

Sygn. akt: KIO 2171/13

WYROK
z dnia 24 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawcę **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział w Gliwicach**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach** oraz **Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie Oddział w Gliwicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Przebudowę pracowni radioizotopowej w Zakładzie Medycyny Nuklearnej i Endokrynologii Onkologicznej wraz z dostawą dwóch komór do znakowania radiofarmaceutyków oraz wyposażenia laboratorium”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 9 września 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania poprzez wybór oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TERMO-KLIMA MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach (Lider konsorcjum) i Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy oraz wezwania do złożenia stosownych

wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy,

5. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,

6. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W ocenie Odwołującego Zamawiający rozstrzygając przetarg nieograniczony - „Przebudowa pracowni radioizotopowej w Zakładzie Medycyny Nuklearnej i Endokrynologii Onkologicznej wraz z dostawą dwóch komór do znakowania radiofarmaceutyków oraz wyposażenia laboratorium” odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz dokonał rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę Konsorcjum TERMO-KLIMA MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach (Lider konsorcjum) i Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 6 „Wymagania techniczne” w pozycji „Lodówka na leki” dołączonym do swojej oferty, Odwołujący nie wypełnił tabeli, czego wymagał Zamawiający i w wyniku braku tych danych Zamawiający nie mógł dokonać oceny oferty. Dalej uzasadniając swoją decyzję Zamawiający argumentował dlaczego nie wezwał go do uzupełnienia czy wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy. Zdaniem Zamawiającego nie mógł zastosować ww. przepisów, ponieważ cyt.: „Obowiązek wskazania wymaganych danych miał dać Zamawiającemu wiedzę co wykonawca oferuje i umożliwić zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ”, a w opinii Zamawiającego na tym etapie postępowania kiedy znane są ceny ofert wykonawca mógłby manipulować treścią oferty. Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem i twierdził, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest bezprawna, a Zamawiający zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń oraz udzielenia stosownych wyjaśnień dotyczących złożonej oferty na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Jak wskazał Odwołujący sam Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2013 r. odrzucając ofertę Odwołującego stwierdził cyt.: „W wyniku braku tych danych Zamawiający nie mógł dokonać oceny oferty”. A jednak oceny oferty dokonał i odrzucił ją. W ocenie Odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest nielogiczne, sprzeczne wewnętrznie i dokonane z naruszeniem ww. przepisów ustawy.

Treść przedmiotowego załącznika nr 6 do SIWZ została przez Zamawiającego tak skonstruowana, że zawierał on w istocie oświadczenie wykonawcy potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy - tu „lodówkę na leki” warunków określonych w tym załączniku. Kolumna 4 tej tabelki nosi tytuł „wartość wymagana”, a kolumna 5 (u Odwołującego pusta) nosi tytuł „wartość oferowana”. Przy takiej konstrukcji formularza i zapisie SIWZ w rozdziale VII Opis przygotowania oferty i jej zawartość pkt 1 „Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie formularzy sporządzonych przez Zamawiającego. Dopuszcza się w ofercie złożenie załączników opracowanych przez Wykonawców pod warunkiem, że będą one identyczne co do treści z formularzami określonymi przez Zamawiającego” Wykonawca nie miał praktycznie innej możliwości niż tylko złożyć oświadczenie potwierdzające „wartość wymaganą” przez Zamawiającego w Wymaganiach technicznych, jak sam nazwał ten formularz. W ocenie Odwołującego nie ma więc wątpliwości, że oświadczenie wykonawcy - Odwołującego obejmujące treść załącznika nr 6 stanowi oświadczenie, o którym mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający zawarł wymagania dotyczące zamawianego sprzętu - „lodówki na leki”, których spełnienia oczekiwał poprzez złożenie stosownego oświadczenia przez wykonawców biorących udział w tym postępowaniu, a zatem i przez Odwołującego. Ponadto jak wskazał Odwołujący w rozdziale VI SIWZ pkt 8 Zamawiający żądał, zgodnie ze swoim uprawnieniem, dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego przez zaoferowane dostawy dla niektórych urzędzeń. Te wymagania zostały określone w załączniku nr 6 do SIWZ Wymagania techniczne. W opinii Odwołującego bez wyjaśnienia przez Odwołującego złożonej przez niego oferty oraz bez uzupełnienia przez niego koniecznych oświadczeń Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny oferty, co sam przyznał w treści pisma rozstrzygającego niniejsze postępowanie. W tej sytuacji zdziwienie Odwołującego budzi wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia jego oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Stanowisko Odwołującego zaprezentowane powyżej potwierdza też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok KIO z 22 marca 2012 r., KIO 466/12. Odwołujący nie miał wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ postawił warunki przedmiotowe, które winien spełnić wykonawca, aby mógł się skutecznie ubiegać o udzielenie zamówienia. W przypadku „lodówki na leki” te warunki zostały postawione w załączniku nr 6 lit. C pkt III. W załączniku nr 5 do SIWZ Specyfikacji Asortymentowo-cenowej został zaoferowany przez Odwołującego cały przedmiot zamówienia wraz z podaniem cen poszczególnych jego elementów, m.in. w pkt 6 „lodówki na leki”. Odwołujący dodał, że jako jedyne kryterium oceny ofert w tym postępowaniu Zamawiający przyjął cenę i wbrew jego obawom przedstawionym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ani uzupełnienie oświadczenia, ani złożenie wyjaśnienia oferty nie mogły spowodować manipulacji ani przedmiotem oferty, ani zaoferowaną ceną. W tej sytuacji

zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania go trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia oświadczenia i złożenia wyjaśnień co do złożonej oferty oraz odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało, że został on pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Dodatkowo – w opinii Odwołującego - Zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum. Zamiast tego Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą. Stosownie do wymogów rozdziału V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SIWZ Konsorcjum miało zaoferować w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz posiadającym dziesięcioletnią udokumentowaną praktykę zawodową, w tym pięcioletnią praktykę przy robotach budowlano modernizacyjnych na czynnych obiektach służby zdrowia. Natomiast na podstawie rozdziału VI pkt 1 lit. d) SIWZ Konsorcjum miało przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 9 do SIWZ). W załączniku nr 9 złożonym przez Konsorcjum wraz z ofertą jako kierownik budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej został wskazany Pan Andrzej Wasiewicz, jako jego staż pracy wskazano jedynie lakonicznie 31 lat. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 26.08.2013 r. do uzupełnienia dokumentów, m.in. w zakresie wykazu osób (załącznik nr 9) Konsorcjum przedłożyło uzupełniony wykaz, który jednak nie zawiera wymaganych w SIWZ danych dla kierownika budowy, tj. udokumentowanej dziesięcioletniej praktyki zawodowej kierownika budowy oraz nie zawiera żadnej informacji w zakresie udokumentowanej pięcioletniej praktyki przy robotach budowlano modernizacyjnych na czynnych obiektach służby zdrowia. Wprawdzie w wykazie wymienione są roboty w obiektach służby zdrowia, jednak przy żadnym z nich nie ma adnotacji żeby były to roboty w czynnych obiektach. A zatem – w opinii Odwołującego - Konsorcjum nie potwierdziło w tym zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem tegoż wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto stosownie do rozdziału VI pkt 3 ppkt 1 SIWZ Konsorcjum miało dołączyć do oferty oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (stanowiące załącznik nr 2 do SIWZ), a to w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie każdy z członków konsorcjum składa takie oświadczenie osobno. Jak wynika z cytowanego zapisu SIWZ Zamawiający wymagał aby oświadczenie owo zostało złożone w oryginale. Do oferty Konsorcjum dołączyło oryginał takiego oświadczenia pochodzący od Lidera konsorcjum firmy TERMO-KLIMA MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach oraz kopię takiego oświadczenia pochodzącą od członka konsorcjum firmy Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez przedstawiciela Lidera konsorcjum - Pana Marka Kurtykę. Co do formy złożenia dokumentu oświadczenia, o którym mowa powyżej nie ma wątpliwości, iż tak jak oferta winno być złożone w oryginale, co potwierdził sam Zamawiający w treści SIWZ. Nawet po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów z dnia 9 sierpnia 2013 r. Konsorcjum nie przedłożyło oryginału tegoż oświadczenia pochodzącego od członka konsorcjum firmy Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Konsorcjum złożyło kopię oświadczenia członka konsorcjum potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez upoważnionego przedstawiciela spółki Mediso Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. W tej sytuacji uznać należy, że skoro oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia członka konsorcjum nie zostało złożone w oryginale, to nie zostało złożone w ogóle. A co za tym idzie taki brak – według Odwołującego - stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstawy ani faktycznej, ani prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego, a zaniechanie wykluczenia Konsorcjum doprowadziło do sytuacji, że wykonawca podlegający wykluczeniu został przez Zamawiającego jeszcze premiovany poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Swoim zachowaniem zamawiający naruszył więc wskazane na wstępie przepisy ustawy, gdyż przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisane wyżej postępowanie Zamawiającego – w opinii Odwołującego - niewątpliwie jest traktowaniem w różny sposób różnych Wykonawców. Stosownie do art. 7 ustawy Zamawiający powinien przygotowywać i przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udzielać powinien wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami powołanej wyżej ustawy.

W dniu 4 września 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi.

Pismem z dnia 19 września 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 września 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 12 września 2013 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi. (zwanymi dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest *„Przebudowa pracowni radioizotopowej w Zakładzie Medycyny Nuklearnej i Endokrynologii Onkologicznej wraz z dostawą dwóch komór do znakowania radiofarmaceutyków oraz wyposażenia laboratorium”.*

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Rozdział VI. *„Informacja o dokumentach i oświadczeniach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu”:*

Pkt 8. W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądać złożenia:

I. wraz z ofertą

- 1) dla urządzeń klimatyzacji i wentylacji ważne certyfikaty, karty katalogowe, deklaracje zgodności,
- 2) dla aktywnościomierza - Certyfikat urządzenia jednostki notyfikowanej potwierdzający że jest to urządzenie medyczne zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych,
- 3) dla wszystkich urządzeń produkowanych seryjnie (wymieniony w wymaganiach technicznych) - deklaracje zgodności lub certyfikat CE (zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych).

Rozdział VII *„Opis sposobu przygotowania oferty oraz jej zawartość”:*

Pkt 1 Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie formularzy sporządzonych przez Zamawiającego. Dopuszcza się w ofercie złożenie załączników opracowanych przez Wykonawców pod warunkiem, że będą one identyczne, co do treści z formularzami określonymi przez Zamawiającego.

Pkt 8 Dla uzyskania ważności oferta musi być zabezpieczona wadium oraz zawierać dokumenty i oświadczenia wymienione w niniejszej SIWZ, a także wypełnione, podpisane i opieczątowane (pieczętką firmową i imienną) przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentowania Wykonawcy następujące dokumenty:

- a) Ofertę przetargową;
- b) Specyfikację asortymentowo-cenową
- c) Wymagania techniczne
- d) Kosztorys ofertowy

- e) Zobowiązanie do dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (jeśli dotyczy)
- f) Pełnomocnictwo do podpisania oferty i załączników, o ile prawo do reprezentowania Wykonawcy nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi. – 2.825.400,13 zł;
2. Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach – 2.790.831,80 zł.

W ofercie Odwołującego - Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach znalazł się załącznik nr 6 „Wymagania techniczne”, jednak kolumna nr 5 („wartość oferowana”) – „C III. „Lodówka na leki”, nie została przez Odwołującego wypełniona (kolumna pusta).

Zamawiający w dniu 4 września 2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi. Zamawiający również odrzucił ofertę wykonawcy Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że w załączniku nr 6 do SIWZ „Wymagania techniczne” w pozycji „Lodówki na leki” Zamawiający wymagał wypełnienia wszystkich pozycji tabeli, w celu jednoznacznego określenia parametrów zaoferowanego urządzenia, co pozwalało na dokonanie oceny zgodności oferowanego produktu z wymogami stawianymi w SIWZ. Wykonawca niniejszej tabeli nie wypełnił. W wyniku braku danych, Zamawiający nie mógł dokonać oceny ofert. Brak wymaganych danych nie mógł być przedmiotem wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia. Omawiany załącznik do oferty nie miał charakteru dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, składanego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. W dokumencie tym wykonawcy mieli oświadczyć, jakie parametry lodówki oferują, stanowił on zatem treść oferty. Obowiązek wskazania wymaganych danych miał dać Zamawiającemu wiedzę, co wykonawca oferuje i umożliwić zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. W związku z powyższym dokument ten nie podlegał uzupełnieniu i wyjaśnianiu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Niedopuszczalne było również ustalenie jego treści w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (co prowadziłoby do niedozwolonego ustalania treści oferty po jej otwarciu) i wprowadzenie zmian na podstawie art. 87 ust. 2 tej ustawy.

Doprecyzowanie oferty w tym zakresie na etapie badania i oceny ofert, poprzez wskazanie właściwego rozwiązania, które wcześniej nie zostało skonkretyzowane, mimo że obowiązek taki wynikał ze specyfikacji. Zmiana oferty ze względu na art. 84 ust. 1 ustawy Pzp możliwa jest wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert, gdyż w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany w treści oferty w toku jej badania i oceny co potwierdza w swoim wyroku KIO (wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2226/11).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej tzw. „progów unijnych”).

Zatem stwierdzić należy, że dla zamówień o takich wartościach ustawodawca w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewidział ograniczenie do wnoszenia odwołań. Zaskarżeniu podlegają więc jedynie enumeratywnie wymienione w nim czynności, tj.:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści złożonego odwołania wynika, iż zarzuty odwołania w części dotyczą zaniechania wykluczenia - oraz w konsekwencji odrzucenia oferty - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Termo-Klima MK sp. z o.o. sp. k. w Katowicach oraz Mediso Polska sp. z o.o. w Łodzi.

W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustawodawca w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Przywołany przepis nie wymienia czynności zaniechania wykluczenia innego wykonawcy niż Odwołujący oraz zaniechania odrzucenia oferty innej niż oferta Odwołującego. Rozpoznanie odwołania wobec ww. czynności jest zatem niedopuszczalne w postępowaniach o wartości nie

przekraczającej kwotę, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego zarzuty odwołania - inne niż zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie podlegają częściowemu odrzuceniu jednak wobec brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie mogą być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tylko zatem w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego - złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie, co w niniejszej sprawie Izba uczyniła.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec przedstawionej argumentacji należy uznać za niezasadny.

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci odrzucenia oferty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

W świetle opisanego stanu faktycznego należało zgodzić się, że załącznik nr 6 „Wymagania techniczne” stanowił treść oferty a nie dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak twierdził Odwołujący.

Jak słusznie zauważył Zamawiający oraz Przystępujący w rozdziale V pkt 8 Zamawiający zażądał dokumentów przedmiotowych, jednak w katalogu wymaganych dokumentów Zamawiający nie wymienił załącznika nr 6. Zamawiający nie zażądał dokumentów przedmiotowych odnoszących się do lodówki na leki.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że informacje zawarte w załączniku nr 6 stanowiły przedmiot oferowany, czyli to co ma być przedmiotem świadczenia wykonawcy.

W ocenie Izby informacje zawarte w załączniku nr 6 są niezbędnymi danymi identyfikującymi przedmiot zamówienia, w szczególności uwzględniając okoliczność, że Zamawiający w sporządzonych formularzach nie przewidział aby w żadnym innym miejscu oferty wykonawcy mieli możliwość opisanie tych informacji (C. III.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7). Wbrew temu co twierdził Odwołujący załącznik nr 5 nie zawierał opisu parametrów i wymagań tak, jak to zostało zawarte w załączniku nr 6.

To wyłącznie załącznik nr 6 „Wymagania techniczne” dawał Zamawiającemu wiedzę co zostanie przez wykonawcę zaoferowane. Wobec powyższego należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie miał on podstaw do uzupełniania oraz wyjaśniania treści załączonego

przez Odwołującego do oferty załącznika nr 6 i w konsekwencji nie było podstaw do uznania - powyższego oświadczenia wykonawcy - jako dokumentu przedmiotowego z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto z treści, złożonej przez Odwołującego oferty nie wynika – aby powyższe informacje – t.j. informacje, które powinny zostać zawarte przez Odwołującego w załączniku nr 6 (m. in. rok produkcji, możliwość podłączenia lodówki do systemu monitoringu, producent model, typ) – można było odczytać z innych dokumentów załączonych do oferty, informacji tych nie można odczytać także z innej części oferty Odwołującego.

Informacji zawartych w załączniku nr 6 (C. III „Lodówki na leki) nie można było również wyjaśnić w trybie art. 87 ustawy Pzp, skoro informacje dotyczące tego przedmiotu zamówienia - lodówki na leki, nie znalazły się w innej części oferty, zatem nie można mówić – jak twierdzi Odwołujący - że istniały sprzeczności w treści złożonej oferty.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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: