

Sygn. akt: KIO 431 /11

WYROK
z dnia 15 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 14 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 marca 2011 r. przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół ZOZ w Janowie Lubelskim, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 149,**

przy udziale **Tehand sp. z o.o., 20-551 Lublin, ul. Herbowa 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00 groszy) uiszczony przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A,**

 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zespół ZOZ w Janowie Lubelskim, 23-300 Janów Lubelski, ul. Zamoyskiego 149,** stanowiącej uzasadnione koszty strony

poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Odwołujący ERBUD S.A. w Warszawie – wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Modernizację Bloku Operacyjnego, Centralnej Sterylizacji i Oddziału Intensywnej Terapii” zarzucił zamawiającemu, którym jest Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim naruszenie w toku postępowania art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem:

a/ art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż nie złożył on nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,

b/ z ostrożności, art. 26 ust. 3 i 4 i art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów składających się na treść oferty,

c/ art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Tehand sp. z o.o., który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania,

d/ art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Tehand sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów składających się na treść oferty oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,

e/ art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tehand sp. z o.o. i wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz sprzeczność oferty z siwz,

f/ art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wykluczenia go z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury wyjaśnienia i uzupełnienia treści oświadczeń lub dokumentów składających się na treść oferty, wykluczenie Tehand sp. z o.o. z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczając go z postępowania zaniechał jakiegokolwiek wyjaśnienia z nim kwestii stanowiących

podstawę decyzji, w tym nie zastosował przepisu art. 26 ust. 4 i 87 ust. 1 ustawy. Zauważył, że zamawiający oparł się na informacjach przekazanych mu przez konkurującego wykonawcę dotyczących rzekomych nieprawidłowości w ofercie ERBUD polegających na zaoferowaniu urządzenia przelotowego parowego dla 6 jednostek, które nie jest produkowane – nie znajduje się w 2011 r. w ofercie producenta, a nie dał odwołującemu możliwości odniesienia się do nich.

Odwołujący stwierdził, że siwz nie obliguje do złożenia z ofertą załącznika 1.2. będącego nieobowiązkowym dokumentem opisującym jedynie część przedmiotu zamówienia. Wskazał na treść odpowiedzi zamawiającego z 21.12.2010 r. i podniósł, że niejasne postanowienia siwz nie mogą obciążać wykonawców.

Zauważył, że dokonana ocena treści oferty na podstawie wyjaśnień konkurenta bez zastosowania procedury z art. 26 ust. 4 ustawy, była nieuprawniona.

W ocenie odwołującego, w toku postępowania zamawiający stawiał w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę Tehand sp. z o.o., na co wcześniej wskazywał on, jak i inny wykonawca. Podkreślił, że sporny produkt nadal widnieje na stronie internetowej producenta, a zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej kwestii, nie wziął także pod uwagę ewentualności, że wykonawca mógł działać pod wpływem błędu spowodowanego przez podmiot trzeci.

W toku rozprawy złożył wydruki ze strony internetowej producenta z roku 2011 nie zawierające jakiegokolwiek wzmianki, że oferowany sterylizator nie jest produkowany w bieżącym roku. Wskazał, że zamawiający nie dokonał weryfikacji otrzymanych informacji u producenta, którą to ewentualność zastrzegł w siwz.

Podniósł, że wykonawca Tehand sp. z o.o. wykonał program funkcjonalno-użytkowy stanowiący integralną część siwz, przez co uzyskał przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Podał w wątpliwość umowę przedstawioną przez zamawiającego zawierającą informacje co do sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego przez firmę ATU sp. z o.o. będącą firmą meblarską, nie zaś przez przystępującego.

Wskazał na niezgodność oferty Tehand sp. z o.o. z siwz stwierdzając, że wykonawca ten nie złożył żadnych dokumentów dla analogicznego urządzenia – Sterylizatora parowego przelotowego na 6 jednostek produkcji STERIS GmbH, model Steris Amsco Envister 6 STU, w szczególności nie przedstawił żadnego certyfikatu, w tym certyfikatu CE.

Odwołujący powołując treść rozporządzenia Prezesa RM z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz postanowienia siwz stwierdził, że wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień przez osoby wskazane w wykazie, co skutkuje wykluczeniem z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy.

Podniósł nadto zarzut złożenia przez konkurenta nieprawdziwych informacji, gdyż wg wiedzy odwołującego wskazany w ofercie Tehand sp. z o.o. Steris GmbH nie jest producentem oferowanego sterylizatora parowego. Brak jest również dokumentów certyfikacyjnych dla urządzenia Amsco Envister 6 STU, które wskazałyby na rzeczywistego producenta, zaś zgodnie z treścią załącznika nr 1.2. do siwz wykonawca zobowiązany był złożyć materiały informacyjne potwierdzające zgodność deklarowanych parametrów oraz dokumenty dopuszczające urządzenia do użytkowania na terenie Polski i UE – certyfikaty CE.

Ponadto odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu jednym z obowiązków wykonawców było wypełnienie i dostarczenie wraz z ofertą załącznika nr 1.2 do siwz – szczegółowego opisu urządzeń Centralnej Sterylizatorni. Punkt IV załącznika dotyczył opisu 1 sztuki sterylizatora parowego przelotowego na 6 jednostek. Pod pozycją 1 jako rodzaj parametru zamawiający opisał „rok produkcji 2011”. Zamawiający stwierdził, że obowiązkiem wykonawcy było wpisanie, czy oferowany przez niego sprzęt powyższy parametr spełnia i w jakim zakresie. W ramach tego obowiązku odwołujący zaoferował sterylizator parowy przelotowy produkcji Steris Corporation model/typ Amsco® Evolution™ potwierdzając w stosownej kolumnie rok produkcji oferowanego sterylizatora jako rok 2011. Drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu podniósł, że odwołujący nie będzie mieć możliwości dostarczenia zaoferowanego urządzenia, wyprodukowanego w 2011 roku, z uwagi na zaprzestanie jego produkcji w 2010 roku. W odpowiedzi na wniosek zamawiającego o udokumentowanie tej informacji, wykonawca przedłożył pismo z 11.02.2011 r. Dyrektora Rejonu ds. Technologii Zapobiegania Zakażeniom dla Krajów Skandynawskich i Europy Wschodniej Steris Limited, z którego wynika, iż

firma STERIS zakończyła przyjmowanie zamówień na sterylizatory Amsco® Evolution™ dnia 1.09.2010 r. i aktualnie nie ma możliwości, aby ktokolwiek dostarczył to urządzenie, wyprodukowane w 2011 r. W świetle tak dokonanych ustaleń zamawiający uznał, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dotyczące parametrów sprzętu, określonych w siwz, za pomocą którego wykonawca chce wykonać zamówienie publiczne. Zamawiający stwierdził, że oczywiste jest, iż informacja dotycząca daty produkcji oferowanego sterylizatora była jednym z podstawowych wskaźników zgodności oferty wykonawcy z treścią siwz.

Wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że nie miał podstaw żądania od wykonawcy wyjaśnień, gdyż nie miał wątpliwości co do treści oferty.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że wykonując wymóg złożenia z ofertą szczegółowego opisu urządzeń Centralnej Sterylizatorni odwołujący zaoferował sterylizator parowy, przelotowy produkcji STERIS Corporation model/typ Amsco® Evolution™ wskazując na rok produkcji – 2011. Wg wiedzy przystępującego zaoferowany sterylizator został w 2010 roku wycofany ze sprzedaży, na dowód czego przedstawił zamawiającemu pismo producenta. Przystępujący wskazał, że nawet w odwołaniu nie przedstawiono dowodów na możliwość dostarczenia zaoferowanego urządzenia.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołania, przystępujący stwierdził, że o konieczności złożenia wraz z ofertą załącznika nr 1.2. świadczy treść tabeli, w której należało podać parametry, z których zaznaczone „tak” są graniczne, oświadczenie o tym, że urządzenia są fabrycznie nowe, informację o gwarancji oraz podpisać przedmiotowy dokument. Wskazał na inne zapisy potwierdzające przedstawione stanowisko.

Odnosząc się do zarzutu przedwczesnego wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał na złożenie nieprawdziwych informacji skutkujących wykluczeniem z postępowania i brak przeciwnych argumentów, co oznacza, uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy, że pozostałe zarzuty nie powinny być rozpatrywane.

Odnosząc się jednak do tych zarzutów stwierdził, że wykonawca miał możliwość zaskarżenia postanowień siwz w ustawowym terminie.

Oświadczył, że nie był autorem programu funkcjonalno-użytkowego, który wykonała firma ATU sp. z o.o. w Lublinie.

Przystępujący stwierdził, że złożył wszystkie dokumenty wymagane dla sterylizatora parowego wskazując na str. 133 i n. oferty.

Wskazał, że oświadczenie o posiadaniu uprawnień przez osoby wymienione w wykazie nie było wymagane przez zamawiającego. Podkreślił przy tym, że załączył do oferty uprawnienia dla osób ujętych w wykazie, zatem z treści oferty wynika, że osoby te posiadają stosowne uprawnienia. Kolejny zarzut, w którym wskazano na innego producenta oferowanego sterylizatora parowego uznał za bezpodstawny i nie udowodniony. Zauważył nadto, że KIO nie rozstrzyga spraw z zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika oraz uwzględniając dokumentację postępowania, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść ofert złożonych przez odwołującego i przystępującego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy uznając, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji odrzucił ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Uznał za takie informacje zawarte w formularzu określonym jako załącznik nr 1.2 do siwz – szczegółowy opis urządzeń Centralnej Sterylizatorni. Punkt IV wskazanego załącznika do siwz dotyczył opisu 1 sztuki sterylizatora parowego przelotowego na 6 jednostek. Pod pozycją 1 jako rodzaj parametru zamawiający opisał „rok produkcji 2011”. Wykonawcy składający oferty wpisywali w kolejnych kolumnach formularza, czy oferowany przez niego sprzęt powyższy parametr spełnia i w jakim zakresie. W tym zakresie odwołujący zaoferował sterylizator parowy przelotowy produkcji Steris Corporation model/typ Amsco® Evolution™ potwierdzając w stosownej kolumnie rok produkcji oferowanego sterylizatora jako rok 2011.

Poza sporem w sprawie jest fakt, że obydwaj uczestniczący w przetargu wykonawcy złożyli wskazany dokument, sporna jest okoliczność, czy był to dokument obowiązkowy.

W ocenie składu orzekającego przedmiotowy opis zawierający po wypełnieniu opis oferowanych urządzeń ze wskazaniem producenta, modelu, typu oraz szeregu parametrów stanowi element oferty wymagany przez zamawiającego. Sam fakt złożenia w ofercie tych informacji przez wykonawców wskazuje na takie rozumienie

wymogu również przez odwołującego, co najmniej w okresie do dnia złożenia oferty. Konsekwencją dokonanej oceny, iż opis oferowanego urządzenia jest wprost częścią oferty, jest wskazanie, że nie jest to odrębny dokument lub oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, podlegający ewentualnemu uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4. Treść oferty może być bowiem wyjaśniana na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, bez możliwości dokonywania zmiany w jej treści. Należy zauważyć, że wyjaśnienia wymagają informacje budzące wątpliwości zamawiającego powstałe w toku badania ofert wykonawców. Tym samym przy braku wątpliwości, nie zachodzą przesłanki kierowania zapytania do wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że zamawiający miał podstawy uznać, że złożona deklaracja o roku 2011 jako roku produkcji oferowanego przez odwołującego urządzenia jest deklaracją nie odpowiadającą rzeczywistości. Izba uznała bowiem za udowodnioną okoliczność, w oparciu o treść dokumentu - pisma z 11.02.2011 r. Dyrektora Rejonu ds. Technologii Zapobiegania Zakażeniom dla Krajów Skandynawskich i Europy Wschodniej Steris Limited, z którego wynika, iż firma STERIS zakończyła przyjmowanie zamówień na sterylizatory Amsco® Evolution™ dnia 1.09.2010 r. i aktualnie nie ma możliwości, aby ktokolwiek dostarczył to urządzenie, wyprodukowane w 2011 r. Treści tego dokumentu nie zaprzeczają informacje ze strony internetowej producenta, przedstawione przez odwołującego do akt sprawy. Należy zauważyć, abstrahując w tym miejscu od waloru dowodowego danych z Internetu, że informacje te stanowią opis techniczny urządzenia bez wskazania danych na temat możliwości lub braku możliwości nabycia urządzenia wyprodukowanego w roku 2011. W świetle powyższego zamawiający, wobec jednoznacznego wskazania parametru daty produkcji, miał podstawy zastosować wobec odwołującego przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy bez konieczności uprzedniego zwracania się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Stwierdzić należy, że odwołujący mimo składanych deklaracji nie przedstawił do chwili zamknięcia rozprawy, przeciwnego dowodu.

Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego wobec odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy, a także art. 26 ust. 3 i 4 i art. 87 ust. 1 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego o niecelowości rozpatrywania pozostałych zarzutów odwołania z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy uznając, że ich ewentualne uwzględnienie skutkujące wykluczeniem wybranego wykonawcy, a w

konsekwencji, wobec złożenia w postępowaniu dwóch ofert, unieważnieniem postępowania, miałyby wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Tehand sp. z o.o., Izba uznała, opierając się na treści umowy z dnia 21.08.2009 r., złożonej do akt sprawy między zamawiającym a firmą ATU sp. z o.o., że firma ta, a nie przystępujący, była autorem programu funkcjonalno-użytkowego użytego w niniejszym postępowaniu, a zatem Tehand sp. z o.o. nie wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania. Nie potwierdziły się również twierdzenia, że oferta firmy Tehand sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami określonymi w siwz, a podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak jest podstaw do zastosowania wobec tego wykonawcy art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Analiza treści oferty wybranej prowadzi do wniosku, że wymagane dokumenty dotyczące oferowanego sterylizatora parowego, ze wskazaniem producenta i parametrów urządzenia oraz certyfikatów, zostały złożone. Odwołujący nie udowodnił przy tym, że producentem urządzenia jest inny niż wskazany w ofercie podmiot. Należy ponadto zauważyć, że zamawiający nie wymagał w siwz złożenia oświadczenia, że osoby wymienione w wykazie, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają odpowiednie uprawnienia. Niezasadny jest tym samym zarzut naruszenia w odniesieniu do wybranego wykonawcy powołanych wyżej przepisów ustawy. Izba potwierdza przy tym stanowisko, że nie jest organem właściwym do rozpatrywania spraw z zakresu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....