

WYROK
z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. GRUPA 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul. Żagańska 19 (pełnomocnik) i CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-541 Warszawa, ul. Czarnieckiego 72** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu 87-100 Toruń, ul. Szosa Chełmińska 26/703 (adres do korespondencji: 87-100 Toruń, Pl. Teatralny 2/437)**,

przy udziale:

1. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (lider konsorcjum); P.B.U. Budopol S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-739 Bydgoszcz, ul. Fordońska 199; P.W. EBUD-Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-375 Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11; P.W. „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-833 Bydgoszcz, ul. Smoleńska 1a** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A (lider konsorcjum) i Warbud-Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-488 Warszawa, ul. Potrzebna 55** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**

- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. GRUPA 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul Żagańska 19 (pełnomocnik) i CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-541 Warszawa, ul. Czarnieckiego 72 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. GRUPA 3J S.A. z siedzibą w Warszawie, 04-713 Warszawa, ul Żagańska 19 (pełnomocnik) i CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-541 Warszawa, ul. Czarnieckiego 72,**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę i rozbudowę Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J.Brudzińskiego w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 września 2010 r., nr 2010/S 5-006746.

W dniu 25 lutego 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: GRUPA 3J S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) i CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „Odwołującym GRUPA 3J”, o odrzuceniu oferty Odwołującego GRUPA 3J na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. na skutek tego, iż mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, tj. „autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji”, a o czym mowa w punkcie 9 załącznika nr 10 do SIWZ nie przedłożył dokumentów odnośnie sprzętu medycznego, którego dostawę zaoferował, a którego producentem jest Siemens Sp. z o.o., a co oznacza iż oferta Odwołującego GRUPA 3J nie odpowiada treści SIWZ.

Pismem tym Zamawiający poinformował także o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (lider), P.B.U. Budopol S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, P.W. EBUD-Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i P.W. „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwanych dalej „konsorcjum BUDIMEX”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 7 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący GRUPA 3J wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 7 marca 2011 r.) wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu go z postępowania oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BUDIMEX, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego GRUPA 3J podlega odrzuceniu,
3. art. 46 ust 4a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium

Odwołującemu GRUPA 3J w sytuacji, gdy brak jest podstaw do zatrzymania,

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania konsorcjum Budimex do uzupełnienia wymaganych w SIWZ dokumentów a w przypadku ich nie uzupełnienia odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,

Jednocześnie Odwołujący GRUPA 3J wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego GRUPA 3J,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego GRUPA 3J,
4. dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący GRUPA 3J podniósł, iż brak jest w treści SIWZ postanowienia, z którego wynikałby obowiązek złożenia autoryzacji producenta wraz z ofertą. Katalog dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu został określony w punkcie 6 w SIWZ i dokumenty te zostały przez Odwołującego GRUPA 3J złożone wraz z ofertą. Podstawy żądania złożenia autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji nie może stanowić postanowienie załącznika nr 10 do SIWZ, który stanowi jedynie o konieczności ich posiadania autoryzacji, a nie jej złożenia wraz z ofertą. O obowiązku złożenia wraz z ofertą autoryzacji nie świadczy również przytaczana przez Zamawiającego odpowiedź z dnia 5 października 2010r. na pytanie nr 83, która nie stanowi zmiany treści SIWZ w zakresie żądanych przez zamawiającego dokumentów, a jedynie brak możliwości zastąpienia wymogu posiadania autoryzacji innym oświadczeniem dystrybutora sprzętu medycznego wystawionego dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji.

Brak modyfikacji SIWZ w tym zakresie oznacza, iż nie było podstawy do żądania złożenia takiego dokumentu, a tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego GRUPA 3J i zatrzymania wadium.

Jednocześnie Odwołujący GRUPA 3J złożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające, iż Siemens Sp. z o.o. jest producentem oferowanego sprzętu, udostępnia swoje zasoby Odwołującemu GRUPA 3J, a co jest – w jego ocenie -odpowiednikiem udzielenia autoryzacji. Siemens Sp. z o.o. zobowiązała się udostępnić na rzecz Odwołującego GRUPA 3J wszelkie niezbędne zasoby wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jak również przedstawiła ofertę handlową wraz z potwierdzeniem warunków gwarancji. W związku z tym, że Siemens Sp. z o.o. jest producentem oferowanego przez Odwołującego GRUPA 3J sprzętu, wystawienie autoryzacji przez producenta samemu sobie byłoby zbędne. Podkreślił także, iż zobowiązanie o współpracy Siemens Sp. z o.o. z Odwołującym GRUPA 3J na

potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia stanowi o równoznaczności udzielenia autoryzacji Odwołującemu.

Odwołujący podkreślił także, iż przepisy ustawy Pzp, a także 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 (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, wskazują katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i żaden z obowiązujących przepisów nie określa jako dokumentu przedmiotowego dokumentu „autoryzacji”. Tym samym brak było podstaw do zatrzymania wadium, gdyż zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentu autoryzacji, a następnie wzywania wykonawcy do jego uzupełnienia i w konsekwencji do odrzucenia oferty wykonawcy. Prywatny dokument autoryzacji nie mieści się w katalogu dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nadto Odwołujący GRUPA 3J podniósł zarzut dotyczący zaniechania wezwania konsorcjum BUDIMEX do uzupełnienia oferty, w której treści brak jest dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogów tolerancji materiałowej warunkującej szczelność, tj. „materiał do produkcji zabudowy sal operacyjnych - wykonanie wg DIN 59382 oraz oryginalnych ilustrowanych folderów producenta z potwierdzonymi wymaganymi parametrami technicznymi urządzeń”. Obowiązek dołączenia tych dokumentów wynikał z zapisów punktu 2 oraz uwagi pod arkuszem AIT zestawienia parametrów i warunków wymaganych dla zabudowy sal operacyjnych stanowiącego jeden z dokumentów załącznika nr 10 do SIWZ, stanowiąc jej integralną część.

A ponadto w zakresie punktu nr 9 tabeli nr 10 SIWZ Zamawiający wymagał „autoryzacji producenta sprzętu medycznego wystawionej na wykonawcę realizowanej inwestycji wraz z potwierdzeniem gwarancji”, natomiast załączony przez konsorcjum BUDIMEX dokument nie potwierdza wymagania dotyczącego warunków gwarancji oraz został opatrzony klauzulą możliwości odwołania w każdym czasie bez podania przyczyn.

Tym samym podkreślając, iż Zamawiający zaniechał czynności wezwania do uzupełnienia oferty konsorcjum BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku jej nie uzupełnienia odrzucenia oferty tego wykonawcy jako nie spełniającej wymagań zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 marca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołań, przekazując jednocześnie kopię odwołań (przedmiotowe pismo konsorcjum BUDIMEX oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie

(pełnomocnik) oraz Warbud-beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Warbud”, otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 10 marca 2011 r. (pismem z dnia 9 marca 2011 r.) konsorcjum Warbud przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwoływającemu i Zamawiającemu. Konsorcjum Warbud, w złożonym piśmie procesowym, podnosząc, iż oferta Odwoływającego GRUPA 3J nie zawierała wymaganych SIWZ autoryzacji producentów sprzętu medycznego wraz z potwierdzeniem gwarancji. SIWZ i udzielona odpowiedź na pytanie nr 83 jednoznacznie kreuje obowiązek wykonania złożenia wraz z ofertą autoryzacji producentów sprzętów medycznych wraz z potwierdzeniem gwarancji, a obowiązek ten nie był wcześniej kwestionowany.

W dniu 10 marca 2011 r. (pismem z dnia 9 marca 2011 r.) konsorcjum BUDIMEX przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwoływającemu i Zamawiającemu.

W dniu 17 marca 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwoływający kwestionując zasadność odrzucenia jego oferty wykazał interes we wniesieniu odwołania oraz szkodę jaką poniósłby, gdyby nie uzyskał przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwoływającego GRUPA 3J nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 10 Arkusz Informacji Technicznej (ATI) „Pozostałe wymogi dostarczenia sprzętu medycznego we wszystkich arkuszach informacji technicznej w załączniku nr 10” w pozycji 2, kolumna 2 „wymagane parametry i warunki” zamieścił wymóg „autoryzacja producenta sprzętu medycznego, wystawiona dla wykonawcy

na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji”, jednocześnie pod tabelą zamieszczając uwagę „Nie spełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty”.

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 83, „czy Zamawiający zrezygnuje z wymogu dołączenia do oferty autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionego dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji i dopuści dołączenie do oferty oświadczenia dystrybutora sprzętu medycznego wystawionego dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji?” odpowiedział, iż „Zamawiający nie wyraża zgody”.

Odwołujący GRUPA 3J w załączeniu do oferty złożył oświadczenie TRILUX Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 15 lutego 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego GRUPA 3J do uzupełnienia dokumentów potwierdzających m.in. „posiadanie przez oferowany sprzęt medyczny autoryzacji producenta wraz z potwierdzeniem gwarancji”.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 16 lutego 2011 r., Odwołujący GRUPA 3J poddał w wątpliwość możliwość żądania przez Zamawiającego złożenia dokumentu autoryzacji producenta sprzętu medycznego wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji, podkreślając iż obowiązek złożenia takiego dokumentu nie wynikał z treści SIWZ. Jednocześnie, pismem z dnia 17 lutego 2011 r., wniósł o wskazanie podstawy prawnej i faktycznej takiego żądania, jak również o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu wyznaczonego na złożenie stosownych wyjaśnień i uzupełnień.

Zamawiający, pismem z dnia 18 lutego 2011 r., przedłużył Odwołującemu GRUPA 3J termin na złożenie żądanych dokumentów, jak również wskazał, iż podstawą jego żądania jest „pkt 9 tabeli zawartej w załączniku nr 10 do SIWZ „Pozostałe wymogi dostarczenia sprzętu medycznego we wszystkich arkuszach informacji technicznej w załączniku nr 10”, stanowiącym integralną część SIWZ, który to wymóg został potwierdzony w odpowiedzi na pytanie nr 83.

Pismem z dnia 21 lutego 2011 r. Odwołujący GRUPA 3J przedłożył „posiadane oświadczenia producentów sprzętu medycznego, tj. TRUMPF Medizin Systeme GmbH, MAQUET Getinge Group i Just Metalik wraz z potwierdzeniem gwarancji”, wskazując iż „firma Siemens Sp. z o.o. zobowiązała się udostępnić na rzecz Wykonawcy – Grupy 3J S.A. wszelkie niezbędne zasoby wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, jak również przedstawiła ofertę handlową wraz z potwierdzeniem warunków gwarancji”, załączając do przedmiotowego pisma m.in. pełnomocnictwo firmy Siemens Sp. z o.o. z dnia 6 października 2010 r. dla wskazanych w nim pracowników firmy Siemens Sp. z o.o. „do reprezentowania w stosunkach z Grupą 3J S.A.” w przedmiotowym postępowaniu oraz zobowiązanie firmy

Siemens Sp. z o.o. z dnia 6 października 2010 r. do udostępnienia firmie Grupa 3J S.A. niezbędnych zasobów i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (złożone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), oświadczenie firmy Siemens Sp. z o.o. z dnia 11 października 2010 r., iż parametry zawarte w tabeli parametrów technicznych, a nieopisane w firmowych materiałach informacyjnych stanowiących załącznik do niniejszej oferty są zgodne z rzeczywistymi parametrami oferowanego urządzenia oraz ofertą handlową firmy Siemens Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2010 r.

W dniu 25 lutego 2011 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego GRUPA 3J ze względu na nieprzedłożenie wymaganych dokumentów odnośnie sprzętu medycznego, którego producentem jest Siemens Sp. z o.o., tj. niezgodność z treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby Zamawiający wymagał od wykonawców, co jednoznacznie stwierdził w treści załącznika nr 10, pkt 9, „autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji”, potwierdzając jednocześnie obowiązek złożenia przedmiotowego dokumentu w odpowiedzi na pytanie nr 83. Odpowiedź ta w sposób nie budzący żadnych wątpliwości w zestawieniu z treścią punktu 9, treścią całej tabeli, jak i treścią pytania, w którym wykonawca pyta o możliwość rezygnacji z wymogu dołączenia dokumentu autoryzacji producenta oraz wnosi o dopuszczenie możliwości dołączenia zamiast oświadczenia producenta sprzętu medycznego oświadczenia jego dystrybutora wskazuje na obowiązek złożenia dokumentu autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji. Sformułowania „Zamawiający nie wyraża zgody” nie da się inaczej zinterpretować. Kategoryczność udzielonej odpowiedzi w zestawieniu z treścią zapytania, a mianowicie sformułowań „czy rezygnuje z wymogu dołączenia do oferty (...) i dopuści dołączenie (...)” okoliczność tę niewątpliwie potwierdza. Gdyby wymogu takiego nie było to Zamawiający – jak należy przypuszczać – uczyniłby podobnie jak w pozycji 1 tej tabeli, gdzie poprzez dokonanie zapisu „(z dostawą)” niewątpliwie wyłączył obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentu z pozycji 1 tabeli („instrukcji obsługi w j. polskim”). Takich wątpliwości, jak żądanie dokumentu autoryzacji producenta, u Odwołującego GRUPA 3J nie wzbudziło żądanie wskazane w pozycji 8 tabeli, a mianowicie obowiązek „załączenia oryginalnych katalogów i materiałów technicznych”. Oznacza to więc, iż Odwołujący GRUPA 3J wybiórczo potraktował obowiązki nałożone na wykonawców, złożenie jednych dokumentów kwestionując, innych przyjmując zaś za aksjomat.

Reasumując stwierdzić należy, iż już w treści SIWZ, a załącznik nr 10 niewątpliwie stanowi integralną część SIWZ, został jednoznacznie sformułowany obowiązek złożenia spornego dokumentu. Natomiast odpowiedź udzielona na pytanie nr 83 nie stanowi, jak słusznie podniósł Zamawiający, modyfikacji treści SIWZ, a jedynie jej wyjaśnienie.

Zamawiający potwierdził w niej bowiem, iż z wymogu określonego w punkcie 9 załącznika nr 10, a więc już wcześniej sformułowanego, nie rezygnuje. Istotnie wyjaśnienia udzielane w trybie odpowiedzi na zapytania wykonawców mogą stanowić modyfikację treści SIWZ. Niemniej jednak decyduje o tym merytoryczna zawartość pisma, a więc treść udzielonej odpowiedzi. Wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ – jak wynika z literatury i doktryny przedmiotu – stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym potrzeby modyfikacji SIWZ niewątpliwie nie było. Odpowiedź potwierdzała jedynie już wcześniej wskazany obowiązek złożenia spornego dokumentu i dokument ten, dotyczący oferowanego sprzętu medycznego Odwołujący GRUPA 3J zobowiązany był złożyć. Zasadność wymogu postawionego w punkcie 9 załącznika nr 10 nie była przez niego kwestionowana. W załączeniu do oferty złożył wymagany dokument autoryzacji producenta sprzętu medycznego, co prawda tylko w stosunku do jednego z oferowanych wyrobów (sprzętu medycznego), dostrzegając zapewne wymóg, który obecnie jest przez niego kwestionowany. Nie wnosił on także, mimo, iż rzeczywiście zgłaszał Zamawiającemu wątpliwość co do zasadności wezwania go do uzupełnienia dokumentów autoryzacji producentów sprzętu medycznego, przewidzianych prawem środków odwoławczych w tym właśnie zakresie.

Tak więc wykonawca ten (Odwołujący GRUPA 3J) zobowiązany był złożyć wraz z ofertą dokument „autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawiony dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji”. Odwołujący GRUPA 3J wraz z ofertą, co jest bezsporne, złożył jedynie jeden taki dokument (oświadczenie TRILUX Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), a więc wyłącznie dla jednego z oferowanych wyrobów. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów złożył i inne (TRUMPF Medizin Systeme GmbH, MAQUET Getinge Group i Just Metalik), które nie budziły wątpliwości Zamawiającego, jak również sporne dokumenty dotyczące oferowanych wyrobów firmy Siemens Sp. z o.o. Niewątpliwym jest, iż dokumenty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, a dotyczące sprzętu medycznego firmy Siemens nie są dokumentami autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawionymi dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji, co zresztą sam Odwołujący GRUPA 3J przyznał w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia.

Wymaganego dokumentu nie może zastąpić „zobowiązanie firmy Siemens Sp. z o.o. z dnia 6 października 2010 r. do udostępnienia firmie Grupa 3J S.A. niezbędnych zasobów i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (złożone w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp)”. Z treści tego zobowiązania, jak również innych dokumentów złożonych wraz z tym dokumentem, nie wynika bowiem, iż w istocie mamy do

czynienia z producentem oferowanego sprzętu medycznego, albo jego autoryzowanym przedstawicielem, uprawnionym do działania w jego imieniu i na jego rzecz, a nie tylko i wyłącznie dystrybutorem jego towaru. Odwołujący GRUPA 3J podkreślał, iż skoro firma Siemens Sp. z o.o. jest jego podwykonawcą to nie będzie sama sobie wystawiać wymaganej autoryzacji. Niemniej jednak – jak już wyżej podkreślono – mimo iż nie jest istotny charakter stosunków łączący Odwołującego GRUPA 3J z firmą Siemens Sp. z o.o., w ramach tego zobowiązania (udostępnienia potencjału podmiotów trzecich) firma Siemens Sp. z o.o. uczestniczyłaby bezpośrednio w realizacji zamówienia, nadal nie dając żadnej pewności udzielenia wymaganej autoryzacji sprzętu medycznego. Skoro więc dokument autoryzacji producenta sprzętu medycznego, wystawiony dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji był bezwzględnie wymagany jego niezłożenie przesądza o niezgodności treści oferty Odwołującego GRUPA 3J z treścią SIWZ, a tym samym o odrzuceniu oferty Odwołującego Grupa 3J.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego zatrzymania wadium otwierzył się.

Konsekwencją powyższego, tj. nie przedłożenia na wezwanie dokumentu autoryzacji sprzętu medycznego, wystawionego dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji, było zatrzymanie Odwołującemu GRUPA 3J wadium w wysokości 3.000.000,00 zł.

Tak więc odnosząc się do zarzutu dotyczącego bezpodstawnego zatrzymania wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a Pzp, Izba uznała, że nie wystąpiły przesłanki do jego zatrzymania. Czynność Zamawiającego polegająca na zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Pzp stanowi bowiem następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, a skoro „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...), zatem relatywnie łatwiej jest obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści” (postanowienie SN z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt V CSK 456/09). Dlatego też należało uznać, że wykonawcy, w tym właśnie zakresie (zatrzymania wadium) przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp.

Art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp zawiera ustawową przesłankę zatrzymania wadium, a mianowicie dotyczy sytuacji nie złożenia przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o ile wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Powyższe nie pozwala więc na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, przy zastosowaniu wykładni językowej, przesłankę zatrzymania wadium

stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki (zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp) tej nie wyczerpuje zatem złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy. Intencją ustawodawcy nie było bowiem zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokumentu tego nie złożył.

Skoro zatem Odwołujący GRUPA 3J złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego, które - w jego ocenie - potwierdzały spełnianie wymogu określonego w załączniku nr 10, pozycja 9 to zatrzymanie przez Zamawiającego wadium nie odpowiada przepisom ustawy Pzp. Odwołujący GRUPA 3J przedłożył bowiem szereg dokumentów, które wymóg ten miały spełniać. Niemniej jednak niespełnienie tego wymogu nie oznacza jednocześnie, iż okoliczność ta powstała z „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Odwołujący GRUPA 3J podjął bowiem działania mające na celu uzyskanie wymaganych dokumentów, zresztą pochodzących od podmiotu prywatnego i mimo, że tego konkretnego dokumentu nie uzyskał to jednak przedłożył dokumenty, które – jego zdaniem – miały potwierdzać spełnienie tego wymogu. Należy bowiem pamiętać, iż intencją ustawodawcy, a co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu dla wprowadzenia tego właśnie przepisu, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokumentu tego nie złożył. Celem wprowadzenia tego przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie zмовom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili. A ponieważ zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. Zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla Zamawiających. Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej, jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99). Tak więc decyzja taka (o zatrzymaniu wadium) winna być podjęta przez Zamawiającego dopiero po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust 4a ustawy Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni

należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum BUDIMEX nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 10 Arkusz Informacji Technicznej (ATI) „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych” „Przedmiot zamówienia: zabudowa sal operacyjnych” w pozycji 2, kolumna 2 „wymagane parametry i warunki” postawił dla systemu zabudowy ścian i sufitu modułowego wymóg „dołączenia stosownego certyfikatu”, z jednoczesnym wskazaniem obowiązku dołączenia oryginalnych ilustrowanych folderów producenta z potwierdzonymi wymaganymi parametrami technicznymi urządzenia.

Odwołujący GRUPA 3J podniósł, iż konsorcjum BUDIMEX nie załączyło do swej oferty dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogów tolerancji materiałowej warunkującej szczelność, tj. „materiał do produkcji zabudowy sal operacyjnych – wykonanie wg DIN 59382ę oraz oryginalnych ilustrowanych folderów producenta z potwierdzonymi wymaganymi parametrami technicznymi urządzeń.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 23 listopada 2010 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 13, w którym wykonawca wskazywał na niemożność złożenia określonych dokumentów na etapie składania ofert, dotyczących m.in. izolacji akustycznej zabudowy ściennej i dopuszczenie ich złożenia dopiero na etapie realizacji zamówienia, „przychylił się do argumentacji jedynie jeśli chodzi o składanie certyfikatu potwierdzającego szczelność pomieszczeń”, wskazując iż w tym zakresie modyfikuje treść SIWZ. Pozostałe zapisy SIWZ pozostawiając bez zmian.

Analizując treść udzielonych wyjaśnień jednoznacznie stwierdzić należy, iż Zamawiający zrezygnował z żądania certyfikatu na potwierdzenie spełnienia wymogu z pozycji 2 powołanej wyżej tabeli. Świadczy o tym chociażby sformułowanie, w którym wyraźnie przyznał, że przychylił się do argumentacji wnoszącego zapytanie, jak i stwierdzenie, że w pozostałym zakresie żadnych zmian nie wprowadza. Zmiana dotyczyła więc tylko i wyłącznie rezygnacji ze złożenia konkretnie wskazanego certyfikatu. Twierdzenie jakoby wymóg ten (złożenia certyfikatu) był potwierdzony poprzez sformułowanie „wymaga” nie znajduje uzasadnienia w kontekście pełnej treści udzielonych wyjaśnień, jak i szczegółowego zapytania. Potwierdzeniem tego obowiązku nie może być także odpowiedź nr 6 z dnia 1 grudnia 2010 r., gdyż dotyczy ona – jak podkreślał Zamawiający - wyłącznie obowiązku dołączenia dokumentów i folderów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów i warunków oferowanego sprzętu medycznego, a nie materiałów służących do

zabudowy sal operacyjnych, a materiał ten (materiał do zabudowy sal operacyjnych) – w myśl ustawy o wyrobach medycznych, jak słusznie podniósł Przystępujący BUDIMEX - nie może być uznany za sprzęt medyczny. Natomiast modyfikacja treści SIWZ dokonana w dniu 17 grudnia 2010 r. – jak wskazano w punkcie 7 - odnosi się wyłącznie do zakresu rzeczowego załącznika budowlanego i arkuszy informacji technicznej, w wyniku której zmodyfikowano jedynie plik dotyczący sprzętu medycznego. Tym samym stwierdzić należy, iż brak było, wbrew twierdzeniom Odwołującego GRUPA 3J, obowiązku złożenia wraz z ofertą certyfikatu potwierdzającego szczelność pomieszczeń. Zarzut ten więc nie potwierdził się.

Art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego będąca m.in. przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, tj. zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, zatem brak jest podstaw do uwzględnienia przez Izbę przedmiotowego odwołania, mimo uwzględnienia powyższego zarzutu.

Odwołujący GRUPA 3J cofnął na rozprawie zarzut dotyczący zaniechania złożenia przez konsorcjum BUDIMEX dla materiału do zabudowy sal operacyjnych autoryzacji producenta sprzętu medycznego wystawionej na wykonawcę realizowanej inwestycji wraz z potwierdzeniem gwarancji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, nie uwzględniając kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, złożonych do akt sprawy, gdyż jak wynika z faktury przedłożonej na rozprawie wystawiona faktura odnosi się do sprawy o sygn. akt 461/11, nie objętej rozpoznaniem na przedmiotowej rozprawie.

Przewodniczący:

.....