

Sygn. akt: KIO/UZP 1348/09

WYROK
z dnia 2 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego w Szczecinie "Supon" Spółkę Akcyjną, ul. Przestrzenna 6, 70-556 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17 B, 70-240 Szczecin** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r.¹

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego w Szczecinie "Supon" Spółkę Akcyjną, ul. Przestrzenna 6, 70-556 Szczecin

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego w Szczecinie "Supon" Spółkę Akcyjną, ul. Przestrzenna 6, 70-556 Szczecin,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 902 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwa złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego w Szczecinie "Supon" Spółkę Akcyjną, ul. Przestrzenna 6, 70-556 Szczecin** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Narutowicza 17 B, 70-240 Szczecin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 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 **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego w Szczecinie "Supon" Spółki Akcyjnej, ul. Przestrzenna 6, 70-556 Szczecin.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, 70-240 Szczecin, ul. Narutowicza 17B – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę polegającą na przeglądzie i konserwacji aparatów powietrznych i masek do aparatów powietrznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2009 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2009 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego SUPON S.A., 70-800 Szczecin, ul. Przestrzenna 6 wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na:

- 1) Odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ) oraz
- 2) Dokonania wyboru oferty MSA Safety Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wschodniej SA, 05-090 Raszyn.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na to, że nie zawierała oświadczeń, których treść określił w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Podkreślił, że zamawiający to wymaganie zawarł w rozdziale III SIWZ (czyli w części, w której winien znajdować się opis przedmiotu zamówienia, a nie wymagania dotyczące składania oświadczeń), a nie w rozdziale VII „Warunki udziału w postępowaniu, sposób dokonywania ich oceny, wymagane dokumenty i oświadczenia”, który to rozdział w punkcie 2 zawiera wykaz wszystkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów. Ponadto stwierdził, że w rozdziale IX SIWZ „Sposób przygotowania i złożenia oferty” w punkcie 8 zapisano co powinna zawierać oferta odnosząc się do formularza, Wzór oferty”. Formularz ten w punkcie 7 opisującym co jest integralną częścią oferty nie zawierał dodatkowych oświadczeń. W ocenie protestującego zamawiający popełnił błąd przy redagowaniu treści SIWZ oraz formularza „Wzór oferty” nie zamieszczając zapisu o dodatkowych oświadczeniach co najmniej w treści formularza. Twierdzenie to oparł dodatkowo na analizie dokumentacji prowadzonych w ostatnim czasie przez zamawiającego postępowań również dotyczących konserwacji bądź napraw aparatów powietrznych. I tak: w SIWZ dotyczącym naprawy głównej aparatów powietrznych (postępowanie nr 088/U/2009 z lipca br.) wymagania dotyczące złożenia dodatkowych oświadczeń dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia zawarto w rozdziale VII „Warunki udziału w postępowaniu, sposób

dokonywania ich oceny, wymagane dokumenty i świadczenia” oraz w formularzu, „Wzór oferty” punkt 7; w SIWZ dotyczącym również aparatów powietrznych (aktualnie rozpoczęte postępowanie nr 113/U/2009) wymaganie dotyczące złożenia dodatkowych oświadczeń dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia zawarto w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz w formularzu „Wzór oferty” punkt 7.

Błąd polegający na braku zapisu o dodatkowym oświadczeniu w formularzu „Wzór oferty” spowodował iż takiego oświadczenia protestujący nie załączył. W tym przypadku zamawiający winien był wezwać go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ treść oświadczeń, które należało złożyć mają potwierdzać, że oferowane przez nas usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 i 2). Twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu naszej oferty, że "oświadczenia opisują przedmiot zamówienia" jest błędne; ich treść określa sposób realizacji zamówienia (wymagania zamawiającego) Dlatego nie można się zgodzić z interpretacją Zamawiającego, że brak tych oświadczeń powoduje niezgodność oferty z SIWZ.

Niezależnie od powyższego protestujący stwierdził, iż zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1) a treść oferty należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.).

Jeśli chodzi o okoliczności, w których składana jest oferta, należy przede wszystkim stwierdzić, że każda oferta składana w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożona w odpowiedzi na zaproszenie do jej złożenia wystosowane przez zamawiającego. Zamawiający w treści SIWZ określa w szczególności przedmiot zamówienia, termin realizacji, warunki przyszłej umowy i zaprasza wykonawców do złożenia ofert określających pozostałe, niezdefiniowane przez niego warunki realizacji zamówienia, w szczególności cenę. Celem złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez każdego wykonawcę jest uzyskanie tego zamówienia, a następnie jego wykonanie. Świadczy o tym nie tylko sam fakt złożenia oferty, ale także złożenie przez wykonawcę zawartego w formularzu oferty oświadczenia o treści: „zastosujemy przepisy i techniki spełniające wymogi opisane w specyfikacji”. Oferta protestującego nie jest więc oświadczeniem woli złożonym .w próżni, *in abstractio*. Jest to oświadczenie złożone w określonych okolicznościach i w bardzo konkretnym celu. Jego treścią jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ.

Odnosząc się do drugiego zarzutu protestujący podniósł, że na potwierdzenie kwalifikacji upoważniających do wykonywania przeglądów i konserwacji aparatów powietrznych i masek do aparatów powietrznych produkcji FSRiLG FASER SA posiadanych przez wymienionego w wykazie osób pracownika MSA Safety Sp. z o.o. firma ta załączyła zaświadczenie nr 75/06

oraz umowę serwisową z dnia 28.12.2001 r. zawartą pomiędzy FSRiLG FASER SA a MSA - Auer Polska Sp. z o.o. Są to dokumenty nieważne, co protestujący wyjaśnił w piśmie 151/08/DR/09 z dnia 19.08.2009r., a ich złożenie pomimo świadomości że są nieważne, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zamawiający zażądał 1) przywrócenia jego oferty do postępowania oraz umożliwienia złożenia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 2) wykluczenia firmy MSA Safety Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz odrzucenia oferty tej firmy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 4 września 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że w rozdziale III SIWZ pkt. 3 określił wymóg dołączenia do oferty oświadczenia, że:

- a) Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami, instrukcją obsługi i terminami określonymi przez producenta danego typu aparatu i maski.
- b) Wbudowane części i materiały będą nowe i oryginalne zgodnie z dokumentacją techniczną producentów i będą posiadać udokumentowane certyfikaty.
- c) Aparat, który pozytywnie przejdzie przegląd będzie sprawny i gotowy do użycia. UWAGA: brak w oświadczeń spowoduje odrzucenie oferty

Protestujący w swojej ofercie takiego oświadczenia nie złożył co było powodem odrzucenia jego oferty. W uzasadnieniu protestu zarzuca zamawiającemu, że złożenie oświadczeń wymienionych wyżej (z wyraźną adnotacją, że ich brak spowoduje odrzucenie oferty) powinno być określone w rozdziale VII SIWZ tj. jako warunki udziału w postępowaniu i protestujący winien być wezwany w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich uzupełnienia. Twierdzenie takie jest w ocenie zamawiającego całkowicie bezzasadne i pozbawione podstaw prawnych. Powyższe oświadczenia nie służą do potwierdzania warunków udziału wykonawcy w postępowaniu, jak również wymagań oferowanej usługi, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i wobec powyższego nie mogą być uzupełniane. Złożenie żadanego przez Zamawiającego oświadczenia przez wykonawcę jest oświadczeniem jego woli, że usługę wykona właśnie w ten żądany przez zamawiającego sposób a nie inaczej, jest treścią SIWZ określającą poza innymi potrzeby i wymagania zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia (ma być realizowany zgodnie z instrukcją obsługi, w odpowiednich terminach, ma mieć wbudowane nowe oryginalne części i materiały. po dokonany przeglądzie ma być sprawny i gotowy do użycia).

Zamawiający uznał za niezasadne i nie znajdujące potwierdzenia w przepisach żądanie wykluczenia i odrzucenia oferty MSA Safety Sp. z o.o. z uwagi na złożenie wg protestującego jakoby nieważnego zaświadczenia nr 75/06. MSA Safety Sp. z o.o. w swoich pismach z dnia 02.09.2009 r. nr 3601/2009 oraz nr 3618/2009 wyjaśniła co następuje: "zaświadczenie nr 75/06 zostało wystawione przez MSA-AUER Polska Sp. z o.o. (obecnie MSA Safety Sp. z o.o. dalej MSA) w dniu 08.02.2006 roku na podstawie § 5 punkty 5.3 i 5.4 umowy serwisowej z dnia 28.12.2001 roku zawartej pomiędzy FSRiLG "FASER" S.A (dalej FASER) a MSA-AUER Polska Sp. z o.o. (obecnie MSA Safety Sp. z o.o. dalej MSA) zarejestrowanej przez FASER pod numerem 48/02 w dniu 05.04.2002 roku. Umowa została nieoczekiwanie przez FASER wypowiedziana w dniu 26.06.2006 roku. a jej ostateczne rozwiązanie nastąpiło z dniem 31.12.2006 roku. Czyli do 31.12.2006 roku MSA miała prawo szkolić i wystawiać zaświadczenia oraz nadawać uprawnienia określone w ww. punktach umowy. Z załączonych dokumentów niezbieżnie wynika i jest oczywiste dla stron. że w dniu 08.02.2006 roku powyższa umowa była ważna. A zatem zaświadczenie nr 75/06 wystawione przez MSA na jej podstawie i zgodnie z jej treścią w okresie jej ważności, jest ważne." Zamawiający uznał wyjaśnienia MSA Safety Sp. z o.o za wystarczające na potwierdzenie ważności zaświadczenia nr 75/06.

W dniu 8 września 2009 roku pismem złożonym w polskiej placówce operatora publicznego wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Techniczne Sprzętu Pożarniczego i Ochronnego SUPON S.A., 70-800 Szczecin, ul. Przestrzenna 6 wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu zażądał nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty PHTSPiO SUPON S.A. w Szczecinie
- 2) wezwanie Wykonawcy PHTSPiO SUPON S.A. w Szczecinie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej

Na rozprawie w dniu 29 października 2009 roku odwołujący się oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego wyboru oferty MSA Safety Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej, stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa od wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 są oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego, poprzez czynność odrzucenia oferty, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. W tym zakresie skład orzekający Izby uwzględnił stanowisko i argumentację zamawiającego, który uznał, że żądane oświadczenie stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu w trybie wskazanego przepisu. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy uzupełniania dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy. Chodzi więc o uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że określone dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ.

Oświadczenie o treści żądanej przez zamawiającego w siwz dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia i nie jest dokumentem, ani oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 ustawy. Nie jest to warunek podmiotowy, dotyczący posiadania określonych uprawnień, czy też potencjału osobowego, technicznego, czy finansowego, który kwalifikuje wykonawcę jako podmiot potencjalnie uprawniony i przygotowany do realizacji zamówienia. Nie jest to również warunek (dokument) który potwierdza, że objęte przedmiotem zamówienia dostawy, odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego. W tym bowiem zakresie należy odróżnić dokumenty i

oświadczenia, które potwierdzają spełnianie tych warunków od samej treści oferty wykonawcy, która wskazuje - również zgodnie z wymogami SIWZ - w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia. Wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. O tym, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnieniu podlegają dokumenty, o których stanowią przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r., świadczy również delegacja ustawowa do wydania tego przepisu, określona w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego się w zakresie wadliwego sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść przepisu art. 36 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, co winna zawierać specyfikacja istotnych warunków zamówienia, czyli stanowi o jej minimalnej treści, natomiast decyzja co do formy siwz należy wyłącznie do zamawiającego. Odwołujący się dysponował specyfikacją istotnych warunków zamówienia i winien był zapoznać się z całością jej treści. O ile kwestionował postanowienia siwz winien był w stosownym czasie złożyć protest na jej treść. Podnoszenie zarzutu co do treści siwz w proteście i odwołaniu składanym w wyniku odrzucenia oferty wykonawcy jest zarzutem spóźnionym z jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 2, ust. 2 zd. 1 i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....