

WYROK
z dnia 6 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze
ul. Czerwona Góra 10, 26-060 Chęciny

przy udziale wykonawcy **Andrzeja Kutnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TVEL-MED Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego Andrzej Kutnik ul. Czerwona Góra 3/6, 26-060 Chęciny** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Aero-Medika Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze ul. Czerwona Góra 10, 26-060 Chęciny i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez**

1

Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rafała w Czerwonej Górze ul. Czerwona Góra 10, 26-060 Chęciny na rzecz Aero-Medika Sp. z o.o. ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa kwotę 10 575,00 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Kielcach.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług w zakresie utrzymania w stałej sprawności technicznej – ruchowej koncentratorów tlenu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 6 czerwca 2012 r. w Biuletynie Zamówień

Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie w stałej sprawności techniczno – ruchowej koncentratorów tlenu: Healthydyne typ BX 5000 – 42 szt, DeVilbiss typ MC 44 – 21 szt, New Life – 10 szt i Top-Air – 1 szt.

W punkcie XVIII ust. 1 lit. B pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom, przedłożyli „zaświadczenie autoryzujące wykonywanie napraw wydane przez firmy DeVilbiss lub Healthydyne”.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Andrzej Kutnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TVEL-MED Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz Aero-Medika Sp. z o.o., która została wykluczona z postępowania w oparciu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jej oferta odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę wykluczenia zamawiający podał fakt, że wykonawca nie uzupełnił dokumentów zgodnie z wezwaniem.

Na potwierdzenie spełniania wymogu wskazanego w punkcie XVIII ust. 1 lit. B pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Aero-Medika Sp. z o.o. przedłożyła certyfikaty DeVilbiss Healthcare wystawione dla Roberta Miecznikowskiego, Marcina Topy i Piotra Grabowskiego w zakresie przygotowania do obsługi i konserwacji urządzeń Compact 525.

Zamawiający zwrócił się do Aero-Medika Sp. z o.o. o uzupełnienie zaświadczenia autoryzującego wykonywanie napraw wydane przez firmy DeVilbiss lub Healthydyne

3

wskazując, iż certyfikaty DeVilbiss dotyczą koncentratorów tlenu typu Compact 525, którego obsługa nie jest przedmiotem zamówienia, a zamawiający posiada jedynie koncentratory typu MC 44. Ponadto na podstawie podpisu – parafki, który znajduje się na certyfikatach, nie można zidentyfikować osoby podpisującej oraz czy jest uprawniona do podpisania certyfikatu.

W odpowiedzi na wezwanie Aero-Medika Sp. z o.o. oświadczyła, że przedłożone certyfikaty zostały podpisane przez dyrektora firmy DeVilbiss F. Grafa oraz wskazała, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podano konkretnego typu aparatu, którego zaświadczenie miałyby dotyczyć.

27 czerwca 2012 r. odwołujący – Aero-Medika Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż odwołujący nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że nie podlega on wykluczeniu, jak również spełnia i wykazał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że nie powinna być odrzucona, bowiem treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym odwołujący nie podlega wykluczeniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie wykonawcy Andrzeja Kutnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TVEL-MED Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego Andrzej Kutnik, a następnie nieodrzucone jego oferty pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie przedłożył „zaświadczenia autoryzującego wykonywanie napraw, wydanego przez firmę DeVilbiss lub Healthydyne” poprzestając na przedstawieniu zaświadczenia wydanego przez inną firmę, tj. przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Zbigniewa Matysiewicza z Białegostoku,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, na skutek czego wybrano ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również

zaniechano udzielenia zamówienia odwołującemu zgodnie z interesem publicznym oraz dobrze pojętym interesem społecznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,

4

2. unieważnienia czynności wyboru oferty Andrzeja Kutnika jako najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji
5. wykluczenia Andrzeja Kutnika z postępowania i odrzucenia jego oferty,
6. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli przedłożyć „zaświadczenie autoryzujące wykonywanie napraw wydane przez firmy DeVilbiss lub Healthydyne”. Literalna wykładnia tego wymogu prowadzi do wniosku, że owo zaświadczenie nie musi dotyczyć konkretnych koncentratorów, natomiast odwołujący przedłożył wraz z ofertą zaświadczenia autoryzujące wykonywanie napraw koncentratorów tlenu firmy DeVilbiss. Model MC 44 nie jest produkowany od roku 1998 i został zastąpiony nowym modelem Compact 525. Znajomość i wyszkolenie w serwisie koncentratorów nowej generacji nie oznacza braku umiejętności napraw starszych modeli koncentratora firmy DeVilbiss, wręcz przeciwnie, znajomość najnowszych rozwiązań technicznych zapewnia bardziej profesjonalne i kompleksowe podejście do rozwiązywania usterek urządzeń starej generacji.

Frank Graf, który wystawił zaświadczenia, był uprawniony do wystawienia certyfikatów przedłożonych przez odwołującego, co zostało potwierdzone oświadczeniem odwołującego złożonym w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie żądał przedłożenia dokumentów potwierdzających sposób reprezentacji firmy DeVilbiss, stąd odwołujący był uprawniony do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia.

Tym samym odwołujący przedłożył zamawiającemu dokumenty przez niego wymagane i brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zamawiający wbrew treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznał za wystarczające przedstawienie przez Andrzeja Kutnika zaświadczenia autoryzującego, o którym mowa w punkcie XVIII ust. 1 lit. B pkt 2 specyfikacji, wydanego przez inną firmę niż DeVilbiss. Pan Kutnik przedstawił bowiem zaświadczenie wydane przez Zbigniewa Matysiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe mgr. inż. Zbigniew Matysiewicz. Zaświadczenie to nie spełnia zatem wymogu specyfikacji, gdyż zostało wystawione nie przez „firmę DeVilbiss”, lecz przez inny podmiot. Tym samym Andrzej Kutnik powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

5

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Podczas weryfikacji dokumentów zamawiający ustalił, że złożone wraz z ofertą certyfikaty nie są oryginalne (zostały przesłane odwołującemu mailem), zatem nie mogły być poświadczone za zgodność z oryginałem oraz nie zostały wystawione na firmę odwołującego, co jest niezgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zostały też wystawione przez osobę nieokreśloną z imienia, nazwiska, funkcji i uprawnień, widoczny jest jedynie nieczytelny podpis, bez pieczętki i oznaczenia firmy certyfikującej, nie zawierają też nazwy firmy odwołującego. Ponadto wystawiono je dla urządzenia Compact 525, a nie MC 44, gdyż, jak wynika z informacji uzyskanej od odwołującego, mógł on uzyskać certyfikat jedynie dla urządzeń posiadanych w ofercie sprzedaży.

Co do zaświadczenia przedstawionego przez Andrzeja Kutnika, certyfikat ten został zweryfikowany poprzez ustalenie, że Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Zbigniew Matysiewicz było na dzień wystawienia dokumentu wyłącznym przedstawicielem firmy DeVilbiss w Polsce oraz że koncentratory MC 44 nie są obecnie w sprzedaży, zatem obecnie

nie można uzyskać certyfikatu na wykonywanie napraw tego sprzętu. Podważa to też twierdzenie odwołującego, że posiada on certyfikaty zgodne ze specyfikacją, ze względu na datę ich wystawienia, tj. 12 czerwca 2012 r.

Zatem zamawiający miał prawo uznać, iż załączone do oferty odwołującego dokumenty nie spełniają wymogu przedstawienia ważnych i autentycznych zaświadczeń oraz, że oferta wybranego oferenta wymogi spełnia.

Ponadto odwołujący w przedmiocie działalności w KRS nie posiada wpisu o przedmiocie działalności zgodnej ofertą, tj. naprawa i konserwacja urządzeń elektronicznych i optycznych PKD 33.13.Z, zatem złożone oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest poświadczeniem nieprawdy, zatem odwołujący podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący – Andrzej Kutnik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TVEL-MED Zakład Naprawy Sprzętu Medycznego i Elektronicznego Andrzej Kutnik wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania, wyliczył też zaistniałe według niego wady oferty odwołującego.

6

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na to, że wartość postępowania jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy odwołanie przysługuje wyłącznie w zakresie wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, więc może on negować tylko swoje wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty, a nie może podnosić zarzutów w stosunku do oferty przystępującego, a Izba pozostawia je bez rozpoznania.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać też co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem zarzuty zamawiającego i przystępującego co do innych podstaw wykluczenia odwołującego lub odrzucenia jego oferty, nie mogą być przedmiotem rozpoznania Izby, a jedynie mogą być wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy ponownym badaniu ofert. Na marginesie Izba może tylko wskazać, że kwestia zamieszczenia w rejestrze lub ewidencji działalności gospodarczej danego numeru PKD już dawno została rozstrzygnięta w orzecznictwie.

Podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania i przedmiotem sporu jest wymóg zawarty w punkcie XVIII ust. 1 lit. B pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zamawiający żądał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom, przedłożyli „zaświadczenie autoryzujące wykonywanie napraw wydane przez firmy DeVilbiss lub Healthydyne”.

Na wstępie warto zauważyć, że zamawiający popełnił uchybienie proceduralne wskazując powyższy wymóg jako podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przedmiotowego zaświadczenia żądał „w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają określonym wymaganiom”, a zatem jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, a nie pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dokument „przedmiotowy”, a nie „podmiotowy”) i jego brak nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy ze względu na niespełnienie warunków udziału

7

w postępowaniu, lecz odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jednak fakt ten nie ma istotnego znaczenia dla czynności zamawiającego i sytuacji

odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący wraz z ofertą przedstawił certyfikaty DeVilbiss Healthcare wystawione dla Roberta Miecznikowskiego, Marcina Topy i Piotra Grabowskiego w zakresie przygotowania do obsługi i konserwacji urządzeń Compact 525. Podczas rozprawy odwołujący przedstawił kserokopie umów o pracę ww. osób wykazując, że są one jego pracownikami. Wskazał też, że niemożliwe jest obecnie uzyskanie certyfikatów dla modelu MC 44 (co potwierdza również zamawiający), lecz certyfikaty dla urządzenia nowszego typu wskazują również na nabycie umiejętności odnoszących się do modeli starszych.

Z literalnego brzmienia ww. wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, czy wymagane zaświadczenie ma być wystawione dla samej firmy wykonawcy, czy też może dotyczyć jego pracowników (czego *notabene* zamawiający nie wskazał jako wady dokumentów w wezwaniu do ich uzupełnienia, a podczas rozprawy żadna ze stron nie udowodniła swojego twierdzenia, czy firma DeVilbiss wystawia certyfikaty tylko dla osób fizycznych, czy też również dla osób prawnych) oraz że zaświadczenie ma dotyczyć konkretnego modelu koncentratorów tlenu. Tym samym konieczne byłoby dokonanie interpretacji tego postanowienia w celu stwierdzenia, czy dla jego wypełnienia wystarczy jedynie formalne przedstawienie dokumentu (zaświadczenia wydanego przez firmę DeVilbiss), czy też, że pomimo braku powyższych wskazań w treści wymogu można z niego wywieść taki obowiązek.

Przynajmniej w kwestii, że autoryzacja powinna dotyczyć modelu, który ma być serwisowany, konkluzja taka wydaje się logiczna. Jednak jednocześnie nie można pominąć konstrukcji tego wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jego stosunku do przedmiotu zamówienia. Otóż zamawiający wskazał, iż usługa dotyczy czterech rodzajów koncentratorów: produkcji Healthydyne, DeVilbiss, New Life i Top-Air, natomiast żądanie autoryzacji usług odnosi się jedynie do dwóch rodzajów koncentratorów, przy czym ze wskazanych dwóch (Healthydyne i DeVilbiss) wystarczyło, by wykonawca przedstawił tylko jeden. Zatem, gdyby odwołujący (lub inny wykonawca) posiadał certyfikat z firmy Healthydyne, mógłby serwisować urządzenia firmy DeVilbiss nie posiadając żadnego certyfikatu – niezależnie od jego modelu i tego, czy certyfikat ten dotyczy firmy, czy też jej pracowników. Podobnie odwrotnie – przedstawiając certyfikat firmy DeVilbiss, można serwisować bez autoryzacji koncentratory Healthydyne, a w każdym przypadku – bez autoryzacji pozostałych dwóch firm.

8

Dlatego nielogiczne staje się zaostrzanie rygorów dotyczących autoryzacji w stosunku do brzmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy taka autoryzacja w swojej istocie miała być tylko fragmentaryczna i tym samym nie miała istotnego znaczenia dla ustalenia jakości oferowanych usług, a przy tym dodatkowo i co istotne, obecnie nie można uzyskać certyfikatu na wykonywanie napraw modelu MC 44. Zatem Izba w niniejszej sytuacji faktycznej uznała, że w tym przypadku należy się kierować literalnym brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i skoro wykonawca przedłożył zaświadczenie autoryzujące wykonywanie napraw wydane przez firmę DeVilbiss, to spełnił wymóg specyfikacji. Izba nie widzi bowiem podstaw, aby to wykonawca miał ponosić konsekwencje tego, że zamawiający nie skonstruował poprawnie tego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do zastrzeżeń zamawiającego i przystępującego dotyczących treści i sposobu wystawienia certyfikatów, jeśli zamawiający miał zastrzeżenia co do ich autentyczności, miał prawo zażądać przedłożenia (do wglądu) ich oryginałów – stanowi o tym § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Natomiast wygląd takich zaświadczeń i zawarte w nich dane zależą od praktyki danej firmy. Z maila od Franka Grafa, który przedstawił przystępujący, wynika, że kwestię podania nazwy firmy wystawiający „będzie miał na uwadze” na przyszłość. Poza tym z tego maila wynika też, iż certyfikaty takie zostały dla wskazanych osób wystawione.

Rzeczywiście, nie we wszystkich krajach rozpowszechnione jest stosowanie pieczętek – czy to firmowych, czy imiennych, a najważniejszy element, czyli podpis, się na certyfikatach

znajduje (inicjał imienia i nazwisko). Zresztą z argumentacji podnoszonej przez strony i przystępującego podczas rozprawy Izba wnioskuje, że w okresie pomiędzy wykluczeniem odwołującego a dniem rozprawy udało się ustalić, kim jest pan Frank Graf i jaką funkcję pełni w DeVilbiss.

Natomiast co do samej odpowiedzi odwołującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Izba zgadza się z odwołującym, iż w wezwaniu zamawiający nie żądał przedłożenia dokumentów potwierdzających sposób reprezentacji firmy DeVilbiss (zresztą zasadniczo nie miał do tego podstaw), zatem wystarczające było zapewnienie (oświadczenie) odwołującego, iż certyfikaty zostały wystawione poprawnie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

9

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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:

10