

Sygn. akt: KIO 2511/11

WYROK
z dnia 8 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2011 r. przez **Odwołującego – OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice**

przy udziale **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., Plac Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z wykorzystaniem procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych,**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego –**

OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice**, na rzecz **Odwołującego – OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa procesorów mowy do systemów implantów ślimakowych i implantów zakotwiczonych na przewodnictwo kostne”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 10 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 152-252514 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 24 listopada 2011 r. OTICON Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podczas gdy złożone dokumenty wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
3. art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez wadliwe i lakoniczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów bez wskazania faktycznej podstawy wezwania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W dniu 17 listopada br. Odwołujący powziął informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia poprzez: brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, nieprawidłowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz niezłożenie w wymaganej formie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego.

Odwołujący, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu skorzystał z możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego - Oticon Medical. W tym celu wraz z ofertą przedłożył wykaz i dokumenty, mające potwierdzić wykonanie prac przez podmiot trzeci.

Dnia 18 października br. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 wezwał Odwołującego „do uzupełnienia złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu o wymagane w SIWZ dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia" oraz do określenia zakresu i formy udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci.

Odwołujący w wyznaczonym terminie odpowiedział na wezwanie, przedkładając jeszcze raz zobowiązanie podmiotu trzeciego, nowy wykaz wykonanych dostaw oraz referencje.

W wykluczeniu Zamawiający podnosił, iż przedłożone referencje nie potwierdzają należytego wykonania dostaw przez Oticon Medical oraz wskazywał na uchybienia co do formy złożonych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo twierdził, iż złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia jest zbyt lapidarne i niewystarczające - brakuje w nim zakresu i formy przekazania zasobów w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podnosił, iż z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie można wywodzić wymagania co do wskazania zakresu czy formy przekazania zasobów podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie, iż podmiot będzie wspierać Oticon Polska Sp. z o.o. w zakresie każdej potrzeby, przekaże do dyspozycji wszystkie niezbędne zasoby zarówno w zakresie personelu, jak i materiałów w trakcie realizacji kontraktów, spełnia wymagania

zawarte w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych. Przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego wyraża w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia Odwołującemu odpowiedniego zasobu - w zależności od potrzeb.

Ponadto według Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego złożono w nieprawidłowej formie, bowiem Odwołujący przedłożył je w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem – z czym Odwołujący się nie zgadzał. Odwołujący przywoływał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynikało, że taka forma może zostać zaakceptowana. Podnosił również, że biorąc pod uwagę konstrukcję normy zawartej w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych i dopuszczenie szeregu środków dowodowych, za pomocą których wykonawcy mogą udowodnić poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, uznać należy, iż żądanie za każdym razem oryginału zobowiązania wiązałoby się z nadmiernym formalizmem postępowań o udzielenie zamówienia. Stanowiłoby to również duże utrudnienie dla Wykonawców, którzy w kilku postępowaniach przedkładają to samo zobowiązanie.

Niezależnie jednak od powyższego, Odwołujący wskazywał, że jeżeli na etapie oceny i badania ofert Zamawiający uznał, iż zobowiązanie zostało złożone w nieprawidłowej formie - winien był w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów tę kwestię podnieść i zażądać dokumentu w formie oryginału. Nieprawidłowości w zakresie formy dokumentu nie mogą pozostawać bowiem w sferze domysłów Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania, wskazał również, iż kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Odwołującego to nieprawidłowa forma dla dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw przez podmiot treści. Odwołujący przywoływał odpowiednie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz § 6 ust. 2 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, twierdząc, że jest to forma dopuszczalna. Zresztą, jeżeli Zamawiający uważałby przeciwnie – to i tak winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa, udzielonego przez podmiot trzeci, upoważniającego do potwierdzania za zgodność z oryginałem. Z przepisów rozporządzenia wynika bowiem, że potwierdzenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem wiedzy, którego uprawnienie do złożenia można przekazać innemu podmiotowi.

Reasumując, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wzywając Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych powinien jednoznacznie wskazać jakie braki występują w złożonych dokumentach, określając szczegółowo zakres żądania. Konsekwencją nieprecyzyjnego wezwania może być sytuacja,

w której Wykonawca uzupełni dokumenty w zakresie innym niż faktycznie oczekiwany i wymagany przez Zamawiającego, ale wyraźnie nie wyartykułowany - tak wyrok KIO z 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/1359/10.

Za nieprawidłowe należy więc uznać w ocenie Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu bez jednoznacznego doprecyzowania braków czy też nieprawidłowości.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, i Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania - wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w rozdziale V.I.lit.b SIWZ wymagał, aby Wykonawcy posiadali stosowną wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch dostaw procesorów mowy lub implantów o wartości nie mniejszej niż 100.000 PLN każda.

Na potwierdzenie spełniania warunku Zamawiający wymagał stosownego wykazu wraz z dokumentami, potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw.

2. Odwołujący, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu skorzystał z możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego - Oticon Medical. Wraz z ofertą przedłożył:

- wykaz wykonanych dostaw (strona 7 oferty),
- zobowiązanie Oticon Medical do oddania do dyspozycji dla Oticon Polska Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów oraz pełnego wsparcia podczas realizacji zamówienia wraz z tłumaczeniem przysięgłym (strony 17 - 18 oferty),

- referencje ze szpitala Radboud University Nijmegen Medical Centre wraz z tłumaczeniem (strony 21 - 22 oferty),
- oświadczenie Oticon Medical doprecyzowujące wartość wykonanych dostaw dla szpitala Radboud University Nijmegen Medical Centre wraz z tłumaczeniem (strony 19 - 20 oferty),
- referencje University Hospital Maastricht wraz z tłumaczeniem (strony 25 - 26 oferty),
- oświadczenie Oticon Medical doprecyzowujące wartość wykonanych dostaw dla szpitala z Maastricht wraz z tłumaczeniem (strony 23 - 24 oferty).

3. W dniu 18 października br. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego „do uzupełnienia złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu o wymagane w SIWZ dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia”. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że „z załączonych do oferty dokumentów (str. 18) wynika, że Oticon Medical oddaje do dyspozycji firmie Oticon Polska swoje zasoby. W oświadczeniu brakuje zakresu i formy przekazania tych zasobów w trakcie realizacji zamówienia. W ofercie (str. 6) Wykonawca wskazał dostawy niezbędne do spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia lecz brak jest dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw (...)”. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w pozostałym zakresie (w zakresie braków dostrzeżonych w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, kwestionowanych w odwołaniu).

3. Odwołujący w wyznaczonym terminie odpowiedział na wezwanie, ponownie przedkładając zobowiązanie podmiotu trzeciego tej samej treści, co przy ofercie i wyjaśniając, iż zwroty: „będzie wspierać firmę Oticon Polska Sp. z o.o. w zakresie każdej potrzeby. Oticon Polska Sp. z o.o. ma do swojej dyspozycji wszystkie niezbędne zasoby firmy Oticon Medical” spełniają wymagania ustawowe dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Jednocześnie przedłożono nowy wykaz wykonanych dostaw. W uzupełnionym wykazie wskazano trzy dostawy (Zamawiający wymagał dwóch):

- Dostawę systemów implantów słuchowych zakotwiczonych w kości dla szpitala Righospitalet w Danii (nowa pozycja wykazu),
- Dostawę systemów implantów słuchowych zakotwiczonych w kości dla szpitala Sin Augustinus w Belgii (nowa pozycja wykazu),
- Dostawę systemów implantów słuchowych zakotwiczonych w kości dla Radboud University Nijmegen Medical Centre (wyszczególniona w wykazie złożonym w ofercie).

Odwołujący przedłożył również stosowne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, za słuszne stanowisko Odwołującego, który twierdził, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych było zbyt lakoniczne i nie artykułowało wszystkich oczekiwań Zamawiającego w odniesieniu do dokumentów, pochodzących od podmiotu trzeciego, a mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Wezwanie takie powinno precyzować wszystkie braki w dokumentach, zarówno merytoryczne, jak i formalne. Jeżeli Zamawiający oczekiwał złożenia dokumentów w odpowiedniej formie, powinien to wyrazić w wezwaniu. Odwołujący na rozprawie wykazał, że dysponuje oryginałem zobowiązania (okazał go Izbie) więc gdyby wezwanie skierowane do Odwołującego było jasne i jednoznaczne, z pewnością Odwołujący uczyniłby zadość wezwaniu Zamawiającego, przynajmniej co do formy dokumentów. Odwołujący trafnie zauważa w odwołaniu, że wobec rozbieżności poglądów w doktrynie i orzecznictwie i braku sprecyzowania jakiegokolwiek wątpliwości w tym względzie w odwołaniu, nie mógł wiedzieć po otrzymaniu wezwania, że Zamawiający powziął wątpliwość co do formy złożonych dokumentów. Dlatego Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego i jego referencji w oczekiwanej przez siebie formie, przed decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Niezależnie od rozstrzygnięcia, która forma dla takich dokumentów jest właściwa – czy wyłącznie oryginał, czy kopia potwierdzona za zgodność przez podmiot trzeci czy przez wykonawcę – Zamawiający mógł wezwać do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot trzeci do potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem.

Odnośnie natomiast merytorycznej zawartości dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą i w ramach uzupełnienia, Izba częściowo podzieliła stanowisko Zamawiającego – w kwestii braku potwierdzenia należytego wykonania dostaw. O ile można podzielić stanowisko składu orzekającego odnoszącego się do referencji wydanej przez Radboud University Nijmegen Medical Centre (wyrok sygn. akt KIO 2148/11) i uznać ten dokument za wystarczający, to w pozostałych dokumentach brakuje elementu wskazującego na realizację umowy. Nie budzi wątpliwości, że referencje te potwierdzają jakość sprzętu, jednak nie wynika z nich bezpośrednio, że jakość ta została przez wystawcę poznana w wyniku wykonania dostawy przez podmiot trzeci. Okoliczność, że dany podmiot jest producentem dobrego jakościowo sprzętu nie przesądza, że jest on zdolny do należytego wykonania umowy – terminowej i kompletnej dostawy.

W związku z powyższym Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie dostawy – poprzednio wezwanie w tym względzie było lakoniczne i nie precyzowało skonkretyzowanych braków dokumentów.

Izba uznała, że treść zobowiązania podmiotu trzeciego odpowiadała wymogom art. 26 ust. 2b prawa zamówień publicznych. Przekazanie doświadczenia jest elementem trudnym do przeniesienia na inny podmiot – podmiot trzeci oświadczył, że odbędzie się to dzięki materiałom i personelowi; Zamawiający na rozprawie wyraził oczekiwanie, że doświadczenie powinno być przekazane za pomocą dokumentów. Po pierwsze, ustawa nie przewidywała obowiązku żądania wyjaśnienia „zakresu i formy” przekazania zasobu podmiotu trzeciego, po drugie nie ma powodów, aby nie zaakceptować akurat takiej formy, jaką wybrał Odwołujący.

Reasumując, braki dostrzeżone w dokumentach załączonych do oferty powinny być przez Zamawiającego sprecyzowane już w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, a nie dopiero w uzasadnieniu wykluczenia. Zamawiający powinien jeszcze raz, tym razem prawidłowo, wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....