str. 3 oferty) Izba uznała, iż wykonawca zaoferował wszystkie urządzenia wchodzące w skład zestawu CTP, obejmujące naświetlarkę, kompresor, perforator do blach Romayor 314, materiały eksploatacyjne (blachy offsetowe) do maszyn. Podane w kolumnie oznaczenie marki i modelu „Kodak Trendsetter 400 IV”, w ocenie Izby dotyczy całego zestawu zestaw CTP i pochodzi od nazwy naświetlarki CTP Trendsetter 400S Series IV wchodzącej w skład zestawu. W podobny sposób zestaw CTP został oznaczony w ofercie wybranej – Fantom Serwis, w której oznaczenie Fujiluxel 6300S dla całego zestawu jest podobne z oznaczeniem naświetlarki Luxel 6300S. W ocenie Izby, wskazane przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 2.12.2010r. oznaczenia dla kompresora oraz materiałów eksploatacyjnych, nie oznaczało zmiany zakresu świadczenia. Zamawiający w siwz nie zawarł żadnych szczególnych wytycznych co do sposobu wypełnienia załącznika nr 1 do siwz, a zatem wykonawcy mieli swobodę w tym zakresie i mogli podać zbiorcze oznaczenie właściwe dla całego zestawu CTP. Treść wyjaśnień w żadnym miejscu nie pozwalała na przyjęcie w ślad za zamawiającym, iż wykonawca dokonał zmiany w treści oferty – formularza ofertowego. Treść wyjaśnień zamawiający winien oceniać w taki sam sposób, w jaki oceniał wyjaśnienia wykonawcy Fantom Serwis, który na pytanie o wskazanie marki, typu, modelu, wyjaśnił, iż oferuje kompresor produkcji FUJI/Screen o modelu BU-250. Zamawiający nie potraktował tych wyjaśnień, jako zmianę treści siwz, chociaż w formularzu ofertowym wykonawca nie określił modelu kompresora w kolumnie nr 5. Samo przywołanie w kolumnie nr 5 urządzenia nie oznaczało wskazania treści, jakiej zamawiający oczekiwał w tej części formularza. Wyszczególnienie urządzeń wchodzących w skład zestawu zostało przedstawione w formularzu ofertowym odwołującego w kolumnie nr 4 i obejmowało wszystkie wymagane urządzenia. Na tej podstawie zamawiający nie mógł ocenić oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz, a zatem jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należało ocenić za niezasadne. Wobec powyższego konieczne było przywrócenie oferty odwołującego do oceny, tym bardziej, iż jest to oferta najtańsza w postępowaniu.

Izba uznała w części zarzuty zgłoszone względem oferty Fantom Serwis, przyjmując za zasadny zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał się dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadania certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważnego na świadczenie usług serwisowych i gwarancyjnych. Istnienie tego wymagania nie było sporne między stronami, a sam zamawiający przyznał, iż żaden z wykonawców w ofercie nie

przedstawił żądanego certyfikatu lub dokumentu równoważnego. Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w dniu 25 listopada 2010 r. do wykonawcy Fantom Serwis o uzupełnienie kopii autoryzacji producenta oferowanego sprzętu oraz certyfikatu ISO 9001:2000 lub równoważny na świadczenie usług serwisowych i gwarancyjnych (nr pisma 2583). W odpowiedzi wykonawca przedłożył oświadczenie producenta urządzeń FUFIFILM, stanowiące potwierdzenie posiadania autoryzacji producenta na dystrybucję materiałów oraz urządzeń poligraficznych. Wskazanie w dalszej treści oświadczenia, iż Fantom Serwis jest certyfikowanym serwisem urządzeń Luxel T6300 S oraz Screen, nie pozwalało na przyjęcie, iż oświadczenie to stanowi dokument równoważny dla żądanego certyfikatu ISO 9001:2000, co potwierdził sam zamawiający na rozprawie. Dodatkowo słuszność takiego ustalenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, w którym *za równoważne do wskazanych uznaje także inne certyfikaty, których uzyskanie obwarowane jest odbyciem szkolenia wg usystematyzowanych i opisanych, podlegających weryfikacji funkcji i zasad, których analiza pozwala na przyjęcie, że nabyte umiejętności, z dużym prawdopodobieństwem doprowadzą do uzyskania skuteczności zarządzania programami, na poziomie analogicznym do oczekiwanego przez zamawiającego (gdzie punktem odniesienia jest zakres kompetencji osób posiadających certyfikaty wymienione). Certyfikaty równoważne definiowane jako wydawane przez organizacje będące właścicielami metody oraz podmioty przez nie akredytowane ewentualnie merytorycznie tożsame (SO w Warszawie V Ca 142/09 z 13.03.2009 r.)*. W tych okolicznościach, zamawiający był zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zamawiający nie mógł zmienić w toku oceny ofert warunków udziału w postępowaniu i był zobowiązany zastosować się do ustanowionych przez siebie zapisów siwz. Stwierdzenie w toku postępowania, iż warunki mogły być zbyt rygorystyczne, nie uprawniało zamawiającego do ich zmiany.

Pozostałe zarzuty zgłoszone względem oferty Fantom Serwis Izba oddaliła. Odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca nie jest w stanie dostarczyć urządzenia – naświetlarki posiadającej menu sterowania w języku polskim. Fakt, iż istnieje urządzenie posiadające menu w języku angielskim nie był sporny, natomiast z okoliczności tej nie można wywodzić w sposób skuteczny, iż urządzenie to nie może posiadać menu sterowania w języku polskim. Również zarzut dotyczący oceny zdolności finansowej wykonawcy nie zasługiwał na uwzględnienie. Zamawiający był uprawniony przyjąć za wystarczające potwierdzenie spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, złożenie dwóch samodzielnych polis, których wartość po zsumowaniu wynosiła 500.000 zł. Celem, jakemu służy złożenie polisy jest wykazanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Skoro wykonawca posiada niezależne od siebie i opłacone

polisy ubezpieczenia, to zamawiający może dochodzić roszczeń z każdej z nich do kwot w nich wskazanych. Podniesiona przez odwołującego niezgodność w oznaczeniu adresu płatnika składek na ubezpieczenie społeczne z danymi ujawnionymi w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, nie była wystarczająca dla zakwestionowania, iż zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 4.10.2010 r. (str. 13 oferty) dotyczy wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Nie budziło wątpliwości, iż w zaświadczeniu w sposób prawidłowo oznaczono płatnika składek, będącego osobą fizyczną, identyfikowalną poprzez numer NIP oraz PESEL, jak również podano informację o braku zaległości w opłacaniu składek na dzień 04.10.2010 r.

Izba nie uwzględniła okoliczności powołanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie o wystąpieniu niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Wada ta wynikać ma z upływu terminu realizacji zamówienia, określonego w siwz na dzień 15.12.2010 r. W ocenie Izby, okoliczność ta nie mogła prowadzić do oddalenia odwołania. Zapowiedź ewentualnego unieważnienia postępowania nie była objęta zakresem zarzutów, a zatem Izba nie była władna do ustalenia zasadności czynności przyszłej i nie pewnej, której prawidłowość będzie mogła być przedmiotem badania w drodze odrębnych środków ochrony prawnej. Stan faktyczny postępowania istniejący w dniu wydania wyroku wskazywał, iż stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, który na skutek uwzględnienia odwołania ulegnie zmianie. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy odwołanie należało uwzględnić.

Ponieważ zamawiający nie wzywał dwóch pozostałych wykonawców, w tym odwołującego do uzupełnienia certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych i gwarancyjnych (lub dokumentu równoważnego temu certyfikatowi), a jak oświadczył wykonawcy ci stosownych dokumentów w ofertach nie złożyli, w toku ponownego badania i oceny ofert, zamawiający winien ustalić, czy wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów

rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis. Wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na brak rachunku wymaganego zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia, nie mógł być uwzględniony.

Przewodniczący:

.....