

Sygn. akt: KIO/UZP 36/08

WYROK
z dnia 8 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sentech Instruments GmbH, Berlin, Carl Scheele Str. 16, Niemcy**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk, Warszawa, ul. Sokołowska 29/37** protestu z dnia 28 grudnia 2007 r.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk Warszawa, ul. Sokołowska 29/37** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Sentech Instruments GmbH, Berlin, Carl Scheele Str. 16, Niemcy**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Instytut Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk Warszawa, ul. Sokołowska 29/37** na rzecz **Sentech Instruments GmbH, Berlin, Carl Scheele Str. 16, Niemcy**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Sentech Instruments GmbH, Berlin, Carl Scheele Str. 16, Niemcy**.

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Instytut Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę systemu do nakładania warstw dielektrycznych z plazmy ICP PECVD oraz do trawienia półprzewodników azotowych ICP RIE.

W dniu 21 grudnia 2007 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym o wynikach badania i oceny ofert – jako najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy Oxford Instruments.

Na ww. czynność Zamawiającego firma Sentech Instruments GmbH złożyła w dniu 28 grudnia 2007 r. protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. badania ofert poprzez przyjęcie, że wykonawca Oxford Instruments nie podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega rozpatrywaniu i nie podlega odrzuceniu,
2. oceny ofert poprzez przyjęcie, że oferta wykonawcy Oxford Instruments podlega ocenie,
3. wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie podlegającej badaniu i ocenie.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, iż wykonawca Oxford Instruments podlega wykluczeniu z uwagi na to, że oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz formularz ofertowy podpisały osoby do tego nie umocowane. Z uwagi na powyższe, zdaniem Protestującego, wykonawca Oxford Instruments podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, Protestujący stwierdził, iż oferta wykonawcy Oxford Instruments jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Protestujący wskazał, że wykonawca ten zaoferował urządzenia o mniejszym, niż wymagał tego Zamawiający, zakresie temperatur pracy elektrody podłoża oferując jednocześnie jako wyposażenie opcjonalne przystawkę w cenie 12000 euro, jednak nie wliczył ceny tej przystawki do ceny oferty. Tym samym, zdaniem Protestującego, złożył ofertę wariantową, co nie było dopuszczalne w niniejszym postępowaniu.

Działania Zamawiającego, naruszają, zdaniem Protestującego, art. 7, art. 22, art. 24 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 83 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wniósł o:

- powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi odrzucenie oferty Oxford Instruments,
- powtórzenie czynności oceny ofert tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
- równe traktowanie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 stycznia 2008 r. przez jego odrzucenie na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podpisania oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz formularza ofertowego przez osoby nieuprawnione Zamawiający stwierdził, iż fakt ten nie został udokumentowany. Zamawiający wskazał, iż ze złożonego przez firmę Oxford Instruments w dniu 7 grudnia 2007 r. oświadczenia wynika, że posiada ona pełną autoryzację do przedkładania ofert. Zamawiający uznał, „w związku z nienaganną reputacją” tego wykonawcy, że ww. oświadczenie stanowi wystarczające prawne zobowiązanie oferenta. Ponadto, jest w posiadaniu dokumentu, z którego wynika, że oferta oraz inne dokumenty mają pełną moc prawną.

Za niezasadny Zamawiający uznał także zarzut dotyczący niezgodności oferty Oxford Instruments ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia uzasadniając swoje stanowisko tym, że zgodnie ze specyfikacją, minimalne odstępstwa od niej nie dyskwalifikują oferenta, bo przewidziane zostały ujemne punkty za niezgodność oferowanych parametrów ze specyfikacją.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie złożyła w dniu 11 stycznia 2008 r. firma Sentech Instruments GmbH zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podtrzymując jednocześnie zarzuty wskazane w proteście z dnia 28 grudnia 2007 r. Odwołujący się wskazał, że nie znajduje podstaw prawnych do odrzucenia protestu, co uczynił Zamawiający, ponieważ protest jest zgodny z przepisami prawa, został wniesiony w terminie, przez podmiot uprawniony. Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający na etapie badania ofert nie może zmieniać opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący się podnosi, iż wykonawca Oxford Instruments złożył ofertę opcjonalną, zatem niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz niezgodną z kodeksem cywilnym w zakresie przepisów o reprezentacji. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego się, oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się wniósł o:

- powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi odrzucenie oferty Oxford Instruments,
- powtórzenie czynności oceny ofert tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
- równe traktowanie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron złożonych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z dokumentacji postępowania oraz z oświadczenia złożonego przez Zamawiającego na rozprawie i w piśmie z dnia 4 lutego 2008 r. wynika, iż Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim ze względu na wartość zamówienia obowiązku wynikającego z art. 40 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na konieczności przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jak stwierdził sam Zamawiający w piśmie z dnia 17 stycznia 2008 r. skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych, w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zostało przekazane jedynie wstępne ogłoszenie informacyjne (w dniu 29 października 2007 r.), natomiast ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone wyłącznie na stronie internetowej Instytutu Wysokich Ciśnień Polskiej Akademii Nauk (w dniu 12 listopada 2007 r.).

Powyższe stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne Izba stwierdziła również inne uchybienia, o których mowa poniżej.

Izba ustaliła, że istnieje rozbieżność pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Rozbieżność ta dotyczy terminu związania ofertą: w ogłoszeniu Zamawiający podał, iż wynosi on 60 dni, natomiast w specyfikacji 30 dni (pkt 6).

Należy także zwrócić uwagę na to, że Zamawiający wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3) na konieczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że „zweryfikuje ofertę pod

względem obecności oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz stosownego odpisu”, nie precyzując jednocześnie jakiego dokumentu odpis ten dotyczy.

Ponadto, w pkt. 4 specyfikacji Zamawiający wymienił kolejny dokument, który zobowiązany jest złożyć wykonawca tj. listy referencyjne zainstalowanych urządzeń typu PECVD oraz RIE. W tym miejscu Izba stwierdza, iż nieprawidłowe jest działanie Zamawiającego polegające na wskazaniu wymogu złożenia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku bez postawienia szczegółowego warunku udziału w postępowaniu. Wprowadzający wykonawców w błąd jest także wymóg złożenia niejednoznacznie określonych dokumentów, jakimi są ww. listy referencyjne. Nazwa tych dokumentów wskazuje na wymóg złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Tymczasem z brzmienia wymogu dotyczącego złożenia ww. dokumentów można wywnioskować, iż Zamawiający wymaga wykazu zrealizowanych zamówień. Izba wskazuje, że zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający zawarty jest w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do wyboru dokumentów z wykazu zamieszczonego w ww. Rozporządzeniu, po uprzednim sprecyzowaniu warunku, którego spełnieniem musi wykazać się wykonawca. Należy również zauważyć, iż wymóg przedłożenia takiego dokumentu powinien zostać również zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu.

Naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest zastrzeżenie, iż Zamawiający ma prawo do unieważnienia przetargu bez podania przyczyn (pkt. 6 i 12 specyfikacji). Zauważyć należy, iż przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią katalog zamknięty. W przypadku zaistnienia jednej z nich Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie. Nie może jednak swobodnie, wedle swego uznania podejmować decyzji o unieważnieniu. Art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje ponadto Zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia.

Izba za bezprawne uznała wprowadzenie kryterium oceny ofert polegające na ocenie doświadczenia producenta. Prawidłowe kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania, nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Za niedopuszczalną należy uznać również możliwość przewidzianą przez Zamawiającego zaoferowania urządzeń nie spełniających wymogów wskazanych w

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wprowadzenie punktów ujemnych. Zamawiający powinien wymagać zaoferowania urządzeń o parametrach zgodnych z minimalnymi wymogami zawartymi w specyfikacji i ewentualnie wskazać na możliwość przyznania punktów dodatkowych za określone lepsze funkcjonalności sprzętu. W przypadku zaoferowania urządzeń o parametrach niezgodnych z minimalnymi wymogami postawionymi przez Zamawiającego, oferta takiego wykonawcy, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlega odrzuceniu. Przy obecnym sposobie oceny w skrajnym przypadku wykonawcy mogliby zaoferować urządzenia nie spełniające wszystkich parametrów technicznych wskazanych przez Zamawiającego, a ten musiałby wybrać jako najkorzystniejszą ofertę z najmniejszą liczbą punktów ujemnych.

Powyższe naruszenia przepisów ustawy stanowią o konieczności unieważnienia postępowania również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mimo orzeczenia o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba postanowiła odnieść się również do zarzutów podniesionych przez Odwołującego się w proteście i odwołaniu.

Za zasadny Izba uznaje zarzut dotyczący podpisania oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz formularza oferty przez osoby nie umocowane do tych czynności ze strony firmy Oxford Instruments. Zarówno Pan Lorenz Reckert, który podpisał oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jak i Pani Sibylle Schmidt, której podpis widnieje pod formularzem oferty nie były w momencie podpisywania ww. dokumentów osobami uprawnionymi, zgodnie z odpisem z rejestru, do podejmowania zobowiązań w imieniu firmy Oxford Instruments. Złożenie ww. dokumentów stanowi jednostronną czynność prawną w rozumieniu art. 104 kc, która w przypadku dokonania jej bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Ustawodawca przewiduje możliwość potwierdzenia jednostronnej czynności prawnej w przypadku jednoczesnego wystąpienia trzech przesłanek: braku umocowania rzekomego pełnomocnika do złożenia oświadczenia woli w cudzym imieniu, pozytywnej wiedzy adresata oświadczenia woli o braku umocowania rzekomego pełnomocnika oraz zgody adresata oświadczenia woli na działanie rzekomego pełnomocnika mimo braku umocowania. W niniejszym przypadku nie może być mowy o zgodzie adresata czynności prawnej tj. Zamawiającego na działanie rzekomego pełnomocnika bez umocowania, bowiem Zamawiający zobowiązany był sprawdzić prawidłowość złożonej oferty. Pełnomocnictwo powinno być złożone na piśmie, zatem bez znaczenia jest przekonanie członków Komisji Przetargowej o posiadaniu przez Panią Sibylle Schmidt umocowania do podpisywania

wszelkich dokumentów przetargowych. Ostatnie świadczy też o braku istnienia kolejnej z ww. przesłanek tj. pozytywnej wiedzy adresata oświadczenia woli o braku umocowania rzekomego pełnomocnika. Nie mają zatem w tym przypadku znaczenia oświadczenia przedstawicieli Oxford Instruments z dnia 2 i 3 stycznia 2008 r. (to ostatnie złożone w języku niemieckim). Wobec powyższego oferta firmy Oxford Instruments powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo wskazać należy na fakt, że odpis z rejestru został złożony przez wykonawcę Oxford Instruments w języku niemieckim, co jest niezgodne z pkt. 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Izba stwierdziła w ofercie Oxford Instruments brak dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba przychyliła się również do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty Oxford Instruments w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Bezspornym jest fakt, iż wykonawca ten zaoferował urządzenia o mniejszym niż tego wymagał Zamawiający, zakresie temperatury pracy elektrody podłoża. Fakt ten nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bowiem Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzeń nie spełniających wymogów specyfikacji. O nieprawidłowości takich zapisów mowa powyżej. Izba zgadza się natomiast ze stanowiskiem Odwołującego się dotyczącym złożenia przez wykonawcę Oxford Instruments oferty wariantowej. Wykonawca ten jednoznacznie zaoferował dwa warianty urządzeń tj. urządzenia o mniejszym zakresie temperatury pracy elektrody podłoża niż tego wymagał Zamawiający, ale tańsze oraz urządzenia wraz z przystawkami umożliwiającymi ich pracę w zakresie temperatury pracy elektrody podłoża wymaganym przez Zamawiającego, ale droższe. Z uwagi na to, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, oferta firmy Oxford Instruments powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy Oxford Instruments z uwagi na to, iż nie został podniesiony w proteście.

Z powyższych względów Izba uwzględniła odwołanie i unieważnia postępowanie z uwagi na wady postępowania uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*