

Sygn. akt: KIO 2148/11

**WYROK**  
**z dnia 19 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 października 2011 r.** przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o., ul. Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., ul. Dębowa 3, 53-134 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Oticon Polska sp. z o.o. z postępowania oraz nakazuje powtórne dokonanie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego z uwzględnieniem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań i :**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

**OTICON POLSKA Sp. z o.o., ul. Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**  
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** na rzecz wykonawcy **OTICON POLSKA Sp. z o.o., ul. Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości wraz z procesorem dźwięku”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2011 roku pod numerem 2011/S 100 -163757.

Odwołujący - OTICON Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy złożone dokumenty wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 27 września br. Odwołujący powziął informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający w rozdziale 9.1.2.1. SIWZ wymagał, aby Wykonawcy posiadali stosowną wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu co najmniej dwóch dostaw implantów zakotwiczonych do kości wraz z procesorem dźwięku w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości co najmniej 210.000 PLN każda.

Odwołujący, na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, skorzystał z możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego - Oticon Medical. Wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie

Oticon Medical do oddania do dyspozycji dla Odwołującego wszelkich niezbędnych zasobów oraz pełnego wsparcia podczas realizacji zamówienia wraz z tłumaczeniem przysięgłym, wykaz usług, gdzie wskazano poleganie na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego - Oticon Medical, referencje ze szpitala Radboud University Nijmegen Medical Centre wraz z tłumaczeniem, referencje University Hospital Maastricht wraz z tłumaczeniem. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, stwierdzając: „SIWZ pkt 9.1.2.1 wraz z 9.3.1.2 - wykonawca nie załączył do oferty wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie”. Odwołujący zauważył, iż wezwanie miało treść lakoniczną, bez doprecyzowania, czego zdaniem Zamawiającego brakuje w złożonych oświadczeniach i dokumentach. Odwołujący zatem ponownie przedłożył oświadczenia i dokumenty takie same, jak uprzednio złożone w ofercie. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Opierając się na literalnej wykładni treści obu dokumentów należy uznać je wyłącznie za potwierdzenie co do jakości samych produktów Oticon Medical.” Zdaniem Zamawiającego treść złożonych przez Odwołującego referencji nie potwierdzała należytego wykonania dostaw do obu szpitali. Ponadto Zamawiający na podstawie treści przedłożonych przez Odwołującego referencji, stwierdził, iż produkty Oticon Medical mogły być dostarczone przez dowolny podmiot gospodarczy (firmę), ponieważ z treści złożonego oświadczenia nie wynika wskazanie podmiotu, który dokonał realizacji zamówienia, a tym samym brak jest wskazania źródła pochodzenia produktów Oticon Medical.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, iż przedłożone przez niego dokumenty-referencje ze szpitala uniwersyteckiego Radboud University Nijmegen Medical Centre oraz szpitala uniwersyteckiego University Hospital Maastricht nie potwierdzały należytego wykonania dostaw zrealizowanych przez Oticon Medical.

Zwrócił uwagę, iż zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy, a legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w wykazie oraz referencjach złożonych wraz z tym wykazem. Oceniając spełnianie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający obligatoryjnie bada łącznie oświadczenie zawarte w wykazie oraz informacje zawarte w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług.

Ponadto Odwołujący podkreślił, iż ustawodawca nie wskazuje i nie określa w żadnym akcie prawnym wymaganej treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, mając na uwadze, iż ich treść każdorazowo zależy od podmiotu, który tę referencję wystawia.

Odwołujący podkreślał, iż przedłożone przez niego w niniejszym postępowaniu referencje nie

były wystawione na potrzeby tego konkretnego postępowania, mają charakter ogólny i Odwołujący w żaden sposób nie miał wpływu na katalog zawartych w nich informacji.

Zdaniem Odwołującego, jeżeli ustawodawca nie zdefiniował wymagań dotyczących szczegółowej treści referencji zarówno dotyczących terminu wykonania, wartości jak i samego przedmiotu wykonanej umowy, Zamawiający nie może żądać, aby z dokumentów sporządzonych przez podmioty trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania dostaw. Wszelkie wymagane informacje oświadczył Odwołujący w wykazie zrealizowanych dostaw, a prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W referencjach wystawionych przez szpital Radboud University Nijmegen Medical Centre, zawarto sformułowania, iż szpital jest „usatysfakcjonowany jakością produktów”, „od strony operacyjnej jak i audiologicznej nie wystąpiły żadne problemy” oraz potwierdza „jakość obsługi zgodną ze standardami”. Odwołujący zaznaczył, iż zwroty te w sposób ewidentny potwierdzają należyte wykonywanie dostaw, są pozytywne i świadczą o profesjonalizmie Oticon Medical.

W zakresie zarzutu Zamawiającego co do braku zdefiniowanego w treści referencji podmiotu realizującego dostawy Odwołujący wskazywał, iż Oticon Medical jest jedynym producentem implantów Oticon. Na terenie Holandii jest również wyłącznym ich dostawcą. Zdaniem Odwołującego zwrot użyty w referencjach: „wykorzystujemy produkty Oticon Medical” potwierdza, iż przedmiotem dostaw były implanty kotwiczone w kości, gdyż tylko tym Oticon Medical się trudni, produkty Oticon Medical oferuje wyłącznie Oticon Medical będąc zarówno dostawcą jak i producentem. Potwierdzeniem powyższego jest również sformułowanie: „jakość obsługi oferowana przez Oticon Medical jest zgodna ze standardami”.

W referencjach - Szpitala Uniwersyteckiego z Maastricht potwierdzono, iż szpital wykorzystuje zakotwiczone w kości systemy słuchowe Oticon Medical. Przedstawiciel szpitala wyraził „zadowolenie z jakości produktów, profesjonalnego wsparcia oraz obsługi podczas operacyjnej i audiologicznej części dopasowania systemu”. Odwołujący zaznaczył również przy okazji tych referencji, iż producent jest jednocześnie dostawcą produktów.

Podkreślił, iż z treści referencji nie można wywodzić w sposób nie budzący wątpliwości zakresu dostaw oraz ich wartości. Referencje bowiem mają charakter abstrakcyjny, nie są przygotowywane na potrzeby konkretnego postępowania i ich celem jest jedynie ustalenie, iż zobowiązanie (usługa, dostawa lub robota budowlana) zostało wykonane należycie.

Do niniejszego postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Izby referencje wystawione przez Radboud University Nijmegen Medical Centre potwierdzają należyte zrealizowanie dostawy przez Oticon Medical. Z treści tych referencji wynika, że podmiot wystawiający referencje pozytywnie ocenia zarówno jakość produktów firmy Oticon Medical, jak i jakość obsługi zaoferowanej przez tę firmę, wymienioną wprost jako realizującą zamówienie (co wynika ze stwierdzenia „przez Oticon Medical”). Z całą pewnością treść referencji zawiera adresata referencji, a więc wykonawcę zamówienia, jak również zawiera stwierdzenia, które poświadczają należyte wykonanie zamówienia – „zgodnie ze standardami”, „jesteśmy usatysfakcjonowani”. Treść referencji potwierdza więc zrealizowanie zamówienia przez tę firmę w sposób odpowiadający wymaganiom wystawiającego referencję.

Izba ustaliła, iż referencje pochodzące od podmiotu University Hospital Maastricht z pewnością potwierdzają jakość produktów Oticon Medical. W treści tych referencji zostało stwierdzone, iż podmiot University Hospital Maastricht potwierdza zarówno jakość produktu, jak i fachową obsługę. W treści referencji brak jest jednak wskazania adresata referencji, tzn. podmiotu, którego przedmiotowe referencje dotyczą. Samo stwierdzenie podmiotu University Hospital Maastricht: „Wykorzystujemy w naszej pracy zakotwiczone w kości systemy słuchowe Oticon Medical” nie oznacza wcale, iż Oticon Medical był dostawcą urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdziłby fakt, iż Oticon Medical jest jedynym producentem i dostawcą tych urządzeń na terenie Holandii, posiadającym wyłączne prawo dostawy na terenie tego kraju. Skoro brak jest dowodu na tę okoliczność, nie można uznać, aby to wyłącznie holenderska firma Oticon Medical była dostawcą ww. urządzeń dla University Hospital Maastricht, a tym samym adresatem przedmiotowych referencji. W świetle powyższego należy uznać, iż przedmiotowe referencje nie potwierdzają, aby to holenderska firma Oticon Medical zrealizowała dostawę urządzeń Oticon Medical na rzecz University Hospital Maastricht. Izba stoi na stanowisku, iż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw (lub usług) powinny wskazywać podmiot, który zrealizował określoną dostawę (lub usługę). W przeciwnym razie mamy do

czynienia z dokumentem bez wskazania nazwy wykonawcy, zatem dokumentem, którym może posługiwać się każdy podmiot. Rację ma Odwołujący wskazując, iż treść przedstawionego w ofercie wykazu oraz treść referencji powinny być analizowane łącznie, jednak z treści każdego z nich bezwzględnie powinno wynikać, jaki podmiot zrealizował zamówienie.

Nie jest także prawdą, iż z treści oświadczenia podmiotu Oticon Medical z dnia 4 maja 2010 roku (przedstawionego jako oświadczenie czyniące zadość wymaganiom artykułu 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych) wynika, że podmiot Oticon Medical zrealizował dostawy na rzecz University Hospital Maastricht. Przedmiotowe oświadczenie zawiera jedynie stwierdzenie, iż firma Oticon Medical wspierała między innymi ww. instytucję w zakresie leczenia pacjentów przy użyciu zakotwiczonych w kości systemów poprawiających słyszenie. Z powyższego na pewno nie można wprost wywieść, aby wyrażenie: „wspierała w zakresie leczenia pacjentów” było tożsame ze stwierdzeniem: „zrealizowała dostawy”.

Jednakże pomimo stwierdzenia, iż referencja wystawiona przez University Hospital Maastricht nie potwierdza spełnienia warunków w postępowaniu, Izba postanowiła uwzględnić odwołanie.

W niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła (co także zarzucił Zamawiającemu Odwołujący w treści odwołania oraz podczas rozprawy), iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jakie wystosował Zamawiający do Odwołującego, było wadliwe. Zamawiający ograniczył treść wezwania do wskazania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 9.1.2.1 wraz z 9.3.1.2). Zapisał, iż Odwołujący nie załączył dokumentów (wymaganych w treści SIWZ) do oferty, co nie tylko nie było prawdą, ale także mogło wprowadzić i wprowadziło Odwołującego w błąd. Świadczy o tym fakt, iż Odwołujący przedstawił ponownie te same dokumenty, jakie załączył do oferty. Gdyby Zamawiający wskazał, iż załączone do oferty dokumenty zostały uznane przez Zamawiającego za niewystarczające, nie potwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wówczas Odwołujący miałby możliwość złożenia innych dokumentów. Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż wezwanie miało treść lakoniczną. Izba w pełni podziela ten pogląd. Zamawiający nie wskazał także właściwej podstawy wezwania, zatem należy uznać, iż wezwanie to było wadliwe. Stwierdzenie tego faktu ma wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

Artykuł 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określa kilka przypadków, w których Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Jednym z przypadków jest niezłączenie do oferty wymaganych dokumentów, innym zaś jest złożenie dokumentów zawierających błędy. W ocenie Izby, wykonawca powinien mieć świadomość, który z tych przypadków ma miejsce, gdyż okoliczność ta ma wpływ na działania wykonawcy po otrzymaniu wezwania i zakres dokumentów, jakie złoży czyniąc

zadość żądaniu Zamawiającego. Informacja w tym zakresie powinna więc wynikać z pisma skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy.

W ocenie Izby, w świetle powyższego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując na dokumenty, które powinien uzupełnić Odwołujący. Zamawiający powinien wskazać na dokładny powód faktyczny takiego wezwania. W niniejszej sprawie Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający powinien uwzględnić szczególny fakt, iż złożone referencje dotyczą podmiotu trzeciego i jednocześnie podmiotu, który jest podmiotem zagranicznym i wyznaczyć odpowiedni czas do uzupełnienia referencji.

Izba uznała, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania było przedwczesne. Zamawiający bowiem nie wezwał Odwołującego w sposób prawidłowy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zatem w ocenie Izby Zamawiający powinien tej czynności dokonać, umożliwiając Odwołującemu uzupełnienie dokumentów wymienionych jednoznacznie w treści wezwania. Dokonanie w sposób nieprawidłowy czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć wpływ na wynik postępowania, zatem Izba uwzględniła niniejsze odwołanie. Nieprawidłowe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów powoduje, że czynność wykluczenia Odwołującego uznać należy za przedwczesną. Dopiero prawidłowe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i analiza treści dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego po otrzymaniu takiego prawidłowego wezwania może pozwolić na ocenę, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z treścią artykułu 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie 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). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....