

Sygn. akt KIO/UZP 1658/09

**WYROK**

**z dnia 15 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Luiza Łamejko

**Członkowie:** Izabela Kuciak

Emil Kuriata

**Protokolant:** Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Paramedica Polska Sp. z o.o., 02-815 Warszawa, ul. Żoły 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans” SPZOZ, 00-685 Warszawa, ul. Poznańska 22** protestu z dnia 13 października 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Paramedica Polska Sp. z o.o., 02-815 Warszawa, ul. Żoły 11 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę **Paramedica Polska Sp. z o.o.**,  
**02-815 Warszawa, ul. Żołądy 11,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Paramedica Polska Sp. z o.o.**, **02-815 Warszawa, ul. Żołądy 11.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego Meditrans SPZOZ w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup sprzętu i aparatury medycznej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2009 r. pod numerem 2009/S 141-206201.

W dniu 8 października 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BoxMet Medical Sp. z o.o. w części 2, 3 i 4 zamówienia.

W dniu 13 października 2009 r. protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BoxMet Medical Sp. z o.o. i zaniechania czynności wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania złożył wykonawca Paramedica Polska Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) przez niezgodnie z prawem zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BoxMet Medical Sp. z o.o.,
- art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy BoxMet Medical Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podał w swej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że wykonawca BoxMet Medical Sp. z o.o. w odpowiedzi na wymóg Zamawiającego postawiony w Dziale III pkt 1.2 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożył dla deski ortopedycznej PediPac model 78 produkcji Ferno-Washington Inc. kopię deklaracji zgodności poświadczając ją za zgodność z oryginałem oraz kopię tłumaczenia przysięgłego ww. deklaracji. Odwołujący oświadczył, że jest wyłącznym dystrybutorem na Polskę wyrobów firmy Ferno-Washington Inc. Zwrócił uwagę, że załączona do oferty BoxMet Medical Sp. z o.o. kopia deklaracji zgodności jest kopią deklaracji uzyskanej od Ferno-Washington Inc. przez firmę Paramedica Polska Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że osoby, które potwierdziły ww. dokumenty za zgodność

z oryginałem tj. Pani Joanna P. oraz Pani Joanna B. nie miały styczności z ich oryginałem. Według Odwołującego, wykonawca składając oświadczenie o zgodności kopii z oryginałami wprowadził Zamawiającego w błąd i podał nieprawdziwe informacje. Dowodem powyższego, jak zauważył Odwołujący, jest pismo Boxmet Medical Sp. z o.o. z dnia 10 października 2009 r. Wykonawca ten, w opinii Odwołującego, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dodatkowo posługuje się dokumentami należącymi do innego podmiotu, czym naraża siebie i Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą. Odwołujący oświadczył, że dokumenty te nie były nigdy udostępnione wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o., firma ta nie została również upoważniona przez Odwołującego do posługiwania się nimi. Odwołujący zlecił dokonanie odpłatnego tłumaczenia przysięgłego posiadanego oryginału deklaracji zgodności, nabył prawa majątkowe do ww. tłumaczenia i posiada jego oryginał. Kopia tłumaczenia deklaracji załączona do oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. jest kopią ww. dokumentu, na co wskazują, jak zauważył Odwołujący, m.in. daty i oznaczenia tłumacza. Odwołujący podkreślił, że Boxmet Medical Sp. z o.o. nie ma tytułu prawnego do posługiwania się przedmiotowymi dokumentami - osoby reprezentujące Boxmet Medical Sp. z o.o. nigdy nie były w posiadaniu tych dokumentów, nie miały możliwości zapoznania się z ich oryginałami, zatem nie miały prawa poświadczyć za zgodność z oryginałem kopii powyższych dokumentów, a złożone oświadczenia są nieprawdziwe. Konsekwencją powyższego, jak wskazał Odwołujący, było powstanie obowiązku po stronie Zamawiającego do żądania przedłożenia przez Boxmet Medical Sp. z o.o. do wglądu oryginału lub notarialnie poświadczonych kopii powyższych dokumentów. Zaniechanie złożenia w formie żądanej przez organizatora przetargu dokumentu wymaganego celem potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę wyroby są zgodne z wymogami zamawiającego należy traktować tak, jak gdyby dokument ten nie został złożony, a co za tym idzie, wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Dodatkowo, wykonawca z uwagi na podanie w ofercie nieprawdziwych informacji podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. narusza interesy Zamawiającego (przenosząc na niego ryzyka) i Odwołującego, gdyż w pewnym stopniu ogranicza mu dostęp do rynku, wykorzystując do tego w sposób niezgodny z prawem dokumenty będące własnością i wystawiane wyłącznie dla Paramedica Polska Sp. z o.o. Zachowanie Boxmet Medical Sp. z o.o. jest, w ocenie Odwołującego,

działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, a także z przepisami ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

Odwołujący wnioskował o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BoxMet Medical Sp. z o.o.,
- wykluczenie z postępowania wykonawcy BoxMet Medical Sp. z o.o. i odrzucenie złożonej przez ww. wykonawcę oferty,
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,

alternatywnie o:

- unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 października 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, że na podstawie wyjaśnień udzielonych przez BoxMet Medical Sp. z o.o. na skutek wezwania do przedłożenia do wglądu oryginału bądź notarialnie poświadczonych kopii przedmiotowych dokumentów nie stwierdził podstaw pozwalających na przyjęcie, że dokumenty budzą wątpliwości co do ich prawdziwości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający zauważył, że żądanie złożenia deklaracji zgodności dla deski ortopedycznej nie miało na celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale potwierdzenie, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, brak przedłożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii deklaracji zgodności i tłumaczenia przysięgłego nie może skutkować uznaniem, iż Boxmet Medical Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, Zamawiający uznał zarzut za niezasadny stwierdzając, że Boxmet Medical Sp. z o.o. przedłożył wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że BoxMet Medical Sp. z o.o. poświadczyła za zgodność z oryginałem dokumenty, których identyczne kopie znajdują się w ofercie Odwołującego, stąd w opinii Zamawiającego, nie sposób uznać, że złożone oświadczenie o zgodności kopii z oryginałem jest nieprawdziwe.

Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, że Odwołujący nie wskazał na czym polegać miałyby czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez BoxMet Medical Sp. z o.o. oraz w jaki sposób złożenie oferty przez BoxMet Medical Sp. z o.o. narusza interesy Odwołującego.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 6 listopada 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście. Dodatkowo podniósł, że na etapie protestu, podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, dokonał omyłkowej subsumcji prawnej. Zdaniem Odwołującego, omyłka ta nie uprawniała Zamawiającego do zaniechania rozpatrzenia zarzutu, jakim był zarzut uznania, że zaniechanie złożenia przez wykonawcę dokumentów wymaganych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 9 września 2009 r. skutkować musi uznaniem, iż wykonawca *de facto* nie złożył wymaganych dokumentów i nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego wystosowanemu na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia 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. z 2006 r. Nr 87 poz. 605 z późn. zm.). Odwołujący zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, że przedmiotowy zarzut sprowadzał się do zaniechania złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BoxMet Medical Sp. z o.o.,
- wykluczenia BoxMet Medical Sp. z o.o. z postępowania lub odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty,
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,

alternatywnie o:

unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez BoxMet Medical Sp. z o.o., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą zarzutów podniesionych przez Odwołującego jest twierdzenie, że osoby poświadczające za zgodność z oryginałem w imieniu BoxMet Medical Sp. z o.o. złożone w przedmiotowym postępowaniu: deklarację zgodności dla deski ortopedycznej PediPac model 78 produkcji Ferno-Washington Inc. oraz jej tłumaczenie przysięgłe złożyły nieprawdziwe oświadczenie, ponieważ nie miały możliwości zapoznania się z oryginałem ww. dokumentów. Rozpoznając przedmiotową sprawę na gruncie ustawy Pzp Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że BoxMet Medical Sp. z o.o. złożyła nieprawdziwe informacje w tym zakresie. O zgodności kopii złożonych przez ww. wykonawcę z treścią oryginału świadczy treść oferty Odwołującego, który złożył kopię deklaracji i jej tłumaczenia identyczne w swej treści z dokumentami złożonymi przez BoxMet Medical Sp. z o.o. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał braku możliwości zapoznania się z oryginałem deklaracji oraz dokonanego tłumaczenia. Ze złożonego na rozprawie pisma BoxMet Medical Sp. z o.o. z dnia 17 listopada 2009 r. wynika jedynie, że jest ono odpowiedzią na pismo Odwołującego o nieznaną Izbie treść oraz że oferta BoxMet Medical Sp. z o.o. została złożona w oparciu o ofertę handlową i deklarację zgodności otrzymaną od firmy Emermed Warszawa. Z pisma tego nie wynika jednak czy oferta, o której mowa została złożona w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, nie wynika też, że BoxMet Medical Sp. z o.o. w sposób niezgodny z prawem weszła w posiadanie deklaracji zgodności i jej tłumaczenia dla zaoferowanej deski ortopedycznej. Odwołujący nie udowodnił, że nie przekazywał przedmiotowego dokumentu firmie Emermed Warszawa, a co za tym idzie, że BoxMet Medical Sp. z o.o. nie mogła wejść w jego posiadanie. Dowodu na potwierdzenie powyższego nie może stanowić również pismo firmy Ferno z dnia 3 listopada 2009 r., bowiem odnosi się ono do deklaracji zgodności z dnia 4 lutego 2002 r., podczas gdy sporny dokument nosi datę 10 października 2002 r. Z kolei

brak wykonywania zleceń przez ORSA Sp. z o.o. na rzecz BoxMet Medical Sp. z o.o. (oświadczenie z dnia 10 listopada 2009 r.) nie świadczy o braku możliwości przedłożenia przez wykonawcę kopii tłumaczenia deklaracji. Należy podkreślić, że zgodnie z §4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, uprawnione jest składanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopii dokumentów poświadczonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. Dowodu na poparcie twierdzenia o złożeniu przez wykonawcę BoxMet Medical Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji nie może stanowić również pismo tego wykonawcy z dnia 10 września 2009 r., które potwierdza jedynie, że oryginały dokumentów posiada Odwołujący, nie potwierdza jednak, że BoxMet Medical Sp. z o.o. nie mogła zapoznać się z ich treścią. Izba nie posiada innych instrumentów umożliwiających dochodzenie prawdy obiektywnej. Odwołujący może dochodzić swoich praw na drodze cywilnej bądź karnej.

Niezależnie od powyższego, po analizie przedłożonego na rozprawie oryginału oferty BoxMet Medical Sp. z o.o. Izba nie stwierdziła podstaw do żądania przez Zamawiającego w dniu 9 września 2009 r. przedstawienia przez BoxMet Medical Sp. z o.o. oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu deklaracji zgodności wraz z tłumaczeniem. Dodatkowo należy wskazać, że zarówno ustawa Pzp, jak i rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie przewidują sankcji za nieprzedłożenie przez wykonawcę oryginału dokumentu lub notarialnie poświadczonej kopii. Zaniechanie złożenia przez wykonawcę oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii deklaracji zgodności i jej tłumaczenia nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem zachowanie takie nie wypełnia dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 10, jak również art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający nie wymagał ich złożenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co przyznał sam Odwołujący w treści odwołania. Zaniechanie złożenia przez wykonawcę oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii deklaracji zgodności i jej tłumaczenia nie może też stać się podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie żądał złożenia ww. dokumentów w takiej formie.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie znalazł również potwierdzenia zarzut zaniechania odrzucenia oferty BoxMet Medical Sp. z o.o. z powodu popełnienia przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Wobec braku wykazania nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez BoxMet Medical Sp. z o.o. bezzasadne jest twierdzenie o działaniu ww. wykonawcy w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Nieskuteczne jest również w ustalonym



stanie faktycznym podnoszenie zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 i 3 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Odwołujący nie wykazał, że wykonawca BoxMet Medical Sp. z o.o. rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, nie dowiódł też, że podmiot ten posługuje się nierzetelnymi wynikami badań.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W postępowaniu nie udowodniono naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba nie obciążyła Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, bowiem zgodnie z ww. przepisem do kosztów postępowania zalicza się koszty określone na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, którego pełnomocnik Zamawiającego nie złożył.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....