Sygn. akt: KIO 2031/11

WYROK
z dnia 30 września 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 roku przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Siemens do złożenia wyjaśnień w zakresie punktów 3.2. i 3.4 tabeli i uwzględnienie innych okoliczności wynikających z uzasadnienia niniejszego orzeczenia;**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika w Łodzi** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Mikołaja Kopernika w Łodzi** na rzecz Odwołującego się wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600,00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2031/11

Uzasadnienie

W dniu **19 września 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi.**

Odwołanie wniesiono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Siemens) mimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu (dalej: SIWZ);

1.2. zaniechaniu wykluczenia Siemens z postępowania mimo złożenia przez tegoż

wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co również powinno skutkować odrzuceniem oferty Siemens;

1.3. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Siemens.

wskazane powyżej działania i zaniechania Zamawiający naruszył Poprzez w szczególności art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz arl. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto poprzez dokonanie wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej Zamawiający naruszył art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także inne przepisy prawa wskazane w uzasadnieniu.

Odwołujący wskazuje ponadto, że w przypadku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z Siemens Zamawiający naruszy art. 7 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. dokonania ponownego badania i oceny oferty Siemens, w tym wykluczenia Siemens z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Ponadto w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy z Siemens przed upływem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wnosi o unieważnienie umowy.

Informację o wyborze oferty Siemens jako oferty najkorzystniejszej Zamawiający przesłał do Odwołującego faksem w dniu 8 września 2011 r. Termin do wniesienia odwołania upłynął zatem w dniu 19 września 2011 r. (art. 115 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca nie podlegający wykluczeniu z postępowania i posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wskutek niezgodnych z prawem działań i zaniechań Zamawiającego, skutkujących wyborem oferty Siemens, Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ocenionych ofert, utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a jego interes doznał uszczerbku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wybór oferty Siemens został dokonany z naruszeniem prawa, gdyż oferta tegoż wykonawcy podlega odrzuceniu jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego, Siemens z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, podlega wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Co do niezgodności treści oferty Siemens z treścią SIWZ Odwołujący przywołał następujące okoliczności faktyczne i prawne:

• Pkt 3.2 i pkt 3.4 na s. 64 oferty Siemens (dot. Załącznika nr 3 - część B)

W pkt 3.2 Załącznika nr 3 (część B) do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania określonego parametru o wartości co najmniej 120 T/m/s. Parametrem tym była maksymalna wartość tzw. Slew Rate pola, możliwa do uzyskania dla każdej z osi xyz przy równoczesnej pracy gradientów w trzech osiach.

Siemens zaoferował w swojej ofercie system o parametrach tysiąckrotnie niższych niż wskazany powyżej wymóg Zamawiającego - zaoferował bowiem 125 mT/m/s (czyli 0,125 T/m/s). Jednoznaczny wpis w tym zakresie zawarty jest w pkt 3.2 na s. 64 oferty Siemens. Oznacza to, że treść oferty SIWZ nie spełnia wymogu Zamawiającego określonego w SIWZ, a oferta tym samym, już choćby na tej podstawie, podlega odrzuceniu.

Podkreślenia wymaga, że zawarcie przez Siemens w dokumencie specyfikującym przedmiot jego oferty parametrów o wartościach odbiegających od „sztywno" określonego wymogu Zamawiającego, nie może być traktowane w kategoriach „oczywistej omyłki pisarskiej". Wskazać przy tym należy, że wartość 125 mT/m/s pojawia się też w innym

miejscu na tej samej stronie oferty Siemens przy maksymalnej wartości Slew Rate gradientu, tj. w pkt 3.4, co świadczy o nieprzypadkowości podania tej wartości.

W doktrynie przyjmuje się, że w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona.

W tym przypadku wskazany parametr jest nie tylko niewątpliwie elementem oświadczenia woli, jako element specyfikujący przedmiot oferty firmy Siemens, ale również nie jest oczywiste, jak należałoby poprawić ten parametr. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że równie niedopuszczalne jest przyjmowanie - na potrzeby oceny i porównania ofert - parametru sprzętu innego niż parametr zaoferowany przez wykonawcę.

• Pkt 3.2 i pkt 3.4 na s. 40 oferty Siemens (dot. Załącznika nr 3 - część A)

Oferta Siemens nie spełnia również wymogów w odniesieniu do maksymalnej wartości Slew Rate gradientu pola dla każdej osi XYZ.

W pkt 3.2 Załącznika nr 3 (część A) do SIWZ Zamawiający również wymagał zaoferowania tego parametru o wartości co najmniej 120 T/m/s. Parametr Slew Rate określa szybkość narastania gradientów. „Szybkość" definiuje się jako pojęcie charakteryzujące zmiany pewnej wielkości, zachodzące w czasie. W przypadku szybkości narastania gradientów podaje się zmianę natężenia pola magnetycznego na długości jednego metra w jednostce czasu, czyli np. w T/m/s bądź mT/m/ms bądź mT/m/h bądź T/m/s.

Siemens zaoferował w pkt 3.2 i pkt 3.4 na s. 40 wartość 125 mT/m. Tak określony parametr - bez wskazania jednostki czasu - nie spełnia wymogu SIWZ. Nie jest przy tym możliwe poprawienie tego parametru bez ingerencji w merytoryczną treść oferty. W konsekwencji już sama to okoliczność stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i powinna skutkować odrzuceniem oferty. Niezależnie od powyższego, nie było również możliwe przyznanie punktów za ten parametr w ramach jego oceny.

W zakresie niezgodności treści oferty Siemens z treścią SIWZ oraz złożenie nieprawdziwych informacji Odwołujący podniósł, co następuje:

• Pkt 1.8 na s. 38 i s. 61 oferty Siemens (dot. Załącznika nr 3 - część A i część B)

W pkt 1.8 Załącznika nr 3 - część A i część B - Zamawiający wymagał podania poboru mocy w stanie wyłączenia, łącznie z całkowitym poborem energii przez układy chłodzenia wodą w obiegu zamkniętym.

Wykonawca Siemens podał jednanie moc zużywaną przez system chłodzenia helu, bez podania poboru mocy przez układ chłodzenia wody (wytwornicę wody lodowej).

Potwierdzenie tego faktu znajduje się na s. 139 oferty, gdzie zawarta jest informacja o poborze mocy w wysokości 6,5 kW przy wyłącznym systemie jedynie dla pracującej sprężarki (agregatu chłodniczego).

W przypadku oferty Odwołującego oprócz mocy podanej w danych produktowych systemu Achieva 1.5T HP+ wynoszącej 5,5 kW (w stanie standby) dodana została moc niezbędna do pracy wytwornicy wody lodowej.

Na tym etapie brak jest możliwości oceny oferty Odwołującego z ofertą firmy Siemens, gdyż wartości podane w ofertach są nieporównywalne. Kwestii tej nie wyjaśnia również strona z angielskojęzycznej wersji prospektu producenta, załączona do odpowiedzi Siemens na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, gdyż nie jest możliwe, według informacji pozyskanych od producentów systemów chłodzących, aby agregat wody lodowej o mocy do 45 kW (gradienty Q-engine) zużywał tylko 1,5 kW na chłodzenia wodą w obiegu zamkniętym w stanie wyłączenia (w stanie standby).

• Pkt 9.7 na s. 52 i s. 80 oferty Siemens (dot. Załącznika nr 3 - część A i część B)

W pkt 9.7. Załącznika nr 3 - część A i część B - wymagał zaoferowania możliwości konfiguracji automatycznego kasowania badań przy zapełnionym dysku.

Siemens potwierdził, iż oferowane przez niego rezonanse taki parametr spełniają. W ocenie Odwołującego jest to informacja nieprawdziwa. Z uwagi na to, że parametr ten był bezwzględnie przez Zamawiającego wymagany (jako tzw. parametr „brzegowy"), zawarcie w ofercie firmy Siemens tej informacji miało wpływ na wynik postępowania.

Przywołano w tym kontekście odpowiedź na pytanie nr 8 (pismo Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2011 r.):

„Prosimy o dopuszczenie konsoli postprocessingowej bez automatycznego

kasowania badań przy zapełnionym dysku, co umożliwi nam złożenie oferty przetargowej"

Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi: „Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ."

W ocenie Odwołującego potwierdzenie przez Siemens w złożonej przez siebie ofercie, iż oferowany przez niego sprzęt posiada wymaganą funkcjonalność (możliwość automatycznego kasowania badań) jest niezgodne ze stanem rzeczywistym i jako takie stanowi informację nieprawdziwą.

Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny i niezależny od spełnienia pozostałych przesłanek z art. 24 ustawy Pzp. Jak wskazuje ugruntowana linia orzecznicza (przykładowo wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 99/09, wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 60/08, wyrok KIO sygn. akt

KIO/UZP 1098/08), jej zaistnienie powinno skutkować więc zawsze wykluczeniem z postępowania przetargowego, czyniąc zbędnym konieczność przeprowadzania w odniesieniu do tego parametru, czy do innych parametrów technicznych oferty Siemens jakiegokolwiek postępowania sanacyjnego czy wyjaśniającego.

Biorąc powyższe uzasadnienie pod uwagę Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

W dniu **22 września 2011 roku,** do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego. Wskazał, że posiada interes w przystąpieniu i w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a żądania Odwołującego zmierzają do odebrania Przystępującemu możliwości zawarcia umowy.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki

odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryteriami oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej, ma on realną szansę na uzyskanie

zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń medycznych o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp w postaci dostawy rezonansów magnetycznych, w tym:

A. rezonansu magnetycznego dla Zakładu Radiologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi w ramach realizacji projektu nr WND-POIS.12.01.00-00-004/10 „utworzenie Centrum Urazowego w W.S.S. im. M. Kopernika w Łodzi" oraz

B. rezonansu magnetycznego dla Zakładu Rentgenodiagnostyki Ośrodka Onkologicznego W.S.S. im. M. Kopernika w Łodzi w ramach realizacji dotacji z Ministerstwa Zdrowia (program zdrowotny pt: „Zakup aparatury diagnostycznej dla wczesnego wykrywania nowotworów") jako jedno z zadań „Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod numerem Dziennika Urzędowego WE 2011/S 98-160391 w dniu 21 maja 2011 roku.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") (pkt I. 2) szczegółowy opis parametrów granicznych urządzeń oraz warunków gwarancyjnych znajdował się w załącznikach nr 3 i 4 do SIWZ. Zaoferowane urządzenia medyczne musiały być zgodne ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (pkt I. ppkt 29 SIWZ).

W zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom należało przedłożyć oryginalne ulotki producenta, katalogi, opisy przedmiotu

zamówienia, dokumentacje techniczną w języku polskim potwierdzające wymagane parametry zamawianego sprzętu medycznego.

W punkcie 1.8. tabeli zawierającej zestawienie wymaganych parametrów technicznych Zamawiający wymagał podania wartości poboru mocy przez system w stanie wyłączenia (włącznie z całkowitym poborem mocy przez układy chłodzenia wodą w obiegu zamkniętym, których całodobowa praca jest zalecana przez producenta aparatu. Był to parametr oceniany przez Zamawiającego. W ofercie wykonawca wpisał wartość mniejszą niż 6,5 kW.

W punkcie 3.2 tabeli zawierającej zestawie wymaganych parametrów technicznych Zamawiający wymagał podania maksymalnej wartości slew rate gradientu pola możliwą do uzyskania dla każdej z osi xyz przy równoczesnej pracy gradientów w 3 osiach. W przypadku nierównych wartości należało podać wartość dla osi, w której jest ona najmniejsza. Wartość ta nie mogła być równa lub mniejsza od wartości 120 T/m/s. W ofercie wykonawca wpisał w części A w pkt 3.2 wartość 125 mT/m, natomiast w części B w pkt 3.2. wpisano wartość 125 mT/m/s.

W punkcie 3.4. 2 tabeli zawierającej zestawienie wymaganych parametrów technicznych Zamawiający wymagał podania maksymalnej wartości slew rate gradientu pola możliwą do uzyskania dla każdej z osi xyz przy równoczesnej pracy gradientów w 3 osiach oraz uzyskanej równocześnie amplitudzie podanej w p. 3.3. W przypadku nierównych wartości należało podać wartość dla osi, w której jest ona najmniejsza. Był to parametr oceniany przez Zamawiającego, bez wskazania wartości granicznych. W ofercie wykonawca wpisał w pkt 3.4 w części A wartość 125 mT/m, natomiast w części B w pkt 3.4 wpisano wartość 125 mT/m/s.

W punkcie 9.7 tabeli zawierającej zestawienie wymaganych parametrów technicznych wymagano, aby aparat posiadał możliwość konfiguracji automatycznego kasowania badań przy zapełnionym dysku. Wykonawca w ofercie potwierdził posiadanie takiej funkcjonalności.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów odwołania.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do

9

realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w zakresie spełniania warunków podmiotowych, jak też w zakresie warunków podmiotowych. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, „wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, Izba wskazuje, że zarzut dotyczący punktów 3.2. oraz 3.4. oferty Siemens części A i B został potwierdzony w toku przeprowadzonej rozprawy.

W zakresie informacji zawartych w pkt 3.2. oraz pkt 3.4 załącznika nr 3 do oferty wskazać należy, że Zamawiający samodzielnie nie był w stanie ustalić, na podstawie znajdujących się w ofercie dokumentów, innych niż tabela zawierająca zestawienie wymaganych parametrów technicznych, iż w niezbity sposób wykazano, że spełnione zostały parametry oferowanych urządzeń w sposób wymagany SIWZ.

10

Biorąc pod uwagę niejednolite brzmienie punktów 3.2 i 3.4 w SIWZ oraz informację znajdującą się na stronie 145 oferty wykonawcy Siemens odnoszącą się do jedynie do maksymalnej szybkości narastania gradientu, w ocenie składu orzekającego przedwczesną była decyzja Zamawiającego o możliwości przyjęcia do oceny kwestionowanych przez Odwołującego parametrów informacji z ulotki złożonej z ofertą. Konstrukcja punktu trzeciego tabeli i rozbicie go na pięć podpunktów oraz ocenianie nie wszystkich parametrów dotyczących systemu gradientowego świadczy o tym, iż pojęcia w punktach 3.2 i 3.4 nie są tożsame (wynika to choćby z brzmienia zapisów SIWZ). Dlatego też działania Zamawiającego, który przyjął na etapie oceny jednolitą informację z ulotki dla rozróżnionych parametrów, nie mogły zostać uznane za prawidłowe. Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, że pojęcia te można oceniać w jednakowy sposób, na podstawie jednej informacji znajdującej się w ulotce. O ile możliwe było przyjęcie, że podanie wartości parametru tysiąckrotnie niższej w ofercie stanowi oczywistą omyłkę pisarską, o tyle przyjęcie, że prawidłowo wskazano drugą z wartości tylko na podstawie dokumentacji technicznej, bez uzyskania dodatkowych informacji było nieuprawnione przy założeniu braku tożsamości parametrów. W przypadku podania wartości tysiąckrotnie niższej Zamawiający i Przystępujący wykazali możliwość zaistnienia omyłki pisarskiej wskazano bowiem, czemu

Odwołujący nie zaprzeczył, że na rynku nie występują aparaty o takiej wartości parametru systemu gradientowego, a wartość wymieniona w ulotce w dokumentacji technicznej właśnie do tego parametru się odnosi. Sytuacji powyższej nie można analogicznie odnieść co do drugiego z paramentów.

Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wszczęcie procedury wyjaśniającej następuje w wyniku powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do treści złożonej oferty. Jeżeli takie wątpliwości nie istnieją lub możliwe jest ich wyjaśnienie na podstawie innych źródeł czy to własnych Zamawiającego lub dokumentów znajdujących się w ofercie, nie ma potrzeby zwracania się o wyjaśnienie do wykonawcy. W takiej sytuacji (tj. inicjatywy własnej Zamawiającego) nieuprawnione byłoby jednak odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ bez umożliwienia wyjaśnienia i wypowiedzenia się wykonawcy co do stwierdzonych niejasności. W rozpatrywanym przypadku informacje znajdujące się w ofercie były w ocenie składu orzekającego niewystarczające do samodzielnej weryfikacji oferty Przystępującego przez Zamawiającego w pkt 3.2 i pkt 3.4 tabeli. Możliwe jest wezwanie wykonawcy Siemens do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie i ewentualna decyzja o dokonaniu poprawek w ofercie w trybie przewidzianym w trybie art. 87 ustawy Pzp.

Prawdą jest, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ w przypadku, kiedy to merytoryczna treść oferty nie odpowiada postanowieniem SIWZ. Konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. Procedura z art. 87 ustawy Pzp nie została wyczerpana w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpatrywanym przypadku nie można na obecnym etapie postępowania określić, czy w wyniku złożonych wyjaśnień czy też uzupełnionych dokumentów nastąpić musiałaby ingerencja w merytoryczną treść oferty, na co wskazuje Odwołujący.

Ponadto zauważyć należy, że katalogi producenta, ulotki są typowymi dokumentami, których celem jest potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, a więc są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem w sytuacji, gdy katalogi przedłożone wraz z ofertą nie potwierdzały w pełni spełniania wymagań, to z uwagi na charakter tych dokumentów, uprawnione będzie wezwanie do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Przystępujący w powyższym zakresie nie był wzywany przez zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania decyzja o odrzuceniu oferty byłaby zatem przedwczesna.

Pozostałe zarzuty odwołania nie podlegały uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 9.7 tabeli zgodzić należało się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego.

Pierwotnie w ofercie wykonawca potwierdził możliwość konfiguracji automatycznego kasowania badań przy zapełnionym dysku, jednakże nie załączył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów przedmiotowych potwierdzających powyższy fakt. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów załączono wydruk fragmentu instrukcji obsługi aparatu wskazujący na „możliwość *skonfigurowania automatycznego usuwania danych spełniających wybrane kryteria".* Odwołujący podnosi, że w tym zakresie Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:
- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;

- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;

- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, wypełnienie hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogący wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Samodzielna analiza tych faktów lub pozyskanie informacji o nich z innego źródła powoduje, iż sądy o nich kształtują się w sposób odmienny od sądów uznanych za nieprawdziwe.

Izba uznała, iż Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie udowodnił, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia przez wykonawcę Siemens nieprawdziwych informacji.

W tym przypadku ciężar udowodnienia niezgodności przedłożonych przez Przystępującego na etapie postępowania informacji spoczywa na Odwołującym. Odwołujący zaś swoją argumentację oparł na założeniu, że zadanie pytania na etapie przed upływem terminu składania ofert jest równoznaczne z przedstawieniem nieprawdziwych informacji w złożonej w postępowaniu ofercie.

W ocenie składu orzekającego dalece nieuprawnionym jest wniosek Odwołującego, że na podstawie pytań zadawanych na etapie przed terminem składania ofert, zakładać można niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ i złożenie nieprawdziwych informacji. Fakt, że wykonawca zadając pytanie prosił o dopuszczenie konsoli postprocessingowej bez automatycznego kasowania danych nie oznacza jeszcze w ocenie Izby, że taką właśnie konsolę wykonawca w ofercie zaproponował. Z pewnością natomiast nie jest to dowód potwierdzający złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Siemens. Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw do stwierdzenia, iż informacje złożone przez Przystępującego w ofercie i uzupełnieniu na wezwanie wypełniają hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie uwzględniono także zarzutu dotyczącego pkt 1.8. załącznika nr 3 oferty Siemens.

W ofercie wykonawca Siemens w punkcie 1.8. podał, że wielkość całkowitego poboru mocy wraz z wytwornicą wody lodowej jest równa lub mniejsza niż 6,5 kW. W załączonej do oferty dokumentacji oferowanego aparatu (na stronie 139 oferty) wskazano tożsamą wartość, ale wartość ta dotyczyła jedynie aparatu chłodniczego. Wykonawca wezwany został do złożenia wyjaśnień, *czy podana moc 6,5 kW dotyczy całkowitego poboru mocy przez układy chłodzenia, których całodobowa praca jest zalecana przez producenta, przy wyłączonym systemie.*

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia, w których zaznaczył, że w oferowanych urządzeniach całkowity pobór mocy pobieranej w stanie wyłączenia przez układy chłodzenia nie przekracza wartości podanej w ofercie, i dodatkowo, z własnej inicjatywy, złożył nowszą wersję dokumentacji technicznej oferowanego aparatu, z której wynika, że wartość poboru mocy przez aparat w stanie wyłączenia wynosi mniej niż 5 kW. Odwołujący twierdzi, że niemożliwe jest, aby agregat wody lodowej o mocy do 45 kW zużywał jedynie 1,5 kW na chłodzenie wodą w obiegu zamkniętym w stanie wyłączenia.

Ogólna konstatacja o posiadanej wiedzy Odwołującego niewystarczająca jest do wykazania, a przede wszystkim udowodnienia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy też zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie, jak też wyjaśnieniu jej treści czynionemu przez wykonawcę Siemens. Odwołujący nie przedstawił żadnych kontrargumentów dla wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Zgodzić należało się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie było podstaw do podważenia wiarygodności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Słuszności zarzutu nie dowodzi z pewnością odnoszenie

się do dokumentu deklaracji zgodności wystawionego w 2006 roku. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający zupełnie inny jest cel i zakres tego dokumentu.

Odwołujący nie zakwestionował skutecznie prawdziwości złożonego opisu uzupełniającego ani nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, wykazującego niespełnianie spornych parametrów, wywodząc jedynie, że w dokumentach ofertowych i wyjaśnieniach nie zostało wykazane spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że przedłożone przez Przystępującego opisy uzupełniające i inne dokumenty nie doprowadziły do nieuprawnionej modyfikacji treści oferty, czy też złożenia informacji nieprawdziwych. Potwierdzono natomiast, że pierwotnie zaoferowany przedmiot dostawy jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Zatem Izba uznała, że zarzuty Odwołującego w tym zakresie (zarówno jeśli chodzi o złożenie nieprawdziwych informacji, jak i niezgodność oferty z treścią SIWZ) są niezasadne.

Odwołujący nie wykazał na czym polegać ma naruszenie art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołanie nie zawiera w tej materii jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, a więc Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu z powodu braku wykazania podstaw naruszenia wskazanych przepisów.

Na marginesie, odnosząc się do złożenia przez Odwołującego pisma – załącznika do protokołu rozprawy po jej zamknięciu, Izba wskazuje, że momentem, do którego należy składać wnioski dowodowe oraz prezentować stanowisko procesowe strony jest zamknięcie rozprawy. Uszło uwadze pełnomocnika Odwołującego, że rozpoznanie sprawy odbywa się na rozprawie. Ta zaś jest jawna, przebiega z udziałem stron i uczestników postępowania. Uwzględnienie stanowiska złożonego po zamknięciu rozprawy spowodowałoby naruszenie podstawowych zasad i standardów postępowania odwoławczego, z których wynika, że wyjaśnienie sprawy odbywa się na rozprawie w warunkach kontradyktoryjności, przy obecności przeciwnika procesowego, który może ustosunkować się do podnoszonych twierdzeń. Z powyższych względów złożonego stanowiska nie wzięto pod uwagę przy rozpoznawaniu zarzutów.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się w części. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił jeden z zarzutów zaprezentowanych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty strony w postaci opłaty za wpis od odwołania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł.

Przewodniczący: