

Sygn. akt KIO/UZP 1358/08

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu ~~w dniach~~ 5 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez przez **TIMKO Sp. z o.o., ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (adres dla doręczeń: ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa),**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Euromedic - Gabinet Chirurgii Jednego Dnia i Poradni Chirurgii Ogólnej i Naczyń, ul. Rolna 18, 40-578 Katowice,** protestu ~~protestów~~ z dnia 3 listopada 2008 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Euromedic- Gabinet Chirurgii Jednego Dnia i Poradni Chirurgii Ogólnej i Naczyń, ul. Rolna 18, 40-578 Katowice,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TIMKO Sp. z o.o., ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (adres dla doręczeń: ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa)**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Euromedic - Gabinet Chirurgii Jednego Dnia i Poradni Chirurgii Ogólnej i Naczyń, ul. Rolna 18, 40-578 Katowice**, na rzecz **TIMKO Sp. z o.o., ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (adres dla doręczeń: ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa)**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TIMKO Sp. z o.o., ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (adres dla doręczeń: ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa)**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Euromedic Gabinet Chirurgii Jednego Dnia i Poradni Chirurgii Ogólnej w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przewoźnego śródoperacyjnego systemu RTG z ramieniem C, ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 października 2008 r. pod nr 2307118 .

W dniu 28 października 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za jaką została uznana oferta wykonawcy - **firmy Leszek Sedlak w Katowicach**, a także o wykluczeniu z postępowania **Odwołującego – TIMKO Sp. z o.o. w Warszawie** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp oraz o odrzuceniu oferty **Odwołującego** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert,
- 4) wykluczenie z postępowania wykonawcy – firmy Leszek Sedlak i odrzucenie jego oferty,
- 5) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając powyższe Odwołujący wskazał, iż przekazane przez niego informacje w toku postępowania były prawdziwe i zgodne z dokumentami załączonymi do oferty oraz z oryginalnymi materiałami producenta, a zatem Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Jak podniósł Odwołujący, informacje, na podstawie których Zamawiający uznał, iż oferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia żądanych wymagań, są nieaktualne i dotyczą innego modelu niż oferowany. Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty, winien przed odrzuceniem takiej oferty wystąpić o wyjaśnienie jej treści w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał również, że firma Leszek Sedlak w przedmiotowym postępowaniu podlegała wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego fakt, iż Leszek Sedlak nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie handlu detalicznego sprzętem medycznym nie wskazuje, aby posiadał on niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponował potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż Leszek Sedlak przedłożył dokumenty w kserokopii bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem, a nadto w sporządzonej przez siebie ofercie przedstawił cenę bez podatku VAT.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 14 listopada 2008 r. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Przy ocenie wiarygodności parametrów wskazanych w ofercie Odwołującego kierował się informacjami zawartymi w oryginalnym prospekcie z danymi technicznymi dla aparatu ZIEHM Visio, ogólnodostępnym w sieci internetowej. Odnosząc się zaś do żądania wykluczenia z postępowania firmy Leszek Sedlak Zamawiający podniósł, że pomimo iż z odpisu właściwego rejestru nie wynika, że wykonawca prowadzi działalność objętą przedmiotem zamówienia, nie oznacza braku uprawnień tego wykonawcy do wykonywania określonej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie jest także dokumentem potwierdzającym posiadanie przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wyjaśnił również, iż wezwał wykonawcę Leszek Sedlak do przedłożenia oryginału zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, co zostało uczynione. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, wpisanie przez wykonawcę w rubryce „stawka VAT”

określenia „zwolniony” nie może być przyczyną wykluczenia wykonawcy, gdyż, zwolnienie od obowiązku uiszczenia tego podatku znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy jest to urządzenie używane.

Od powyższego rozstrzygnięcia Odwołujący pismem z dnia 18 listopada 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 184 ust. 1, art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 4 w zw. z art. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz.1058). Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert przez Zamawiającego,
- 4) wykluczenie z postępowania wykonawcy – firmy Leszek Sedlak i odrzucenie jego oferty,
- 5) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podtrzymał twierdzenia przedstawione w proteście, a ponadto podniósł, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu błędnie pouczył go wskazując, że od przedmiotowego rozstrzygnięcia nie przysługuje odwołanie, choć zgodnie z art. 4 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, takie odwołanie przysługiwało. W zakresie zarzutów merytorycznych Odwołujący uzupełnił twierdząc, że wykluczenie go z postępowania winno być poprzedzone udowodnieniem, a nie uprawdopodobnieniem na podstawie informacji znalezionych w Internecie zaistnienia okoliczności uzasadniających takie wykluczenie. Ponadto zdaniem Odwołującego, wezwanie wykonawcy Leszek Sedlak do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, stanowi naruszenie art. 7 Pzp. Tymczasem samo porównanie cen sprzętów oferowanych przez wykonawców – cena żądana przez Odwołującego jest znacznie niższa niż cena żądana przez firmę Leszek Sedlak – winna stanowić podstawę do zastosowania przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż w przeciwnym razie mógłby się on narazić na zarzut niewłaściwego rozdysponowania środków unijnych.

Natomiast w zakresie żądania wykluczenia wykonawcy Leszek Sedlak z postępowania Odwołujący dodał, iż brak wpisu w ewidencji działalności gospodarczej oznacza de facto brak uprawnienia do wykonywania tego rodzaju działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, przy czym Zamawiający, wobec braku żądania innych dokumentów, powinien ten warunek ocenić wyłącznie na podstawie zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, z treści oferty złożonej przez firmę Leszek Sedlak nie wynikało, czy oferowany sprzęt jest używany czy też nie, a zatem nie może ustosunkować się do twierdzeń Zamawiającego w tym zakresie, podniesionych w rozstrzygnięciu protestu.

Zamawiający pismem z dnia 30.11.2008 r., skierowanym w zasadzie do KIO, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i załączył oświadczenie również z dnia 30.11.2008 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp – prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W posiedzeniu niejawnym i w rozprawie w dniu 5.12.2008 r. uczestniczył wyłącznie Odwołujący, który potwierdził żądania i wnioski określone w odwołaniu, złożył do wglądu SIWZ, kserokopię oferty swojej i wybranej, jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Protest został wniesiony w dniu 3.11.2008 r., zatem, do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji ustawy, która weszła w życie od dnia 24 października 2008 r., stosownie do treści art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

Zgodnie z art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp, prawo wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, podlega ograniczeniu i przysługuje tylko m.in. od wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i od odrzucenia oferty.

Wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie jest mniejsza niż kwota ustalona w wyżej wskazany sposób, zatem, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługuje tylko w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołanie dotyczące najkorzystniejszej oferty, zaniechania wykluczenia wykonawcy – Leszek Sedlak z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w zw. z art. 184 ust. 1a Pzp.

Z uwagi na połączenie w odwołaniu zarzutów dotyczących wybranej oferty i wykonawcy, który ją złożył z zarzutami dotyczącymi wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty, odwołanie zostało skierowane na rozprawę celem rozpoznania wyłącznie w granicach zarzutów i wniosków dotyczących wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i odrzucenia jego oferty, jako następstwo wykluczenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Mimo, iż postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego (pismo z dnia 30.11.2008 r.), Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, jako niezbędną przesłanką materialnoprawną rozpoznania odwołania. Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta nie została merytorycznie oceniona, mimo iż w ocenie Odwołującego, dane zawarte w ofercie i potwierdzone informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej producenta, potwierdzają parametry żądane przez Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący zaoferował cenę aparatu znacznie niższą, niż w wybranej ofercie (294 999 zł brutto - Odwołujący, w wybranej ofercie - 495 000 zł netto), co przy kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 70% powoduje, że w razie wyeliminowania konkurencyjnego wykonawcy z postępowania, Odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Uznanie braku interesu prawnego Odwołującego w przedstawionym stanie faktycznym oznaczałoby obejście prawa.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania zarzucając złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust.

2 pkt 2 Pzp) i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp określając, że czynność tę podjął na podstawie „wiedzy oraz ogólnodostępnych informacji branżowych i oryginalnych materiałów” (pismo z dnia 20.10.2008 r.), zamiast dokonać oceny wymagań podmiotowych wykonawcy, a następnie ocenić zgodność oferowanego aparatu z treścią SIWZ, w tym przypadku skonkretyzowaną w załączniku nr 3.

Zgodnie z opisem zamieszczonym pod tabelką „Zestawienie parametrów granicznych i ocenianych”, stanowiącą treść załącznika nr 3, Zamawiający żądał, by do oferty załączyć oryginalne prospekty techniczne producenta w języku polskim. Zastrzegł również możliwość weryfikacji podanych danych technicznych oferowanego aparatu bezpośrednio u producenta sprzętu. Z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania wynika, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego na tyle, by wykluczyć wykonawcę z postępowania, na podstawie informacji uzyskanych, jako innych danych, niż określił w SIWZ. Zamawiający nie odniósł się do oferty Odwołującego, w szczególności str. 40 i 41, gdzie zamieszczono dane producenta.

Zamawiający nie podważył wiarygodności zawartości oferty Odwołującego, podając jedynie, że Odwołujący złożył informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie wykorzystał również możliwości wyjaśnienia treści oferty, które stwarzają przepisy Pzp (87 ust. 1).

W tej sytuacji KIO uznała, że czynność Zamawiającego naruszyła przepisy ustawy wskazane w odwołaniu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania zakończonego decyzją o wyborze oferty najkorzystniejszej.

KIO nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego, z uwagi na brak przesłanek faktycznych i prawnych. Odwołanie dotyczyło wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty i w tym zakresie zostało rozpoznane. Unieważnienie postępowania nie uczyniło bezprzedmiotowym żądania Odwołującego zbadania poprawności dokonanych czynności przez Zamawiającego, poprzedzających unieważnienie tegoż postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a, ust. 2 pkt 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł. określone na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy – § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....