

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012r. przez wykonawcę Elle Promotion E..... G..... ul. Eurydyki 7/5, 80-299 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Pytłasińskiego 17, 00-777 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Twin Power Norbert Futera, ul. Modlińska 159, 03-186 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczyć - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych - wykonawcę Twin Power Norbert Futera z Warszawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. kosztami postępowania obciąża Twin Power Norbert Futera, ul. Modlińska 159, 03-186 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Elle Promotion E..... G..... ul. Eurydyki 7/5, 80-299 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Twin Power Norbert Futera, ul. Modlińska 159, 03-186 Warszawa na rzecz Elle Promotion E..... G..... ul. Eurydyki 7/5, 80-299 Gdańsk kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z Warszawy. Przedmiotem tego postępowania jest „**Dostawa** skuterów wodnych z platformą ratowniczą (11 kpi).”, a odwołanie zostały wniesione przez E..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Elle Promotion E..... G..... z Gdańska na niezgodną z prawem – zdaniem wykonawcy - czynność oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy Twin Power Norbert Futera, z Warszawy [dalej „Twin Power“], podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji

mających wpływ na wynik postępowania, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, jako niezgodna z wymogami SIWZ. Jego zdaniem Zamawiający skutkiem tych czynności naruszył: (1) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Twin Power z postępowania, ze względu na złożenie przez niego w treści oferty oraz w dokumencie (oświadczeniu) potwierdzającym zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami SIWZ (załącznik nr 5 do SIWZ) nieprawdziwej informacji o tym, że oferowany przez niego model skutera wodnego YAMAHA VXR rocznik 2011 spełnia wymagania wskazane w zał. nr 1a do SIWZ w zakresie minimalnej pojemności schowka ładunkowego (min.: 65 l), która to informacja umożliwiła dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej; (2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Twin Power z Postępowania, podczas gdy oferowany przez niego model skutera wodnego YAMAHA VXR rocznik 2011 nie spełnia wymagań treści zał. nr 1a do SIWZ w zakresie minimalnej pojemności schowka ładunkowego (min: 65 l), a także (3) art. 91 ust. 1 Pzp – z uwagi na dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a także innych wynikających z treści uzasadnienia. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie: (1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, (2) wykluczenia wykonawcy Twin Power z postępowania ze względu na złożenie przez niego nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, ewentualnie odrzucenia jego oferty, jako niespełniającej wymagań SIWZ, i (3) dokonania ponownego badania i oceny ofert. **W** uzasadnieniu odwołania podał, że w tym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest

3

dostawa skuterów wodnych z platformą ratowniczą. Zamawiający w załączniku nr 1a do SIWZ (zmodyfikowanym w dniu 4 czerwca 2012 r.), jako jeden z wymaganych parametrów skutera wskazał: „pojemność schowka ładunkowego: min. 65 l”, a także „rok produkcji 2011 i 2012, niemodyfikowane, fabrycznie nowe”. Wykonawca podniósł także, że w treści załącznika nr 1a do SIWZ Zamawiający podkreślił, że „wymaga, aby Wykonawca w kol. 3 wskazał rzeczywiste dane techniczne, jakie posiada oferowany asortyment”. Ponadto w rozdz. V pkt 1 lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z ofertą następujące dokumenty: Oświadczenie, że oferowany asortyment spełnia wymagania Zamawiającego wraz z opisem podstawowych parametrów technicznych - wzór Załącznik nr 5”. Wybrany Wykonawca w ofercie wskazał, że oferuje skuter YAMAHA VXR. Potwierdził także (zał. nr 1 do SIWZ, pkt I pkt 3), że zapoznał się z wymogami SIWZ i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń. Również potwierdził w ofercie wymagania Zamawiającego zawarte w zał. nr 1a do SIWZ wskazując, że oferowany przez niego skuter wodny YAMAHA VXR posiada pojemność schowka ładunkowego 65 l oraz zgodnie z wymogiem wyrażonym w rozdz. V pkt 1 lit. a) SIWZ dołączył do oferty oświadczenie z dnia 20 czerwca 2012 r., w którym potwierdził, że oferowany przez niego skuter YAMAHA VXR spełnia wymagania, w tym, co do wymaganej minimalnej pojemności schowka ładunkowego, oraz załączył Opis podstawowych parametrów technicznych oferowanego urządzenia. Podniósł także, że w *wyniku wezwań do złożenia wyjaśnień [pismo z dnia 22.06.2012 r. - jaki rok produkcji posiadają zaoferowane skutery]*; pismo z dnia 28.08.2012 r. – co do parametrów schowka] zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy Twin Power, w tym zawarte w piśmie z dnia 29.06.2012 r., w którym to piśmie wykonawca oświadczył, że oferowany skuter będzie posiadać fabrycznie schowek o pojemności zgodnej z wymaganiami Zamawiającego”. W dniu 04 lipca 2012 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Twin Power, klasyfikując Odwołującego na drugim miejscu punktowym. Wobec powyższego w dniu 05 lipca 2012 r. Odwołujący wniósł pismo do Zamawiającego (nazwane zażaleniem), informując o bezprawności dokonanej przez niego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze względu na to, że wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, oraz wskazując, iż to oferta Odwołującego (jako druga w klasyfikacji punktowej) powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca w swoim piśmie z dn. 05 lipca 2012 r. wskazywał, że skuter YAMAHA VXR 2011 oferowany przez Wykonawcę Twin Power nie posiada wymaganej SIWZ pojemności schowka ładunkowego, załączając na dowód tego do pisma: instrukcję obsługi modelu YAMAHA VXR 2011, katalog YAMAHA silniki zaburtowe - pontony wodne - skutery na rok 2011 wydany przez YAMAHA MOTOR

Skuterów Wodnych Yamaha 2011 (VXS/VXR). W odpowiedzi na wymienione pismo Zamawiający pismem z dnia 09 lipca 2012 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonał ponownego badania i oceny ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert zwrócił się on pismem z dnia 11 lipca 2012 r. do wykonawcy Twin Power o złożenie ponownych wyjaśnień dotyczących dokumentu potwierdzającego, że oferowany asortyment spełnia wymagania Zamawiającego, wskazując, że „wykonawca składający zażalenie (tj. pismo Odwołującego z dn. 05 lipca 2012 r. -dod.) przedstawił dokumenty, z których jednoznacznie wynika, że pojemność schowka ładunkowego skutera Yamaha VXR wynosi mniej niż 65l”. Jednocześnie Zamawiający w swoim piśmie wniósł do wykonawcy Twin Power o ustosunkowanie się do pisma (zażalenia) Odwołującego z dnia 05 lipca 2012 oraz załączonych do niego dowodów. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 09 lipca 2012 r. wykonawca Twin Power pismem z dnia 16 lipca 2012 r. ponownie oświadczył, że „oferowany przez niego przedmiot zamówienia w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne będzie fabrycznie nowy i spełnia wymogi (parametry) opisane w SIWZ przedmiotowego postępowania”. Odwołujący wskazał na brak polemiki tego wykonawcy z treścią pisma (zażalenia) z dnia 05 lipca 2012 r., w szczególności nie odniósł się w żaden sposób do przedstawionych przy tym piśmie dowodów wskazujących, że oferowany przez tego wykonawcę model skutera wodnego YAMAHA VXR 2011 nie spełnia wymagań Zamawiającego. Ostatecznie pismem z dnia 31 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wskazując, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy Twin Power, oraz że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu punktowym. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Twin Power powinien zostać z postępowania wykluczony z powodu wielokrotnego złożenia przez siebie nieprawdziwego oświadczenia o tym, że oferowany przez niego skuter wodny model YAMAHA VXR 2011 (okolicznością bezsporną jest model i rocznik oferowanego skutera) spełnia wskazany w zał. nr 1 a do SIWZ parametr minimalny pojemności schowka ładunkowego, tj. min. 65 litrów oraz złożył wymienione nieprawdziwe oświadczenie aż czterokrotnie - w ofercie, w wyjaśnieniach z dnia 22 czerwca 2012 r., w wyjaśnieniach z dn. 29 czerwca 2012 r., oraz w wyjaśnieniach z dnia 16 lipca 2012 r. podkreślił także, że wykonawca Twin Power nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, w szczególności nie ustosunkował się merytorycznie do zaprzeczających im wyżej wymienionych dowodów zgłaszanych przez Odwołującego w piśmie (zażaleniu) z dnia 05 lipca 2012 r., wskazujących, że oferowany przez niego model skutera wodnego YAMAHA VXR 2011 nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie minimalnej pojemności schowka ładunkowego. Ta okoliczność zdaniem Odwołującego potwierdza fakt, że wykonawca Twin Power złożył nieprawdziwe informacje dotyczące zgodności oferowanego przez siebie skutera z wymogami Zamawiającego, mające lub

mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Tymczasem Zamawiający zamiast wykluczyć wykonawcę, wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Ponadto wskazując m.in. na dokument 2011 WaveRunner VXS VXR OWNER'S/OPERATION MANUAL (instrukcja obsługi dla modelu VXS i modelu VXR, data produkcji 2011) – stwierdził, że oferowany przez wykonawcę Twin Power skuter wodny YAMAHA VXR 2011 posiada schowek ładunkowy, którego pojemność jest mniejsza niż wymagana załącznikiem nr 1s do SIWZ pojemność minimalna 65 litrów, albowiem według tego dokumentu suma pojemności w oferowanym przez wykonawcę Twin Power modelu VXR 2011 daje pojemność 57 litrów (50.0 l. + 7.0 l.), a niewymaganą w SIWZ wartość 65 litrów. W konkluzji – powołując się także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - stwierdził, że wykonawca Twin Power wielokrotnie złożył umyślnie niezgodne z rzeczywistością informacje, które miały wpływ na wynik Postępowania, a wobec tego podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty.

Rozpatrując odwołanie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołania Izba uwzględniała wytyczne z art. 190 ust.1 i ust. 7 ustawy Pzp. W myśl pierwszej z nich, strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, z kolei druga - wymaga, aby Izba oceniała wiarygodność i moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału według własnego przekonania.

Izba rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącego braku odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej pojemności schowka min 65 l stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny. W tym przypadku Izba miała na względzie wymagania wynikające z pisma z dnia 4.06.2012 r. [odpowieź nr 2], którym to pismem zamawiający dokonał zmiany w załączniku nr 1a i wskazał na rok produkcji 2011 i 2012 oraz wymagał, aby skutery nie były modyfikowane i były fabrycznie nowe. Izba miała także na uwadze treść oferty wykonawcy wraz z udzielonymi wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego. Z treści oferty wykonawcy Twin Power bezspornie wynika, że oferowane skutery wodne w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to skutery Yamaha

6

VHR – 1800 - fabrycznie nowe z roku produkcji 2011. [pismo z dnia 25.06.2012 r.]. Tym samym przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Twin Power nie może skutecznie powoływać się na przedłożone przez siebie na rozprawie pismo z dnia 11 czerwca 2012 r. [skierowane do wykonawcy Twin Power], jako potwierdzające spełnienie warunków, albowiem podpisujący pismo - w imieniu Yamaha Motor Middel Europe B.V (sp. z o.o.) Oddział w Polsce - informuje o możliwości dostosowania skutera wodnego model VXR 1800 do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe [nr sprawy: 3/2012/12]. Tym samym skuter Yamaha VHR – 1800 - fabrycznie nowy z roku produkcji 2011, co najmniej nie spełnia wymagań w zakresie spornego parametru, co do pojemności schowka, albowiem w skuterach tych konieczne jest – jak należy wnosić z pisma z dnia 11.06.2012 r.] - jego dostosowanie do opisu przedmiotu zamówienia. Na marginesie Izba stwierdza, że wskazane oświadczenie złożone w piśmie z dnia 11 czerwca 2012 r. może sugerować, że także inne parametry techniczne wymagają dostosowania do opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego ustalenia, także oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie o spełnieniu na dzień złożenia oferty warunków, co do oferowania skutera z wymaganym parametrem „Pojemność schowka ładunkowego: min. 65 l” nie jest prawdziwe. Jak bowiem wskazano, oświadczenie z dnia 11. 06. 2012 r. stanowi o koniecznym dostosowaniu skutera do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz, a zatem do modyfikacji skutera z roku produkcji 2011. Powyższe ustalenie, dodatkowo także potwierdzają instrukcje i wyciągi z folderów przedłożone przez Odwołującego do odwołania jak i w toku rozprawy, z których wynika pojemność ładunkowa schowka max. 57 litrów. Izba zwraca także uwagę, że termin dostawy wynosi 28 dni i Zamawiający wraz z dostawą wymaga [§ 2 ust.6 załącznik nr 6 do siwz – Ogólne warunki umowy (OWU)] przedłożenia dla każdego pojazdu kompletnej dokumentacji zawierającej: książkę gwarancyjnej, instrukcję obsługi oraz dokumenty CE. Tym samym te rzeczywiste dane techniczne, o których stanowi załącznik nr 1a do siwz określają chociażby wskazane w OWU dokumenty. Powoływane tym samym pismo z dnia 4 lipca 2012 r. [którego wystawcą jest także Yamaha Motor Middel Europe B.V (sp. z o.o.) Oddział w Polsce] nie może być uznane za dowód na potwierdzenie wymaganej minimalnej pojemności schowka, albowiem z jego treści wynika, że podmiot inny niż producent w wyniku „fizycznego badania” [bliżej nieokreślonego] schowka koryguje oficjalnie zatwierdzony przez producenta parametr dotyczący pojemności schowka silnika. Izba zwraca także uwagę, że informacja zawarta w powołanym piśmie z 7 lipca br pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 11 czerwca 2012 r., stanowiącym o możliwym dostosowaniu parametrów skutera podanego w ofercie.

7

Reasumując Izba stwierdza, że oferowany model skutera wodnego YAMAHA VXR 1800 [rocznik produkcji 2011] przez wykonawcę Twin Power - nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie minimalnej pojemności schowka ładunkowego, a podane przez wykonawcę informacje [złożone oświadczenia] rzeczywiście i obiektywnie nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania i tym samym wykonawca Twin Power w pierwszej kolejności w świetle przepisów ustawy Pzp podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Konsekwencją tego jest uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie ust.4 wskazanego powyżej art. 24 ustawy Pzp. Tym samym także za zasadny należało uznać podnoszony w odwołaniu zarzut dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp.

Z tych też względów Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust.6 pkt 3 b) ustawy Pzp, zgodnie, z którym koszty postępowania ponosi wnoszący sprzeciw wykonawca, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione.