

Sygn. akt: KIO 623/10

**WYROK**  
**z dnia 4 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Protokolant:

**Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 kwietnia 2010 r. przez **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic-Aug.-Otto-Str. 7a, D-56357Holzhausen** zastępowanego przez pełnomocnika radcę prawnego Aleksandrę Wilk - Fojud z Kancelarii Prawnej Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp. k., 50-062 Wrocław, Pl. Solny 16 w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7**

przy udziale wykonawcy **IASON GmbH, Feldkirchnerstrasse 4, 8054 Graz (Austria)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez IASON GmbH, Feldkirchnerstrasse 4, 8054 Graz (Austria) w pakietach nr 2 - 4 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych pakietach z uwzględnieniem, iż treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic-Aug.-Otto-Str. 7a, D-56357 Holzhausen** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonanie wpłaty kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7** na rzecz **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nic-Aug.-Otto-Str. 7a, D-56357 Holzhausen**, stanowiącej wpis od odwołania zaliczony w poczet kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 000,00 zł (słownie: trzy tysiące złotych).

## **UZASADNIENIE**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę radiofarmaceutyków PET” wykonawca - Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, (zwany dalej „odwołującym”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego - Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, polegającej na wyborze (w zakresie pakietu nr 2, 3 i 4), jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę - IASON GmbH (zwanym dalej „IASON”), zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez IASON pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), jako że modyfikuje SIWZ w zakresie żądanych przez zamawiającego warunków dostaw i odpowiedzialności wykonawcy,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie wykluczenia IASON z udziału w postępowaniu pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej,

3. art. 24 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia IASON z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania IASON pomimo, iż w swojej ofercie wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania pozostawiania w sytuacji finansowej i ekonomicznej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia,
5. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a także zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty nie podlegającej odrzuceniu, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty IASON,
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez IASON w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ, względnie o:
3. nakazanie wykluczenia, w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 3, 24 ust. 2 pkt 3 oraz 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp IASON z postępowania o udzielenie zamówienia oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w SIWZ zamawiający wskazał (załącznik nr 2 - wzór umowy dostawy nr 3/PN-ZMN/2010), iż umowa łącząca go z wybranym wykonawcą stanowić będzie, że

1. wykonawca zobowiązuje się dostarczać zamawiającemu przedmiot umowy sukcesywnie w ciągu 12 miesięcy od daty zawarcia niniejszej umowy (§ 3),
2. szczegółowe terminy dostaw przedmiotu umowy oraz jego asortyment będą podawane przez zamawiającego w formie pisemnego zamówienia lub zamówienia potwierdzonego faksem z co najmniej 72 - godzinnym wyprzedzeniem, przy czym zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji tego zamówienia do godziny 16.00 w dniu poprzedzającym dostawę (§ 3),
3. w przypadku, gdy którakolwiek ze stron nie jest w stanie wywiązać się ze swych zobowiązań umownych w związku z okolicznościami „siły wyższej” - druga strona powinna być poinformowana na piśmie, w terminie 3 dni od momentu zaistnienia tych

okoliczności, pod rygorem rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Pod pojęciem siły wyższej rozumie się wydarzenia i okoliczności nadzwyczajne, nieprzewidywalne, niezależne od dobrej woli i intencji którejkolwiek ze stron umowy (§ 12).

Odwołujący podał także, że w złożonej ofercie IASON, poprzez złożenie nie budzącego wątpliwości, jednoznacznego w swej treści oświadczenia woli, zmodyfikował warunki umowy o zamówienie publiczne, ponieważ w dokumencie zatytułowanym IASON - LOGISTYKA DOSTAW zawarł postanowienia:

1. ze względu na fakt, iż dostawy przeprowadzane są samolotami zamawiający oświadcza, iż nie będzie obciążał dostawcy odpowiedzialnością za opóźnienia dostaw, względnie za brak dostaw, które są związane ze złymi warunkami meteorologicznymi, uniemożliwiającymi bezpieczny i terminowy transport radiofarmaceutyków,
2. dostawy we wszystkie dni robocze w Austrii. Spis dni wolnych od pracy na dany rok zostanie przedłożony zamawiającemu do 20-go grudnia na rok następny,
3. dostawy w soboty są zasadniczo również możliwe, o ile uwzględnione są w planowaniu miesięcznym. Ceny dostaw w soboty podwyższone są o 25% w stosunku do cen ofertowych.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez spółkę IASON jest, w opisanym powyżej zakresie, niezgodna z SIWZ, ponieważ poprzez powołane wyżej zapisy oferty wykonawca ten zmodyfikował w sposób niedopuszczalny warunki ponoszenia odpowiedzialności za nieterminowe dostawy, jak również brak dostaw.

Podniósł, iż w SIWZ zamawiający wspominał jedynie o „sile wyższej”, którą zdefiniował w sposób poprawny, zgodny z ugruntowaną nauką prawa cywilnego, natomiast oferta IASON stanowi o „złych warunkach meteorologicznych”, co w żadnym razie nie jest tożsame z siłą wyższą.

Podniósł także, że spółka IASON poczyniła zastrzeżenia odnośnie terminów dostaw, które powiązała z dniami roboczymi w Austrii, jak również zastrzegła, iż dostawy w soboty (możliwe jedynie „zasadniczo”, co pozwala liczyć się z wyjątkami powodującymi „niemożliwość”) będą o 25% droższe od ceny ofertowej, które to zastrzeżenie jest niedopuszczalne.

Wskazał, że warunki opisane w SIWZ nie czynią podobnych zastrzeżeń i nie uzależniają dostaw od dni wolnych czy też roboczych, ponieważ oczywistym jest, że zamawiający prowadzący działalność w zakresie ochrony zdrowia nie może uzależniać dostaw radiofarmaceutyków od dni wolnych w Austrii, jak również nie może akceptować cen o 25 % wyższych niż, te które jako podstawowe zostały wskazane przez IASON w ofercie i w oparciu o które zamawiający dokonał wyboru oferty IASON.

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że wykonawca IASON podlegał również wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym z trzech przyczyn, z których każda stanowiła odrębną ku temu przesłankę.

Odwołujący podał, że z dołączonych do oferty IASON dokumentów dotyczących niezalegania z opłatami składek na ubezpieczenie społeczne wynika wprost, iż składki za styczeń 2010 r. nie zostały przez spółkę IASON uregulowane. Z dokumentu nie wynika, że IASON nie zalega (poza styczniem) z innymi składkami, oświadczenie to informuje jedynie, za jakie miesiące wykonawca składki uiścił, co w ocenie odwołującego oznacza, że wykonawca ten nie spełniał, na dzień składania ofert, warunku udziału w postępowaniu, przez co podlegał wykluczeniu.

Odwołujący podał także, że spółka IASON ubiegając się o udzielenie zamówienia na pakiety od 2 do 4 do złożonej przez siebie oferty dołączyła oświadczenie sporządzone według wzoru wskazanego przez zamawiającego w SIWZ, jak również, opatrzony nieczytelnym podpisem, nieopatrzony datą (jedynie opieczętowane pieczętą podłużną o treści: wpłynęło 16 grudnia 2009 r.) dokument zatytułowany „Informacja o solidności i wypłacalności”, wystawiony przez Steiermarkische SPARKASSE, z którego treści wynika, że podmiot, od którego dokument pochodzi, prowadzi z firmą IASON przyjazne stosunki handlowe od 1997 r., gdyż firma ta zawsze prawidłowo wywiązuje się ze swych zobowiązań.

Zdaniem odwołującego dokument ten ma charakter referencji i w żaden sposób nie potwierdza zdolności kredytowej IASON w ogóle, a tym bardziej w zakresie wymaganym przez zamawiającego, nie wynika z niego również, jaką kwotą dysponuje spółka IASON.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że do oferty na potwierdzenie swojej kondycji finansowej spółka IASON przedłożyła dokument zatytułowany „Zaświadczenie banku”, wydany przez Steiermarkische SPARKASSE, który opisuje wysokość obrotów na rachunku spółki IASON w okresie od 2007 - 2008 r.

W ocenie odwołującego dokument ten trudno określić tym mianem, jako że nie został przez nikogo podpisany, co powoduje, że w świetle prawa cywilnego nie może on zostać uznany nawet za dokument prywatny (zgodnie bowiem z art. 245 k.p.c. dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie). Odwołujący zwrócił także uwagę, że wydanie tego zaświadczenia nastąpiło na potrzeby zupełnie innego postępowania - jako beneficjenta określono bowiem Ministerstwo Zdrowia w Czarnogórze.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że spółka IASON nie wykazała, iż spełnia, na dzień składania ofert, warunki wymagane przez zamawiającego w zakresie posiadanych środków, z żadnego bowiem dokumentu dołączonego do oferty informacja taka nie wynika.

Odwołujący uznał również, że firma IASON nie wykazała również, że posiada wymaganą przez zamawiającego zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł w dalszej kolejności, że wykonawca IASON podlega wykluczeniu ze względu na to, że złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ ze złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków zdolności ekonomicznej i finansowej wynika, iż spółka ta spełnia warunki postawione przez zamawiającego w tym właśnie zakresie.

Odwołujący oświadczył, że z informacji uzyskanej z firmy KSV1870 Information GmbH z siedzibą w Wiedniu (firma, która posiada bazę danych ponad 350.000 austriackich przedsiębiorców, a zakresem swojego działania obejmuje informacje o wypłacalności danego przedsiębiorstwa, monitoring przedsiębiorców pod względem wypłacalności, inkaso dłużników, reprezentację wierzycieli przy upadłości, prowadzenie bazy danych do celów marketingowych) wynika, iż spółka IASON znajduje się obecnie w ciężkiej sytuacji ekonomiczno - finansowej, która to sytuacja znacznie pogorszyła się w stosunku do roku 2008, zaś ocena finansowa przedsiębiorstwa IASON dokonana przez ekspertów wskazuje, iż istnieje podwyższone ryzyko niewypłacalności tegoż przedsiębiorstwa, jak również, że jego wynik finansowy jest gorszy niż średni wynik dla tej branży.

Odwołujący pozyskał także informacje, że przedsiębiorstwo IASON swoje zobowiązanie finansowe reguluje po kilkakrotnym wezwaniu, o ile w 2008 r. pojedynczy dopuszczalny kredyt dla spółki IASON został określony na kwotę 168.000,00 EURO, o tyle w 2009 r. udzielenie jakiegokolwiek kredytu IASON firma ratingowa uznała za niedopuszczalne.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP1004/09, w którym Izba stanęła na stanowisku, że podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania zawsze jest działaniem zawinionym, niezależnie od tego, czy dotyczy oświadczeń woli czy innych dokumentów oraz na wyrok z dnia 24 października 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1098/08, w którym Izba wskazała, iż złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia braków, gdyż informacji nieprawdziwych nie można zastąpić informacjami prawdziwymi.

Przystępujący wskazał, że odwołujący, żądając odrzucenia oferty przystępującego powołuje się na dokument niewymagany treścią SIWZ i dodatkowo dołączony do oferty, wskazując tym samym sprzeczność tego dokumentu z brzmieniem § 3 załącznika nr 2.

W ocenie przystępującego zamawiającego, dokonując oceny złożonych ofert nie wzięt treści tego dodatkowego dokumentu pod uwagę, bowiem gdyby to uczynił i treść oferty

wzbudziłyby u zamawiającego wątpliwości, co do warunków realizacji zamówienia wówczas winien dążyć do wyjaśnienia rozbieżności, bowiem oferta złożona przez przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.06.2008 r. o sygn. akt. KIO/UZP 535/08, zgodnie z którym „Skoro przedłożony dokument wzbudził obiekcyjne wątpliwości Zamawiającego, zobowiązany on był do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości z nim związanych. Dopóki nie wyjaśni on w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności treści oferty wykonawcy, to nie można odrzucić tej oferty”.

Wskazał, że załącznik nr 2 do SIWZ jest umową, która nie może zostać przez którąkolwiek ze stron zmieniona na etapie podpisywania (art. 140 ust. 1 ustawy), brak podpisania umowy na warunkach określonych w SIWZ skutkuje bowiem zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zatrzymaniem wadium.

Powołał się także na wyrok z dnia 02.09.2008 r. o sygn. akt. KIO/UZP 865/08, w którym Izba stwierdziła: „W sytuacji dwóch możliwych interpretacji Zamawiający nie powinien przyjmować z góry rozwiązania (interpretacji) niekorzystnego dla wykonawcy”.

W ocenie przystępującego, gdyby dodatkowe informacje budziły jakiegokolwiek wątpliwości zamawiający byłby zobligowany do wyjaśnienia treści oferty. Stwierdził, że oferta zaś jest jasna, a zasady wynikające z brzmienia § 3 wzoru umowy niezmienione, tym bardziej, że w treści oferty wykonawca zawarł jednoznaczne oświadczenie o zawarciu pisemnej umowy w siedzibie zamawiającego i w terminie przez niego wyznaczonym.

Powołał się także na tezę orzeczenia KIO, która w wyroku z dnia 27.04.2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 479/09) stwierdziła, iż „Po pierwsze Izba przyjęła jako fakt bezsporny, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ramach drugiego załącznika nr 2 nie było wymagane przez Zamawiającego, co niniejszym sam potwierdził w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie. Z tych względów, zdaniem Izby niedopuszczalne jest wyciąganie negatywnych skutków ze złożenia nie wymaganego oświadczenia przez Odwołującego”.

Zdaniem przystępującego, z uwagi na brak wymogu przedstawienia do oferty zasad logistyki dostaw, przypadek ten można również rozpatrywać w kategoriach oczywistej omyłki, błędu czyli bezspornej, niezamierzonej czynności, która może być skorygowana bez udziału stron. Wskazał na brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który zobowiązuje zamawiającego w sytuacji zaistnienia rozbieżności pomiędzy treścią oferty a wymogami SIWZ do ich skorygowania. W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie odwołującego, dopuszczalne jest zastosowanie tego przepisu, z uwagi na brak dokonywania jakichkolwiek (a nie tylko istotnych) zmian w treści złożonej oferty. Podniósł, że essentialia negotii, czyli przedmiot zamówienia, cena, płatność nie mogą ulec żadnej zmianie na skutek pominięcia dodatkowej, nieobligatoryjnej, ogólnej informacji o firmie, która na dodatek nie została stworzona na potrzeby tego konkretnego postępowania - z treści tego dokumentu nie da się

bowiem wyczytać, że zasady te dotyczą postępowania dla Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku.

Wskazał, że gdyby jednak uznać, że treść tego załącznika stanowiła treść oferty to żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe z uwagi na brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zalegania z opłaceniem składek na ubezpieczenie społeczne przystępujący podniósł, że zakres informacji dotyczy sposobu, terminów zapłaty i rozliczania składek w oparciu o przepisy prawa austriackiego, zaś załączone do oferty zaświadczenie potwierdza prawidłowe zapłacenie wymaganych na dzień wystawienia zaświadczenie składek.

Przystępujący podniósł, że jeśli odwołujący chciałby kwestionować prawidłowość wydanego zaświadczenia i informacji w nich zawartych, musiałby udowodnić, że w stosunku do przystępującego kiedykolwiek Kasa Chorych wszczęła postępowanie egzekucyjne w związku z brakiem zapłacenia lub opóźnieniem w stosunku do wymaganych terminów opłacenia należnych składek.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaświadczenia z banku przystępujący wskazał, że część III pkt 6 SIWZ dopuszczała - jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego - przedstawienie innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku.

Przystępujący stwierdził, że oba dokumenty z banku, wbrew twierdzeniom odwołującego, są podpisane i potwierdzają kondycję finansową firmy na dzień 11.12.2009 r., a nie jak twierdzi odwołujący za lata 2007 - 2008.

Przystępujący wskazał także na obowiązek, jaki przed dokonaniem czynności wykluczenia ciąży na zamawiającym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - odwołanie w zakresie swoich żądań zostało sformułowane wadliwe i również z tej przyczyny nie może zostać uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przystępujący wskazał, że mając na uwadze brzmienie art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy udowodnić lub chociażby uprawdopodobnić zaistnienie takich okoliczności, czego w ocenie przystępującego odwołujący nie uczynił.

Podniósł, że odwołujący z naruszeniem przepisów prawa w zakresie posługiwania się informacjami z KSV1870 przedstawia te informacje jako dowody mające potwierdzić jego stanowisko o rzekomej złej kondycji finansowej przystępującego.

Wskazał, że dokumenty te nie są dokumentami mogącymi zgodnie przepisami prawa polskiego (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r.) potwierdzać



kondycję finansową wykonawcy, a nadto nie mogą być brane pod uwagę z punktu widzenia brzmienia art. 9 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazał, że jest to dokument, którego informację może znać tylko podmiot, który zlecił przygotowanie takiego dokumentu, a zatem nie może być udostępniany podmiot trzecim, co tym bardziej dyskryminuje go jako dowód w sprawie.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron postępowania i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Skład Orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu potwierdzenia się zarzutu niezasadnego wyboru oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Skład Orzekający Izby ustalił, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w zakresie pakietu nr 2 - 4 wykazał swój interes w uzyskaniu zamówienia w złożeniu tego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odwołaniu wskazał on bowiem, że objęta odwołaniem czynność wyboru przez zamawiającego oferty innego wykonawcy skutkuje pozbawieniem odwołującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, ponieważ odwołujący nie podlegał wykluczeniu i złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, zawierającą najniższą cenę spośród ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających odrzuceniu.

Wobec ustalenia, że we wskazanych pakietach ofertę złożył jedynie odwołujący i wykonawca, którego oferta, w ocenie odwołującego, podlega odrzuceniu, Skład Orzekający Izby uznał, że potwierdzenie się zarzutu niezasadnego wyboru oferty tego wykonawcy, oznaczałoby na odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład Orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty:

1. specyfikację istotnych warunków zamówienia, opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,
2. ofertę przystępującego,
3. pismo zamawiającego z dnia 11.04.2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej,
4. odwołanie z dnia 09.04.2010 r.,
5. przystąpienie z dnia 15.04.2010 r.,

6. odpowiedź na odwołanie z dnia 23.04.2010 r.,
7. korespondencję faksową z Ambasady Austrii oraz dokument z dnia 13.04.2010 r. z Okręgowej Kasy Chorych, przedłożone na rozprawie odpowiednio przez zamawiającego i przystępującego.

Skład Orzekający Izby przeprowadził dowód z następujących dokumentów:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu,
2. oferty przystępującego,
3. pisma zamawiającego z dnia 11.04.2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej,
4. odwołania z dnia 09.04.2010 r.,
5. przystąpienia z dnia 15.04.2010 r.,
6. odpowiedzi na odwołanie z dnia 23.04.2010 r.,

Ze względu na uwzględnienie odwołania w następstwie potwierdzenia się zarzutu niezasadnego wyboru oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu oraz zgłoszenia przez odwołującego innych zarzutów jedynie z ostrożności procesowej, Skład Orzekający Izby nie rozpoznał tych zarzutów, wobec czego nie przeprowadził dowodu z korespondencji faksowej z Ambasady Austrii oraz z dokumentu z dnia 13.04.2010 r. z Okręgowej Kasy Chorych, przedłożonych na rozprawie odpowiednio przez zamawiającego i przystępującego, które dotyczyły pozostawionych bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

O tym, że zarzuty dotyczące wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i żądania, będące ich następstwem zostały złożone jedynie z ostrożności procesowej przesądza oświadczenie odwołującego zawarte na str. 2 odwołanie, zgodnie z którym wniósł on o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty IASON,
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez IASON w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ, względnie o:
3. nakazanie wykluczenia, w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 3, 24 ust. 2 pkt 3 oraz 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp IASON z postępowania o udzielenie zamówienia oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

a także na str. 5 odwołania, zgodnie z którym „Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi nadto, że wykonawca IASON podlegał również wykluczeniu z udziału

w przedmiotowym postępowaniu przetargowym z trzech przyczyn, z których każda stanowiła odrębną ku temu przesłankę”.

Odnosnie zarzutu niezasadnego wyboru oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu Skład Orzekający Izby w pełni podzielił stanowisko i argumentację odwołującego, zawarte w odwołaniu, w piśmie odwołującego z dnia 23.04.2010 r., stanowiącym odniesienie się do stanowiska przystępującego, zawartego w piśmie z dnia 15.04.2010 r. oraz zaprezentowane na rozprawie.

Po pierwsze, w ocenie Składu Orzekającego Izby, treść oferty przystępującego, zawarta w Logistyce dostaw (str. 64 i 65 oferty) jest sprzeczna z treścią SIWZ, a po drugie, sprzeczność ta nie może być usunięta z zastosowaniem trybu poprawiania omyłek, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład Orzekający Izby nie znalazł podstaw do przyjęcia, że przystępujący w swojej ofercie zaakceptował opracowany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ.

Podstawy tej nie może stanowić, wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego, oświadczenie złożone przez przystępującego o treści: „w przypadku przyznania zamówienia publicznego zobowiązuję się do zawarcia umowy w siedzibie zamawiającego, w terminie przez niego wyznaczonym”, ponieważ - co wynika wprost z literalnego brzmienia tego oświadczenia - oświadczeniem tym przystępujący zobowiązał się wyłącznie do stawienia się w siedzibie zamawiającego w terminie przez zamawiającego wyznaczonym do zawarcia umowy w formie pisemnej. W żadnej mierze oświadczenie to nie odnosi się do tego, jakiej treści umowę zobowiązuje się podpisać przystępujący, w szczególności na warunkach zawartych w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

Wskazać także należy, że zamawiający postanowieniami SIWZ wyraźnie przewidział złożenie przez wykonawców wraz z ofertą innych dokumentów, niż tylko dokumentów wskazanych przez zamawiającego. W SIWZ w druku „Oferta”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w części VII zamawiający przewidział trzy grupy składanych przez wykonawców dokumentów: „Oświadczenia”, „Dokumenty” oraz „Inne”. Wśród tych ostatnich zamawiający podał dwa: „Dowód wniesienia wadium” oraz „Załączniki asortymentowo - cenowe” (załącznik nr 5 do SIWZ), co nie wyczerpywało owych „innych” dokumentów, o czym świadczy wykropkowanie dwóch kolejnych pozycji tych dokumentów.

Trudno też uznać, że dokumenty te - zakwalifikowane przez samego zamawiającego jako składane łącznie z ofertą - nie stanowią samej oferty w rozumieniu art. 66 k.c. skoro

załącznik nr 5 miał zawierać, zgodnie z częścią III druku „Oferta”, - „Cena oferty” - szczegółowy wykaz cen jednostkowych. W żadnym innym miejscu ceny te nie miały być wskazywane przez wykonawców.

Uznać zatem należy, że złożenie przez wykonawców oświadczeń, poza samym drukiem „Oferta” nie czyniło tych dokumentów nie stanowiącymi treści oferty.

Logistyka dostaw zawiera w szczególności sposób realizacji zamówienia (kiedy - dni robocze w Austrii, nie w soboty, a jeśli to za wyższą cenę, jakim transportem), który to sposób realizacji zamówienia, w ocenie Składu Orzekającego Izby, stanowił również element treści SIWZ.

Logistyka dostaw, jak trafnie podnosił odwołujący jest jednoznacznym, nie budzącym wątpliwości oświadczeniem woli przystępującego co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby nie doszukał się w treści tego oświadczenia, a w szczególności w pkt 6 - 8, na które powoływał się odwołujący, niczego, co wymagałoby wyjaśnienia ze strony składającego go przystępującego.

Fakt, że postanowienia SIWZ nie przewidywały na przestrzeni założonego dwunastomiesięcznego okresu realizacji umowy odstępstw odnośnie dostaw dla zamawiającego w jakimkolwiek dniu roku i dniu tygodnia, czyni zastrzeżenia dodatkowe przystępującego poczynione w pkt. 7 i 8 o możliwości dostaw jedynie w dni robocze w Austrii, zaś w soboty jedynie w przypadku ich uwzględnienia w „planowaniu miesięcznym” pozostającymi w sprzeczności z wymogami zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że zamawiający nie przewidywał w ogóle żadnych ograniczeń co do dni dostaw, ani też nie przewidywał ze swojej strony konieczności planowania z miesięcznym wyprzedzeniem i to z obowiązkiem powiadamiania o tym wykonawcy. Postanowieniem § 3 ust. 2 projektu umowy zamawiający przewidział jedynie zamawianie dostaw z nie mniej niż 72 - godzinnym wyprzedzeniem, co nie może być odczytywane jako prawo wykonawców do żądania od zamawiającego dłuższego okresu wyprzedzającego dostawę, a tym bardziej wyprzedzającego okresu planowania.

Bez znaczenia, z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, jest dotychczasowa praktyka zamawiającego, polegająca na tym, że dostawy w soboty nie miały miejsca, skoro praktyka ta nie została ujawniona w treści SIWZ, a zatem nie była znana wykonawcom. Z tego samego powodu bez znaczenia pozostaje także fakt, że - jak oświadczył przystępujący na rozprawie - w Austrii dniem wolnym od pracy, który jednocześnie jest dniem roboczym w Polsce jest jedynie 26.10.

Wskazać nadto należy, że brak w tym dniu (26.10) do godz. 16 możliwości weryfikacji wcześniej złożonego zamówienia również jest niegodne z § 3 ust. 2 projektu umowy.

Skład orzekający Izby za zastrzeżenie ograniczające odpowiedzialność przystępującego w stosunku do treści projektu umowy uznał również postanowienie Logistyki dostaw, zgodnie z którym zamawiający nie będzie obciążał przystępującego odpowiedzialnością za opóźnienia, względnie brak dostaw, które związane są ze złymi warunkami meteorologicznymi, uniemożliwiającymi bezpieczny i terminowy transport.

Definiowanie przypadków siły wyższej przez wykonawców na etapie składanych przez nich ofert SIWZ nie przewidywała.

Skład orzekający Izby uznał, tak jak właściwie powszechnie się to przyjmuje, iż siła wyższa stanowi zdarzenie zewnętrzne, którego skutków nie da się przewidzieć ani im zapobiec. Podawanymi przykładami siły wyższej są powodzie, huragany, wyładowania atmosferyczne, trzęsienie ziemi czy działania wojenne, przy czym nie chodzi o to, aby danego zjawiska nie dało się w ogóle przewidzieć, ale aby nie było można przewidzieć jego skutków, co oznacza, że jedynie zjawiska o dużej skali można określić jako nadzwyczajne (Kodeks cywilny. Komentarz pod red. Edwarda Gniewka, C.H. Beck Warszawa 2008).

W ocenie Składu Orzekającego Izby bliżej nie sprecyzowane złe warunki meteorologiczne, przy obecnym wysokim poziomie wiedzy i urzędzeń służb meteorologicznych, nie są zdarzeniami, których skutków nie da się przewidzieć.

Reasumując Skład Orzekający Izby uznał, że treść Logistyki dostaw jest sprzeczna z treścią SIWZ, na którą składa się projekt umowy, a przystępujący nie może się powoływać na akceptację tego projektu umowy, o czym była mowa wyżej.

Stwierdzona powyżej sprzeczność nie może być, w ocenie Składu Orzekającego Izby, usunięta z zastosowaniem trybu poprawiania omyłek, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ brak jest podstaw do przyjęcia, że Logistyka dostaw została przez przystępującego jedynie omyłkowo objęta treścią oferty.

Na podstawie oświadczeń pełnomocnika przystępującego, złożonych na rozprawie który - jak oświadczył - przygotowywał ofertę, Skład Orzekający Izby doszedł do przekonania, że Logistyka dostaw celowo, w żadnym razie nie omyłkowo, została zawarta w ofercie. O celowym działaniu świadczy oświadczenie, iż przygotowujący ofertę „załączył wskazane w tej części dokumenty (dotyczy części VII formularza oferty – „Inne”) w celu zapoznania Zamawiającego odnośnie ogólnej sytuacji w zakresie dostaw”.

O celowości działania świadczy także fakt, iż dokument Logistyka dostaw został opatrzony datą 08.03.2010, tj. w bliskości 10.03.2010, którą opatrzono wypełniony druk „Oferty”. Za starannym przygotowaniem i kompletowaniem oferty przemawia nadto to, że zawiera ona 95 kolejno ponumerowanych stron, z których strona 60, choć pozbawiona jakiegokolwiek treści, została opatrzona numerem oraz - jak Logistyka dostaw - podpisana.

W tych okolicznościach Skład Orzekający Izby nie dał wiary oświadczeniu innego pełnomocnika przystępującego, iż „Logistyka dostaw jest standardowym dokumentem, który (przystępujący) przedstawia prywatnym Zamawiającym”.

Po pierwsze, temu, że dokument ten nie jest dokumentem standardowo przedstawianym i to jedynie prywatnym zamawiającym przeczycie opatrzenie go datą odpowiadającą czasowi kompletowania załączników do oferty opatrzonej datą 10.03.2010 r., jak też sporządzenia go w języku polskim.

Skład Orzekający Izby zwrócił bowiem uwagę, że w odróżnieniu do Logistyki dostaw, inne - jak podkreślał przystępujący - niewymagalne przez zamawiającego dokumenty załączone do oferty, np. „Formularz „Monthly planning”” oraz „Katalog lotniczy „Dedalos” - nie zostały opatrzone datą i są jedynie w języku angielskim (bez tłumaczenia).

Reasumując Skład Orzekający Izby uznał, że Logistyka dostaw nie omyłkowo objęta została treścią oferty przystępującego.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który przystępujący wskazywał jako podstawę doprowadzenia do zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w toku postępowania omyłek w treści oferty, jednak dla wypełnienia przez zamawiającego tego obowiązku konieczne jest łączne potwierdzenie się dwóch okoliczności:

1. stwierdzona niezgodność ma charakter omyłki,
2. poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Ustalenie przez Skład Orzekający Izby, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z omyłką przesądza o niedopuszczalności zastosowania wskazanego przepisu, który dotyczy wyłącznie omyłkowego działania wykonawcy.

Badanie drugiej ze wskazanych okoliczności jest w takiej sytuacji bezcelowe.

Wobec powyższego Skład Orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i 2, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzekł jak w sentencji, uznając, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, skoro w wyniku błędnej decyzji zamawiającego wybrano ofertę, która podlega odrzuceniu.

Orzekając o kosztach postępowania Skład Orzekający Izby wziął pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

**Skład Orzekający Izby:**

.....