

Sygn. akt: KIO 2557/13

Wyrok
z dnia 15 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
 Jolanta Markowska
 Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 15 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez **Odwołującego – Drager Polska Sp. z o.o., ul. Sułkowskiego 18a, 85-655 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – "Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław**, przy udziale **Wykonawcy - Maquet Polska Sp. z o.o., ul. Lirowa 27, 02-387 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej czynności oceny i badania oferty, w toku której zamawiający wykluczy wykonawcę Maquet Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z udziału w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża "Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Drager Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1 Zasądza od zamawiającego "Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Drager Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 gr)

tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: „Nowy Szpital Wojewódzki” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę lamp operacyjnych i zabiegowych oraz kolumn: chirurgicznych, anestezjologicznych oraz zasilających stanowiska intensywnej opieki medycznej”, Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4.07.2013 r. pod nr 2013/S 128-219769.

Wykonawca Dräger Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

1. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Maquet Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-387), ul. Lirowa 27 („Maquet”) z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty, oraz

2. Wyborze oferty Maquet jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Maquet, pomimo tego iż, nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie uznania złożonej przez tego Wykonawcę oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

ewentualnie - w przypadku odmiennego zinterpretowania przez Izbę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Maquet w dniu 10 października 2013 r. – zarzucił naruszenie

1. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 w zw. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maquet, pomimo dokonania niedopuszczalnej zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień pismem z dnia 10 października 2013 r. oraz niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Maquet pomimo, że treść tej oferty nie opowiada treści SIWZ;

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Maquet do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane przez dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty, a w konsekwencji: wykluczenia Maquet z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający zaniechał wykluczenia Maquet na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ.

Zamawiający, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia wymagał od Wykonawcy wykazania się doświadczeniem, polegającym na należytych wykonaniu co najmniej dwóch zamówień, z których każde obejmowało: dostawę, montaż i uruchomienie co najmniej 10 sztuk kolumn medycznych sufitowych (integrujących zasilanie w energię elektryczną i gazy medyczne - zgodnie z wymogami przedmiotu zamówienia) oraz jednego zamówienia obejmującego: dostawę, montaż i uruchomienie co najmniej 10 sztuk lamp operacyjnych i/lub zabiegowych, montowanych do sufitu lub na ścianie - zgodnie z rozdziałem 6 pkt. 2 SIWZ.

Ponadto, wskazał w rozdziale 7 pkt B 3 SIWZ, iż „sytuacja, w której Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu i złoży w stosunku do tego w szczególności pisemne zobowiązanie - oznacza obowiązkowy udział innego podmiotu w realizacji części zamówienia”.

Wykonawca Maquet, w złożonym wraz z ofertą formularzu ofertowym wskazał, iż „Przedmiot zamówienia wykona siłami własnymi w całości” (strona 2 oferty).

Jednocześnie wraz z ofertą złożył zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego zobowiązania Asmedica sp. z o.o. zobowiązuje się do udostępnienia firmie Maquet Polska sp. z o.o. zasobów wiedzy i doświadczenia (know - how) niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia (strona 22 oferty).

W związku z rozbieżnością w ofercie Zamawiający, w dniu 4 października 2013 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej kwestii, a w szczególności wyjaśnienia, czy przedmiot zamówienia Maquet wykona siłami własnymi w całości, czy też zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom.

W odpowiedzi Wykonawca Maquet, pismem z dnia 10 października 2013 r. wyjaśnił, iż Wykonawca powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcy: Asmedica sp. z o.o., natomiast podwykonawstwo polegać będzie na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia

innego podmiotu. Jednocześnie Wykonawca ten wskazał również, iż wykona zamówienie w postaci dostawy, montażu i uruchomienia przedmiotu zamówienia, stąd omyłkowo Wykonawca pierwotnie nie wskazał podmiotu jako podwykonawcy.

Ze złożonych wyjaśnień - w ocenie Odwołującego - wynika, że Maquet zamierza samodzielnie wykonać zamówienie, a podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Podwykonawstwo oznacza realizację części zamówienia przez podwykonawcę, nie może zatem polegać jedynie na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie udostępnienie wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter realny i możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy podmiot użyczający ten zasób będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Również wolą Zamawiającego było, aby podmiot użyczający potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia obowiązkowo brał udział w realizacji chociażby części zamówienia, co należy w tym przypadku uznać za wiążące i rozstrzygające ewentualne wątpliwości w tym zakresie. Odwołujący powołuje się przy tym na orzecznictwo Izby dotyczące pojęcia „doświadczenie”. Ze złożonych dokumentów przez Maquet, tj. zobowiązania oraz udzielonych wyjaśnień nie wynika, aby udostępnienie potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia wiązało się z udziałem w realizacji części zamówienia, a zatem by miało charakter realny i zapewniało Wykonawcy wykorzystanie tego potencjału podczas realizacji zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w zobowiązaniu do udostępnienia potencjału przez Asmedica Sp. z o.o. nie został wskazany okres, na jaki podmiot ten zobowiązuje się udostępnić swój potencjał, co dodatkowo przemawia za uznaniem, iż Maquet nie wykazał, że zasobem tym będzie realnie dysponował w okresie realizacji zamówienia.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Maquet, na dzień składania ofert nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wymaganej wiedzy i doświadczenia. W konsekwencji Wykonawca ten powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (ewentualnie zostać odrzuconą – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

II.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołujący wskazał, iż Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nie była to poprawna podstawa prawna, gdyż formularz ofertowy, do którego wyjaśnienia wezwał Zamawiający stanowi treść oferty, a nie oświadczenia, czy też dokumenty, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien wezwać do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców

wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Natomiast niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Maquet pismem z 10 października 2013 r. - w ocenie Odwołującego - wskazuje na to, że Firma Asmedica Sp. z o.o., udostępniająca potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę, że wyjaśnienia te mogą być zinterpretowane w taki sposób, iż Firma ta będzie podwykonawcą (z uwagi na złożenie w wyjaśnieniach oświadczenia, że „Wykonawca powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcy: Asmedica sp. z o.o.”) - Odwołujący z ostrożności podnosi, że przy takiej interpretacji Maquet dokonał niedozwolonej (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) zmiany treści oferty. W wyjaśnieniach tych wskazano, iż dołącza się do nich oświadczenie podwykonawcy, odpis z KRS oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zamawiający żądał złożenia tych dokumentów właśnie w sytuacji, gdy podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w realizacji części zamówienia - Rozdział 7 dział B ust. 2 SIWZ.

Zamawiający w Rozdziale 3, pkt 9 SIWZ wymagał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia której wykonanie powierzy podwykonawcom. W złożonej ofercie Wykonawca Maquet wskazał, iż „Przedmiot zamówienia wykona siłami własnymi w całości”. Jeśli więc przyjąć, że na etapie udzielonych wyjaśnień Maquet wskazał, że powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcy: Asmedica sp. z o.o., to tym samym należy uznać, że Maquet dokonał niedopuszczalnej, na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zmiany treści złożonej oferty przez złożenie nowego oświadczenia woli w zakresie podwykonawcy. W tym wypadku złożenie oświadczenia co do podwykonawstwa w ofercie nie ma charakteru jedynie informacyjnego, a zmiana tego oświadczenia stanowi zmianę treści oferty co do sposobu wykonania zamówienia, gwarantującego jego należyte wykonanie.

Zmiana powyższa jest o tyle istotna, iż wpływa na realizację przyszłej umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, determinując prawidłowość wykonania zamówienia, oraz na ocenę wykonawcy pod kątem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niedopuszczalność tej zmiany wynika bezpośrednio z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odmienne stanowisko prowadziłoby do dopuszczenia możliwości zmiany każdego elementu treści oferty (oświadczenia woli) przez złożenie innego, zastępującego oświadczenia woli - odpowiadającego w swojej treści - treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak np. dotyczącego długości gwarancji, terminu realizacji, itp., co z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustawy – jest niedopuszczalne.

Jak wynika z wyroku KIO 2854/12 „Nie podziela się poglądu, jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa, zwłaszcza gdy udział podwykonawców warunkuje prawidłowość

wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny. Podważa to sens art. 36 ust. 4 pzp, jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści.”

Na niedopuszczalność zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty wskazała również KIO w wyroku KIO 98/13.

W konsekwencji na etapie złożonych wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty wykonawcy Maquet, co powinno skutkować odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

III. ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 2 USTAWY PZP

Zamawiający w Rozdziale 8 dział A ust. 3 SIWZ wymagał, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Rozdziale 3 ust. 4 SIWZ, by wykonawcy złożyli materiały informacyjne producenta (np. prospekty, foldery, katalogi, instrukcje) lub oświadczenia producenta - w celu potwierdzenia wszystkich zadeklarowanych parametrów oferowanych urządzeń, zawartych w opisach sporządzonych na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznika nr 8 do SIWZ.

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę Maquet do złożenia tych materiałów lub oświadczenia producenta w celu potwierdzenia zadeklarowanych parametrów dotyczących kolumny chirurgicznej, kolumny anestezyjologicznej, kolumny typu OIOM (dwuramiennej), kolumny intensywnego nadzoru (jednoramiennej).

W odpowiedzi Wykonawca Maquet, pismem z dnia 10 października 2013 r., złożył oświadczenie własne (pod pismem znajdują się dane teleadresowe tego Wykonawcy), potwierdzające spełnienie wszystkich zadeklarowanych parametrów oferowanych urządzeń. Dodatkowo złożył „Ulotkę informacyjną - kolumny”, która nie została sporządzona ani w jakikolwiek sposób sygnowana przez producenta kolumn.

Zatem Wykonawca Maquet, pomimo wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie wykazał w sposób wymagany w SIWZ, że oferowane przez niego kolumny odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W związku z zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie może ponownie wezwać Wykonawcy Maquet do uzupełnienia w tym zakresie.

IV. ZARZUT NARUSZENIA ART. 26 UST. 3 USTAWY PZP

Pomimo cytowanego wymogu złożenia materiałów informacyjnych producenta (np. prospektów, folderów, katalogów, instrukcji) lub oświadczenia producenta - w celu potwierdzenia wszystkich zadeklarowanych parametrów oferowanych urządzeń, zawartych w opisach sporządzonych na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznika nr 8 do SIWZ, Wykonawca Maquet na stronie 122-135 Oferty złożył „Ulotkę informacyjną - kolumny str. 1-14, która nie została sporządzona ani w jakikolwiek sposób sygnowana przez

producenta tego urządzenia. Tym samym Wykonawca nie wykazał zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ, w sposób wymagany w SIWZ.

Również na s. 94-95 Oferty Wykonawca złożył kartę katalogową dotyczącą Lampy operacyjnej VOLISTA, która nie pochodzi od producenta. Z dokumentu tego również wynika, że pochodzi on od Wykonawcy Maquet (pod pismem znajdują się dane teleadresowe tego Wykonawcy). Dodatkowo z Deklaracji zgodności UE dotyczącej tego sprzętu (s. 151-154) wynika, że producentem jest Maquet SAS z siedzibą we Francji, a nie Maquet Polska Sp. z o. o. Zatem również w tym zakresie Wykonawca Maquet nie wykazał zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ, w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Pomimo powyższego Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy Maquet do uzupełnienia dokumentów, czyli złożenia materiałów informacyjnych producenta lub oświadczenia producenta potwierdzających zgodność zaoferowanych parametrów z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podnosi przy, że nie może konkurować z wykonawcą, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz który zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami SIWZ. Taka oferta w żadnym razie nie może stanowić porównania z ofertą zgodną ze wszystkimi oczekiwaniami Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wykonawca wybrany przedłożył dokumenty potwierdzające wykonanie zamówienia przy udziale podwykonawcy – Asmedica Sp. z o.o., posiadającego wymaganą wiedzę i doświadczenie. Dokumenty te, w tym oświadczenie podwykonawcy zobowiązującego się do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia (know-how) niezbędnych do realizacji zamówienia. Z oświadczenia wynika jednoznacznie, że podwykonawca zobowiązał się do czynnego uczestniczenia w realizacji zamówienia, w zakresie objętym wykazanym przez niego doświadczeniem i przez cały okres wykonywania zamówienia. Potwierdzają to wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na otrzymane wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia niespójności pomiędzy ofertą a załączonymi do niej dokumentami. Wykonawca wskazał, że powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcy, który będzie brał udział w realizacji zamówienia udostępniając wykonawcy podczas dostawy, montażu i uruchomienia przedmiotu zamówienia swoją wiedzę i doświadczenie.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołania, iż na skutek wyjaśnień wykonawcy dokonana została niedozwolona zmiana oferty. Zamawiający w toku analizy oferty zauważył rozbieżność pomiędzy złożoną ofertą a załączonymi do niej dokumentami, polegającą na oświadczeniu wykonawcy o samodzielnej realizacji zamówienia, a z drugiej strony, wyraźnym zamiarze wykorzystania zasobów podwykonawcy. Z wyjaśnień oraz dokumentów złożonych na wezwanie wynika, w ocenie zamawiającego że wykonawca będzie wykonywał

zamówienie w zakresie objętym doświadczeniem podwykonawcy, przy udziale i pod kierownictwem podwykonawcy. Zamawiający przyjął, że oświadczenie zawierało omyłkę, którą uznał za poprawioną.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp zamawiający wskazał, że wykonawca dołączył do oferty oświadczenie potwierdzające zgodność wszystkich deklarowanych parametrów z wymaganymi przez zamawiającego. Na potwierdzenie otrzymał ulotkę informacyjną – sporządzoną w języku polskim oraz sygnowaną przez firmę Maquet będącą producentem przedmiotu zamówienia, opatrzoną wyraźnym logo oraz zawierającą określenia, zwroty i sformułowania jednoznacznie charakteryzujące ten produkt. Uznał, że nie ma podstaw, aby przedłożony materiał mógł być uznany za nieoryginalny i nie pochodzący od producenta. Podobnie karta katalogowa lampy operacyjne Volista została sygnowana przez producenta – firmę Maquet. Karta jednoznacznie charakteryzowała ten produkt. Zamawiający podkreślił, że wykonawca należy do międzynarodowej grupy kapitałowej będącej producentem wyrobów marki Maquet. Zauważył, że działalność tego koncernu prowadzona jest w wielu krajach, w których zarejestrowane są i prowadzą działalność spółki krajowe pod wspólną marką Maquet i wyróżniającym je oznaczeniem kraju rejestracji. W tym zakresie wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania; podzielił stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że zadeklarował udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, stosownie do wymogu z pkt 7.B.3 SIWZ. Zauważył, że pojęcie podwykonawcy jest niejednoznaczne, natomiast ma zawartą umowę z podmiotem trzecim tj. Asmedica sp. z o.o. co do wzajemnej współpracy.

Stwierdził, że złożył prawidłowe materiały informacyjne producenta zgodnie z pkt 8.A.3 SIWZ, gdzie nie sformułowano wymogu, by takie materiały były podpisywane przez producenta, wskazał na procedurę tworzenia dokumentów opisujących konkretny produkt przewidziany do wykonania, w tym także ulotek i kart informacyjnych dotyczących takiego wyrobu. Złożył na rozprawie oświadczenie o posiadaniu statusu autoryzowanego przedstawiciela koncernu Maquet na Polskę. Oświadczył, że wszystkie zaoferowane w ofercie wyroby spełniają wymogi SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty uczestnika oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba uwzględniła wniesione odwołanie uznając, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 26 ust. 2 b ustawy pzp jest zasadny.

W rozpatrywanej sprawie zasadniczy zarzut dotyczy zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust.2b ustawy Pzp, albowiem zdaniem odwołującego wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji powołania się na zasoby podmiotu trzeciego i wymaganych następstw polegania na takich zasobach. W niespornym zapisie rozdziału 7 pkt B ppkt 3 siwz stwierdzono, iż „sytuacja, w której wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu i złoży w stosunku do tego w szczególności pisemne zobowiązanie – oznacza obowiązkowy udział innego podmiotu w realizacji części zamówienia.”

W przedmiotowym postępowaniu zatem Zamawiający nie ograniczył się do ogólnego - tak jak w art. 26 ust.2b ustawy Pzp - sformułowania wymagania, co do możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów oraz o konieczności udowodnienia przez wykonawcę, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, lecz określił jednoznacznie dodatkowy wymóg w postaci obowiązkowego udziału innego podmiotu w realizacji części zamówienia. Sformułowanie „udział w realizacji części zamówienia” w ocenie składu orzekającego oznacza podwykonawstwo rozumiane jako wykonanie w ramach całości zamówienia dającej się wyodrębnić części tego zamówienia. Na takie samo rozumienie cytowanego fragmentu siwz przez zamawiającego wskazuje treść skierowanego pismem z dnia 4 października 2013 r. wezwania do wykonawcy Maquet Polska, w którym zamawiający zauważa sprzeczność pomiędzy deklaracją wykonawcy zawartą w formularzu ofertowym o zamiarze wykonania przedmiotu zamówienia siłami własnymi i wykreśleniu sformułowania o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom. Otrzymane wyjaśnienia potwierdziły, że wykonawca zamierza samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia, a udział podmiotu trzeciego polegać będzie na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Tak opisany udział wykonawcy określił jako podwykonawstwo, które omyłkowo nie zostało wskazane w złożonej ofercie. Nie negując co do zasady możliwości udostępniania na rzecz wykonawcy wiedzy i doświadczenia skład orzekający ponownie zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu udostępnianie było możliwe jedynie z obowiązkowym udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji części zamówienia rozumianym jako podwykonawstwo. Ze złożonych dokumentów tak w ofercie, jak i wyjaśnień nie wynika, aby udostępnienie potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia

wiązało się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, a zatem by miało charakter realny i spełniało powołany wymóg specyfikacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stoi na stanowisku, że Maquet, na dzień składania ofert nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wymaganej wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wobec niewykazania spełnienia warunków udziału na zasadach określonych i sprecyzowanych w postanowieniach siwz.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w świetle postanowień Rozdziału 8 dział A ust. 3 SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W postanowieniach siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Rozdziale 3 ust. 4 SIWZ, postawiono wymóg, by wykonawcy złożyli materiały informacyjne producenta (np. prospekty, foldery, katalogi, instrukcje) lub oświadczenia producenta - w celu potwierdzenia wszystkich zadeklarowanych parametrów oferowanych urządzeń, zawartych w opisach sporządzonych na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznika nr 8 do SIWZ.

Wykonawca złożył w ofercie oświadczenie o zgodności deklarowanych parametrów z wymogami, a ponadto na wezwanie zamawiającego złożono ulotki informacyjne oferowanych produktów oraz karty katalogowe. Powyższe materiały zawierały oznaczenie marki „Maquet” i nie ma podstaw do negowania ich prawdziwości. Niezależnie od tego materiały informacyjne zostały podpisane przez przedstawiciela wykonawcy, który jest autoryzowanym przedstawicielem koncernu Maquet na Polskę. Jak wynika ze złożonego na rozprawie oświadczenia Maquet Holding GmbH & C.KG wykonawca jest uprawniony m. in. do przygotowywania wydawania i podpisywania oświadczeń, dokumentacji, ulotek, folderów, ofert technicznych i asortymentowych/.../. Wobec powyższych ustaleń nie stwierdzono by materiały ofertowe naruszały wymogi postawione w Rozdziale 8 dział A ust. 3 SIWZ, a w konsekwencji Izba uznała, że treść oferty w kwestionowanym zakresie była zgodna z postanowieniami SIWZ.

Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem Izba uznała, że przystępujący wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238)

Przewodniczący:

.....

.....

.....