

WYROK
z dnia 5 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Dynów, Rynek 2, 36-065 Dynów** protestu z dnia 03 grudnia 2009 r.

przy udziale **INŚYNIERIA RZESZÓW Spółka z o.o., ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty oraz czynności wykluczenia z udziału najkorzystniejszej Odwołującego w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje dokonanie czynności ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Miejska Dynów, Rynek 2, 36-065 Dynów i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa**,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **7354 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy trzysta pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gmina Miejska Dynów, Rynek 2, 36-065 Dynów** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, konsultacji, przygotowania projektu odwołania i organizacji doręczenia kopii odwołania zamawiającemu, skompletowania odwołania i organizacji złożenia odwołania w KIO.
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na *"Budowę stacji uzdatniania wody wraz z ujęciami wody, zbiornikami wody, remontem, budową i przebudową sieci wodociągowych wraz z urządzeniami towarzyszącymi dla Miasta Dynowa"* - realizowaną w ramach *"Projektu współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013"*, zostało wszczęte przez Gminę Miejską Dynów, ul. Rynek 2, 36-065 Dynów zwaną dalej: *"Zamawiającym"*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 151236-2009 z dnia 15.05.2009 r.

W dniu 04.08.2009 r. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą INŚYNIERIA RZESZÓW Spółka z o.o., ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów zwanego dalej: „INŚYNIERIA RZESZÓW Spółka z o.o.” albo „Przystępującym” oraz poinformował o odrzuceniu ofert wykonawców oraz wykluczeniu Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa zwanego dalej: „ABT Sp. z o.o.” albo

2

„Protestującym” albo „Odwołującym”.

Zamawiający wskazał m.in. na okoliczność, że dostarczony Atest Higieniczny nr HK/W/0628/012008 dotyczy wyrobu „Ciśnieniowy filtr pionowy FP 1000 do FP 3000”, natomiast brak jest atestu higienicznego dla filtra ciśnieniowego pionowego FP z kontrolowaną poduszką powietrzną obejmujący przedmiotowy filtr 2500 mm.

W dniu 13.08.2009 r. ABT Sp. z o.o. wniosła protest na czynności z dnia 04.08.2009 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. W dniu 20.08.2009 r. Zamawiający oddalił protest wskazując, iż przedstawione w ofercie urządzenia równoważne nie spełniają wymogów SIWZ. W dniu 25.08.2009 r. ABT Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa UZP, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez błędne uznanie, że miało miejsce nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wyrokiem z dnia 19.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1265/09 KIO uwzględniła odwołanie oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ABT Sp. z o.o., nie stwierdzając: „podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”. (...) „Zamawiający podał błędną podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy dotyczy niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zaś argumentacja potwierdzająca wykluczenie odnosi się do przyczyn mogących ewentualnie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy ze względu na niespełnienie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących przedmiotu zamówienia”. (...) „Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”. (...) „w odniesieniu do zarzutu braku w atście PZH zaznaczenia, iż jest on z poduszką powietrzną, podczas rozprawy Zamawiający sprecyzował, że zarzut de facto polega na tym, że Odwołujący nie przedstawił atestu PZH w zakresie elementów systemu utrzymania stałej poduszki powietrznej mających kontakt z wodą pitną. Ponieważ, jak Izba stwierdziła wcześniej, są to dokumenty podlegające uzupełnieniu, a Zamawiający do takiego uzupełnienia Odwołującego nie wezwał, na obecnym etapie postępowania nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego ani odrzucenia jego oferty”. (...) „Odwołujący sporządził ofertę w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualne jej braki można usunąć”.

Zamawiający wszczął procedurę powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W dniu 06.11.2009 r. wezwał m. in. do uzupełnienia dokumentów w postaci atestu PZH.

3

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący w dniu 13.11.2009 r. dodatkowo przedłożył dokument w postaci atestu higienicznego HK/W/0858/01/2009 obejmującego „Zestaw filtracyjny typ FP”.

W dniu 03.12.2009 r. (pismem z dnia 02.12.2009 r.) Zamawiający przekazał uczestnikom przedmiotowego postępowania zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty INŚYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. wraz z informacją o wykluczeniu ABT Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiającego wskazał, że w określonym terminie ABT Sp. z o.o. dostarczyła atest PZH, numer HK/W/0858/01/2009 wystawiony dnia 16.10.2009 r., dotyczący zestawów filtracyjnych FP z kontrolowaną poduszką powietrzną. Dokument ten potwierdza, że od dnia 16.10.2009 r. wskazane w nim urządzenia i podzespoły posiadają atest higieniczny, co

oznacza, że mogą być stosowane do wytwarzania wody nadającej się do spożycia. W dniu 24.06.2009 r., tj. w dniu składania ofert, Wykonawca złożył wraz z ofertą atest o numerze HK/W/0628/01/2008. Kontekst tego działania wskazywał, że atest ten odnosi się do filtra FP 2500.

Nowy atest higieniczny wskazuje, że przedstawione uprzednio informacje były nieprawdziwe i miały wprowadzić Zamawiającego w błąd, co do zawartości technicznej atestu nr HK/W/0628/01/2008. Z treści ww. atestu wynika, że objęte są nim tylko elementy konstrukcyjne, natomiast atest nie obejmuje złożów filtracyjnych stosowanych w urządzeniu filtracyjnym, które zgodnie z zaleceniem PZH powinny posiadać odrębne atesty higieniczne. Atestów na złoża filtracyjne Wykonawca nie załączył do oferty złożonej w dniu 24.06.2009 r. Atesty te znalazły się w uzupełnieniu dokumentów złożonych w toku powtarzania czynności przetargowych.

Powyższe działania Wykonawcy doprowadziły do zmiany wyniku postępowania. Wiedząc bowiem o tym, że atestu nie posiada, wprowadził również w błąd skład orzekający KIO. Wykonawca nie złożył do protokołu postępowania odwoławczego informacji o tym, że jest w trakcie uzyskiwania atestu higienicznego na filtr FP 2500. W ten sposób doprowadził do uzyskania orzeczenia uwzględniającego odwołanie i nakazującego powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Wykonawcy do uzupełnienia atestu.

Skład orzekający KIO wiedząc bowiem o tym, że Wykonawca uprzednio takiego atestu nie posiada oraz że złożył już wniosek do PZH o przyznanie takiego atestu na filtr FP 2500, mając na uwadze treść art. 191 ust. 1 a Pzp nie mógłby odwołania uwzględnić. KIO bowiem wiedziałoby o tym, że jeżeli nastąpi uzupełnienie atestu, nie będzie to miało znaczenia w przedmiotowym postępowaniu. Zatem Wykonawca działając z rozmysłem

4

przewleka postępowanie, utrudniając Zamawiającemu jego prowadzenie, poprzez składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Uzupełniony przez Wykonawcę atest PZH numer HK/W/0858/01/2009 nie potwierdza, że oferowane urządzenia odpowiadały wymaganiom Zamawiającego w dniu 24.06.2009 r. W świetle zaistniałych faktów niedopuszczalne jest przyjęcie, że atest ten może zostać uznany za dokument, który przed upływem terminu składania ofert potwierdził, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

W dniu 10.12.2009 r. faxem na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp ABT Sp. z o.o. wniosła protest na czynności Zamawiającego. Zarzuciła naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez błędne uznanie, iż Protestujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez błędne ustalenie, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców. Zarzucając powyższe Protestujący wnosil o:
 1. uwzględnienie protestu w całości,
 2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 3. unieważnienie czynności wykluczenia Protestującego z postępowania,
 4. powtórzenie czynności oceny ofert,
 5. dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Protestującego czynność wykluczenia Protestującego z postępowania rażąco narusza fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. W jego ocenie ponowne wykluczenie Protestującego i wybór INŚYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. dokonane zostały z rażącym naruszeniem przepisów prawa, w tym jednej z podstawowych zasad Pzp, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, do której przestrzegania Zamawiający jest zobowiązany.

W dniu 11.12.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 14.12.2009 r. faxem INŚYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. przystąpiła do postępowania toczącego się na skutek wniesionego protestu, wnosząc o odrzucenie zarzutów w całości.

W dniu 21.12.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez jego oddalenie.

W dniu 28.12.2009 r. ABT Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa UZP (wpływ bezpośredni), podtrzymując zarzuty z protestu wraz z argumentacją i wnosząc o:

5

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia faxem.

W dniu 29.12.2009 r. Zamawiający przekazał INŚYNIERII RZESZÓW Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego INŚYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o. przystąpiła dnia 08.01.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołujący w ramach argumentacji w proteście i odwołaniu wskazał co następuje.

Odnosząc się do przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na jego wynik. W tym miejscu zaprzeczył jakoby złożył w postępowaniu jakiejkolwiek nieprawdziwe informacje. Podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko przedstawione w proteście z dnia 13.08.2009 r. oraz odwołaniu z dnia 25.08.2009 r. Przedłożony z ofertą Odwołującego Atest Higieniczny nr HK/W/0628/012008 dotyczy wyrobu „Ciśnieniowy filtr pionowy FP 1000 do FP 3000”. Atest ten nie dotyczy wyłącznie oferowanego przez Odwołującego filtra FP 2500, ale określonego rodzaju filtrów ciśnieniowych „FP 1000 do FP 3000”. Odwołujący jeszcze raz podkreślił, iż: „przedłożony atest higieniczny potwierdza dopuszczenie do kontaktu z wodą pitną całego oferowanego przez niego zbiornika filtru FP 2500, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”.

Okoliczność, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia atestu higienicznego Odwołujący przedstawił dodatkowo najnowszy atest HK/W/0858/0 1/2009 nie zmienia faktu, iż poprzednio wydany atest HK/W/0628/01/2008 potwierdza spełnianie przez oferowane przez Odwołującego urządzenia równoważne warunków przedmiotowych określonych w SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, iż faktycznie nowy atest obejmuje swym zakresem dotychczasowy atest HK/W/0628/012008 na zbiornik filtra oraz uprzednio wydane atesty na inne elementy filtra m.in. na orurowanie. Obejmuje również złoża filtracyjne, na które

6

Zamawiający nie wymagał w SIWZ odrębnych atestów. Takie atesty PZH wymagane były jedynie w przypadku zaoferowania przez wykonawcę równoważnych do wskazanych w SIWZ złoż filtracyjnych, co nie miało miejsca w przypadku oferty Odwołującego.

Fakt, iż dodatkowo przedstawiony Zamawiającemu atest higieniczny na kompletny zestaw filtracyjny typ FP HK/W/0858/01/2009 stanowi niejako kompilację poprzednio wydanych atestów na poszczególne elementy oferowanego przez Odwołującego filtra, w tym w szczególności wymaganego atestu na zbiornik filtra HK/W/0628/01/2008, potwierdza w szczególności treść wniosku skierowanego do Państwowego Zakładu Higieny przez Odwołującego, którego kopię przedłożył w załączeniu.

Fakt wystąpienia Odwołującego do Państwowego Zakładu Higieny o dodatkowy atest na kompletny zestaw filtracyjny typ FP i jego uzyskanie nie uchybia możliwości posługiwania się uprzednio wydanymi atestami higienicznymi na poszczególne jego elementy.

W tych okolicznościach nie sposób zarzucać Odwołującemu złożenia jakichkolwiek nieprawdziwych informacji w postępowaniu. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż podstawą wykluczenia z postępowania może być jedynie złożenie takiej nieprawdziwej informacji, która miała wpływ na jego wynik. Nie każda nieprawdziwa

informacja podana przez wykonawcę skutkuje wykluczeniem z postępowania. Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wymaga wskazania wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. Chodzi bowiem tylko o taką sytuację, w której fakt złożenia nieprawdziwej informacji podważałby ustalony przez Zamawiającego wynik postępowania, zmieniałby rezultat tego postępowania. Wpływ na wynik postępowania nie może być czysto hipotetyczny - podanie nieprawdziwej informacji rzeczywiście musiało wpłynąć na jego wynik, a nie tylko „mogłoby” wpłynąć. Na poparcie powyższego stanowiska przytoczył orzeczenie KIO z dnia 05.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/09. Ponadto wskazał, iż zgodnie z linią orzecniczą, dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp należy mieć na względzie - łącznie, konkretne okoliczności faktyczne oraz uwzględniać przepisy Pzp, w tym art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp, a także odpowiednio uwzględniać teorię kompleksową winy, powszechnie przyjmowaną przez aktualną doktrynę prawa karnego, która to teoria bierze pod uwagę zarówno stosunek psychiczny jak i element zarzucanego naruszenia przepisów karnych (w tym przypadku przepisów prawa zamówień publicznych). Zauważył, że działanie zawinione (umyślne lub nieumyślne) w istocie wiąże się z wadliwością procesu decyzyjnego, która polega na wolnym wyborze z katalogu możliwych zachowań, zachowania sprzecznego z daną normą postępowania (przepisem prawa).

Z tych też względów wykluczając z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp należy łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub zamiaru

7

ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (podobnie KIO w wyroku z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 278/09).

Uwzględniając powyższe, Zamawiający, powołując się na podstawę prawną wykluczenia (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp), powinien - dokonując oceny dokumentów i oświadczeń - w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności stwierdzić, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawcę, albowiem tylko takie ustalenie - w ocenie składu orzekającego Izby - pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, a zatem miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (podobnie KIO w wyroku z dnia 19.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 605/09). Jednakże dokonując ustaleń, co do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Zamawiający powinien również mieć na względzie zasadę prawną *in dubio pro reo*. Zgodnie z tą zasadą wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę, jako że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), dokonał błędnej wykładni przepisów. Przepis art. 89 ust. 1 wymienia przesłanki, z których każda w razie zaistnienia skutkuje odrzuceniem oferty. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (podobnie wyrok KIO z dnia 19.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 583/09) wówczas, gdy oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego skoro na etapie dokonywanej pierwszej kwalifikacji prawnej Wykonawców, atesty higieniczne przedstawione przez Odwołującego dla ciśnieniowego filtra pionowego nie budziły wątpliwości Zamawiającego, co potwierdził wyrok KIO, to rażącym naruszeniem przepisów Pzp oraz niezastosowaniem się do czynności nakazanych orzeczeniem przez Izbę, jest żądanie przez Zamawiającego w trakcie ponownego badania ofert uzupełnienia dokumentów w postaci atestów, a tym bardziej dowodzenie Odwołującemu, że informacje zawarte w atescie były nieprawdziwe i miały wprowadzić Zamawiającego w błąd co do zawartości technicznej atestu nr HK/W/0628/01/2008.

Jeśli zaś w opinii Zamawiającego, ustalenia dokonane przez Izbę budziły jakiegokolwiek wątpliwości i w efekcie wyciągnięte wnioski nie znajdowały oparcia w stanie faktycznym, Zamawiający był uprawniony do poddania badaniu poprawności tych ustaleń, ale jedynie

w trybie zaskarżenia przedmiotowego wyroku, na podstawie art. 194 ust. 1 Pzp. Nieskorzystanie ze środków ochrony prawnej oznacza, że Zamawiający związany jest wyrokiem KIO w całej rozciągłości, w tym względzie Odwołujący dopatrył się analogii do *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej). Stąd uznał, że prowadzenie jakichkolwiek ustaleń w przedmiocie okoliczności, które były badane przez Izbę, jest niedopuszczalne.

Fakt, iż w toku normalnej działalności Odwołujący wystąpił do Państwowego Zakładu Higieny o wydanie kolejnych atestów higienicznych w żaden sposób nie wpływa na kompletność poprzednio wydanych atestów, a już z całą pewnością nie może być traktowane jako działanie mające na celu przewlekanie postępowania, czy też zgodnie z najdalej idącą tezą Zamawiającego - jako działanie wskazujące na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji w postępowaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, wezwaniem Zamawiającego z dnia 06.11.2009 r. skierowanym do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnieniem oferty z dnia 13.11.2009 r. dokonanych w odpowiedzi na w/w wezwanie (pismo wraz z załącznikami), jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania oraz przedłożonymi na rozprawie przez Zamawiającego: 1) wydrukiem z katalogu ze strony internetowej filtra pionowego ciśnieniowego typoszeregu FB 1000 do FB 3000, 2) pismem z dnia 04.11.2009 r. Przystępującego do Państwowego Zakładu Higieny wraz z załącznikami, 3) Odpowiedzią PZH z dnia 10.11.2009 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Ustalono, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, Zamawiający w dniu 06.11.2009 r. wezwał Odwołującego m. in. do uzupełnienia dokumentów w postaci atestu Państwowego Zakładu Higieny dla oferowanego urządzenia „Filtr ciśnieniowy pionowy FP z kontrolowaną poduszką powietrzną” zgodnie z załączoną kartą katalogową. W ramach uzupełnienia z dnia 13.11.2009 r. Odwołujący w odpowiedzi na pkt 3 wezwania oświadczył, iż zaproponowane zestawy filtracyjne typu FP z kontrolowaną poduszką powietrzną posiadają atest Państwowego Zakładu Higieny HK/W/0858/01/2009.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby złożenie na wezwanie Zamawiającego przez Odwołującego atestu higienicznego PZH numer HK/W/0858/01/2009 nie stanowi złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania. W tym zakresie Izba uznała argumentację Odwołującego z rozprawy, że uzyskanie niniejszego atestu od jednostki certyfikującej nie miało na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego, innych uczestników postępowania, czy też poprzedni skład orzekający KIO, ale było to normalne działanie Wykonawcy polegające na pozyskiwaniu nowych atestów, czyli było to dostosowywanie

działań do zmian zachodzących na rynku. Należy uznać, że podejmowanie takich działań w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być uznane za działanie mające w szczególności na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Powyższe stanowisko uwiarygodnia także oświadczenie złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, że bezpośrednim powodem uzyskania wskazanego atestu było działanie jednej z firm konkurencyjnych, która przedstawiła atest na cały zestaw filtracyjny, a nie tylko i wyłącznie na jego elementy.

Po drugie, stanowisko Zamawiającego, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ramach uzupełnienia w dniu 13.11.2009 r. w zakresie wskazanego atestu jest podstawą do uznania, że dopiero nowy atest został złożony na całe oferowane urządzenie, zaś atesty złożone wcześniej w ofercie wobec powyższego nie spełniały tej funkcji i stanowiły informacje nieprawdziwą złożoną w toku postępowania przez Odwołującego i mającą na niego wpływ jest zbyt daleko idące. Izba uznaje je za nadinterpretację Zamawiającego. Bez względu bowiem na ocenę adekwatności atestu do

10

warunków przedmiotowych SIWZ działanie Odwołującego było przede wszystkim działaniem w dobrej wierze.

Po trzecie, także wniosek o wydanie atestu higienicznego PZH z dnia 30.09.2009 r., z którego wynika w ocenie Zamawiającego, że dopiero nowy atest obejmuje całość oferowanego filtra FP 2500 nie pozwala na uznanie, że miało miejsce złożenie przez Odwołującego nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania. Należy wskazać, że działanie Odwołującego było także działaniem w dobrej wierze w odpowiedzi na treść SIWZ i wezwanie Zamawiającego z dnia 06.11.2009 r. Inna ocena działań Odwołującego mogłaby doprowadzić do nie wydawania jakichkolwiek nowych certyfikatów z obawy przed konsekwencjami takim jak podjęte przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez błędne ustalenie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ z 25.05.2009 r. (pytanie 2) dopuścił stosowanie urządzeń równoważnych oraz określił parametry podstawowych urządzeń technologicznych i wymogi dotyczące zaprojektowanej technologii, a także dokumenty, które mają przedstawić wykonawcy na potwierdzenie równoważności (atesty PZH, certyfikaty CE i karty katalogowe producenta). Wskazał tabele parametrów podstawowych urządzeń technologicznych. Z uwagi poniżej tabeli wynika, że każdy z wykonawców musiał na podstawie zawartych w tabeli informacji dokonać wyboru, czy oferuje urządzenie zgodne z wymaganiami Zamawiającego, czy też równoważne w stosunku do wskazanego w tabeli.

Zamawiający we wskazywanej powyżej tabeli określił, że oczekuje dostawy następujących urządzenia: 1) zbiornika filtra I i II stopnia; 2) złoża filtracyjnego; 3) sprężarki spiralnej bezolejowej, 4) dmuchawy walcowej. W odniesieniu do zbiornika filtra I i II stopnia wskazał także na wyposażenie w skład, którego wchodził m.in. system automatycznego utrzymywania poduszki powietrznej w trakcie pracy filtra, zaś w ramach złoża filtracyjnego określił warstwę podtrzymującą, warstwy filtracyjne I st; Dodatkowo m.in. do zbiornika filtra I i II stopnia oraz złożeń filtracyjnych wskazał, że wymagane są certyfikaty: w pierwszym przypadku PZH, znak CE, w drugim PZH.

W wyjaśnieniach z 28.05.2009 r. doprecyzował, iż: „w celu oceny równoważności urządzeń należy dołączyć do oferty wszystkie niezbędne dokumenty opisujące cechy, typ, charakterystykę urządzeń i materiałów oraz dokumentację techniczną. Dokumenty te muszą być wystarczające do oceny równoważności rozwiązań technicznych przez zamawiającego

11

lub jednostkę projektową. Zakres dokumentów oferent przedstawi według własnego uznania zgodnie z art. 30 uPzp. Zakres dostarczonych dokumentów może zależeć od tego, który z elementów przedmiotu zamówienia oferent chce przedstawić jako równoważny. Dokumenty typu karty katalogowe, DTR-ki, atesty mogą oczywiście pomóc w ustaleniu przez

Zamawiającego równoważności rozwiązań.”

W ramach wyjaśnień z dnia 1.06.2009 r. Zamawiający zrezygnował z wymogu uzyskania przez wykonawcę oferującego urządzenie równoważne zgody projektanta na urządzenie zamienne na etapie oferty stwierdzając, iż wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego w celu uzyskania informacji o równoważności lub dołączyć stosowne dokumenty wskazane w odpowiedzi z 28.05.2009 r.

Odwołujący załączył do oferty następujące atesty: 1) atest higieniczny PZH nr HK/W/0628/01/2008 - przeznaczony do stosowania w stacjach uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia (str. 120 oferty), 2) atest higieniczny PZH nr HK/W/0522/01/2007 - przeznaczony do stosowania w instalacjach służących do przesyłania i magazynowania wody przeznaczonej do spożycia (str. od 121 do 123 oferty), 3) atest higieniczny PZH nr HK/W/0162/01/2009 - przeznaczony do malowania wewnętrznych powierzchni zbiorników wody przeznaczonej do spożycia (str. 124 oferty), 4) atest higieniczny PZH nr HK/W/0829/06/2005 - przeznaczony do montażu w instalacjach służących do przesyłania wody przeznaczonej do spożycia i w innych instalacjach wodnych (str. 125 oferty), 5) atest higieniczny PZH nr HK/W/0829/03/2005 - przeznaczony do montażu w instalacjach służących do przesyłania wody przeznaczonej do spożycia i w innych instalacjach wodnych (str. 126 oferty), 6) atest higieniczny PZH nr HK/W/0242/01/2008 – przeznaczony do montażu w instalacjach służących do przesyłania wody przeznaczonej do spożycia (str. 127 oferty), 7) atest higieniczny PZH nr HK/W/0690/01/2005 – przeznaczony do montażu w instalacjach służących do przesyłania wody przeznaczonej do spożycia i na potrzeby gospodarcze (str. 128 oferty), 8) atest higieniczny PZH nr HK/W/0014/01/2006 – przeznaczony do połączeń kołnierzowych w instalacjach wodociągowych i kanalizacyjnych (str. 129 oferty). Ponadto załączył kartę katalogową filtra ciśnieniowego pionowego typu FB (z kontrolowaną poduszką powietrzną) – str. od 118 do 119 oferty. Na wezwanie z dnia 06.11.2009 r. Odwołujący uzupełnił złożoną ofertę o atest PZH HK/W/0858/01/2009.

Izba nie uznała jako wiarygodnego dowodu w sprawie wydruku danych technicznych dotyczących filtra pionowego ciśnieniowego typoszeregu FB 1000 do FB 3000, przedłożonego na rozprawie przez Zamawiającego, z uwagi na brak wykazania skąd pochodzi ów wydruk, brak wskazania adresu strony internetowej, z której ewentualnie zaczerpnięto te dane oraz wątpliwą aktualność informacji tam zawartych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

12

Po pierwsze, Zamawiający w SIWZ wyraźnie wymienił, jakich żąda atestów PZH, certyfikatów CE i kart katalogowych producenta. W odpowiedzi z 28.08.2009 r. Zamawiający rozszerzył wykaz o „wszystkie niezbędne dokumenty” wystarczające do oceny równoważności rozwiązań technicznych. Jednocześnie, co należy podkreślić dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, nie było to żądanie kategoryczne, gdyż pozostawił tę listę uznaniu wykonawców – które to z posiadanych dokumentów są niezbędne do oceny równoważności.

Po drugie, w ocenie Izby Zamawiający „zmodyfikował” uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Pierwotnie wskazywał, że z treści atestu PZH nr HK/W/0628/01/2008 wynikało, że objęte są nim tylko elementy konstrukcyjne, natomiast atest nie obejmuje złożeń filtracyjnych stosowanych w urządzeniu filtracyjnym, które zgodnie z zaleceniem PZH powinny posiadać odrębne atesty higieniczne. Atestów na złożeń filtracyjne Wykonawca nie załączył do oferty złożonej w dniu 24.06.2009 r. Atesty te znalazły się w uzupełnieniu dokumentów złożonych w toku powtarzania czynności przetargowych. W toku rozprawy Zamawiający stwierdził, że kwestia złożeń filtracyjnych nie jest sporna gdyż zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego (mimo że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty twierdził odmiennie), iż zaoferowane złożeń filtracyjne nie miało charakteru równoważnego. Wyjaśnił jednak (zmieniając uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty), iż kwestią sporu jest zbiornik filtra, albowiem Odwołujący zaoferował filtr ciśnieniowy pionowy typ FP z kontrolowaną poduszką powietrzną.

Izba wskazuje, że nie neguje faktu, iż przedmiotem wezwania o uzupełnienie był atest Państwowego Zakładu Higieny dla oferowanego urządzenia „Filtr ciśnieniowy pionowy FP z kontrolowaną poduszką powietrzną” zgodnie z załączoną kartą katalogową. Jednakże w ocenie Izby równoważny charakter kontrolowanej poduszki powietrznej został

potwierdzony przez kartę katalogową złożoną wraz z ofertą przez Odwołującego. Powyższe działanie było w ocenie Izby dopuszczalne biorąc pod uwagę odpowiedzi z dnia 28.08.2009 r., w których Zamawiający rozszerzył wykaz o „wszystkie niezbędne dokumenty” wystarczające do oceny równoważności rozwiązań technicznych pozostawiając zarazem tą kwestię do uznania Wykonawców. W konsekwencji wskazywany atest nie był dokumentem niezbędnym w tym zakresie, zaś kwestia złożenia nowego atestu ważnego po terminie składania ofert jest bezprzedmiotowa i nie może skutkować negatywnie względem Odwołującego.

Po trzecie, w ocenie Izby twierdzenie, że wskazanie w wykazie zawartym w odpowiedzi z 25.05.2009 r. (pytanie 2) wymogu dla zbiornika filtra I i II stopnia certyfikatów – atest PZH, oznacza, że odnosi się to także do systemu automatycznego utrzymania poduszki powietrznej w trakcie pracy filtra (jednego z elementów wyposażenia) jest

13

niezasadne. Przede wszystkim z uwagi na modyfikację z dnia 28.08.2009 r., a nadto wobec niejednoznaczności zawartego tam zapisu SIWZ, który nie może być interpretowany na niekorzyść Odwołującego. Zasadne jest przyjęcie w tym stanie faktycznym argumentacji Odwołującego, że skoro załączył atest na część „A” dla oferowanego urządzenia oraz atest na część „B” oferowanego urządzenia, to należy przyjąć, że całe urządzenie posiada wymagany atest. Twierdzenia Zamawiającego przedstawione na rozprawie doprowadziłyby bowiem do sytuacji, że Wykonawcy musieliby złożyć „nieokreśloną” ilość atestów bez względu na to na ile „istotna” dla urządzenia jest jego część, czy też dane wyposażenie. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył wraz z ofertą Atest Higieniczny PZH nr HK/W/0628/012008 dotyczący wyrobu „Ciśnieniowy filtr pionowy FP 1000 do FP 3000” wraz z 7 (siedmioma) innymi, a Zamawiający w toku rozprawy wskazał bazując na wniosku z 30.09.2009 r. na konieczność dostarczenia dodatkowo kolejnych 21 atestów, co w ocenie Izby jest żądaniem nadmiernym. Dodatkowo Izba stwierdza, że zgodnie z przedłożonym przez Zamawiającego na rozprawie pismem PZH z dnia 10.11.2009 r. w kontekście systemu automatycznego podtrzymywania poduszki powietrznej, że w przypadku elementów konstrukcyjnych systemów wodociagowych atest higieniczny odnosi się wyłącznie do wpływu ocenianego materiału, wyrobu lub urządzenia na jakość stykających się z nim wody i na jej bezpieczeństwo dla zdrowia ludzi. Nie dotyczy on natomiast ich ściśle technicznych właściwości i parametrów. Z sanitarnego punktu widzenia dołączenie do filtra układu podtrzymywania poduszki powietrznej jest rozwiązaniem nie mającym wpływu na jakość wody.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp względem oferty Odwołującego, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 2.910,00 zł, tj. kwocie wynikającej z przedłożonej kopii faktury VAT.

14

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
.....

** niepotrzebne skreślić*