

Sygn. akt KIO/UZP 1214/09

POSTANOWIENIE
z dnia 8 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 8 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bochni „Szpital Powiatowy”, 32-700 Bochnia, ul. Krakowska 31** protestu z dnia 5 sierpnia 2009 r.,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bochni „Szpital Powiatowy”, 32-700 Bochnia, ul. Krakowska 31** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 3 038 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Lite 16 dla SP ZOZ w Bochni Szpital Powiatowy”, o wartości zamówienia poniżej 206 000 euro, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bochni „Szpital Powiatowy” z siedzibą w Bochni, odwołujący – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wniósł protest (pismo z dnia 5 sierpnia 2009 r.) i wobec oddalenia protestu, błędnie określonego, jako odrzucenie (pismo z dnia 10 sierpnia 2009 r.), wniósł odwołanie (pismo z dnia 17 sierpnia 2009 r.).

W proteście i odwołaniu zarzucił zamawiającemu sporządzenie wadliwego opisu wykazu dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to opis został zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu w części III.2 oraz w siwz w pkt 7.5.2. Podał, że czynność zamawiającego narusza przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, zaś w przypadku zawarcia umowy naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.). Naruszenie wskazanych przepisów może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a Pzp).

Podał, że ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.07.2009 r. pod pozycją 260566, siwz udostępniona została na stronie internetowej zamawiającego www.szpital-bochnia.pl również w dniu 30.07.2009 r.

Uzasadniając swoje stanowisko, w szczególności faktem, że odwołanie dotyczy opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp oraz wskazując, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Lite 16 dla SP ZOZ w Bochni Szpital Powiatowy, w zakresie: (...) wymienionym w pkt 1 siwz, tj.:

- 1) wykonanie okresowych przeglądów serwisowych tomografu komputerowego,
- 2) dostawa lamp rentgenowskich,
- 3) wykonanie testów specjalistycznych tomografu komputerowego,

a nie tylko usługa serwisowa jego części składowej – lampy, wniósł w odwołaniu o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) modyfikację ogłoszenia (III.2) i siwz w zakresie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez: wykreślenie z pkt 7.5.2. wyrazu „lub” i wpisanie wyrazów: „7.5.2. Certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenia inżyniera wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych BRIGHTSPEED Lite 16” oraz „7.5.3. Certyfikat producenta lampy rtg upoważniający inżyniera wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez zamawiającego - minimum jedna osoba posiadająca taki certyfikat”,

ewentualnie

- 3) o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający, w istocie rozstrzygnął merytorycznie protest odnosząc się do jego zarzutów i stwierdził, że protest jest bezzasadny.

Podał, że protestujący wnosząc o modyfikację ogłoszenia (III.2) i siwz w zakresie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez wykreślenie z pkt 7.5.2 siwz wyrazu „lub” oraz wpisanie wyrazów „7.5.2. Certyfikat wystawiony przez producenta tomografu komputerowego potwierdzający przeszkolenia inżyniera wykonawcy w zakresie serwisowania tomografów komputerowych BRIGHTSPEED Lite 16” oraz „7.5.3. Certyfikat producenta lampy rtg upoważniający inżyniera wykonawcy do instalacji lampy w tomografie komputerowym posiadanym przez zamawiającego - minimum jedna osoba, posiadająca taki certyfikat”, wymaga w konsekwencji złożenia przez wykonawców dwóch różnych dokumentów.

Podniósł, że nie może zgodzić się na takie rozwiązanie, gdyż w sposób ewidentny naruszyłby art.7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym uniemożliwiłby złożenie ofert innym wykonawcom, którzy są w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością. Stwierdził, że w postępowaniu, w którym jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena, uwzględnienie wniosków protestującego równałoby się z narzuceniem praktyk monopolistycznych, co w efekcie powoduje brak konkurencyjności postępowania, a tym nieoszczędne wydatkowanie publicznych pieniędzy.

Uznał również, że zobowiązany jest do formułowania postanowień siwz z uwzględnieniem swoich potrzeb, a nie rozwiązań proponowanych przez protestującego. Ponadto wskazał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie zobowiązani zostali do złożenia oświadczenia w trybie art. 22 ust.1 pkt 1, 2, 3, 4 Pzp, gdzie potwierdzają, że dysponują niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

W piśmie z dnia 15 września 2009 r. pełnomocnik zamawiającego złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 (w piśmie błędnie podano § 5 zamiast ust. 4) w zw. z art. 184 ust. 1a pkt 2 (błędnie podano § 1a zamiast ust. 1a, błędy zostały skorygowane przez pełnomocnika na posiedzeniu) Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego i w obu przypadkach wniósł o „zwrot kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych”.

W uzasadnieniu pisma podał, że odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu złożonego w innej materii, niż wskazana w art.184 ust. 1a Pzp.

Odnosząc się do merytorycznych zarzutów odwołania stwierdził, że są one bezzasadne, gdyż uwzględnienie wniosku odwołującego spowodowałoby, że liczba potencjalnych wykonawców zostałaaby zmniejszona wyłącznie do jednego podmiotu – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (odwołujący), co stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, o czym stanowi art. 7 Pzp. Wskazał, że warunek posiadania certyfikatu wydanego przez producenta tomografu komputerowego BRIGHTSPEED Lite 16, tj. GE Healthcare w sposób oczywisty wyeliminuje z postępowania jakąkolwiek konkurencję.

Załączył do pisma wydruki ze strony internetowej, z których wynika, że firma GE Healthcare rozpoczęła działalność w 1997 r. jako przedstawicielstwo francuskiej firmy – matki. Firma zmieniła nazwę na GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. W tej sytuacji żaden inny wykonawca nie ma możliwości zostania uznanym za autoryzowany serwis firmy GE Healthcare.

Zatem, zamawiający mógłby uzyskać jedyną ofertę w postępowaniu, złożoną przez odwołującego. Podkreślił, że zamawiający opisując wykaz dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w żaden sposób nie uniemożliwił odwołującemu złożenia oferty w postępowaniu.

Wskazał także, że główną częścią przedmiotu zamówienia jest gwarancja sprawności działania lampy rtg. Dokument potwierdzający zdolność wykonawcy do serwisowania i instalacji lampy w tomografie komputerowym zamawiającego automatycznie oznacza, że osoba taka jest w pełni zdolna serwisować tomograf.

Pełnomocnik, podobnie jak odwołujący w proteście i odwołaniu, powołał się na orzecznictwo, w tym orzeczenia KIO.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu z udziałem stron i pełnomocników, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp.

Słusznie zamawiający uzasadnił, w szczególności w piśmie pełnomocnika z dnia 15 września 2009 r., że odwołanie przysługuje w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego m.in. – art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp – opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko ograniczające rozpoznawanie odwołań przyjęte zostało w orzecznictwie KIO, jak również potwierdzone w

orzeczeniu Sądu Okręgowego w Katowicach – postanowienie z dnia 30 czerwca 2009 r. sygn. akt XIX Ga 207/09, w którym Sąd stwierdził, że „wykładnia rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem nie jest uprawniona w świetle obowiązującej zasady legalizmu oznaczającej w tym przypadku możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, tylko w takim zakresie jak dopuszcza to ustawodawca”.

W toku posiedzenia ustalono, że kwestionowany opis zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III. Warunki dotyczące zamówienia i warunki udziału, pkt 5.2) i siwz (pkt 7.5.2 wymóg złożenia alternatywnych certyfikatów), nie stanowi ani warunków udziału w postępowaniu, ani sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału, nie dotyczy również oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Są to dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, o jakich stanowi art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp. Powyższe wynika również z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.), gdzie wbrew wskazaniu przez odwołującego, że chodzi o dokumenty określone w § 1 ust. 2 pkt 5, 5a i 6, odnoszące się do osób i posiadanych przez nich uprawnień, w tym przypadku mają zastosowanie przepisy § 3 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia, ponieważ żaden przepis ustawy nie nakłada obowiązku posiadania przez osoby świadczące usługi serwisowe tomografu, stosownego certyfikatu.

Zamawiający jednoznacznie opisał w ogłoszeniu o zamówieniu - pkt 5 wskazanej sekcji III i w pkt 7.5 siwz, że żądane certyfikaty służą potwierdzeniu, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu sprowadzającego się do osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, nie żądał również wykazu osób, co potwierdził odwołujący, lecz żądał potwierdzenia spełniania wymogów przez oferowaną usługę.

Rozróżnienie warunków udziału w postępowaniu i spełniania przez oferowane, w tym przypadku, usługi wymagań określonych przez zamawiającego, wynika wprost z art. 25 ust.1 Pzp. Warunki służą weryfikacji podmiotowej wykonawców, zaś wymagania dotyczące usług odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

Z tych względów KIO, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a pkt 2 Pzp odrzuciła odwołanie, jako odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, którego treścią nie był opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust.1 pkt 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....