

Sygn. akt: KIO 1073/18

WYROK

z dnia 12 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez **wykonawcę Erbud Rzeszów Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc „Odrodzenie” im. Klary Jelskiej, ul. Gładkie 1, 34-500 Zakopane**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. "EFER" S. K. i J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowo Budowlana SystemEco J. P., Ząb 114 b, 34-521 Ząb** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Erbud Rzeszów Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Erbud Rzeszów Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Erbud Rzeszów Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego Chorób Płuc „Odrodzenie” im. Klary Jelskiej, ul. Gładkie 1, 34-500 Zakopane** kwotę **448 zł 64 gr** (słownie: czterysta czterdzieści osiem złotych sześćdziesiąt cztery grosze) poniesioną tytułem dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Nowym Sączu.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny Chorób Płuc „Odrodzenie” im. Klary Jelskiej w Zakopanem (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dobudowę, rozbudowę, przebudowę budynku Szpitala Specjalistycznego Chorób Płuc w Zakopanem. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 kwietnia 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 541608-N-2018.

W dniu 28 maja 2018 r. wykonawca Erbud Rzeszów Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. "EFER" S. K. i J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowo Budowlana SystemEco J. P. (dalej: „Konsorcjum EFER”) oraz przyznania Konsorcjum EFER punktacji za doświadczenie kadry kierowniczej, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EFER, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) z uwagi na niemożliwość zaoferowania przez Konsorcjum EFER możliwości wykonania instalacji gazów medycznych bez korzystania w tym zakresie z podwykonawcy,
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EFER, pomimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na niesprecyzowanie treści oferty,

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum EFER 23,61 punktów w kryterium - doświadczenie kadry kierowniczej w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien otrzymać punkty jedynie za doświadczenie Pana AG-K,
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do Konsorcjum EFER do wyjaśnienia treści oferty w zakresie stawki VAT za wykonanie instalacji gazów medycznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący powołał się na następujące okoliczności:

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EFER, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niemożliwość zaoferowania przez Konsorcjum EFER możliwości wykonania Instalacji gazów medycznych bez korzystania w tym zakresie z podwykonawcy

Odwołujący stwierdził, że nie może ulegać wątpliwości, iż jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest wykonanie instalacji gazów medycznych. Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Dyrektywy 93/42/EEC oraz wprowadzającą je ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. System Rurociągowy do Gazów Medycznych to wyrób medyczny, należący do klasy IIb. System ten, zwany częściej Instalacją gazów medycznych, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, musi być zatem zaprojektowany, dostarczony, zamontowany i uruchomiony przez podmiot, który jest wytwórcą wyrobu medycznego i posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania zgodny z normą PN-EN 13485. Nadawanie znaku CE musi się odbywać przy udziale jednostki notyfikowanej, a przy znaku musi się widnieć numer tej jednostki. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych instalacje gazów medycznych jako wyrób medyczny podlegają zgłoszeniu do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Analogicznie w przypadku aparatury medycznej, stanowiącej wyposażenie stałe wskazane w pkt. 3.3.10 SIWZ konieczne jest, jak podał Odwołujący, aby wyroby te zostały dostarczone, zamontowane i uruchomione przez podmiot, który jest wytwórcą wyrobu

medycznego i posiada wdrożony i certyfikowany system zarządzania zgodny z normą PN-EN 13485.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum EFER w formularzu oferty wskazało, że nie będzie korzystać z podwykonawstwa w jakimkolwiek zakresie, a zatem, aby zaoferowane świadczenie było zgodne z treścią SIWZ, któryś z członków konsorcjum zobligowany jest do posiadania odpowiednich uprawnień celem dokonania odpowiedniego montażu, certyfikacji w zakresie zaoferowanego sprzętu oraz nadania dla instalacji gazów medycznych znaku CE. W ocenie Odwołującego, żaden z członków konsorcjum nie jest wytwórcą w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, a zatem nie jest podmiotem uprawnionym do wykonania, zamontowania i uruchomienia takiego systemu zgodnie z prawem. W szczególności Odwołujący wskazał, że żaden z członków konsorcjum nie występuje w europejskiej bazie danych o wyrobach medycznych, która pozwala m.in. na dostęp do informacji o wytwórcach i upoważnionych przedstawicielach. Z formularza oferty Konsorcjum EFER jednoznacznie wynika, że tylko w zakresie czynności serwisowych Konsorcjum EFER wskazało na Dragar Polska i ALVO Sp. z o.o., co w żaden sposób nie pozwala na przyjęcie, że podmioty te będą podwykonawcami.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. i ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EFER, pomimo że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na niesprecyzowanie treści oferty

Odwołujący stwierdził, że treść oferty Konsorcjum EFER nie odpowiada treści SIWZ, a zatem, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, powinna zostać odrzucona. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 796/14 i wskazał, że w przedmiotowej sprawie zachodzi niezgodność oferty Konsorcjum EFER polegająca na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym wykonawcy wskazali oferowaną aparaturę medyczną, stanowiącą wyposażenie stałe wskazane w pkt. 3.3.10 SIWZ, opisaną w dokumentacji projektowej.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum EFER w swojej ofercie wskazało na stoły

operacyjne producenta ALVO MEDICAL nie wskazując typu zaoferowanego stołu tak, jak uczynił to Odwołujący. Zamawiający w treści wzoru Formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) wymagał wskazania: producenta, modelu i typu zaoferowanego urządzenia. W zakresie stołu operacyjnego Konsorcjum EFER jako model wskazało nazwę producenta, zaś jako typ model stołu, nie wskazując jakiegokolwiek typu stołu.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum EFER nie sprecyzowało w treści formularza oferty treści swojej oferty, a brak w tym zakresie nie może zostać sanowany. Jednocześnie, w opinii Odwołującego, za sprecyzowanie treści oferty nie może zostać uznane odesłanie do załącznika nr 4, który w żaden sposób nie precyzuje złożonej oferty, a jest jedynie oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że składając dokumenty przedmiotowe oraz odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia Konsorcjum EFER dokonało nieuprawnionego uzupełnienia swojej oferty, które to uzupełnienie nie powinno zostać wzięte pod uwagę przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ dopiero na podstawie tych dokumentów możliwe jest ustalenie przedmiotu oferty tego wykonawcy.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum EFER 23,61 punktów w kryterium - doświadczenie kadry kierowniczej w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien otrzymać punkty jedynie za doświadczenie Pana AG-K

Jak zauważył Odwołujący, zgodnie z treścią art. 22a ust 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Tym samym, jak zaznaczył Odwołujący, ustawodawca przewidział jedynie możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich na potrzeby spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na potrzeby uzyskania punktów w dodatkowych kryteriach oceny ofert. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami przedłożonymi przez Konsorcjum EFER, Konsorcjum nie zatrudnia kadry kierowniczej, której doświadczenie jest punktowane, a korzysta w tym zakresie z doświadczenia następujących podmiotów osób

prowadzących działalność gospodarczą: tj. Pana KM oraz RJC.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że korzystanie z potencjału podmiotów prowadzących działalność gospodarczą powinno zostać uznane za korzystanie z potencjału podmiotów trzecich, bowiem dotyczy udostępnienia potencjału pomiędzy dwoma przedsiębiorcami. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał możliwości przyznania Konsorcjum EFER punktów w zakresie przedsiębiorców wykorzystujących swój potencjał innemu przedsiębiorcy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 maja 2018 r.,
- przyznanie Konsorcjum EFER w kryterium - doświadczenie kadry kierowniczej - punktów jedynie za doświadczenie Pana AG-K,
- wezwanie Konsorcjum EFER do wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanej stawki VAT za wykonanie instalacji gazów medycznych,
- odrzucenie oferty Konsorcjum EFER z uwagi na złożenie oferty sprzecznej z treścią SIWZ w zakresie niesprecyzowania przedmiotu oferty oraz niemożliwości wykonania instalacji gazów medycznych bez korzystania z podwykonawców oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło w dniu 1 czerwca 2018 r. Konsorcjum EFER.

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący wycofał zarzut dotyczący przyznania Konsorcjum EFER punktów w kryterium doświadczenie kadry kierowniczej oraz zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum EFER do wyjaśnień w zakresie stawki VAT za wykonanie instalacji gazów medycznych. W pozostałym zakresie strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, treść oferty złożonej przez Konsorcjum EFER, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych i podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EFER z uwagi na niemożliwość zaoferowania wykonania instalacji gazów medycznych bez korzystania w tym zakresie z podwykonawcy.

Izba zważyła, że Zamawiający w treści dokumentacji nie postawił wymogów co do posiadania przez wykonawców szczególnych uprawnień w zakresie projektowania czy dostawy instalacji gazów medycznych. Nie wymagał również składania przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum EFER jest niezgodna z treścią SIWZ.

Okoliczność, iż Konsorcjum EFER nie zadeklarowało powierzenia tej części zamówienia podwykonawcy także nie stanowi o niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Zamawiający w pkt 23 SIWZ, nie zastrzegając żadnej z części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, wymagał wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom i podania firm podwykonawców. Konsorcjum EFER złożyło oświadczenie, że nie będzie korzystało z podwykonawców.

Izba miała jednak na uwadze, że ustawa Pzp nie przewiduje żadnych sankcji za brak

wskazania podwykonawców w ofercie. W ustawie brak jest podstaw do niedopuszczenia zlecenia podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia, nawet gdyby w treści oferty zadeklarowano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Izba stoi na stanowisku, że obowiązek określony w art. 36b ust. 1 Pzp, z uwagi na to, iż przepis ten wskazuje jedynie na zamiar, a nie stanowcze oświadczenie o powierzeniu konkretnym podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia, jest obowiązkiem wyłącznie o charakterze informacyjnym. Na taką interpretację wskazuje też przepis art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp pozwalający na powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia w trakcie realizacji zamówienia. W ocenie Izby, nie ma uzasadnienia dla różnicowania sytuacji wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, od tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi – na takie rozróżnienie nie wskazują przepisy ustawy Pzp (podobnie KIO w wyroku z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2320/17, w wyroku z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1756/17, w wyroku z dnia z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2543/17, w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 234/17, w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 192/17). W związku z powyższym, brak w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, o nie zgodności oferty Konsorcjum EFER z treścią SIWZ nie mogą świadczyć złożone przez Odwołującego na rozprawie zgłoszenie podwykonawcy z 25 września 2017 r. skierowane przez Erbud S.A. do Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu, pismo Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Leżajsku z 7 czerwca 2018 r. skierowane do Erbud Rzeszów Sp. z o.o., pierwsza strona umowy nr 30/09/2017 Budowa R-1704 zawarta pomiędzy Erbud S.A. a Alvo Sp. z o.o. Sp. k., pismo Dräger Polska Sp. z o.o. z 8 czerwca 2018 r. skierowane do Erbud Rzeszów Sp. z o.o., czy też certyfikaty wydane dla Asmedica Sp. z o.o.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EFER z uwagi na niesprecyzowanie treści oferty.

Bezsporna w przedmiotowej sprawie jest okoliczność, że w pkt 3.3.10 SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania przez wykonawców m.in. 3 szt. stołów operacyjnych. We wzorze Formularza oferty Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w przedmiocie okresu gwarancji na poszczególne wyposażenie stałe wskazując miejsce do wypełnienia przez wykonawców dotyczące producenta, modelu i typu sprzętu.

Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia w postaci stołu operacyjnego został przez Konsorcjum EFER określony w sposób wystarczający i pozwalał Zamawiającemu na dokonanie oceny złożonej przez Konsorcjum EFER oferty. W formularzu oferty (strona 3) Konsorcjum EFER wskazało na stół operacyjny producenta Alvo Medical typ Serenada, a także złożyło oświadczenie „wyposażenie zgodne ze specyfikacją techniczną – załącznik 4”. Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą jakichkolwiek dodatkowych dokumentów w tym zakresie.

Z katalogu stołów operacyjnych producenta Alvo Medical złożonego przez Przystępującego Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 17 maja 2018 r. wynika, że producent ten posiada w swojej ofercie stoły operacyjne, stoły zabiegowe, system stołów i stoły specjalizowane.

Wśród stołów operacyjnych producent wyróżnił:

- ALVO Preludium 4-01,
- ALVO Etiuda 4-02,
- ALVO Serenada 4-04,
- ALVO Rapsodia 4-05.

Zgodnie z ww. katalogiem, ALVO Serenada – C jest stołem specjalizowanym.

Z katalogu tego jednoznacznie zatem wynika, że w ofercie producenta Alvo Medical wśród stołów operacyjnych znajduje się tylko jeden stół operacyjny o nazwie Serenada. Oznaczenie stołu w ofercie Konsorcjum EFER „Producent Alvo Medical model Alvo typ Serenada” stanowiło oznaczenie indywidualizujące konkretne urządzenie i pozwalało Zamawiającemu już na etapie złożonej oferty ocenić ofertę Konsorcjum EFER.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut dotyczący przyznania Konsorcjum EFER punktów w kryterium doświadczenie kadry kierowniczej oraz zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum EFER do wyjaśnień w zakresie stawki VAT za wykonanie instalacji gazów medycznych ze względu na ich wycofanie przez Odwołującego.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :