

WYROK
z dnia 23 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę

Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane IPB Sp. z o.o. ul. Lubawska 3, 14-200 Ława

w postępowaniu prowadzonym przez

Wojskowy Instytut Medyczny ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa oraz Climatic Sp. z o.o. Reguły, ul. Żytnie, 05-816 Michałowice** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane IPB Sp. z o.o. ul. Lubawska 3, 14-200 Ława** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane IPB Sp. z o.o. ul. Lubawska 3, 14-200 Ława** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Ławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego IPB Sp. z o.o. ul. Lubawska 3, 14-200 Ława na rzecz Wojskowego Instytutu Medycznego ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dobudowę budynku do łącznika E1-2 z przeznaczeniem na Oddział Intensywnej Terapii oraz Pracownię Elektrofizjologii i Hemodynamiki wraz z wyposażeniem” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2011 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 lutego 2012 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i poinformował wykonawców m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp. z o.o. oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego – Iławskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego IPB Sp. z o.o. 3 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium.

10 lutego Odwołujący – Iławskie Przedsiębiorstwo Budowlane IPB Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym poprzez stosowanie różnych podstaw dokonywania czynności wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy spełnił warunki postępowania,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
4. art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego w sytuacji, gdy brak jest podstaw do jego zatrzymania,
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp.

z o.o. wobec błędnego obliczenia ceny oraz niezastosowanie tego przepisu do badania innych ofert, tj. zaniechanie ustalenia braku błędów w obliczeniu cen i mimo to nieodrzućenia ofert, w których ceny okazałyby się obciążone błędem niemożliwym do poprawienia,

6. art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która w przypadku prawidłowej oceny oferty Odwołującego, nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. unieważnienia czynności zatrzymania wadium Odwołującego,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i uznania, że oferta Odwołującego nie podlega wykluczeniu,
5. odrzucenia ofert wykonawców podlegających odrzuceniu.

Powyższe naruszenia polegające na niepoddaniu badaniu prawidłowości obliczenia ceny w części ofert mogą skutkować również koniecznością unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na brak uzupełnienia dokumentów w zakresie systemów zasilających dla stanowisk łóżkowych, tj. atestów dopuszczających stosowanie przedmiotu oferty do użycia w placówkach publicznej służby zdrowia zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, instrukcji obsługi przedmiotu oferty w języku polskim, wszelkich posiadanych materiałów informacyjnych na temat przedmiotu oferty oraz wszelkich posiadanych materiałów informacyjnych na temat przedmiotu umowy (prospekty, broszury, dane techniczne), w których należało zaznaczyć wymagane parametry techniczne.

W ocenie Odwołującego wykluczenie to było bezprawne. Warunki podmiotowe odnoszą się do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sytuacji ekonomicznej i finansowej, a warunki przedmiotowe do cech przedmiotu zamówienia. Zamawiający określił warunki podmiotowe w ogłoszeniu o zamówieniu, nie wskazał jednak jakichkolwiek warunków dotyczących przedmiotu zamówienia, brak także w ogłoszeniu żądania złożenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez przedmiot zamówienia.

W rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający, bez dookreślenia jakichkolwiek warunków – w tym warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy,

wskazał, iż ocena spełnienia warunków przeprowadzona zostanie na podstawie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w rozdziale IX specyfikacji – wśród nich nie znalazły się dokumenty wskazane w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów, które wskazał w ogłoszeniu o zamówienie oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w niniejszym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie zażądał spełnienia warunków przedmiotowych.

Dokumenty, o których mowa w uzasadnieniu wykluczenia, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie mogą być uznawane za dokumenty, których Zamawiający domaga się skutecznie na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym bardziej na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, gdyż tylko wskazanie takich dokumentów w ogłoszeniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, może nadawać im charakter dokumentów potwierdzających spełnianie warunków. Tym samym brak uzupełnienia takich dokumentów nie może być podstawą do wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4, a tym bardziej stanowić podstawy do zatrzymania wadium, co jednoznacznie wynika z art. 26 ust. 3 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacje o dokumentach, za których niedostarczenie Odwołujący został wykluczony, Zamawiający wskazał w załączniku stanowiącym opis przedmiotu zamówienia na dostawy wyposażenia medycznego. Jednocześnie z tego opisu nie wynika, aby dokumenty te miały zostać złożone na etapie składania ofert – wręcz przeciwnie, w formularzu oferty wykonawcy składali oświadczenie, iż zastosowane materiały do wykonania zamówienia będą posiadały wymagane przepisami atesty. Tak skonstruowane oświadczenie posługujące się czasem przyszłym w formularzu oferty wskazuje, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów na etapie składania ofert, lecz zapewnienia, że w przyszłości takie wymagania zostaną spełnione. W celu przeprowadzenia postępowania zgodnie z regułami konkurencyjności wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ocena spełnienia warunków podmiotowych lub przedmiotowych musi zostać przeprowadzona w oparciu o spójną treść dokumentów takich jak ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, treść formularza oferty i załączniki.

Odwołujący powołał się też na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w niniejszym postępowaniu w związku z modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykluczenie Odwołującego jest czynnością bezprawną, ponieważ spełnił on wszelkie

warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania wobec przedmiotu zamówienia składając wszelkie żądane w tym celu dokumenty. Dokumenty, do uzupełnienia których Zamawiający wezwał Odwołującego, nie stanowiły dokumentów na potwierdzenie warunku przedmiotowego, ponieważ warunek ten nie został w niniejszym postępowaniu ustanowiony. Tym bardziej dokumenty te nie mogły być żądane na potwierdzenie warunku podmiotowego. Zatem Zamawiający nie był uprawniony na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentów. A ponieważ Odwołujący spełnił wszelkie warunki ustanowione przez Zamawiającego, powinnością Zamawiającego był wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący zobowiązany był załączyć do oferty przedmiotowe dokumenty na etapie składania ofert, a nie podczas realizacji przedmiotu zamówienia, to brak tych dokumentów (nie definiowanych jako składanych celem potwierdzenia wymagań, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie może być przedmiotem wykluczenia z postępowania, lecz odrzucenia oferty. Brak dokumentów nie wskazanych w ogłoszeniu, lecz jedynie w opisie przedmiotu zamówienia, może być rozważany jedynie jako przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazano na obowiązek ich złożenia wraz z ofertą, stanowiłyby one merytoryczną część oferty, której nie można uzupełnić w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym to sam Zamawiający wskazał, iż niespełnienie parametrów (potwierdzanych żądanymi w opisie przedmiotu zamówienia dokumentami) spowoduje odrzucenie oferty. Skutkiem w takim przypadku nie tylko nie może być zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, ale zakazane jest nawet wzywanie do uzupełnienia dokumentów, art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób nie budzący wątpliwości przesądza bowiem, że do uzupełnienia dokumentów wzywa się wyłącznie wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Brak dokumentów, o których uzupełnienie wzywany był Odwołujący, występował także w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp. z o.o., którzy również byli wzywani do uzupełnienia tych samych dokumentów. Również ta oferta ze względu na brak możliwości wezwania do uzupełnienia powinna być odrzucona, chyba że Zamawiający uzna, iż dokumenty te powinny zostać złożone dopiero w trakcie wykonywania umowy.

Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp. z o.o., którzy w pozycji dotyczącej wyposażenia w sprzęt medyczny – zawieszenie do urządzeń montowanych w przyszłości, zastosowali błędną stawkę 23 % VAT, podczas gdy prawidłowa jest stawka, jaką podał Odwołujący, czyli

8%. Podkreślenia wymaga fakt, że prawidłowe określenie stawki VAT spoczywa na Wykonawcy. Wśród złożonych ofert rozbieżności w zakresie stawki VAT pojawiają się u większej ilości wykonawców, Zamawiający jednak nie ustalił natomiast, która stawka jest stawką prawidłową, a w związku z powyższym, które oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonywane przez organy podatkowe indywidualne interpretacje podatkowe wskazują, że stawka 23% VAT w sytuacji takiej jak dotycząca niniejszego odwołania, nie znajduje zastosowania.

Odwołujący także „na marginesie zwraca uwagę na fakt”, iż część kosztorysów ofertowych, m. in. Przystępującego nie zawiera wszystkich wymaganych wartości kosztorysowych (np. w zakresie instalacji elektrycznych i AKPiA węzła). Natomiast m. in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Monta Engel Central Europe S.A., Monta Engel Engenharia e Construcao S.A. nie przedstawił kosztorysów szczegółowych na roboty drogowe (drogi i chodniki) oraz częściowo przedstawił skrócone kosztorysy, co przyczyniło się do nieprawidłowego obliczenia ceny przez wykonawcę. Również w tym zakresie Zamawiający nie podjął żadnych czynności w celu wyjaśnienia cen kosztorysowych składających się na zaoferowany przedmiot zamówienia i zastosowanych stawek podatku od towarów i usług lub też w celu odrzucenia oferty wykonawcy.

Nawet jeżeli uznać, że Zamawiający miał prawo do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ich nie uzupełnił, to i tak nie zaistniały przesłanki uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zgodnie bowiem z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy i nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłankę zatrzymania wadium, czyli jedynie niezłożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki tej nie wyczerpuje natomiast złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy. Intencją ustawodawcy nie było bowiem zatrzymanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów i dokumentu nie złożył. Skutek w postaci zatrzymania wadium zarezerwowany jest jedynie do ewidentnej sytuacji, w której wykonawca celowo, nie dochowując należytej staranności wymaganej w stosunkach tego rodzaju, nie przedkłada określonego, wymaganego w postępowaniu dokumentu.

W niniejszej sprawie brak przedłożenia dokumentów był skutkiem czynników zewnętrznych niezależnych od woli Odwołującego, który dokonał wszelkich starań, aby uzyskać atesty oraz

instrukcje już na etapie składania ofert, chociaż, jak wskazano powyżej, z formularza oferty obowiązek taki nie wynika. Z przyczyn niezależnych od Odwołującego i nieznanych firma Trilux Polska Sp. z o.o. odmówiła Odwołującemu przekazania dokumentów nie reagując na pisemne i ustne wezwania kierowane przez Odwołującego. W działaniu Odwołującego brak jest śladów celowego działania, które miało by utrudniać prowadzone postępowanie. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach podawał przyczyny, z powodu których nie był w stanie w terminie podanym przez Zamawiającego uzupełnić żądanych dokumentów.

Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie i stwierdził, że bez względu na to, czy Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, czy odrzuciłby jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutek byłby identyczny i polegałby na jego eliminacji z postępowania. Dokumenty, które nie zostały przedstawione w ofercie Odwołującego, a do których uzupełnienia został wezwany, stanowią kategorię „dokumentów przedmiotowych”, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający opisał te dokumenty i zażądał ich wyraźnie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykaz wyposażenia medycznego – tabela 1.: „Inne wymagania, załączyć: informacje na temat typu i producenta, posiadane atesty dopuszczające stosowanie przedmiotu oferty do użycia w placówkach publicznej służby zdrowia zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, instrukcje obsługi przedmiotu oferty w języku polskim (dopuszcza się załączenie w formie elektronicznej na płycie CD-R), wszelkie posiadane materiały informacyjne na temat przedmiotu oferty (prospekty, broszury, dane techniczne itp. – w języku polskim lub angielskim), w których należy zaznaczyć wymagane parametry techniczne. W przypadku braku potwierdzenia w powyższych materiałach wartości parametrów technicznych wymagane jest załączenie oświadczenia producenta, potwierdzającego oferowane wartości parametrów technicznych.”

Zamawiający wymagał więc jednoznacznie dokumentów, które potwierdzałyby przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego. Argument, że Zamawiający nie zawarł tych dokumentów w ogłoszeniu, jest spóźniony.

Zamawiający powołał się również na odpowiedź na pytanie 1. z 12 grudnia 2011 r. dotyczące konieczności przedstawienia spornych dokumentów, na które odpowiedział, że „oczekuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Zamawiający musiał wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a gdy ich nie otrzymał – dokonać eliminacji wykonawcy z postępowania.

Co do zarzutu nieprawidłowej stawki VAT w ofercie Przystępującego – zgodnie z art. 6 kc to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, że dana oferta ma stawkę nieprawidłową.

Odwołujący natomiast, poza gołosłownym stwierdzeniem, nie przedłożył żadnego dowodu na powyższą okoliczność, nie jest nim fakt, że w ofercie Odwołującego zastosowano inną stawkę, a tymczasem z art. 3 ust. 1 pkt 17 ustawy o wyrobach medycznych wynika, że to wytwórca decyduje, czy wyrób jest wyrobem medycznym, zgodnie z przewidywanym zastosowaniem tego wyrobu.

Co do zatrzymania wadium – intencją Zamawiającego jest działanie zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, więc dochował obowiązku zawartego w art. 46 ust. 4a tej ustawy.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść dokumentów, na które powołują się Strony) nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba stwierdziła, że podana podstawa prawna (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) rzeczywiście nie odpowiada stanowi faktycznemu, na który wskazał Zamawiający wykluczając wykonawcę. Zresztą ten brak rozróżnienia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wykonawców od wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jest widoczny już na wcześniejszym etapie postępowania (jak np. zacytowana na str. 4 odpowiedzi na odwołanie odpowiedź Zamawiającego na prośbę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych dokumentów). Jednak to, że Zamawiający powołał się na wykluczenie i podał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamiast odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak podkreślił Zamawiający – nie ma zasadniczego wpływu na sytuację Odwołującego w postępowaniu,

gdyż jego oferta i tak podlegałaby odrzuceniu ze względu na niezuzpełnienie „dokumentów przemiotowych”.

Wskazane bowiem przez Zamawiającego dokumenty w zakresie systemów zasilających dla stanowisk łożkowych: atesty dopuszczające stosowanie przedmiotu oferty do użycia w placówkach publicznej służby zdrowia zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, instrukcja obsługi, materiały informacyjne na temat przedmiotu oferty oraz materiały informacyjne na temat przedmiotu umowy (prospekty, broszury, dane techniczne), to typowe dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odnoszą się one do przedmiotu zamówienia i stanowią treść oferty (dlatego stosuje się do nich art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale jednocześnie na gruncie dyspozycji art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, są dokumentami uzupełnialnymi.

Granica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty uzupełnialnymi i niezuzpełnianymi jest często intuicyjna i określana w stosunku do wymogów konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia i konkretnej treści oferty. Określając jednak pewną generalną zasadę ogólnie można stwierdzić, że odnosi się ona z jednej strony do treści art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie można wprowadzać zmiany w treści oferty, z drugiej pochodzenia dokumentów (od producenta, instytucji certyfikującej itd.) oraz stwierdzania pewnych cech oferowanych przedmiotów niezależnych od danej oferty (np. posiadane parametry, które nie są specjalnie dostosowywane do wymagań danego zamawiającego), a z trzeciej określenia ich statusu przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jeśli został określony).

Jak Izba już stwierdziła powyżej, sporne dokumenty są bez wątpienia dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli potwierdzającymi przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, a więc uzupełnialnymi. Owszem, ich niedostarczenie zamawiającemu powoduje odrzucenie oferty, ale dopiero wobec ich niezuzpełnienia na żądanie zamawiającego. Tym samym, dopóki zamawiający nie wezwie wykonawcy, a ten zaniecha uzupełnienia, nie istnieje przesłanka rezygnacji z wezwania wskazana w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu” (musi być to inna przesłanka odrzucenia oferty znana zamawiającemu w chwili podjęcia decyzji o wezwaniu do uzupełnienia).

Tym samym nie można powiedzieć, że z któregoś z ww. powodów Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów.

Co do zarzutu, że Zamawiający w ogóle nie żądał złożenia tych dokumentów na etapie składania ofert, gdyż nie wskazał ich ani w ogłoszeniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagania ustawowe co do informacji, które muszą być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego zawiera art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie ma wśród nich dokumentów przedmiotowych.

Niewątpliwie jednak muszą one być wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym przypadku nie w rozdziale IX, jak wskazał Odwołujący, który dotyczy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz w rozdziale X „Opis sposobu przygotowania oferty”. Zamawiający zawarł tam następujący wykaz wymaganych dokumentów: oferta, czyli wypełnione kosztorysy przedmiarowe i wypełniony druk oferty, dokumenty formalnoprawne (wymienione w rozdziale IX, pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający uprawnienie do podpisania oferty) oraz dokumenty odnoszące się do wadium. Nie wskazano więc tu spornych dokumentów.

Zamawiający w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym opis przedmiotu zamówienia w stosunku do wyposażenia medycznego w odniesieniu do kolejnych elementów wyposażenia, po opisie wymagań wskazywał: „inne wymagania, załączyć: informacje na temat typu i producenta, posiadane atesty dopuszczające stosowanie przedmiotu oferty do użycia w placówkach publicznej służby zdrowia zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, instrukcje obsługi przedmiotu oferty w języku polskim (dopuszcza się załączenie w formie elektronicznej na płycie CD-R), wszelkie posiadane materiały informacyjne na temat przedmiotu oferty (prospekty, broszury, dane techniczne itp. – w języku polskim lub angielskim), w których należy zaznaczyć wymagane parametry techniczne. W przypadku braku potwierdzenia w powyższych materiałach wartości parametrów technicznych wymagane jest załączenie oświadczenia producenta, potwierdzającego oferowane wartości parametrów technicznych.”

Pod tabelą zaś zawarł uwagę: „Powyższe parametry stanowią parametry minimalne – niespełnienie nawet jednego w w/w parametrów spowoduje odrzucenie oferty. Brak opisu traktowany będzie jako brak danego parametru w oferowanej konfiguracji urządzenia. Oświadczamy, że oferowane, powyżej wyspecyfikowane, urządzenia są kompletne i po zainstalowaniu będą gotowe do pracy zgodnie z przeznaczeniem bez żadnych dodatkowych zakupów inwestycyjnych.”

Brak więc wyraźnego wskazania, czy dokumenty te są wymagane w ofercie, czy dopiero przy dostawie sprzętu (oprócz nazwy producenta i modelu, które należało wpisać w tabeli wraz z cenami). I tym samym nie byłyby one wymagane, gdyby, wobec owego braku jednoznaczności wymagań Zamawiającego, wykonawcy nie zadali Zamawiającemu pytań dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie konieczności złożenia tego typu dokumentów wraz z ofertą.

Izba na tym etapie postępowania nie będzie oceniać jakości odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego, którego nie można uznać za wzorcowy, jednak z odpowiedzi tych wynika, że dokumenty te powinny być złożone wraz z ofertą, zwłaszcza z pytania nr 7 z 1 grudnia 2011 r. „Prosimy o wyszczególnienie materiałów, elementów wyposażenia i instalacji, na które trzeba załączyć do oferty certyfikaty, atesty itp. wraz z informacją, jaki rodzaj dokumentu należy przedstawić. Czy wystarczające będzie przekazanie powyższych dokumentów w formie elektronicznej?” Odpowiedź: „Przedmiotowe informacje znajdują się w załączniku nr 7 do SIWZ w pliku o nazwie (...) zamawiający oczekuje złożenia ww. dokumentów zgodnie z wymogami określonymi w ww. załączniku w formie papierowej.”

Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezspornie częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli zamawiający nie dokona jej odrębnej modyfikacji.

Co do zatrzymania wadium Odwołującego należy stwierdzić, że, zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatrzymanie takie ma miejsce w przypadku braku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumentów „przedmiotowych”, przepis ten odnosi się bowiem ogólnie do dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc zarówno pkt 1, jak i pkt 2, także art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy obu rodzajów dokumentów. Wobec tego, co stwierdzono powyżej, Odwołujący nie wykazał także, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów było nieprawidłowe. Natomiast, jak przyznał Zamawiający, nie badał on w ogóle okoliczności, czy brak uzupełnienia nie wynikał z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego – co ten, na gruncie brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zobowiązany udowodnić. Wyjaśnienia Odwołującego złożone podczas rozprawy i załączone do odwołania pisma Odwołującego, zdaniem Izby, to początek dowodu, jednak Izba nie prowadziła pełnego postępowania dowodowego, gdyż, pomijając nawet brak kolejnych wniosków dowodowych, i tak nie ma to znaczenia dla wydania wyroku przez Izbę, gdyż odwołanie dotyczące takiego zarzutu Izba może jedynie oddalić. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tzn. wybór oferty najkorzystniejszej, a sam zwrot lub zatrzymanie wadium Odwołującego, takiego wpływu nie ma. Izba nie może również nakazać Zamawiającemu dokonania żadnych czynności, gdyż jest to powiązane z uwzględnieniem odwołania (art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). W przypadku zaś sporu sądowego pomiędzy Stronami, sąd przeprowadza własne postępowanie dowodowe i nie jest postępowaniem dowodowym prowadzonym przed Izbą ani stanowiskiem Izby związany.

Dlatego Izba jedynie zwraca uwagę, że Zamawiający powinien dać Odwołującemu możliwość udowodnienia, że nieuzupełnienie dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego, gdyż w przypadku wystąpienia tej okoliczności, nie może on wadium zatrzymać. Zrozumiałe jest bowiem, że, Zamawiający, w celu zabezpieczenia swoich interesów, musi wystąpić do gwaranta w czasie obowiązywania gwarancji, jednak nie oznacza to, że powinien zatrzymać wadium mu nienależne. Zdaniem Izby Zamawiający powinien wziąć pod uwagę co najmniej takie okoliczności jak – dlaczego Odwołujący nie przedstawił dokumentów wraz z ofertą, czy możliwe było zaoferowanie produktu innego producenta niż Trilux Polska Sp. z o.o. (tzn. na ile wybór ten de facto zależał od odwołującego i jaka jest jego wina w wyborze producenta), kiedy i ile razy Odwołujący występował do producenta o przesłanie tych dokumentów, czy nie znajdują się one w dostępnym miejscu (np. nie zostały zamieszczone na stronie internetowej producenta) i czy rzeczywiście przez tego producenta nie zostały przesłane.

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej stawki VAT w ofercie Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud S.A. i Climatic Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł tej okoliczności – należy zwrócić uwagę, że Odwołujący ograniczył się jedynie do swojego stwierdzenia, nawet nie podał podstawy prawnej, która miałaby na obniżenie stawki do 8% wskazywać, a tym bardziej na okoliczności, które skutkowałyby przyporządkowaniem zaistniałego stanu faktycznego do tego przepisu prawnego. Przystępujący natomiast przedstawił wydaną dla niego indywidualną interpretację podatkową.

Co zaś do stwierdzonych „na marginesie” okoliczności dotyczących kosztorysów Przystępującego oraz innych wykonawców – Odwołujący nie sformułował tu konkretnego zarzutu, do którego Izba mogłaby się odnieść. Natomiast konieczne jest, zwłaszcza w przypadku kilkusetstronicowego kosztorysu, wskazanie konkretnych braków lub nieprawidłowości w kosztorysie – aby zarówno Zamawiający, jak i Izba mogli się do nich ustosunkować.

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

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. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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: