Sygn. akt: KIO 1803/14

WYROK
z dnia 15 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2014 roku w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 roku przez wykonawcę **Synektik S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3, a także powtórzenie w tej części czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wymienionych w uzasadnieniu orzeczenia;
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **Synektik S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** na rzecz **Synektik S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1803/14

Uzasadnienie

1 września 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt. 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. pozycja 907 ze zmianami) zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca SYNEKTIK S.A. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę RTG do zdjęć cyfrowego przewoźnego aparatu przyłóżkowych, aparatu RTG do zdjęć zębowych wewnątrzustnych, skanera płyt obrazowych, aparatów RTG z ramieniem C" - w zakresie części 3 tj. dostawa 3 identycznych aparatów RTG z ramieniem C - Medyczny prowadzi Zamawiający Uniwersytet w Białymstoku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane DUWE nr 2014/S 090-156842.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1) art. 7 ust. 1 - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 82 ust. 3 - poprzez niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Firm : Dismed Sp. z o.o. i OK Medical Systems Sp. z o.o., S.K.A., zwane dalej „konsorcjum”,
3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo tego, że zaoferowane urządzenia nie spełniają parametrów technicznych granicznych określonych w SIWZ,
4) z ostrożności naruszenie art. 26 ust.3 i ust. 4 , ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
5) art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z brakiem wykluczenia Konsorcjum, pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie parametrów technicznych oferowanego urządzenia, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
6) innych przywołanych w treści odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty,
4) nakazanie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którą jest oferta Odwołującego.

Co do interesu we wniesieniu odwołania zaznaczono, że w interesie każdego Wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego jest przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy. Interes Odwołującego polega na tym, iż złożył on jako jedyny w niniejszym postępowaniu ofertę spełniającą wszystkie wymogi SIWZ. Brak wykluczenia Konsorcjum na skutek złożenia nieprawdziwych oświadczeń, oraz brak dokonania obligatoryjnej czynność odrzucenia Jego oferty stanowi działanie sprzeczne z przepisami prawa, a tym samym godzące w interes Odwołującego powodując uszczerbek w jego interesie oraz realne poniesienie szkody na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało Mu doręczone w formie faksu w dniu 22 sierpnia 2014 r., tym samym złożenie odwołania w dniu 1 września 2014 r. jest czynnością dokonaną zgodnie z terminem przewidzianym dla wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, przekazał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, na potwierdzenie czego przedłożył potwierdzenie przekazania pisma.

W uzasadnieniu podkreślono, że w wyniku zapoznania się z treścią oferty wybranego Wykonawcy Odwołujący stwierdził że:
I.
Oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, bowiem treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

Zamawiający w części A pkt 10 SIWZ wskazał, że:
„10. Wymagania techniczne i użytkowe, jakie musi spełnić przedmiot zamówienia opisane są szczegółowo w załącznikach do SIWZ (...) Część nr 3 - w załączniku nr 3 (...)”. W załączniku nr 10 do SIWZ, który w ofertach wykonawców stanowił Formularz szczegółowy oferty - część nr 3 zamówienia w pkt 10 Zamawiający żądał, aby oferowany Aparat RTG z ramieniem C posiadał „szerokość wózka z ramieniem C < 80 cm.”

Celem potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawca był zobowiązany złożyć "Materiały informacyjne, np. prospekty, foldery, katalogi, instrukcje obsługi, dokumentacje techniczno-ruchowe, dotyczące zaoferowanych urządzeń, potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego. Jeżeli materiały informacyjne dotyczą różnych wyrobów medycznych, należy zaznaczyć jednoznacznie urządzenia będące przedmiotem oferty. Nie powinno być rozbieżności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy zawartym w Formularzach szczegółowych oferty, a treścią materiałów informacyjnych.”

Konsorcjum na stronach od 73 do 77 załączyło do oferty materiały techniczne dotyczące zaoferowanego urządzenia. Na stronie 76 w części opisującej parametry

mechaniczne dane techniczne dotyczące zaoferowanego modułu urządzenia wskazują, że szerokość wózka z ramieniem C w urządzeniu ZEN 5000 wynosi 81 cm. Tym samym wykonawca jednoznacznie wskazał, że zaoferowany aparat posiada szerszy wózek niż wymagane przez zamawiającego max. 80 cm (< 80 cm). Podkreślenia wymaga fakt, że załączone do oferty materiały informacyjne są dokumentami poświadczonymi za zgodność z oryginałem. Tym samym również oryginalny katalog/folder musi zawierać te same parametry. Zatem oferowany aparat ZEN 5000 nie spełnia wymaganego w SIWZ parametru co za tym idzie oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Czynność poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentu służy gwarancji pełnej zgodność kopii z oryginałem. Również wymóg części E IV pkt.7 SIWZ wskazywał, że gdy właściwość dokumentu uniemożliwia przedłożenie go w oryginale, należy złożyć uwiarygodnioną przez osobę/osoby wymienione w pkt 5 kopię opatrzoną napisem "za zgodność z oryginałem" oraz podpisem tej osoby/osób. W tej sytuacji nie ma wątpliwości jakie parametry posiada oferowany aparat i że są one odmienne niż wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący ma świadomość istniejącego w odniesieniu do dokumentów potwierdzających wymagania zamawiającego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazującej na prawo do uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Pzp. Tym niemniej w przedmiotowym przypadku wezwanie do uzupełnienia czy też wyjaśnienia oferty nie powinno mieć miejsca. Wykonawca bowiem załączył do oferty wszystkie wymagane dokumenty oraz potwierdził w materiałach technicznych istnienie wszystkich wymaganych wartości i ich wielkość. Nie zachodzi zatem okoliczność braku informacji na temat któregokolwiek z wymaganych parametrów czy w ogóle braku materiału informacyjnego. Konsorcjum zaoferowało aparat ZEN 5000, który nie spełnia wymaganego parametru. Niezgodność ta wynika wprost z przedstawionego materiału informacyjnego będącego poświadczoną za zgodność z oryginałem kopią materiału producenta, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że szerokość wózka z ramieniem C jest większa od wymaganej.

Treść oferty w tym zakresie nie budzi żadnych wątpliwości, tym samym zdaniem Odwołującego nie zachodzi konieczność wzywania do złożenia wyjaśnień, tym bardziej uzupełnienia dokumentów, bowiem nie jest możliwe "dostosowanie" wielkości wózka, zaś każda próba zmiany oświadczenia w zakresie oferowanych parametrów winna być rozpatrywana przez pryzmat składanych nieprawdziwych oświadczeń. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa obowiązek wyjaśniania powstaje wtedy, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zamawiający winien zatem zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty tylko wtedy, jeśli istnieją ku temu przesłanki. Czynności

wykonawcy w wyniku składanych wyjaśnień nie mogą bowiem prowadzić do zmiany treści oferty. Tym bardziej, że jak należy wnioskować oryginalny dokument, którego kopia została załączona do oferty nie może zawierać innych parametrów jak wskazane w folderze załączonym do oferty.

Podkreślenia wymaga również fakt, że parametr szerokość wózka z ramieniem C jest parametrem wynikającym z konstrukcji danego urządzenia, niezmiennym i stałym, nie jest możliwe dostosowanie tego parametru do wymogów konkretnego użytkownika. Istotne również jest to, że parametr ten bez wątpienia stanowił istotny element wymagań technicznych SIWZ. W toku prowadzonego postępowania jeden z wykonawców zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie modyfikacji szerokości wózka, wnioskując o dopuszczenie szerokości < 86 cm, zamawiający odpowiadając na pytanie 74 podtrzymał zapisy SIWZ. Tak więc wymóg pozostał niezmienny i Zamawiający wymagał < 80 cm, zaś zaoferowany aparat RTG z ramieniem C Produkcji GENORAY Co., Ltd. Typ ZEN model 5000 nie spełnia tego wymagania. Zatem w zakresie merytorycznym treść złożonej oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ, co musi skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe wynika również z orzecznictwa KIO, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2858/13.

II.

Oferta Konsorcjum nie zawiera Deklaracji zgodności dotyczącej oferowanego aparatu RTG ZEN 5000. Zgodnie z art. 9 ust.2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w języku polskim. Również Zamawiający w części E .IV pkt 3 SIWZ zobowiązał wykonawców, aby do wszystkich dołączonych do oferty dokumentów w językach obcych dołączyć tłumaczenia na język polski.

Na stronie 56 oferty Konsorcjum dołączono Deklarację zgodności w języku angielskim dla oferowanego urządzenia ZEN 5000, na stronie 57 zaś tłumaczenie dla innego, nie będącego przedmiotem oferty aparatu ZEN 7000. Zatem gdyby nie konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to również ta okoliczność wskazuje na dokonanie wyboru oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. Oferta nie zawiera bowiem wszystkich dokumentów wymaganych na potwierdzenie, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Tak więc Zamawiający dokonując oceny i badania oferty nie dochował należytej staranności, oraz zaniechał obligatoryjnej czynności wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, a tym samym wybrał ofertę nie zawierającą wszystkich wymaganych dokumentów.

III.

Konsorcjum w zakresie poniżej wymienionych parametrów technicznych aparatu ZEN 5000 złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a tym samym

---

podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Parametry o których mowa to:

GENERATOR i LAMPA RTG:

p. 16. Maksymalne natężenie prądu dla fluoroskopii ciągłej i pulsacyjnej > 8 mA

Konsorcjum na stronie 76 oferty, podało wartości 0,- do 6 mA oraz opcjonalnie 0,2-10 mA. Zgodnie z posiadanymi przez Odwołującego materiałami, w tym również deklarowanymi w innych postępowaniach parametrami systemu ZEN 5000, urządzenie to dysponuje maksymalnymi prądami dla fluoroskopii ciągłej w zakresie 0,2 - 6 mA - co nie spełnia wymagań SIWZ. Urządzenie to nie dysponuje możliwością rozbudowy o opcję maksymalnego prądu 10 mA.

p. 21. Pojemność cieplna lampy rtg:

- kołpaka lampy - min 1100 kHU

Dla tego parametru Konsorcjum zadeklarowało wartość pojemność cieplna kołpaka lampy rtg 1034 kHU, opcjonalnie 1200 kHU. Z posiadanych przez Odwołującego dokumentów oraz ofert na ten aparat z innych postępowań przetargowych, jednoznacznie wynika, iż oferowane urządzenie posiada lampę o pojemności kołpaka 1034 kHU, co jest wartością niespełniającą wymagań Zamawiającego. Dodatkowo, znajdujące się w posiadaniu Odwołującego dane produktowe aparatu ZEN 5000 wskazują, iż opcjonalna konstrukcja lampy o pojemności kołpaka 1200 kHU „istnieje" wyłącznie na załączonym do oferty Konsorcjum nieprawdziwym dokumencie.

Tym samym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 5 września do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie.** Konsorcjum wnosiło o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 11 września 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, którą uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Na rozprawie przed Izbą Konsorcjum, jako Przystępujący złożyło oświadczenie o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu w związku z uwzględnieniem odwołania, jednocześnie zaznaczając, że nie kwestionuje zasadności uwzględnienia zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1,2 i ewentualnie 4 w powiązaniu z punktem II uzasadnienia odwołania. Stanowczo polemizuje i składa sprzeciw w pozycjach 3 i 5 odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która była uznana za najkorzystniejszą cenowo, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp oznaczać może dla Odwołującego utratę możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 5 września do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Dismed Sp. o. o. (Lider), OK Medical Systems Sp. z o. o., S. K. A. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie.** Konsorcjum wnosiło o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 11 września 2014 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, którą uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Na rozprawie przed Izbą Konsorcjum, jako Przystępujący złożyło oświadczenie o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu w związku z uwzględnieniem odwołania, jednocześnie zaznaczając, że nie kwestionuje zasadności uwzględnienia zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1,2 i ewentualnie 4 w powiązaniu z punktem II uzasadnienia odwołania. Stanowczo polemizuje i składa sprzeciw w zarzutach oznaczonych jako 3 i 5 w odwołaniu.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż w związku z tak sformułowanym stanowiskiem o korzystaniu z prawa do złożenia sprzeciwu ale jedynie w odniesieniu do części zarzutów, skład orzekający Izby zobowiązany był do uwzględnienia odwołania.

Przystępujący przyznał przed Izbą, iż wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów Pzp, albowiem oferta Przystępującego zawiera pewne braki, czy też błędy.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Przystępującego na posiedzeniu, że zarzuty, z którymi ten wykonawca nie polemizuje, stają się bezprzedmiotowe i nie należy orzekać co do ich zasadności. Przywołane przez Przystępującego orzecznictwo zdaje się nieadekwatne do sytuacji w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. O ile nie można odmówić wykonawcy złożenia sprzeciwu jedynie do zarzutów odnoszących się do jego oferty, w sytuacji, gdy zarzuty w odwołaniu dotyczą kilku wykonawców lub w sytuacji, gdzie jest to jedyna droga do obrony swoich praw i pozycji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle w tym postępowaniu odwoławczym kwestionowana była jedna oferta – złożona przez Przystępującego, a więc oświadczenie, że ta oferta zawiera błędy, nie powoduje, że kwalifikacja tych błędów jest bezprzedmiotowa dla stron sporu. Powoduje, zdaniem składu orzekającego Izby, sytuację wręcz odwrotną, stanowi procesowe przyznanie racji przeciwnikowi sporu z koniecznością oceny, jak taka sytuacja wpływa na pozycję wykonawcy i jego oferty w postępowaniu. Fakty przyznane w rozumieniu art. 229 KPC to fakty podane przez jedną stronę i potwierdzone, jako zgodne z prawdą, przez stronę przeciwną w drodze wyraźnego oświadczenia złożonego w toku postępowania (postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 października 2005 r., IV CK 133/05). W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, Izba nie była uprawniona zatem do pozostawienia zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego i przyznanych przez Przystępującego bez rozpoznania, biorąc pod uwagę ekonomikę procesową, zwłaszcza, iż to właśnie zasadność tych zarzutów stanowiła o konieczności uwzględnienia odwołania.

Izba, rozpoznając odwołanie uznała, iż podlega ono uwzględnieniu, choć nie potwierdziły się wszystkie zarzuty sformułowane w odwołaniu, w tym zarzut złożenia nieprawdziwych informacji. Dostrzeżenia w tym miejscu także wymaga, iż uwzględniając odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast Izba nie jest związana żądaniami **sformułowanymi przez Odwołującego, ponieważ każdorazowo wydając orzeczenie rozstrzyga o** żądaniach **wymienionych w odwołaniu. Dlatego też choć uznano,** że **odwołanie podlega uwzględnieniu, ponieważ wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego był przedwczesny, to jednocześnie nie można uznać,** że **wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, możliwe jest bowiem zastosowanie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a potem ponowne badanie i ocena ofert. Oznacza to, potwierdziły się zarzuty**

przedstawione przez Odwołującego ale żądania **odwołania były** żądaniami **przedwczesnymi.**

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami SIWZ (punktem E. IV. Opis sposobu przygotowania oferty) wykonawca miał złożyć jedną ofertę w formie pisemnej, spełniającą wymagania określone w SIWZ, sporządzoną w języku polskim. Do wszystkich załączonych do oferty dokumentów w językach obcych należało dołączyć tłumaczenie na język polski.

W zakresie punktu E. V. - Dokumenty składające się na ofertę, podpunkt 1. - Dokumenty podstawowe, wykonawcy mieli złożyć: formularz ogólny oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ; formularz szczegółowy oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 10 (dla Części nr 3). W celu zaś potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawcy składali następujące dokumenty:

a) Deklaracje zgodności dotyczące zaoferowanych urządzeń.
b) Certyfikaty zgodności wydane przez jednostkę notyfikowaną w celu oznakowania CE, dotyczące zaoferowanych urządzeń.
c) Materiały informacyjne, np. prospekty, foldery, katalogi, instrukcje obsługi, dokumentacje techniczno – ruchowe, dotyczące zaoferowanych urządzeń, potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego. Jeżeli materiały informacyjne dotyczą różnych wyrobów medycznych, należało zaznaczyć jednoznacznie urządzenia będące przedmiotem oferty. Nie powinno być rozbieżności pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy zawartym w Formularzach szczegółowych oferty, a treścią materiałów informacyjnych.

W zadaniu nr 3 Zamawiający żądał, aby oferowany Aparat RTG z ramieniem C posiadał szerokość wózka z ramieniem C < 80 cm. Na stronie 76 oferty Przystępującego w części opisującej parametry mechaniczne dane techniczne dotyczące zaoferowanego modelu urządzenia wskazano, że szerokość wózka z ramieniem C w urządzeniu ZEN 5000 wynosi 81 cm. Przystępujący przyznał, że do oferty załączono nieaktualny folder urządzenia i wyjaśnił, że stąd wynika różnica pomiędzy oświadczeniem złożonym w formularzu szczegółowym a materiałami informacyjnymi. Na rozprawie Przystępujący przedstawił aktualny folder, z którego treści wynika, że szerokość wózka z ramieniem wynosi 78 cm. Przedstawiono również oświadczenie producenta oraz oświadczenie z jednej z jednostek, do której identyczny model aparatu był dostarczany, potwierdzające wartość spornego parametru. Przystępujący przyznał także, że do oferty omyłkowo załączono tłumaczenie

dotyczące innego modelu aparatu, natomiast sama deklaracja zgodności dotyczy modelu zaoferowanego ZEN 5000.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że zarzuty znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Nie można jednak zgodzić się z Odwołującym, że wybrana oferta powinna zostać definitywnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podzielić należy tu stanowisko Przystępującego, iż za treść oferty uznaje się oświadczenie woli wykonawcy wyrażające jego zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, w określony sposób i za określoną cenę. Zobowiązanie to wyrażone jest zwykle w formularzu ofertowym, jednak może znaleźć się również w innych składanych przez wykonawcę dokumentach, mających na celu skonkretyzowanie przedmiotu zamówienia (np. w przedmiotowym postępowaniu w formularzu szczegółowym).

Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, nie stanowią ściśle treści oferty, a jedynie służą potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Są to tak zwane dokumenty przedmiotowe, do których zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, możliwe jest zastosowanie w takim przypadku regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Norma wprowadzona przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala na uzupełnienie brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie wskazujące, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów wykonawców, którzy ich nie złożyli należy interpretować możliwie szeroko. Oznacza to, że na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa się zarówno wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak również wykonawców, którzy złożyli oświadczenia i dokumenty, ale z których treści wynika, że nie spełniają określonych warunków udziału w postępowaniu, w tym także warunków przedmiotowych.

W przypadku braków lub błędów w dokumentach przedmiotowych Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 154/12.)

Dopiero niezłożenie przez wykonawcę prawidłowych dokumentów – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia – będzie skutkowało uznaniem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Choć Odwołujący kwestionował autentyczność złożonego materiału informacyjnego, to na powyższe nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów. Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać wiary dokumentom złożonym przez Przystępującego. Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że to Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i to do Zamawiającego należy szczegółowe zbadanie ofert, z tych powodów nakazano Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym wystosowanie do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania do uzupełnienia materiałów informacyjnych odnoszących się do oferowanego urządzenia w zakresie spornego parametru, które potwierdzą oświadczenie woli wynikające z formularza szczegółowego do oferty oraz prawidłowego tłumaczenia dla deklaracji zgodności.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdziły się natomiast zarzuty dotyczące złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w zakresie dwóch parametrów: maksymalnego natężenie prądu dla fluoroskopii ciągłej i pulsacyjnej > 8 mA oraz pojemności cieplnej kołpaka lampy - min 1100 kHU.

Obaj wykonawcy przedstawili dokumenty w postaci instrukcji obsługi urządzenia ZEN 5000, z tym że instrukcja złożona przez Odwołującego pochodzi z 2009 roku, natomiast Przystępujący złożył wersję z 2014 roku, oświadczając stanowczo, iż jest to najnowsza wersja dokumentacji dla danego urządzenia.

W zakresie postawionego zarzutu Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby stwierdzić, że Przystępujący złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje. Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji

musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego

12

---

i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia. Odwołujący nie wskazał i nie przedstawił dowodów, na czym owo świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie Przystępującego miałoby polegać.

Złożone wraz z pismem procesowym Odwołującego tabele określające parametry techniczne z innych postępowań, w których bądź Przystępujący brał udział, bądź oferowano tożsamy model aparatu, nie mogą być w tym względzie decydujące. Każde bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odmiennością, a poszczególni Zamawiający różny sposób i na różnym poziomie określają swoje potrzeby. Okoliczność, że postępowaniu prowadzonym na przykład przez SPZOZ w Łukowie wskazano, iż wartość maksymalnego natężenia prądu dla fluoroskopii ciągłej wynosi od 0,2 do 6 mA, nie oznacza, że jest to wartość graniczna, którą można osiągnąć na danym aparacie.

Słusznie ponadto zauważył na rozprawie Przystępujący, że różnie można odczytać intencje Odwołującego w tym punkcie odwołania, gdzie przywołuje on sporny parametr, ponieważ w jednym miejscu mowa jest tylko o fluoroskopii ciągłej, w innym natomiast o fluoroskopii ciągłej i pulsacyjnej. W przypadku zaś fluoroskopii ciągłej ponad wszelką wątpliwość z oferty Przystępującego wynika, że wymagana wartość parametru została zachowana. Jeżeli zaś mowa o pojemności cieplnej kołpaka lampy - min 1100 kHU, to Odwołujący nie przedstawił dowodu, że prowadzone było postępowanie, w którym taka wartość była wymagana, a Przystępujący wymogu tego nie spełnił. Wszystkie przywołane postępowania w tym zakresie miały sformułowane wymagania na niższym, a nawet dużo niższym poziomie. Poza tym nie jest zjawiskiem niespotykanym, że wykonawcy w szczegółowych formularzach ofertowych przepisują (przywołują) wymagania poszczególnych Zamawiających, nawet jeżeli oferowane urządzenie ma dużo wyższe parametry.

Tym niemniej, jak wynika z przedłożonej na rozprawie instrukcji obsługi oraz folderu reklamowego, a także z oświadczenia producenta, wartość spornych parametrów w obu przypadkach (tj. maksymalnego natężenie prądu dla fluoroskopii ciągłej i pulsacyjnej > 8 mA oraz pojemności cieplnej kołpaka lampy - min 1100 kHU) została w ofercie Przystępującego potwierdzona. Odwołujący tymczasem próbował wykazać swoje racje posługując się nieaktualną instrukcją obsługi aparatu.

Dlatego też nie uwzględniono zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego w stosunku do oferty Przystępującego.

13

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący:

14