

Sygn. akt: KIO 1318/14

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawcę

VOXEL S.A. ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie
ul. Roentgena 5, 02-781 Warszawa

przy udziale **Eckert & Ziegler F-con Deutschland GmbH Nicolas-August-Otto-Strasse 7a, 56357 Holzhausen, Niemcy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża VOXEL S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez VOXEL S.A. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę preparatu ¹⁸F-FDG (fluorodeoksyglukoza) do diagnostyki nowotworów metodą PET/CT” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 22 lutego 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 038-062505. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – VOXEL S.A. wniósł odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w toku zamówienia w postaci dokonania 17 czerwca 2014 r. ponownej oceny złożonych ofert oraz:

1. unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert z 15 maja 2014 r.,
2. wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH,

co narusza art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia podmiotowi wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszenie obowiązku wykonania wyroku KIO i zakazu dokonywania czynności w sposób sprzeczny z rozstrzygnięciem odwołania wskutek dokonania czynności sprzecznej z wyrokiem KIO z 11 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1063/14).

Odwołujący wniósł o unieważnienie oceny złożonych ofert z 17 czerwca 2014 r., w tym unieważnienie: 1) czynności unieważnienia oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zawiadomieniem z 15 maja 2014 r., 2) czynności wykluczenia z postępowania odwołującego, 3) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że 15 maja 2014 r. zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o dokonaniu czynności oceny ofert złożonych w toku zamówienia i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Voxel S.A. Czynność tę zakwestionował wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH składając odwołanie, w którym zarzucił zaniechanie wykluczenia Voxel S.A. z postępowania ze względu na brak wykazania

spełnienia warunków ubiegania się o zamówienie oraz odrzucenia jego oferty ze względu na sprzeczność przedmiotu oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający uwzględnił odwołanie, jednak wobec sprzeciwu Voxel S.A. Izba rozpoznała sprawę i 11 czerwca 2014 r. ogłosiła wyrok (sygn. akt KIO 1063/14).

Zgodnie z odczytaną przez przewodniczącego składu orzekającego sentencją wyroku Izba oddaliła odwołanie. Jednocześnie przewodniczący, przedstawiając ustne motywy rozstrzygnięcia sprawy, wskazał, że pomylił się ogłaszając wyrok, albowiem jego intencją było uwzględnienie odwołania ze względu na uznanie zasadności jednego z kilku zarzutów odwołania.

Po ogłoszeniu wyroku nie zostało jednak wydane żadne postanowienie w sprawie sprostowania wydanego wyroku, zresztą sprostowanie takie nie jest proceduralnie możliwe.

18 czerwca 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu 17 czerwca 2014 r. ponownej oceny ofert i unieważnieniu czynności wyboru oferty Voxel S.A., wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze oferty Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH wskazując, że ponowna czynność oceny oferty dokonywana jest zgodnie z sentencją i uzasadnieniem wyroku Izby z 11 czerwca 2014 r.

Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem zamawiającego. Sentencja wyroku z 11 czerwca 2014 r. o sygn. akt KIO 1063/14 wskazywała, że odwołanie zostało oddalone.

Sprostowanie wyroku nie nastąpiło ani nie byłoby niemożliwe. Jeżeli którakolwiek ze stron jest niezadowolona z wyroku i chce postąpić wbrew jego treści, musi doprowadzić do jego zmiany w drodze skargi. Taka skarga nie została złożona ani przez odwołującego, ani przez zamawiającego. W konsekwencji wyrok z 11 czerwca 2014 r. oddalający odwołanie należy uznać za wiążący, czego skutkiem jest utrzymanie w mocy czynności oceny ofert z 15 maja 2014 r. Zatem czynność zamawiającego, która jest sprzeczna z tym wyrokiem nie może się ostać.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż 11 czerwca 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1063/14, w którym uwzględniła odwołanie wykonawcy Eckert & Ziegler F-con Deutschland GmbH oraz nakazała wykluczenie z postępowania wykonawcy VOXEL S.A. 18 czerwca 2014 r. zamawiający, zgodnie z treścią i uzasadnieniem wyroku, dokonał czynności ponownej oceny ofert i wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę VOXEL S.A. Wniesione 27 czerwca 2014 r. odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego przez VOXEL S.A. w związku z okolicznością, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o zaistniały w postępowaniu przetargowym stan faktyczny i prawny Izba ustaliła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Taka sytuacja ma miejsce w przypadku niniejszego odwołania.

Odwołujący co prawda wskazuje, że wyrokiem tym Izba oddaliła odwołanie wniesione przez Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, jednak z treści wyroku znajdującego się w aktach postępowania odwoławczego wynika, że odwołanie zostało uwzględnione. Z uzasadnienia odwołania z kolei wynika, że Izba uwzględniła odwołanie ze względu na stwierdzone przesłanki do wykluczenia VOXEL S.A. z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W wyroku tym skład orzekający wskazał:

„Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Voxel S.A., Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie braku prawidłowego wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Nie można zgodzić się z Przystępującym, iż już z dokumentów złożonych pierwotnie wraz z ofertą wynikało spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Bezsprzecznie pierwsza dostawa referencyjna nie odpowiadała swą wartością minimalnym wymogom postawionym przez Zamawiającego. Odnosnie drugiej dostawy referencyjnej realizowanej na rzecz Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii nie sposób uznać, iż na dzień składania ofert Przystępujący posiadał doświadczenie na poziomie określonym w warunkach udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się z Przystępującym, iż w przedmiotowej sprawie dla wykazania posiadania wymaganego doświadczenia wystarczające było wykazanie się zawarciem kontraktu na określoną minimalną kwotę. W ocenie Izby to, iż dany wykonawca nabył jakieś doświadczenia nie wynika z podpisania kontraktu na realizację danego zamówienia a wyłącznie z faktycznego wykonania danego zamówienia. Oczywiście nie oznacza to, iż wykonawcy pozbawieni są możliwości wykazywania się doświadczeniem nabywanym w trakcie realizacji w tym przypadku dostaw radiofarmacetyków, choć jeszcze niezakończonych. Niemniej, w ocenie Izby, aby można było mówić o posiadaniu doświadczenia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie, w przypadku dostaw wykonywanych, wykonawca musi wykazać, że w określonym w warunku zakresie dostawy zrealizował, co stanowi o nabyciu przez niego wymaganego doświadczenia, niezależnie od tego że kontrakt nie został jeszcze w pełni wykonany. Tym samym, choć dostawa referencyjna realizowana na rzecz Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii od 2 stycznia 2014 r., opiewała na kwotę 2.681.808,48 zł to w świetle przedłożonych

dokumentów nie sposób uznać, iż Przystępujący na dzień składania ofert nabył doświadczenie w realizacji dostawy o wartości nie mniejszej niż 1.400.000,00 zł, skoro na taką kwotę dostaw na rzecz wspomnianego podmiotu do upływu terminu składania ofert nie zrealizował. Nie można również zgodzić się z Przystępującym, iż w przedmiotowym postępowaniu stosując wykładnie literalną odpowiednich postanowień SIWZ za wystarczające dla wykazania się wymaganym doświadczeniem było realizowanie, wykonywanie dostawy o określonej wartości, niezależnie od stopnia zaangażowania na dzień składania ofert. W ocenie Izby, wykładnia literalna odpowiednich postanowień SIWZ, na które wskazywał Przystępujący może prowadzić wyłącznie do stwierdzenia, iż dopuszczalne było również posłużenie się doświadczeniem nabytym przy dostawach realizowanych, wykonywanych, a jeszcze niezakończonych. Tym samym, aby mówić o doświadczeniu należy odnosić się do dostaw zrealizowanych w ramach trwającego kontraktu. W ocenie Izby spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie wynika również z dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz dostaw powołując się na potencjał podmiotu trzeciego. O ile swoim zakresem jak i wartością dostawa referencyjna odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ to nie można uznać, iż Przystępujący prawidłowo wykazał, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w określonym terminie przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, co stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 26 ust. 2b zdanie drugie Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem wykonawca polegający na potencjale podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba wskazuje, iż przedłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w kopii poświadczonej przez Przystępującego za zgodność z oryginałem nie może być uznane za prawidłowe. Oceny powyższej nie może zmieniać przedłożenie przez Przystępującego w dniu 22 maja br. oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, gdyż nastąpiło ono z uchybieniem terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym należało uznać, iż Przystępujący Voxel S.A. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał, że wykluczył VOXEL S.A. w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyżej zacytowaną treść wyroku Izby oraz informację o wykluczeniu VOXEL S.A. z postępowania Izba stwierdziła, że zachodzi ww. przesłanka odrzucenia odwołania.

Jeśli w trakcie postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1063/14 zaszły uchybienia proceduralne, na które wskazywał odwołujący, przysługuje mu skarga do sądu, którą może wnieść w terminie 7 dni od dnia doręczenia mu wyroku Izby, zgodnie z art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do chwili uchylenia tego wyroku przez sąd, zachowuje on swoją moc i Krajowa Izba Odwoławcza i zamawiający jest jego sentencją – w brzmieniu wynikającym z otrzymanego odpisu – związany.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: