Sygn. akt KIO 1767/14

WYROK
z dnia 10 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **EFmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk,**

przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w czynności wyboru Gdańsku: unieważnienie najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy; w pozostałej części nie uwzględnia zarzutów odwołania;

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk, i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EFmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2 zasądza od zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk, na rzecz wykonawcy EFmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 1767/14

Uzasadnienie

I. Wykonawca EFmed Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, odwołujący w postępowaniu odwoławczym - stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechania zamawiającego - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku - podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę elektrod do termoablacji wraz z dzierżawą

aparatu do termoablacji dla UCK - numer sprawy: 92/PN/2014.
II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2014 r., nr 2014/S 105-184754.
III. Zarzuty odwołującego.
Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:
1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie odwołującego z postępowania,
3) art. 89 ust. 1 pkt 5 przez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
4) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo niespełnienia przez oferowany aparat do termoablacji parametrów wymaganych przez zamawiającego,
5) art. 91 ust. 1 przez wybór oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o., która nie jest w postępowaniu ofertą najkorzystniejszą.

IV. Żądania, co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o.,
2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3) dokonanie powtórnej czynności badania ofert, z uwzględnieniem ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania podmiotu Novel Medical S.A.,

4) dokonania powtórnej czynności oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o.,
5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

V. Zachowanie terminu do wniesienia odwołania i wymogów formalnych.
Odwołujący wskazał okoliczności zachowania wymagań formalnych związanych z wniesieniem odwołania.

VI. Interes i szkoda.
Odwołujący zamieścił uzasadnienie wniesienia odwołania - interes w uzyskaniu zamówienia i ewentualność poniesienia szkody prze czynności zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił następującą argumentację.
A. Opis stanu faktycznego.
1 - 2. Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia następująco: *„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże,* że *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej dwie dostawy elektrod do termoablacji o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł* brutto" [pkt.V. 1.2 SIWZ oraz Sekcja III.2.3) pkt.1ppkt.2) ogłoszenia o zamówieniu].

3. Dodatkowo zamawiający wskazał m.in.: *„Wykonawca może polegać na wiedzy i oświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia"* [pkt.VI.7 SIWZ oraz Sekcja III.2.3) pkt.5 ogłoszenia o zamówieniu].

4. Zamawiający ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, ani w treści SIWZ nie wskazał [zgodnie z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231)], że w celu oceny, czy wykonawcy będą dysponować zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawców z tymi

podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, będzie żądać dokumentów dotyczących:
a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

5. Do upływu terminu składania ofert, odwołujący złożył ofertę wraz z załącznikami:
- wykazem dostaw zrealizowanych przez Novel Medical S.A. z siedzibą w Vrilissi potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, co nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego,
- zobowiązaniem podmiotu Novel Medical S.A. (wraz z tłumaczeniem na język polski), w którego treści wskazano, że Novel Medical S.A. udostępnia odwołującemu swoje zasoby dotyczące doświadczenia w zakresie dwóch dostaw elektrod do termoablacji. W treści ww. dokumentu wskazano również, że współpraca pomiędzy odwołującym a podmiotem udostępniającym swoje zasoby będzie przyjmowała rożne formy zależnie od potrzeby kontraktu (doradztwo). Kopie ww. dokumentów stanowią załączniki do odwołania.

6. W dniu 4 sierpnia 2014 r. zamawiający skierował do odwołującego pisemne wezwanie (L.dz. 2787/2014) - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - do uzupełnienia oryginalnego zobowiązania wskazanego w pkt 5 tiret 2, zawierającego w szczególności informacje dotyczące:
a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

7. W dniu 8 sierpnia 2014 r. odwołujący złożył zamawiającemu oryginał zobowiązania Novel Medical S.A. do oddania swoich zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

8. W dniu 18 sierpnia 2014 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację (L.dz. 2959/2014) o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. W informacji zamawiający wskazał również, że odwołujący został wykluczony z postępowania, a oferta przez niego złożona została odrzucona.

9. Zamawiający, w informacji, o której mowa w pkt 8, wskazał, że odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, nie przedłożył zobowiązania zawierającego informacje, o których mowa w pkt 6 lit. a)-d). Dodatkowo zamawiający wskazał również, że oferta odwołującego została odrzucona, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

B. Zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania.
1. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

2. Zamawiający w treści SIWZ nie zażądał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą jakiekolwiek dodatkowe dokumenty dotyczące: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia - celem przeprowadzenia oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego.
Zamawiający - oceniając zobowiązanie podmiotu Novel Medical S.A. do udostępnienia swoich zasobów - nie miał żadnych podstaw prawnych i faktycznych żądać od odwołującego złożenia jakichkolwiek dokumentów określonych w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu zbadania, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, gdyż - wg. treści orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: *„skoro zamawiający nie zażądał w SIWZ złożenia dokumentów, które umożliwiłyby mu oceną realności polegania za zasobie podmiotu trzeciego, to nie może powoływać się na to,* że *wykonawca nie złożył ich wraz z ofertą”* (wyrok KIO z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1683/13).
3. Zatem, całkowicie nieuprawnione było wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego w dniu 4 sierpnia 2014 r. do uzupełnienia dokumentu wskazującego w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób

wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.
Wobec powyższego, zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej: *„brak sprecyzowania przez Zamawiającego na etapie postanowień SIWZ określonych wymogów co do spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie może negatywnie skutkować dla wykonawców na etapie badania i oceny ofert”* (wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 631/14), wobec nieuzasadnionego przepisami prawa wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu Novel Medical S.A. - zamawiający nie może wywodzić skutków prawnych z czynności, do której nie był uprawniony. W przeciwnym wypadku zamawiający dopuszcza się rażącego naruszenia przepisów ustawy, w tym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 4.
Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiającemu - w przypadku jakichkolwiek wątpliwości dotyczących treści zobowiązania podmiotu trzeciego - przysługiwało uprawnienie do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania podmiotu Novel Medical S.A. (zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp), z czego zamawiający nie skorzystał.
4. Nie ulega wątpliwości, w ocenie odwołującego, że literalna wykładnia postanowienia pkt VI.7 SIWZ - co do obowiązku udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - prowadzi do wniosku, że ten wymóg zamawiającego został bezsprzecznie przez odwołującego spełniony.
5. Odwołujący wskazał, że zobowiązanie Novel Medical S.A. do udostępnienia swoich zasobów - nie jest tzw. zobowiązaniem blankietowym. W treści ww. dokumentu wskazano, że współpraca pomiędzy odwołującym a podmiotem udostępniającym swoje zasoby będzie przyjmowała rożne formy zależnie od potrzeby kontraktu, wskazując, jako formę współpracy - doradztwo. Zatem odwołujący udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (kontraktu).
Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia *„może przybrać dowolną, dozwoloną prawem postać: np. podwykonawstwo, doradztwo czy konsultacje, nadzór. W sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby wiedzy i doświadczenia niewątpliwie koniecznym jest osobisty udział podmiotu udostępniającego w realizację zamówienia. Ocenę zobowiązania podmiotu trzeciego należy odnosić* ściśle *do charakteru, złożoności i stopnia skomplikowania*

przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1276/14).
W dalszej treści cytowanego wyżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zobowiązanie ma charakter realny, gdy podmiot udostępniający zobowiązuje się do doradztwa nad realizacją zamówienia, czyli w przypadku, gdy będzie brał czynny, osobisty udział w realizacji zamówienia. W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonywanie nieskomplikowanych czynności powtarzalnych, polegających na dostawie produktu do zamawiającego - realizacja przedmiotu zamówienia sprowadza się do wprowadzenia właściwego schematu realizacji umowy.
W ocenie odwołującego, doradztwo Novel Medical S.A. dotyczące realizacji umowy w zakresie wykonywania dostaw elektrod do termoablacji jest dla zamawiającego wystarczającą gwarancją należytej realizacji przedmiotu zamówienia przez odwołującego.
7. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołujący udowodnił zamawiającemu, iż faktycznie przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponował zasobem należącym do podmiotu trzeciego, a podmiot trzeci będzie osobiście uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze doradcy.
C. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego.
1. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *„stanowisko,* że *art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r., sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r., sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna"* (wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2363/12).

2. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie odnosi się do przedmiotowego postępowania.

D. Zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o.:
1. Wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. w załączniku numer 5 do SIWZ złożonym wraz z ofertą wskazał:
a) pkt 4 - parametr „Możliwość przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc, tarczycy i kości oraz termoablacji mięśniaków i żylaków. Opisać" - *TAK / zgodnie z odpowiedziami, możliwość przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc i kości.*

b) pkt 12.1 - parametr „Programowane parametry: 1) moc wyjściowa; 2) impedancja odcięcia podaży mocy; 3) czas odcięcia podaży mocy; 4) czas ablacji" - *TAK / zgodnie z odpowiedziami.* Kopia dokumentu stanowi załącznik do odwołania.

2. W dniu 4 sierpnia 2014 r. wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. złożył zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące m.in. pkt 4 i pkt 12.1 załącznika numer 5 do SIWZ:
1. pkt 4 - *Zgodnie z odpowiedziami Możliwość przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc i kości.*
2. pkt 12.1 - *Programowane parametry: 1) moc wyjściowa; 2) impedancja odcięcia podaży mocy; 3) czas odcięcia podaży mocy; 4) czas ablacji. (...) W odróżnieniu od trybu ręcznej ablacji, w trybie tym są automatycznie uruchamiane cykle sterowania impedancją przy wykorzystaniu mechanizmu zwrotnego impedancji.* Kopia ww. pisma stanowi załącznik do odwołania.

3. Powyższe wskazuje, że:
a) pkt 4 załącznika numer 5 do SIWZ - parametr wymagany - Możliwość przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc, tarczycy i kości oraz termoablacji mięśniaków i żylaków - nie został spełniony przez aparat do termoablacji oferowany przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. Brak jest potwierdzenia, w zestawieniu parametrów oraz w treści pisma z dnia 4 sierpnia 2014 r. wskazanego w pkt 2, możliwości przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych tarczycy oraz termoablacji mięśniaków i żylaków,
b) pkt 12.1 załącznika numer 5 do SIWZ - parametr wymagany - Programowane parametry: 1) moc wyjściowa; 2) impedancja odcięcia podaży mocy; 3) czas odcięcia podaży mocy;

4) czas ablacji - nie został spełniony przez aparat do termoablacji oferowany przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. Z treści pisma z dnia 4 sierpnia 2014 r. wskazanego w pkt 2 wynika jednoznacznie, że impedancja odcięcia podaży mocy oraz czas odcięcia podaży mocy (tj. czas reakcji aparatu po osiągnięciu zaprogramowanej impedancji odcięcia podaży mocy) - nie są parametrami programowanymi: „w trybie tym są *automatycznie* uruchamiane cykle sterowania impedancją".

4. Wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. w treści załącznika numer 5 do SIWZ (parametry wymagane) oraz w treści pisma z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących załącznika numer 5 do SIWZ - posługuje się zwrotem: „zgodnie z odpowiedziami".

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający udzielił dwukrotnie odpowiedzi na pytania skierowane przez wykonawców:

w dniu 30 czerwca 2014 r. oraz 9 lipca 2014 r. Żadne z pytań wykonawców oraz odpowiedzi zamawiającego nie dotyczyło pkt 4 i pkt 12.1 załącznika numer 5 do SIWZ. Zamawiający nie dokonał żadnej modyfikacji treści pkt 4 i pkt 12.1 załącznika numer 5 do SIWZ.

5. Zgodnie z zastrzeżeniem zamawiającego wskazanym w pkt.III.4 SIWZ: *„niespełnienie chociażby jednego z parametrów granicznych określonych w załączniku nr 5 oraz wymagań bezwzględnych określonych w załączniku nr 6 do SIWZ spowoduje odrzucenie oferty".*

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że aparat do termoablacji oferowany przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o., nie spełnia parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego. Zamawiający był zatem zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż treść oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ, co zostało dodatkowo potwierdzone wyjaśnieniami złożonymi przez Covidien Polska Sp. z o.o. w dniu 4 sierpnia 2014 r.

E. W ocenie odwołującego, cała powyższa argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie, wniesionej w dniu 5 września 2104 r., zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 Pzp, uwzględnił odwołanie w części.

W uzasadnieniu przedstawił następujące stanowisko.

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę elektrod do termoablacji wraz z dzierżawą aparatu do termoablacji dla UCK, w trybie przetargu nieograniczonego.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta firmy EFmed Sp. z o. o. oraz oferta firmy Covidien Polska Sp. z o.o.

Wykonawca EFmed Sp. z o. o. w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. firmę Novel Medical S.A. Zamawiający w toku badania i oceny ofert, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał wykonawcę EFmed Sp. z o. o. do uzupełnienia oryginału zobowiązania podmiotu Novel Medical SA, który to miał wykazać, że udostępnia wykonawcy swoje zasoby dotyczące wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw elektrod do termoablacji.

Zgodnie z wezwaniem zamawiającego (pismo z dn. 04.08.2014, Ldz. 2787/2014) zobowiązanie miało zawierać informacje dotyczące:

a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia,
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca EFmed Sp. z o. o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dostarczył jedynie oryginał zobowiązania bez informacji, o których mowa powyżej.

W dniu 18.08.2014 r. zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w piśmie tym zamawiający wykluczył odwołującego

z postępowania, gdyż odwołujący na wezwanie uzupełnienia zamawiającego do dokumentów nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 27.08.2014 do zamawiającego wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę EFmed Sp. z o.o.
Zamawiający po przeanalizowaniu treści odwołania oraz zgodnie z art. 186 ust. 1 Pzp uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. oraz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. i przychylił się do żądania unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o.
Zamawiający poinformował, że podtrzymuje w mocy decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.
Wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o:
1) nieuwzględnianie zarzutów firmy EFmed dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także nieuwzględnienie zarzutów firmy EFmed dotyczących naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, w konsekwencji oddalenie odwołania firmy EFmed w całości;
2) obciążenie odwołującego EFmed kosztami postępowania według norm przepisanych.

Covidien wskazał, że przeczy w całości twierdzeniom zawartym w odwołaniu firmy EFmed i podniósł, iż zarówno zarzuty sformułowane przez odwołującego, jak i wnioski, są całkowicie niezasadne oraz, przede wszystkim wbrew obowiązującej na gruncie zamówień publicznych

regule rozkładu ciężaru dowodu, nie zostały w żaden sposób udowodnione przez odwołującego.
Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez firmę EFmed w odwołaniu, Covidien zwrócił uwagę, że czynności zamawiającego w najmniejszym nawet stopniu nie doprowadziły do naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Covidien sformułowania zawarte w SIWZ, w szczególności dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ofert określone zostały w sposób klarowny i jasny, niebudzący wątpliwości wykonawców i umożliwiający złożenie przez wykonawców oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający w oparciu o wiedzę i doświadczenie spełnił obowiązek, nałożony na niego na mocy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonał dokładnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku specjalistycznego sprzętu medycznego do przeprowadzania termoablacji.
Wskazał, że to na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia sprzętu najwyższej jakości, który zagwarantuje pozytywne efekty procesu leczenia, a przede wszystkim jest bezpieczny dla pacjenta. Zamawiający wie najlepiej, jakie rozwiązania techniczne sprawdzają się w codziennej pracy, przyjmując odpowiedzialność za zdrowie i życie pacjentów.
Wykonawca zauważył, że tego typu wysoce specjalistyczne postępowanie przetargowe ma na celu wybranie produktów najkorzystniejszych posiadających najbardziej odpowiednie specyfikacje. Skierowane jest zatem do konkretnej i wyselekcjonowanej grupy wykonawców. Zamawiający zatem musi mieć pewność, że wybrane zostaną w postępowaniu przetargowym produkty, które spełnią wszelkie uzasadnione dobrem pacjenta oczekiwania zamawiającego.
W świetle powyższego, wszystkie zarzuty podniesione przez odwołującego są nieuzasadnione, co szczegółowo Covidien wskazał w treści uzasadnienia.
I. Zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania.
Zamawiający w pkt V SIWZ opisał warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W pkt VI SIWZ zamawiający opisał wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W pkt V ust. 2 SIWZ zamawiający wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia oznacza: warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w

okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał co najmniej dwie dostawy elektrod do termoablacji o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł brutto.
W pkt VI ust. 7 SIWZ zamawiający wskazał, że:
Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia tub zdolnościach finansowych innych podmiotów, nie zależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy udowodnili, że spełniają ww. warunki. Z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z § 1 ust. 6 jednoznacznie wynika: Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:
1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2) dokumentów dotyczących w szczególności:
   a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
   b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
   c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
   d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Uprawnienie zamawiającego do żądania ww. dokumentów wynika wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, a tym samym zamawiający nie jest obowiązany każdorazowo przenosić powszechnie obowiązujące przepisy do treści SIWZ. To w gestii wykonawcy leży udowodnienie zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Wobec faktu, że odwołujący samodzielnie nie był wstanie spełnić warunku wskazanego w pkt V ust. 2 SIWZ, w ofercie, w wykazie dostaw wymienił dostawy wykonane dla greckich szpitali przez firmę Novel Medical S.A. z siedzibą w Grecji (dalej: Novel Medical).
Zamawiający pismem z dnia 4 sierpnia 2014 r. zwrócił się na mocy art. 26 ust. 3 Pzp do odwołującego o prawidłowe złożenie oryginalnego pisemnego zobowiązania firmy Novel Medical do oddania odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wskazujące w szczególności zakres dostępnych zasobów, sposób wykorzystywania zasobów przez odwołującego przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku jaki będzie łączył Novel Medical i odwołującego, a także zakres i okres udziału Novel Medical przy wykonywaniu zamówienia.
Powyższe dokumenty odwołujący obowiązany był doręczyć zamawiającemu do dnia 8 sierpnia 2014 r. do godziny 14:00, czego nie spełnił, a tym samym został w sposób uzasadniony wykluczony przez zamawiającego z postępowania. Zamawiający bowiem w piśmie z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sposób jednoznaczny wskazał odwołującemu, że w przypadku nie złożenia wymaganych dokumentów ww. terminie zostanie na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczony z postępowania.

Sposób, w jaki wykonawcy obowiązani są wykazać poleganie na zasobach innych podmiotów zależy od specyfiki zamówienia publicznego oraz rodzaju i warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału innych podmiotów. Jeżeli polega on na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, czemu odwołujący nie sprostał.
Utrwalone orzecznictwo KIO (wyroki - sygn. akt KIO 1333/10, KIO 1536/10, KIO 1588/10, 1596/10) stanowi, że możliwość powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego jest uzależniona od uczestnictwa w realizacji zamówienia takiego podmiotu, a więc co najmniej tego rodzaju zobowiązanie musi się znaleźć w ofercie, aby wykonawca mógł się odwoływać do dostaw wykonanych przez inne osoby niż on sam (Komentarz do art. 26 Pzp Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, LEX 2014, 162560). Dokumenty przedłożone przez odwołującego takich wymogów nie spełniały.
Wykonawca przywołał także wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r., KIO 2234/11 - dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do

dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu przez zamawiającego.
W przedmiotowym postępowaniu zamawiający musiał mieć pewność, że urządzenia oferowane przez wykonawców spełniają wszelkie wymogi sprzętu do przeprowadzenia termoablacji. Z całą pewnością odwołujący nie przedłożył dokumentów świadczących o spełnieniu takich wymogów.
Wykonawca wskazał, że z oświadczenia Novel Medical przedłożonego przez EFmed nie sposób było wysnuć wniosków, co do zakresu zobowiązania zarówno w kwestii przedmiotowej jak i przede wszystkim okresu czasu obowiązywania zobowiązania, a nawet co do tego czy oświadczenie miało w ogóle charakter zaciągnięcia zobowiązania wymagalnego.
W ocenie Covidien przedłożone oświadczenie nie spełnia cech zobowiązania, nie określa nawet świadczenia obu stron.
Zamawiający zatem zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych miał prawo zwrócić się do EFmed o przesłanie dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 4 sierpnia 2014 r.
Podkreślił, że po stronie EFmed leżało udowodnienie okoliczności z art. 26 ust. 2b Pzp, a zatem wykazanie w sposób niebudzący wątpliwości, że podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się EFmed, będzie nieodwołalnie przez okres potencjalnego zobowiązania samej firmy EFmed świadczył określone niezbędne usługi w zakresie potencjału, który przekazuje EFmed. Przedłożone przez firmę EFmed oświadczenie Novel Medical takich wymogów nie spełnia.
Z oświadczenia Novel Medical wynika, że EFmed może „użyć doświadczenia (...) w przetargu", nie jest zaś wskazany okres udziału Novel Medical przy wykonywaniu zamówienia. Nie jest także wiadomym, jakie dokładnie zasoby i potencjał Novel Medical miałby przekazać EFmed.
Jakkolwiek charakter stosunku prawnego łączącego wykonawcę i osoby trzecie może być dowolny, jednakże stosunek musi istnieć i to on ma stanowić dowód na zaciągniecie zobowiązania, jego zakres i okres trwania. Z całą pewnością oświadczenie Novel Medical takich cech nie spełnia.
Ponadto, także trudno uznać, aby przedłożone w języku polskim oświadczenie było w ogóle tłumaczeniem. Odnosi się bowiem do innej waluty, wskazuje inną kwotę, a także zawiera

przekreśloną datę. Nie jest także wiadomym, czy w ogóle pan S. K. był uprawniony do złożenia takiego oświadczenia w imieniu Novel Medical.
Podkreślił również, że pisemne zobowiązanie innych podmiotów, o którym mowa powyżej, ma charakter oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej. Tym samym zgodnie z art. 78 § 1 k.c., dokument zawierający oświadczenie woli powinien być opatrzony własnoręcznym

podpisem. W przypadku pisemnego zobowiązania innych podmiotów nie jest więc dopuszczalna kopia zobowiązania poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub inny podmiot, ponieważ w tym przypadku ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 2b, a nie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.
Odwołujący nie przedłożył zamawiającemu oryginalnego oświadczenia firmy Novel Medical, a jedynie opatrzoną przez wykonawcę pieczątką „za zgodność z oryginałem" kopię. Także mechanicznie odtworzony podpis, czy też jego kopia nie spełnia wymogów pisemnego oświadczenia.
Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w licznych wyrokach KIO.
KIO z dnia 20 września 2011 r., KIO 1913/11: Warunki wynikające z przepisu art. 26 ust. 2b p.z.p. obowiązują niezależnie od charakteru prawnego łączących wykonawcę z podmiotem stosunków, zatem zobowiązanie ma charakter oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., dokument zawierający oświadczenie woli winien zawierać własnoręczny podpis, nie jest więc dopuszczalna kopia dokumentu, gdyż w tym przypadku ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 2b p.z.p., a nie przepisy rozporządzenia 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). LEX nr 964371.

Wskazane stanowisko zostało utrwalone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (orzeczenia - sygn. akt KIO 1161/10, 447, 449, 452/11, KIO 510/11, K!0 735/11, 736/11, KIO 786/11, KIO 797/11).

W związku z powyższym, słusznie uznał zamawiający, że ani w ofercie EFmed ani w piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. nie ma załączonego dokumentu upoważniającego do powoływania się przez EFmed na wiedzę Novel Medical, a tym samym brak jest upoważnienia do korzystania z wykazu wykonanych przez ten podmiot dostaw, co implikuje wniosek, iż odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zatem był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty firmy EFmed jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Wobec powyższego zamawiający w żaden sposób nie naruszył przepisów Pzp, na które powołuje się odwołujący.
II. Zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty wykonawcy Covidien.
Odwołujący wskazał także, że oferta Covidien nie spełniała wymogów SIWZ w zakresie pkt 4 i pkt 12.1. załącznika nr 5 do SIWZ.
Zamawiający w załączniku nr 5 SIWZ wymienił szczegółowe parametry aparatu do termoablacji. Covidien pismem z dnia 17 czerwca 2014 r. zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem czy dopuści oferowany przez Covidien aparat o wskazanych parametrach. Złożone przez Covidien pytanie odnosiło się do wymaganych parametrów określonych w załączniku nr 5 do SIWZ w zakresie punktów 1 do 31 włącznie. Covidien szczegółowo opisał w piśmie parametry techniczne swojego aparatu.
Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2014 r. dopuścił aparat o parametrach technicznych i funkcjach wskazanych przez Covidien. Jednocześnie Covidien pismem z dnia 4 sierpnia 2014 r. udzielił zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień i potwierdził spełnienie przez aparat wymagań w punktach 1, 2, 4, 11, 12, 12.1, 15, 15.1, 17, 18, 20, 21, 25, 28, 29, 30, 31 podając parametry urządzenia zgodne z wcześniej już dopuszczonym przez zamawiającego pismem z dnia 30 czerwca 2014 r.
Wobec powyższego zupełnie nieuzasadnione są zarzuty odwołującego jakoby aparat oferowany przez Covidien nie spełnił wymogów wskazanych przez zamawiającego.
Ponadto, bezzasadne są zarzuty odwołującego jakoby aparat oferowany przez firmę Covidien nie spełniał wymogów wskazanych w pkt 12 załącznika nr 5 do SIWZ.
W pkt 12.1 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający wskazał na parametry techniczne urządzenia dotyczące możliwości programowania algorytmu pracy aparatu tj.
1) moc wyjściowa;
2) impedancja odcięcia podaży mocy;
3) czas odcięcia podaży mocy;
4) czas ablacji.

Są to terminy typowe dla aparatu firmy EFmed. Tym samym Covidien celem spełnienia wymogów technicznych aparatu pismem z dnia 17 czerwca 2014 r. zwrócił się do zmawiającego z zapytaniem czy dopuści urządzenie o wymienionych w piśmie parametrach, na co zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2014 r. wyraził zgodę. Urządzenie oferowane przez Covidien nie wykorzystuje algorytmów do pracy a dostosowuje impedancje (inaczej oporność) automatycznie w zależności od parametrów tkanki, która jest poddawana ablacji.

17

Tkanka może być różna u każdego człowieka i zależna jest od wieku pacjenta, chorób współistniejących, rodzaju zmian tkanki spowodowanej chorobami lub też wcześniej wykonywanym już leczeniem (radioterapie, chemie etc). W efekcie efektywność i skuteczność ablacji jest większa niż w rozwiązaniach, które opierają się jedynie na algorytmach.
Odwołujący zarzucił, że parametr impedancji jest programowany/ustawiany automatycznie w urządzeniu oferowanym przez firmę Covidien. Zamawiający zaś w punkcie 12.1 załącznika nr 5 do SIWZ określił możliwość programowania pracy aparatu w czterech parametrach nie podając czy programowanie ma odbywać się ręcznie czy automatycznie. Zarzut firmy EFmed jakoby sprzęt oferowany przez Covidien nie spełniał wymogów wskazanych w SIWZ jest zupełnie bezzasadny. Zwłaszcza, że zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2014 r. dopuścił sprzęt o parametrach wskazanych przez Covidien.
W świetle powyższego, wykonawca jeszcze raz podkreślił, że zamawiający przygotował procedurę przetargową starannie i zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kierował się przy tym interesem publicznym, co w przypadku szpitala oznacza zapewnienie sprzętu spełniającego oczekiwania specjalistów w oparciu o ich wieloletnie doświadczenie oraz z chęci zapewnienia bezpieczeństwa pacjentom.
W tym stanie rzeczy niewątpliwym pozostaje, że zarzuty odwołującego są zupełnie nieuzasadnione, co potwierdza także stanowisko KIO zawarte w wyrokach: z 13.08.2008 r., sygn. KIO/UZP 782/08; z 21.07.2008 r., sygn. KIO/UZP 682/08.
Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca uznał, że zamawiający sformułował postanowienia SIWZ w sposób rzetelny, klarowny i niebudzący wątpliwości, a przede wszystkim wobec niedostarczenia przez odwołującego wymaganych zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów, słusznie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu.
Mając na uwadze przytoczoną wyżej argumentację, firma Covidien wniosła i wywiodła jak w *petitum* pisma.
Zamawiający złożył na rozprawie następną odpowiedź na odwołanie (z dnia 8 września 2014 r.) - dotyczącą zarzutu niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty - podtrzymując zasadność swoich czynności oraz wniósł o oddalenie odwołania w tej części.

18

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.
Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia - forma i termin zgłoszenia, wykazanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego - strony, do której wykonawca przystąpił oraz przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania i przy braku opozycji przeciw przystąpieniu, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (art. 185 ust. 2 i 3 Pzp), zwanym też w uzasadnieniu w skrócie „przystępującym”.
W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania w części - uwzględnienie zarzutów dotyczących oferty przystępującego (odpowiedź na odwołanie z dnia 5 września 2014 r. - przedstawiona w wyżej prezentowanym stanowisku zmawiającego), przystępujący zgłosił sprzeciw wobec stanowiska zamawiającego w tym zakresie.
Mając na uwadze, że uwzględnienie odwołania przez zamawiającego i sprzeciw wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wywierają określone skutki prawne (w tym w szczególności w zakresie obciążenia kosztami

postępowania odwoławczego) wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (stosowne przepisy art. 186 ust. 2 i następne Pzp), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (brak przesłanek do odrzucenia odwołania) oraz orzekła stosownie do ustalonego stanu rzeczy w toku postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła.

I. Zarzuty dotyczące oferty przystępującego.
Zamawiający zamieścił w SIWZ następujący opis.
„III. Opis przedmiotu zamówienia.
1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa elektrod do termoablacji wraz z dzierżawą aparatu do termoablacji dla UCK.
2. Elektrody do termoablacji muszą spełniać wymagania określone w załączniku nr 6 do SIWZ.
3. Aparat do termoablacji musi spełniać wymagania określone w załączniku nr 5 do SIWZ.
4. Niespełnienie chociażby jednego z parametrów granicznych określonych w załączniku nr 5 oraz wymagań bezwzględnych określonych w załączniku nr 6 do SIWZ spowoduje odrzucenie oferty.
5. Dzierżawa aparatu do termoablacji obejmuje:
1) Dokonanie instalacji dzierżawionego sprzętu u Zamawiającego,

2) Przeprowadzenie szkolenia obsługi w zakresie racjonalnej eksploatacji dostarczonego sprzętu,
3) Dostarczenie Zamawiającemu instrukcji obsługi w języku polskim oraz innych dokumentów określonych w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ.
6. Wykonawca zapewni części zamienne oraz serwis dzierżawionego sprzętu przez okres dzierżawy liczony od daty protokolarnego odbioru sprzętu przez Zamawiającego.
7. Wykonawca na dostarczony aparat do termoablacji udzieli gwarancji zgodnej z tą, jaka została określona w tabelach parametrów technicznych stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ liczonej od daty protokolarnego odbioru sprzętu przez Zamawiającego. Udzielona gwarancja będzie obejmowała cały dostarczony i zainstalowany generator ablacji przez Wykonawcę."

W załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy - 31 pozycji) zamawiający opisał wymagane parametry aparatu do termoablacji jako warunek graniczny, wskazując w pkt 4 i 12.1 (zaskarżony zakres w odwołaniu): *„4. Możliwość przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc, tarczycy i kości oraz termoablacji mięśniaków i* żylaków."; *„12. Możliwość programowania algorytmu pracy aparatu. 1. Programowane parametry: 1) moc wyjściowa; 2) impedancja odcięcia podaży mocy; 3) czas odcięcia podaży mocy; 4) czas ablacji."*
Przystępujący skierował do zamawiającego zapytanie dotyczące treści m.in. załącznika nr 5 (pismo z dnia 17 czerwca 2014 r.): *„W trosce o jak najwyższy poziom* świadczonych *usług zwracamy się do Państwa z poniższymi zapytaniami do przedmiotowego postępowania: 1. Dotyczy załącznika nr 5 do SIWZ - aparat do termoablacji - parametry wymagane. Czy Zamawiający dopuści aparat o niżej oferowanych parametrach: Parametry techniczne: E Series Cool-tip™ RF",* wskazując grupy parametrów jako oferowane: monitor impedancji (zakres, rozdzielczość, dokładność); moc wyjściowa (czasy, watów, częstotliwość); monitor temperatury (TC) - przy wierzchołku elektrody i przy wierzchołku zdalnego czujnika temperatury: zakres, rozdzielczość, dokładność); szeregowe porty wyjściowe RS-232C (szeregowe wyjście danych: format arkusza kalkulacyjnego, wymiana VL); prędkość przepływu pompy (zakres wielkości przepływu: minimum 40ml/min., minimum 87ml/min.).
Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie (pismo z dnia 30 czerwca 2014 r., pytanie 1) powtórzył opis parametrów przedstawiony w piśmie przystępującego oraz przedstawił swoje stanowisko: *„Zamawiający dopuszcza powyższe, pozostałe parametry opisane w SIWZ pozostają bez zmian".*
Przystępujący zaoferował w ofercie w załączniku nr 5 w pkt 4 parametry (oświadczając *„TAK / zgodnie z odpowiedziami"),* z pominięciem możliwości przeprowadzania zabiegów

termoablacji guzów nowotworowych tarczycy oraz termoablacji mięśniaków i żylaków; w pkt

12.1 zamieścił oświadczenie *„TAK / zgodnie z odpowiedziami”.*
Zamawiający wezwał przystępującego (pismo z dnia 01.08.2014 r.) na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących oferty:
„Zamawiający wymagał w załączniku nr 5 do SIWZ - zmiana, podania w tabeli dotyczącej przedmiotu zamówienia, tj. aparatu do termoablacji, parametrów oferowanych wraz z opisem i komentarzem Wykonawcy.
Wykonawca w złożonej ofercie w załączniku nr 5 do SIWZ - zmiana, zamiast dokonania opisu i komentarza oferowanego parametru w punktach 1, 2, 4, 11, 12, 12.1, 15, 15.1, 17, 18, 20, 21, 25, 28, 29, 30, 31 wpisał stwierdzenie „Tak, zgodnie z odpowiedziami”. W opinii Zamawiającego takie stwierdzenie jest niewystarczające, aby potwierdzić spełnienie wymagań określonych w załączniku nr 5 do SIWZ - zmiana.
Zamawiający wzywa Wykonawcę do jednoznacznego potwierdzenia spełniania wymagań ww. punktów załącznika nr 5 do SIWZ - zmiana.”
Przystępujący udzielił wyjaśnień (pismo z dnia 04.08.2014 r.):
„W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 01.08.2014 roku uprzejmie informujemy, iż potwierdzamy spełnienie wymagań w następujących pkt załącznika nr 5 do SIWZ- zmiana:
(…) Pkt 4. Zgodnie z odpowiedziami. Możliwość przeprowadzenia zabiegów termoablacji guzów nowotworowych wątroby, nerek, płuc i kości.
(…) Pkt 12. Zgodnie z odpowiedziami. Możliwość programowania algorytmu pracy aparatu. Pkt 12.1. Programowane parametry: 1) moc wyjściowa; 2) impedancja odcięcia podaży mocy; 3) czas odcięcia podaży mocy; 4) czas ablacji.
Początkowo system dostarcza bez przerwy prąd RF o mocy nominalnej (<2 watów) w celu ustalenia, czy został utworzony obwód. Prąd wyjściowy RF może być następnie modyfikowany w zależności od celów klinicznych. W odróżnieniu od trybu ręcznej ablacji, w trybie tym są automatycznie uruchamiane cykle sterowania impedancja przy mechanizmu zwrotnego impedancji. Ten tryb wymaga stosowania wykorzystaniu chłodzenia.”

Zamawiający, po uprzednim wykluczeniu z postępowania odwołującego i odrzuceniu jego oferty, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego (pismo z dnia 18.08.2014 r.), wskazując (część pisma): „W *wyniku przeprowadzonego postępowania wybrano ofertę firmy: Covidien Polska Sp. z o.o., cena oferty brutto: 846 252,00 zł. Oferta najkorzystniejsza według kryteriów określonych w SIWZ (cena 80%, jakość 20%).”*

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej w dniu 5 września 2014 r. zamawiający oświadczył, że *„Zamawiający po przeanalizowaniu treści odwołania oraz zgodnie z art. 186 ust. 1 uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. i przychyla się do* żądania *unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o.”*

II. Zarzuty dotyczące odwołującego i jego oferty.
Zamawiający opisał w SIWZ następujące wymagania.
„V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.
1. W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, tj. dotyczące:
(…) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej dwie dostawy elektrod do termoablacji o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł brutto.”*

W części *„VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”,* wskazał:
„1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, do oferty należy załączyć:

a. Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - wg. wzoru na załączniku nr 2 do SIWZ;

b. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w zakresie wskazanym w pkt V ppkt 1.2) powyżej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie - według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ.* (…)

5. Dowodami, o których mowa w pkt. VI.l.b. są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

2) w przypadku zamówień na dostawy - oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1) powyżej.

7. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia."

Odwołujący nie przedłożył wykazu dostaw wykonanych we własnym zakresie. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia skorzystał w całości z zasobu innego podmiotu, przedkładając wymagany wykaz wykonanych dostaw z dokumentami dotyczącymi ich wykonania (zakres niekwestionowany w odwołaniu).

Załączył do oferty kopię oświadczenia firmy Novel Medical S.A. z siedzibą w Grecji z dnia 09.07.2014 r. (w tekście tłumaczonym na język polski data dokumentu 02.08.2013 została skreślona i nad tą datą została wpisana odręcznie data 08.07.2014), o następującej treści:

„Oświadczenie.

Niniejszym deklaruję jako osoba reprezentująca firmę, że:

EFmed Sp. z o.o. located in: 80-557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 100

Może użyć naszego doświadczenia w zakresie dwóch dostaw w okresie ostatnich trzech lat na Elektrody do termoablacji, każda na kwotę nie mniejszą niż 200000 PLN brutto (zobacz załącznik), w przetargu dal Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk na "Dostawę elektrod do termo ablacji wraz z dzierżawą aparatu do termo ablacji dla UCK (92/PN/2014) jak wcześniej gwarantowaliśmy. Przewidujemy, że *nasza współpraca będzie przyjmowała rożne formy zależnie od potrzeby kontraktu, w szczególności w formie doradztwa."*

Pismem z dnia 04.08.2014 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, „(…) *wzywa Wykonawcę do uzupełnienia złożonej oferty poprzez:*

a) prawidłowe złożenie oryginalnego pisemnego zobowiązania firmy Novel Medical S.A. z siedzibą w 28 Ethnikis Antistaseos Str. GR 15235, Vrilissia, Grecja, do oddania Państwu do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wskazujące w szczególności:

1. Zakres dostępnych zasobów innego podmiotu,

2. Sposób wykorzystania w/w zasobów, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

3. Charakter stosunku, jaki będzie łączył inny podmiot z Wykonawcą,

4. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

Powyższe dokumenty należy przesłać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 08.08.2014 r. do godz.: 14.00.
Zamawiający informuje, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.
W przypadku nie złożenia wymaganych w wezwaniu dokumentów Wykonawca zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm).”

Odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 05.08.2014 r.), następująco:
„W odpowiedzi na Państwa pismo numer 2787/2014 dnia 04.08.2034 roku dokonujemy uzupełnienia naszej oferty złożonej w w/w przetargu, w postaci oryginalnego zobowiązania firmy Novel Medical S.A. z siedzibą w 28 Ethnikis Antistaseoa Str. GR 15235, Vrilissia, Grecja, do oddania nam do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Potwierdzamy tym samym spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, postawionego przez ofertę zamierzamy polegać na wiedzy Zamawiającego. Składając przetargową i doświadczeniu innych podmiotów, w tym przypadku firmy Novel Medical S.A.
Ze złożonego przez nas dokumentu, który zgodnie z ustawą Pzp spełnia warunki art. 26 pkt 2b jasno wynika, że:
1. Firma Novel Medical jest dystrybutorem Sprzętu tożsamego z zaoferowanym przez EFmed w w/w przetargu funkcjonującym dłużej na rynku UE w zakresie terrnoablacji.
2. Współpraca Novel Medical i EFmed ma się opierać na doradztwie w zakresie dostarczanych przez nas produktów do ablacji, w celu potwierdzenia powyższego posłużyliśmy się oświadczeniem złożonym przez firmę Novel Medical SA (dołączonym do oferty).
3. Z zapisów ustawy wynika, że *stosunek łączący wykonawcę z podmiotami, których potencjałem posługuje się w trakcie postępowania, jest i całkowicie obojętny z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.*
Każda forma udostępnienia jest dopuszczalna, z tym że *Pzp wymienia wprost, pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego, co dopełniliśmy dołączając pisemne*

---

oświadczenie. W ramach realizacji tej umowy możemy zatem bez przeszkód korzystania z wiedzy i doświadczenia firmy Novel Medical przez cały okres realizacji kontraktu.
4. Z dołączonego oświadczenia jasno wynika deklaracja firmy Novel (wymagana przepisami prawa), że *udostępnia ona zasobów w wymiarze wiedzy i doświadczenia w ramach przetargu i realizacji zamówienia na „Dostawę elektrod wraz dzierżawą aparatu do termo ablacji dla UCK” w formie doradztwa oraz konsultacji. Potwierdzamy to dołączając oświadczenie firmy Novel Medical S.A.*
EFmed pragnie nadmienić, iż zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia Novel Medical S.A. będą wykorzystywane przez wykonawcę, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia.
Ponadto na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dołączyliśmy wykaz dostaw stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, zawierający dwie dostawy na kwotę 50 tys. EUR co stanowi 211245,00 PLN, a tym samym spełni warunek postawiony przez Zamawiającego - przedstawienie co najmniej dwóch dostaw na kwotę co najmniej 200000 zł brutto każda.
Do niniejszego pisma, zgodnie z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego, dołączamy oryginały dokumentów otrzymanych od firmy Novel Medical S.A. a dotyczących w/w postępowania przetargowego.
Załączniki:
1. Oświadczenie firmy Novel Medical S.A.
2. Referencje: Uniwersytecki Szpital w Rio Partas
3. Referencje: Główny Szpital Uniwersytecki Laiko w Atenach”.

Odwołujący załączył nadal oświadczenie innego podmiotu w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp złożone przez tę samą firmę, takiej samej treści, jak złożone wraz z ofertą (również z poprawioną datą w dokumencie przetłumaczonym na język polski), różnica polegała na złożeniu oświadczenia oryginalnego.

Pismem z dnia 18.08.2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, następująco:
„2. Z postępowania wykluczono następujących wykonawców: EF Med Sp. z o.o., Al. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk.
Uzasadnienie prawne wykluczenia: Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).
Uzasadnienie faktyczne wykluczenia: Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę elektrod do termoablacji wraz z dzierżawą aparatu do termoablacji.

25

Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał co najmniej dwie dostawy elektrod do termoablacji o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł brutto.
Wykonawca EF Med Sp. z o.o., korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia załączył do oferty wykaz dwóch dostaw produktów do termoablacji, zrealizowanych przez firmę Novel Medical S.A. a także przedłożył kopie oświadczenia ww. firmy do użycia ich doświadczenia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Zamawiający, po analizie treści przedmiotowego zobowiązania, wezwał Wykonawcę EF Med Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismem z dnia 04.08.2014 roku, L.dz. 2787/2014) do uzupełnienia dokumentów o prawidłowe złożenie oryginalnego pisemnego zobowiązania firmy Novel Medical S.A., do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wskazujące w szczególności:
1) Zakres dostępnych zasobów innego podmiotu,
2) Sposób wykorzystania w/w zasobów, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
3) Charakter stosunku, jaki będzie łączył inny podmiot z Wykonawcą,
4) Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca EF Med Sp. z o.o. przedłożył jedynie oryginał oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Uzupełnione oświadczenie nie zawierało informacji, o których mowa powyżej.
W związku z powyższym zasadnym jest zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 jako podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy EF Med Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
3. W postępowaniu odrzucono oferty następujących Wykonawców: EF Med Sp. z o.o., Al. Marynarki Polskiej 100, 80-557 Gdańsk.
Uzasadnienie prawne odrzucenia:
Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.)
Uzasadnienie faktyczne odrzucenia:
Wykonawca został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).”

26

Izba zważyła.
Odwołujący spełnia przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia (złożył ofertę z ceną niższą od ceny oferty wybranej) oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.
Ad I. Zarzuty dotyczące oferty przystępującego.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Z przepisu wynika - odniesienie treści oferty do treści SIWZ, a nie formy tych dokumentów - że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązująca zamawiającego do odrzucenia oferty, musi mieć charakter nieusuwalny w trybie jej wyjaśnienia (uprawnienie z art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem prowadzenia między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści), czy poprawienia jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, do czego zobowiązuje zamawiającego wskazany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
Jest to więc sfera niezgodności zasadniczej - treści wymagania zamawiającego przedstawionego w SIWZ oraz treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie. Niezgodność w rozumieniu wskazanego przepisu sprowadza się do niezgodności sporządzenia i przedstawienia oferty w stosunku do wymagań przedstawionych w SIWZ, czy to w pierwotnym jej brzmieniu, czy w wyniku wyjaśnień, czy też dokonanych zmian treści SIWZ (art. 38 ust. 1-2 i 4 Pzp).
Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, polega więc na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie przedstawia wykonawca i oferuje jego wykonanie w sposób opisany w ofercie, z zakresem i sposobem wykonania zobowiązania, którego oczekuje zamawiający, wynikającym z ostatecznych postanowień SIWZ.

Przystępujący zaoferował w ofercie - w załączniku nr 5 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) w zakwestionowanych punktach 4 i 12.1 parametry niezgodne z opisanymi w SIWZ. Fakt ten został w istocie przyznany przez przystępującego. Różnica stanowisk polegała na odmiennym rozumieniu możliwości przedstawienia parametrów innych niż wymagane przez zamawiającego.
Przystępujący uznał i pogląd ten podtrzymał również na rozprawie, że skoro zamawiający zaakceptował parametry wskazane w zapytaniu z dnia 17 czerwca 2014 r. (pytanie 1), to

---

również pozostałe parametry przedstawione w odmienny sposób, mimo ich nie wykazania w zestawie parametrów, których dotyczyło zapytanie, mogą być zmienione, gdyż jak wyjaśnił na rozprawie (…) *„parametry opisane w piśmie przystępującego odmienne od wymaganych przez zamawiającego, a dozwolone do ich zastosowania w postępowaniu (akceptacja zamawiającego w piśmie z 30 czerwca 2014 r.), mają wpływ m.in. na dwa punkty objęte odwołaniem - 4 i 12.1."*
Przystępujący też przyznał na rozprawie, że (…) *„w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2014 r.* (na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp) *nie potwierdził w punkcie 4 możliwości przeprowadzenia zabiegu termoablacji guzów nowotworowych tarczycy, mięśniaków i* żylaków", *„urządzenie zaoferowane przez przystępującego,* gdyż *a dopuszczone w postępowaniu przez zamawiającego, nie posiada potwierdzenia,* że *może dokonywać wymaganych przez zamawiającego ablacji tarczycy, mięśniaków i* żylaków."
Argument, że *„w rzeczywistości zamawiający przeprowadza ablacje tylko w zakresie wątroby i nerek",* nie może stanowić okoliczności korzystnej dla oceny zobowiązania przystępującego. Jak również, że *„Termoablacja jest najczęściej stosowana, jeśli chodzi o rynek, w zakresie nerek i wątroby."*
Przedmiotem oceny zarzutu jest zgodność treści oferty z treścią SIWZ, a nie ewentualne niezgodności, nawet w ocenie przystępującego, korzystniejsze dla zamawiającego.

Z postępowania dowodowego wynika, że na podstawie udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, nie istniała możliwość zaoferowania innych parametrów w pozostałym zakresie niż wymienione w odpowiedzi na pytanie 1.
Zamawiający w odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2014 r. jednoznacznie określił, że zmiana parametrów dotyczy wyłącznie tych, które zostały wskazane w zapytaniu, natomiast pozostałe parametry opisane w SIWZ pozostają bez zmian.
W konsekwencji w pkt 4 załącznika nr 5, przystępujący nie zaoferował możliwości przeprowadzania zabiegów termoablacji guzów nowotworowych tarczycy, mięśniaków i żylaków.

W pkt 12.1 załącznika nr 5 przystępujący potwierdził, że oferowane parametry odpowiadają wymaganiom zamawiającego, powołując się na udzielone odpowiedzi, w sytuacji, gdy

potwierdzenie takie nie wynika z odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2014 r., jak też z dnia 9 lipca 2014 r. dotyczącej kompatybilności urządzeń.

Brak jest podstaw, by uznać, że dopuszczenie parametrów objętych pytaniem nr 1, oznacza jednoczesne dopuszczenie do zastosowania parametrów z automatyczną funkcją potwierdzoną w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 4 sierpnia 2014 r.

Przystępujący przyznał w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, że (…) *„urządzenie oferowane przez Covidien nie wykorzystuje algorytmów do pracy a dostosowuje impedancje (inaczej oporność) automatycznie w zależności od parametrów tkanki, która jest poddawana ablacji."*
Argumentacja, że zamawiający w punkcie 12.1 załącznika nr 5 do SIWZ, określając możliwość programowania pracy aparatu w czterech parametrach, nie podał czy programowanie ma odbywać się ręcznie czy automatycznie, nie może stanowić podstawy uznania zgodności oferowanego parametru z wymaganiami SIWZ, skoro przystępujący potwierdził, że taką zgodność wywiódł pośrednio z dopuszczenia parametrów wskazanych w odpowiedzi na pytanie 1 (pismo zamawiającego z dnia 30 czerwca 2104 r.), gdy z tego pisma wynika zastrzeżenie zamawiającego, że odstępstwo nie dotyczy innych parametrów niż wymienione w tym pytaniu.
Na podstawie powyższego, Izba uznała za udowodnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, czego konsekwencją jest naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Ad II. Zarzuty dotyczące odwołującego i jego oferty.
Przepisy mające zastosowanie do oceny zarzutu, stanowią:
- art. 22 ust. 1 Pzp - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (…) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- art. 24 ust. 2 - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 24 ust. 4 - ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;
- art. 25 ust. 1 - w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:
1) warunków udziału w postępowaniu - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert;
- art. 26 ust. 2b - wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności

---

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
- § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:
2) dokumentów dotyczących w szczególności:
   a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
   b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia;
- art. 26 ust. 3 - zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert;
- art. 26 ust. 4 - zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Izba wskazuje, że podstawą wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczących wiedzy i doświadczenia) jest własny zasób wykonawcy (wykonawców), natomiast poleganie na zasobach innych podmiotów jest wyjątkiem od zasady posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawców. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wskazania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia

lub zaproszeniu do składania ofert. Wykaz oświadczeń i dokumentów został przedstawiony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.

W przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, wykonawca zobowiązany jest z mocy ustawy (przepisu art. 26 ust. 2b Pzp) udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia wynikający z art. 26 ust. 2b Pzp, a więc potwierdzenia dowodami, udostępnienia zasobów przez inny podmiot, pozostaje w gestii wykonawcy ze względu na otwarty katalog środków dowodzenia. Wykonawca ma wybór co do możliwości posłużenia się dowodami, przy pomocy których udowodni zamawiającemu spełnienie przesłanek wynikających z przepisu.
Natomiast decyzyjność (ocena), co do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami, należy do zamawiającego.
W zakresie oceny udostępnienia zasobów przez inne podmioty, szczególną uwagę zwraca się na udowodnienie realności udostępniania zasobów, co wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz dysponowaniem przez wykonawcę określonymi zasobami tego podmiotu w czasie realizacji zamówienia. Zatem, wymagane na mocy art. 26 ust. 2b Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez inny podmiot, służy wykazaniu realności udostępnienia zasobów, tj. udowodnieniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia realności udostępnienia zasobów wiąże się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc wyłonieniem wiarygodnego wykonawcy, któremu zamawiający powierzy wykonanie zamówienia.

Przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (przywoływany w postępowaniu), wskazuje kierunki dowodzenia wykonawcy. Zatem, wykonawca może i powinien wykazywać: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia (wyrok Izby z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt KIO 2030/13).

31

Zasadnie zamawiający zakwestionował oświadczenie załączone do oferty odwołującego, nie tylko ze względu na brak pisemnej formy (kopia), lecz także ze względu na zakres, z którego nie wynika zobowiązanie w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Wezwania - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do prawidłowego złożenia oryginalnego pisemnego zobowiązania firmy (…) do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wskazującego w szczególności:
1. Zakres dostępnych zasobów innego podmiotu,
2. Sposób wykorzystania ww. zasobów, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
3. Charakter stosunku, jaki będzie łączył inny podmiot z Wykonawcą,
4. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia
- nie można uznać za niewłaściwe. Zamawiający nie wymagał od odwołującego odrębnego dokumentu czy oświadczenia, żądał złożenia przez odwołującego zobowiązania innego podmiotu, zawierającego elementy stanowiące o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przez okres korzystania z nich przy wykonania zamówienia - elementy zobowiązania wynikające ze wskazanego przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Fakt przywołania w wezwaniu przepisu § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jest uchybieniem, które jednak nie stanowi podstawy uznania czynności wezwania za naruszającą przepisy wskazane w odwołaniu. Zakres informacji przedstawiony w tym przepisie wynika z treści art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący nie zastosował się do wezwania zamawiającego, co do jego merytorycznej treści, składając wyjaśnienia (pismo z dnia 5 sierpnia 2014 r.), kwestionujące stanowisko zamawiającego w przedmiocie właściwej treści zobowiązania. Wyjaśnienia w rozumieniu art. 26 ust. 4 Pzp, dotyczące zobowiązania innego podmiotu, może złożyć - co do zasady - podmiot, który złożył zobowiązanie (wyrok Izby z dnia 25 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1434/14); - w rozpoznawanej sprawie złożono oświadczenie.
Nie znajduje uzasadnienia wniosek przedstawiony w odwołaniu - ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania podmiotu Novel Medical S.A.

Izba wskazuje, że w przywołanym już wyroku sygn. akt KIO 2030/13 została przedstawiona ocena oświadczenia, a więc dokumentu innego niż zobowiązanie: *„oświadczenia [opisane w ustaleniach Izby], nie są zobowiązaniami w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i nie nadają się do egzekwowania”,* z tego powodu nie mogą być uznane za zobowiązania.

32

Z oświadczenia innego podmiotu złożonego przez odwołującego wynika, że współpraca będzie obejmowała różne formy, zależnie od potrzeby kontraktu. Z wyjaśnień odwołującego z 05.08.2014 r. wynika, że zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia Novel Medical S.A. będą wykorzystywane przez odwołującego, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. A więc realne korzystanie z zasobów zostało uzależnione od ewentualnej konieczności w toku wykonania zamówienia. Brak takiej konieczności powoduje przedstawioną w oświadczeniu deklarację wyłącznie teoretyczną (dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu).

W przedstawionych okolicznościach sprawy, Izba uznała za nieudowodnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie z postępowania odwołującego, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w związku z poleganiem na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

W przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie wskazanego przepisu, ofertę tego wykonawcy uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). Odrzucenie oferty

odwołującego w tej sytuacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, stosowane w postępowaniach dwuetapowych), wobec identycznego skutku, co do dalszego bytu oferty w postępowaniu (uznanie oferty za odrzuconą lub odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, to czynności następcze będące skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania), nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu, gdyż nie wpływa na status odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec uznania za uzasadnione zarzuty dotyczące oferty przystępującego, wybranej w postępowaniu jako najkorzystniejszej, Izba uwzględniła odwołanie (brak podstaw prawnych do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania) oraz obciążyła zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

33

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, 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), zasądzając na rzecz odwołującego uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem kwoty wynagrodzenia zgodnie z przepisami § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia.

Przewodniczący: ……...

34