Sygn. akt: KIO 2605/14

WYROK
z dnia 19 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2014 r. przez wykonawcę CompuGroup Medical Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Uniwersytet Zielonogórski w Zielonej Górze, przy udziale A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego CompuGroup Medical Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie tytułem wpisu od odwołania.

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 Zielonej Górze.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2605/14

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Uniwersytet Zielonogórski w Zielonej Górze prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Ucyfrowienie *obrazowych pracowni diagnostycznych”.* Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
II. W postępowaniu, zostały złożone dwie oferty, z następującymi wartościami podlegającymi ocenie według przyjętych kryteriów:
1. Odwołujący:
cena: 10 479 929,82 zł;
gwarancja – 61mies. [max punktowana]; 10 pkt
ilość zaoferowanych funkcjonalności: 2 194
2. Pixel Technology SC w Łodzi:
cena: 11 044 061,07 zł,
gwarancja – 36 mies. [nie punktowana]; 0 pkt
ilość zaoferowanych funkcjonalności: 2 273.
Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonując wyboru oferty złożonej przez A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi [dalej: Pixel Technology SC w Łodzi].
III. W dniu 8 grudnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia własnej oferty a także zaniechania jej poprawienia, a także zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Pixel Technology SC w Łodzi, oraz bezpodstawnego jej poprawienia, a także zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak wskazania w poz. 1.2.1 Załącznika nr 9 do SIWZ, w części dotyczącej dostaw

realizowanych na rzecz Uniwersytetu Zielonogórskiego nazwy producenta oferowanej macierzy dyskowej, w sytuacji gdy w realiach mniejszego postępowania brak ten miał charakter innej omyłki, która powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, która to czynność została dokonana w przypadku analogicznego błędu

występującego w ofercie PIXEL, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i istnieniu po stronie Zamawiającego preferencji dotyczącej wykonawcy PIXEL;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 3, 8-9 i 11 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2-3 i ust. 4 i art. 26 ust. 2b i ust. 3 ustawy, § 3 ust. 1 pkt 3 i 5-6, § 3 ust. 2-3 *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. z 2013 r., poz. 231]* oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia PIXEL z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy:
a) PIXEL powołując się na potencjał podmiotu trzeciego tj AGFA Healthcare NV w Belgii, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 października 2014 r. przedłożył: zaświadczenie Federalnego Urzędu Skarbowego z Brukseli z dnia 12 maja 2014 r., które nie potwierdza, iż AGFA Healthcare NV nie zalega z płatnością należności podatkowych, lecz stwierdza, iż podmiot ten nie miał zaległości na kwotę wyższą niż 3.000 EUR [dokument znajdował się wcześniej w ofercie PIXEL], oświadczenie notarialne złożone przez członków zarządu AGFA Healthcare NV w dniu 09 października 2014 r. [a więc niemal cztery miesiące po dniu składania ofert], które miało potwierdzać, iż AGFA Healthcare NV nie zalega z płatnościami podatków, a członkowie zarządu nie zostali skazani za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8-9 ustawy, które jednak nie może zastąpić wymaganego zaświadczenia właściwego organu działającego na terenie Belgii [zaświadczenie urzędu skarbowego, wyciąg z rejestru karnego], a nadto które nie potwierdza stanu z dnia składania ofert, jako że z treści oświadczenia nie wynika, iż w tym zakresie oświadczenie zostało złożone przed notariuszem, jak również nie zostało podpisane przez wszystkich członków zarządu AGFA Healthcare NV, a ponadto z uwagi na fakt istnienia uzasadnionych wątpliwości co do rzetelności dokumentu z uwagi na fakt, w treści dokumentu, jako datę jego podpisania wskazano 9 października 2014 r., zaś oświadczenie notariusza powołuje się na dzień 10 października 2014 r. co obligowało Zamawiającego do wykluczenia PIXEL z udziału w postępowaniu,
b) PIXEL w odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2014 r. dotyczące złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył: oświadczenie notariusza z dnia 4 listopada 2014 r., w którym notariusz ten potwierdził, iż odręczny dopisek znajdujący się na uwierzytelnionym dokumencie nr 9805141013842758 [oświadczenie z dnia 9 października 2014 r., zostało wprowadzone w jego obecności przez notariusza „przed złożeniem podpisów przez poszczególne osoby", który to dokument nie uzupełnia brakujących dokumentów i może dowodzić spełnienia przez PIXEL warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż nie należy ono do

katalogu dokumentów wymienianych w SIWZ oraz przepisach rozporządzenia o dokumentach z dnia 19 lutego 2013 r., a także ze względu na fakt, iż zostało ono złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w dniu 7 października 2014 r. [z uwzględnieniem późniejszych przedłużeń]; wykaz usług z dnia 11 czerwca 2014 r. zawierający trzy zamówienia referencyjne zrealizowane przez TMS sp. z o.o. Warszawie, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, dokumentami podmiotowymi i zobowiązaniem do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, które to dokumenty nie mogły wykazać spełnienia przez PIXEL warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt iż:
- zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące TMS Sp. z o.o. w Warszawie oraz członków zarządu tej spółki zostały wystawione w dniu 16 maja 2013 roku a więc niemal rok przed dniem składania ofert,
- zamówienia referencyjne wykazane w złożonym nowym wykazie dostaw nie dotyczą

zamówień związanych z przedmiotem zamówienia, jako że wszystkie trzy zamówienia obejmowały dostawy tomografów, co nie jest przedmiotem niniejszego zamówienia,

- w realiach niniejszego postępowania PIXEL nie mógł powołać się na potencjał kolejnego podmiotu trzeciego gdyż było to niedopuszczalne, co wykluczało możliwość uznania, że PIXEL wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i co obligowało Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu,

- Zamawiający dwukrotnie wzywał PIXEL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, kilkakrotnie przedłużając termin do złożenia brakujących dokumentów, w sytuacji gdy już po pierwszym nieskutecznym uzupełnieniu zobligowany do wykluczenia PIXEL z postępowania, które to zachowania Zamawiającego stanowią rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 ustawy], czego dodatkowym przejawem jest zaakceptowanie przez Zamawiającego uzupełnionych dokumentów TMS Sp. z o.o. podczas, gdy złożone dokumenty nie spełniały warunków SIWZ oraz rozporządzenia o dokumentach.

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PIXEL z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w sytuacji, gdy:

a) PIXEL w poz. 2.1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ w części dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze [str. 81 oferty] nie wskazał nazwy oferowanego systemu operacyjnego pomimo, iż Zamawiający wymagał jej podania, a Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał uzupełnienia

tego elementu oferty PIXEL, podczas gdy przy analogicznym błędzie w ofercie CGM uznał, że poprawa oferty jest niedopuszczalna,

b) PIXEL w poz. 2.1.1 Załącznika nr 9 do SIWZ w części dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze nie wskazał wersji oferowanego oprogramowania ExPACS, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał takiego wskazania [str. 81 oferty], a sam PIXEL w treści oferty posługuje się oznaczeniami różnych wersji oprogramowania ExPACS.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania poprawy oferty Odwołującego w poz. 1.2.1 Załącznika nr 9 do SIWZ, w części dotyczącej części dostawy realizowanej na rzecz Uniwersytetu Zielonogórskiego, poprzez wpisanie nazwy i modelu oferowanej macierzy dyskowej [zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego w dniu 4 lipca 2014 r.], wykluczenia PIXEL z udziału w postępowaniu lub alternatywnie [w przypadku uznania, że PIXEL nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu] odrzucenia oferty PIXEL, powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia i argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] W dniu 27 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, w tym także o odrzuceniu oferty Odwołującego. Z przekazanego uzasadnienia wynika, iż podstawą odrzucenia oferty CGM był brak wskazania producenta i modelu macierzy dyskowej SAN oferowanej w poz. 1.2.1 Załącznika nr 9 do SIWZ, w części dotyczącej dostaw realizowanych na rzecz Uniwersytetu Zielonogórskiego [por. str. 469 oferty CGM]. W dniu 3 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W odpowiedzi CGM wskazała, iż na skutek omyłki w omawianym fragmencie oferty nie wskazano modelu i producenta macierzy. Jednocześnie Odwołujący podał, że zaoferowano macierz Fujitsu ETERNUS DX90 S2. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający podał, że producent i model macierzy nie mógł zostać ustalony na podstawie treści samej oferty, co zdaniem Zamawiającego wykluczało możliwość dokonania jej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. W ocenie Zamawiającego w takim wypadku *„nie można mówić o omyłce, lecz o niedopuszczalnej zmianie treści złożonej oferty”*. Zdaniem Odwołującego, chybiony jest pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy możliwe jest wyłącznie wówczas, jeśli Zamawiający może samodzielnie zidentyfikować omyłkę i dokonać jej poprawy.

Przyjęcie takiego stanowiska sprowadzałoby w zasadzie każdą „inną omyłkę", o której mowa

w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy do oczywistych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1)-2) ustawy. Niezależnie od powyższego, już samo wskazanie na inny element oferty, który miałby stanowić podstawę poprawienia omyłki [do czego wzywany był Odwołujący, ale także PIXEL] wskazuje na fakt, iż Zamawiający stanowi przejaw udziału wykonawcy w czynności poprawienia omyłki. Dowodzi to też, iż tak w przypadku Odwołującego, jak i PIXEL Zamawiający nie był w stanie samodzielnie skorygować oferty. Należy zatem przyjąć, iż brak aktywności ze strony wykonawcy nie jest warunkiem sine qua non dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Uzyskanie przez Zamawiającego wyjaśnień co do treści złożonej oferty stanowi często element procedury sanacyjnej, a w niektórych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, iż wezwanie wykonawcy do złożenie wyjaśnień [art. 87 ust. 1 ustawy] jest konieczną czynnością poprzedzającą odrzucenie oferty [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2014 r., KIO 2907/13]. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może nastąpić jedynie wówczas, gdy nie zachodzą przesłanki poprawy oferty określone w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Poprawa „innej omyłki", o której mowa w tym przepisie jest więc obowiązkiem Zamawiającego, a nie jedynie jego uprawnieniem. Nie ulega wątpliwości, iż pojęcie „innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty" jest pojęciem nieostrym. Stąd też słusznie postuluje się, aby ocena „istotności zmiany" była zawsze dokonywana w realiach danego postępowania i danej oferty. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż to, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego nawet podobnego zamówienia. Konieczna jest zatem ocena, na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować umiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie [por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 29 kwietnia 2014 r., KIO 693/14, KIO 694/14 oraz 21 marca 2014 r., KIO 431/14]. Zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy stwierdzone zostanie, iż stwierdzona niezgodność oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a nie celowego działania. W tym zakresie nie sposób zgodzić się Zamawiającym, który kwestionuje fakt wystąpienia omyłki sugerując, iż Odwołujący nie podając nazwy producenta i modelu macierzy, z bliżej nieznanej przyczyny działał w sposób zamierzony. W ocenie Odwołującego powyższy błąd miał charakter przypadkowy, co z łatwością można ustalić na

podstawie analizy samej oferty. W pierwszym rzędzie nie ulega wątpliwości, iż stwierdzone przez Zamawiającego uchybienie dotyczyło tylko jednego elementu zamówienia. Podobny błąd nie dotyczy żadnego z elementów zamówienia, w którym Zamawiający wymagał podania nazwy producenta lub modelu danego komponentu. Odwołujący potwierdził, iż oferuje macierz dyskową spełniającą wszystkie wymagania SIWZ potwierdzając słowem „TAK", iż oferuje urządzenie spełniające parametry określone przez Zamawiającego [dotyczy to zarówno poz. 1.2.1 Załącznika nr 9, jak i dalszych pozycji tabeli dotyczących macierzy]. O przypadkowości błędu świadczy też sam charakter omyłki, która wynikła z faktu przeniesienia do kolumny określającej parametry oferowane opisu zawartego w kolumnie z parametrami wymaganymi. Nie ulega więc wątpliwości, iż stwierdzony brak wynikał z przypadkowego pominięcia części treści, a nie ze świadomego jej pominięcia. Podkreślenia wymaga przy tym, że Odwołujący zadeklarował dostarczenie urządzenia spełniającego wszystkie parametry graniczne wskazane w SIWZ. Dobitnie wskazuje to więc na zamiar złożenia oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, przy czym oświadczenie Wykonawcy nie sprowadzało się do ogólnej deklaracji, ale dotyczyło każdego ze szczegółowych wymagań Zamawiającego dotyczących macierzy. Z tych względów oczywistym jest, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność miała charakter omyłki. Uwzględniając powyższe

ustalenia ocenić należało, czy omyłka dotyczyła istotnego elementu oferty. Analiza treści SIWZ, jak również samej oferty jak również i czynności podejmowanych przez Zamawiającego w stosunku do oferty PIXEL prowadzi do wniosku, iż korekta omyłki nie skutkuje istotną zmianą oferty. Odwołujący podkreśla, że w ślad za wskazaniem nazwy producenta i modelu macierzy Zamawiający nie wymagał dołączenia jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych potwierdzających spełnianie wymagań określonych w SIWZ. Zastrzeżenie to dotyczy także innego sprzętu komputerowego dostarczanego w ramach zamówienia [zgodnie z pkt 6.16 SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w OPZ wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą dokumenty wymienione
w Załącznikach nr 1a do 1k do SIWZ]. Dodatkowo, w części opisowej Załącznika nr 9 do SIWZ [dotyczy każdej lokalizacji] Zamawiający zamieścił instrukcję wypełnienia załącznika o następującej treści: INSTRUKCJA WYPEŁNIANIA: Formularz należy wypełnić dla każdego z parametrów poprzez wybranie z listy rozwijanej w kolumnie 3 [czyli C] każdego z arkuszy:
• w przypadku warunków granicznych: „TAK" albo „NIE";
• w przypadku warunków fakultatywnych [opcji]: „Nie ma" albo „Jest".
Pozostawienie w odniesieniu do warunków granicznych pustej [niewypełnionej] komórki, adnotacji „Warunek graniczny" lub jakiejkolwiek innej treści różnej od „TAK" spowoduje odrzucenie oferty jako niespełniającej wymagań minimalnych SIWZ Z powyższego wynika, że zasadnicze znaczenie dla Zamawiającego miało wypełnienie tabeli w kolumnie C, w której wykonawca składał deklarację co do spełnienia danego parametru. Podkreślić przy tym

---

należy, iż sankcji odrzucenia oferty Zamawiający nie przewidział dla nieprawidłowości dotyczących kolumny D zawierającej opis parametru oferowanego. Zestawienie zacytowanej wyżej instrukcji, jak również fakt braku obowiązku przedłożenia dokumentów przedmiotowych wskazuje, iż Zamawiający dokonywałby oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy, a nie w oparciu o dokumenty zawarte w ofercie. W tym kontekście nazwa i model macierzy nie miałby znaczenia w kontekście oceny ofert. Jednocześnie CGM podnosi, iż omawianym elemencie zamówienia takie samo urządzenie zaoferował także PIXEL [por. str. 54 oferty PIXEL]. Stąd też nie ulega wątpliwości, że pomiędzy deklaracją Odwołującego zawartą w treści oferty [potwierdzenie słowem „TAK" wszystkich parametrów granicznych macierzy oraz wypełnienie kolumny opisującej parametry oferowane], a nazwą i modelem macierzy podaną w wyjaśnieniach z dnia 04 lipca 2014 r. nie zachodzi żadna rozbieżność. Tym samym uzupełnienie oferty o nazwę urządzenia nie wiąże się z koniecznością wprowadzenia jakichkolwiek dodatkowych modyfikacji oferty. Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny wskazują więc, iż w realiach niniejszej sprawy wnioskowana przez Odwołującego poprawa oferty nie prowadzi do istotnej zmiany jej treści. Dodatkowym potwierdzeniem tej tezy jest również wynik oceny „znaczenia" dostawy macierzy dyskowej przeznaczonej dla Uniwersytetu Zielonogórskiego dla całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdza więc, iż macierz dyskowa przez samego Zamawiającego traktowana jest jako element składowy większej całości tj. centralnego serwera PACS. Wskazuje na to zarówno sposób, w jaki Zamawiający opisał zakres prac w treści SIWZ [por. pkt 3.3 SIWZ] oraz konstrukcja formularza cenowego, w których w zakresie dotyczącym Uniwersytetu Zielonogórskiego wyodrębniono jedynie dwa elementy tj. Centralny serwer PACS oraz System zarządzania obrzeżem sieci [VPN]. Odwołujący podał, że w formularzu ofertowym wycenił wartość dostawy całego Centralnego serwera PACS na kwotę 238.102,20 zł brutto, która to kwota obejmuje zarówno dostawę serwera jako takiego, lecz także macierzy
dyskowych oraz oprogramowania PACS. Wartość samej macierzy według cen detalicznych [bez uwzględnienia rabatów dostępnych Odwołującemu] to około 35.000 zł brutto. Odwołujący w ofercie własnej skalkulował całkowitą cenę brutto na poziomie 10.479.929,82 zł brutto. Nie ulega więc wątpliwości, że „udział" macierzy w całkowitej wartości zamówienia w wariancie najmniej korzystnym dla Odwołującego to ok. 0,33%.
W realiach niniejszego zamówienia brak wskazania nazwy i modelu jednej z oferowanych macierzy dyskowych nie jest więc brakiem istotnym i niewątpliwie jest wynikiem omyłki. Tak PIXEL, jak i Odwołujący oferowali takie samo urządzenie. Nawet jeśli przyjąć, że Odwołujący chciał zaoferować inną macierz, to ewentualna różnica w cenie nie mogła rzutować w sposób istotny na wynik postępowania. To zaś w sposób ostateczny przesądza o braku celowości działania CGM. Nie mniej istotne od obiektywnego „braku istotności" sposób,

w jaki Zamawiający dokonywał poprawek w ofercie PIXEL. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 3 lipca 2014 r. wezwał PIXEL do wskazania *„miejsca w ofercie, w którym Wykonawca określił system/systemy operacyjne”* opisane w poz. 2.1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ w części dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze. CGM podnosi, iż wskazana wyżej pozycja tabeli zawierała następujący wymóg: Serwer systemu PACS i systemu dystrybucji obrazów pracują w środowisku 64-bitowego systemu operacyjnego. Wykonawca podaje nazwę systemu / systemów operacyjnych. Nie ulega wątpliwości, że uchybienie PIXEL miało charakter tożsamy z uchybieniem stwierdzonym w ofercie Odwołującego. W złożonych wyjaśnieniach PIXEL podał, iż w przypadku wskazanego wyżej szpitala oraz szpitala w Żarach oraz Uniwersytetu Zielonogórskiego zaoferował „to samo oprogramowanie PACS” w związku czym, w każdej z tych lokalizacji zaoferował te same systemu operacyjne [nie wskazane w treści wyjaśnień]. We wskazanych częściach oferty PIXEL znalazły się następujące oświadczenia: - TABELKA patrz załącznik ODWOŁANIE Zamawiający uznał wyjaśnienia PIXEL za wystarczające i w dniu 24 listopada 2014 r. dokonał poprawy oferty PIXEL wpisując w pozycji 2.1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ nazwy systemu „Windows Server 2012”. Odwołujący wskazał, że w przypadku każdej z lokalizacji objętych niniejszym zamówieniem Zamawiający określił swoje wymagania w sposób odrębny. Tym konfiguracja systemu w jednej lokalizacji nie przenosi się automatycznie na inne lokalizacje [zwłaszcza, że wymagania dotyczące infrastruktury sprzętowo-systemowej są inne dla każdej lokalizacji]. Załącznik dotyczący szpitala w Żarach oraz Uniwersytetu Zielonogórskiego nie może być więc źródłem wiedzy na temat rozwiązania serwerowego zastosowanego w innej lokalizacji. Niezależnie od powyższego w odniesieniu do Oprogramowania Systemu PACS Zamawiający w każdej lokalizacji oprócz nazwy wymagał również podania wersji systemu. Takiego określenia brak jest w przypadku systemu PACS zaoferowanego dla szpitala w Zielonej Górze. W przypadku szpitala w Żarach wykonawca Pixel podał niepełną nazwę systemu Windows Server [brak wskazania edycji]. Nie można więc uznać, że w przypadku obu placówek [tj. szpitala w Żarach oraz Uniwersytetu Zielonogórskiego] zaoferowano takie samo oprogramowanie systemowe. Nie wiadomo więc dlaczego Zamawiający przyjął, iż właściwym jest system Windows Server 2012. Wniosek ten zasadny jest tym bardziej, iż w przypadku szpitala w Sulechowie, Międzyrzeczu, Słubicach, Międzyrzeczu Obrzycach, Gorzowie Wielkopolskim PIXEL dla serwera systemu PACS zaoferował oprogramowanie Windows Server 2008 [por. str. 187,271, 320, 386, 432 oferty]. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego przy zastosowaniu takich samych rygorów formalnych, jak miało to miejsce w przypadku Odwołującego, oferta PIXEL również powinna zostać odrzucona. Także i w tym przypadku Zamawiający nie był bowiem samodzielnie poprawić treści złożonej oferty w celu doprowadzenia jej do stanu zgodnego z SIWZ. Widocznym jest więc, iż

Zamawiający wobec Odwołującego stosuje inne standardy niż ma to miejsce w przypadku PIXEL, co stanowi ewidentne naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.
Odwołujący podkreślił, iż odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający w sposób bezprawny zaniechał bowiem dokonania obligatoryjnej poprawy omyłki występującej w ofercie Odwołującego, bezzasadnie uznając, że poprawka taka prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Tymczasem w realiach niniejszego postępowania oczywistym jest, że poprawa oferty nie zmienia jej istotnej treści. Ponadto w analogicznej sytuacji dotyczącej oferty PIXEL Zamawiający dokonał poprawy oferty, co świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Stanowisko Odwołującego jest zbieżne z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z 26 maja 2014 r. [KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 904/14, KIO 905/14], który zapadł w stanie faktycznym i prawnym zbliżonym do tego, który wystąpił w sprawie niniejszej.
[2] Zgodnie z treścią pkt 6.2 SIWZ w celu wykazania podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy wykonawca powinien złożyć m.in.
a) aktualne zaświadczenie właściwego urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem należności podatkowych,
b) aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1

pkt 4-11 ustawy.
Na zasadzie unormowania zawartego w pkt 6.5 SIWZ w przypadku wykonawców mających siedzibę poza granicami RP zamiast tych dokumentów należało złożyć odpowiednie dokumenty wystawiane w kraju, w którym znajduje się siedziba wykonawcy. W sposób wyraźny zastrzeżono jednak, w odniesieniu dokumentów dotyczących karalności należało złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego. Dopiero jeżeli w kraju miejsca siedziby lub zamieszkania wykonawcy nie wydawano takich zaświadczeń, wykonawca mógł przedłożyć oświadczenie, o którym mowa w pkt 6.7 SIWZ. Opisane wyżej zasady znajdowały zastosowanie do podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy [por. pkt 6.9 SIWZ]. Zamawiający w dniu 7 października 2014 r. [a więc prawie 4 miesiące po terminie składania ofert] wezwał PIXEL uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy tj. AGFA Healthcare NV z siedzibą w Belgii w sytuacji, gdy podmiot ten brałby udział w realizacji zamówienia. Z treści wezwania wynika, że dotyczyło ono wszystkich dokumentów wymienionych w pkt 6.2 SIWZ, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentów dotyczących karalności. Jednocześnie Zamawiający wyraźnie wskazał, że prywatne oświadczenia dołączone do oferty nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Termin na złożenie żądanych dokumentów Zamawiający wyznaczył do na 14 października 2014 r. PIXEL w dniu 9 października 2014 r. zwrócił się o przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień i uzupełnienia

dokumentów, na co Zamawiający wyraził zgodę wyznaczając nowy termin na 17 października 2014 r. W dniu 16 października 2014 r. PIXEL uzupełnił dokumenty dotyczące AGFA Healthcare NV przedkładając m.in.: zaświadczenie Federalnego Urzędu Skarbowego z dnia 12 maja 2014 r., z którego wynika, iż na dzień 12 maja 2014 r. AGFA Healthcare NV nie miał zaległości podatkowych przewyższających kwotę 3.000 EUR; wyciąg z rejestru karnego z dnia 14 lutego 2014 r. dotyczący AGFA Healthcare NV, poświadczonego przez notariusza oświadczenia złożonego przez członków zarządu w dniu 9 października 2014 r. dotyczące m.in. niekaralności tych osób [oświadczenie zawierało odręczną informację, iż potwierdza ono stan z 12 czerwca 2014 r.]. Powyższe dokumenty w sposób oczywisty nie mogły zostać uznane za dokumenty, które potwierdzają brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu po stronie AGFA Healthcare NV. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz § 3 ust. 1 pkt 3 *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. z 2013 r., poz. 231],* wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają wykonawcy, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Przepisy te określają progu zaległości podatkowych, który umożliwia udział w postępowaniu obdzielenie zamówienia. Tymczasem z zaświadczenia przedstawionego przez PIXEL wynika, że AGFA Healthcare NV nie zalegała z płatnościami na kwotę wyższą niż 3.000 EURO. Co za tym idzie zaświadczenie przedstawione przez PIXEL nie mogło potwierdzić braku podstawy do wykluczenia z postępowania opisanej w art. 24 ust. 4 pkt 3 ustawy. Zaświadczenia tego nie mogło zastąpić oświadczenie notarialne złożone przez członków zarządu AGFA Healthcare NV dniu 09 października 2014 r. Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem SIWZ, która w tym zakresie powiela regulację zawartą w §3 ust. 3 wskazanego wyżej *rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. [rozporządzenie o dokumentach]* oświadczenie takie mogłoby zostać złożone wówczas, gdyby w Belgii nie wydawano zaświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia. Niedopuszczalne jest więc łączenie obu form potwierdzenia braku podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu. Z kolei z samych dokumentów przedkładanych przez PIXEL wynika, że w Belgii wystawiane są zaświadczenia urzędu skarbowego dotyczące stanu zaległości podatkowych. PIXEL zobowiązany był wykazać brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert [12 czerwca 2014 r.]. Tymczasem oświadczenie notarialne oświadczenie członków zarządu AGFA Healthcare NV złożono w dniu 9 października 2014 roku co wyłącza możliwość uznania, że potwierdza ono stan z dnia składania ofert. Odręczny dopisek znajdujący się na oświadczeniu nie może

konwalidować tego braku już chociażby z tej przyczyny, iż nie w tym zakresie oświadczenie nie zostało złożone w formie wymaganej w §3 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach. Powyższe uwagi należy odnieść do przedstawionych przez PIXEL dokumentów mających potwierdzać niekaralność członków zarządu AGFA Healthcare NV. PIXEL w tym zakresie przedstawił bowiem jedynie notarialne oświadczenie z dnia 9 października 2014 r. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że na terenie Belgii funkcjonuje rejestr kamy [co wynika chociażby z przedstawienia wyciągu z takiego rejestru dotyczącego AGFA Healthcare NV]. Co za tym idzie brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy powinien zostać wykazany za pomocą odpowiedniego zaświadczenia, którego nie może zastąpić oświadczenie. Analogiczny pogląd dotyczący właśnie zaświadczeń o niekaralności wystawianych na terenie Belgii wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza [por. wyrok z 20 lipca 2012 r., KIO 1434/12]. Ponownie jednak podkreślić należy, że oświadczenie notarialne w niniejszej sprawie złożono dopiero w dniu 9 października 2014 r. [a więc długo po dniu składaniu ofert, ale i po dniu wezwania PIXEL do złożenia brakujących dokumentów]. Odręczny dopisek, zgodnie z którym oświadczenia potwierdza stan z 12 czerwca 2014 r. nie może dowodzić braku podstawy do wykluczenia, ze względu na brak zachowania wymaganej formy [oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem]. Ów odręczny dopisek nie został podpisany i nie wiadomo kto jest jego autorem. Sposób umiejscowienia oraz charakter dopisku wyklucza bowiem, iż jest on elementem oświadczenia złożonego przed notariuszem. Co za tym idzie oczywistym jest, że w wyniku przeprowadzenia procedury uzupełnienia dokumentów PIXEL nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż nie udowodnił, że podmiot udostępniający potencjał [zgodnie ze zobowiązaniem chodziło o wiedzę i doświadczenie oraz potencjał kadrowy] nie podlega wykluczeniu z postępowania. Okoliczność tę potwierdził sam Zamawiający, który w treści wezwania z dnia 28 października 2014 r. zawarł stosowne oświadczenie w tym przedmiocie. Biorąc zaś pod uwagę, iż PIXEL omawiane wyżej
dokumenty złożył w odpowiedzi na wyraźne wezwanie Zamawiającego brak było podstaw do kierowania do tego wykonawcy kolejnych wezwań. Zamawiający powinien więc wykluczyć PIXEL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2-3 ustawy oraz art. 26 ust. 2b ustawy tj. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim PIXEL powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego [AGFA Healthcare NV]. Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności i zamiast tego ponownie wezwał PIXEL do uzupełnienia dokumentów, co stanowi oczywiste naruszenie powyższych przepisów, a także zasady równego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 ustawy]. Pomimo wystąpienia powyższych uchybień Zamawiający w dniu 28 października 2014 roku ponownie wezwał PIXEL do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający w treści wezwania jednoznacznie wskazał, iż PIXEL nie wykazał, że potencjał

AGFA Healthcare NV został mu udostępniony w sposób prawidłowy. Stąd też Zamawiający wezwał PIXEL do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.1.2 lit. a) SIWZ [trzy dostawy sprzętu do radiologii cyfrowej] dopuszczając jednocześnie możliwość ponownego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego.
Powyższa czynność Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 ustawy]. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej dopuszczalne jest jedynie jednokrotne wezwanie danego wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów. Tymczasem Zamawiający nie dość, że kontynuował procedurę uzupełnienia dokumentów to jeszcze dwukrotnie [w dniu 6 listopada i 12 listopada 2014 r.] przedłużył PIXEL termin do złożenia brakujących dokumentów. Podkreślić przy tym należy, że występując o przedłużenie terminu PIXEL swoją prośbę motywował potrzebą dostarczenia dokumentów wystawianych w Belgii. Widocznym było więc, iż PIXEL zamierza uzupełnić dokumenty dotyczące AGFA Healthcare NV, co do których Zamawiający zakończył już procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy. Nie można też zapominać, że trud gromadzenia brakujących dokumentów PIXEL podjął dopiero po ponad czterech miesiącach od dnia składania ofert. Z tych względów Wykonawca podnosi, że działanie Zamawiającego dotyczące kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak związane z przedłużeniami terminów składania brakujących dokumentów noszą wszelkie znamiona stosowania przez Zamawiającego obniżonych wymogów formalnych w stosunku do wykonawcy PIXEL i otwartego preferowania tego wykonawcy.

Stanowi to zaś o rażącym naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy. Zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy potwierdza dodatkowo postępowanie Zamawiającego związane z oceną dokumentów uzupełnianych przez PIXEL. Wykonawca PIXEL w odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego przedłożył dwie grupy dokumentów tj.: • oświadczenie notariusza z dnia 4 listopada 2014 r., w którym notariusz ten potwierdził, iż odręczny dopisek znajdujący się na uwierzytelnionym dokumencie nr 9805141013842758 [oświadczenie z dnia 9 października 2014 roku zostało wprowadzone w jego obecności przez notariusza „przed złożeniem podpisów przez poszczególne osoby", • wykaz usług z dnia 11 czerwca 2014 r. zawierający trzy zamówienia referencyjne zrealizowane przez TMS Sp. z o.o. Warszawie, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, dokumentami podmiotowymi i zobowiązaniem do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci. Odwołujący stwierdza, że oświadczenie notariusza dotyczy wcześniejszego oświadczenia członków zarządu AGFA Healthcare NV złożonego w dniu 9 października 2014 r. Zamawiający w kolejnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów przesądził już jednak, iż PIXEL nie wykazał w sposób wymagany przez SIWZ oraz przepisy ustawy i rozporządzenia o dokumentach, że zasoby spółki AGFA Healthcare NV zostały mu udostępnione w sposób

prawidłowy. Zamawiający nie wzywał PIXEL do dalszego uzupełniania dokumentów spółki AGFA lub składania wyjaśnień w tym zakresie. Opisywane czynności PIXEL były więc bezcelowe i nie mogły prowadzić do usunięcia braków oferty. Niezależnie od powyższego, oświadczenie notariusza nie stanowi dokumentu mogącego służyć weryfikacji braku podstaw do wykluczenia. Nawet zaś gdyby tak było to dokument ten musiałby zostać złożony przy pierwszym uzupełnieniu oferty PIXEL, a nie dopiero po kolejnym wezwaniu. Stąd też dokument ten nie mógł mieć i nie ma żadnego znaczenia dla oceny oferty PIXEL. Wykonawca PIXEL najwyraźniej dostrzegając ów fakt, wystąpił o kolejne przedłużenie terminu składania wyjaśnień [rzekomo w związku z koniecznością uzyskania dokumentów spoza granic RP]. W rezultacie tych starań PIXEL powołał się na potencjał innego podmiotu udostępniającego mu potencjał tj. na potencjał TMS Sp. z o.o. w Warszawie. Odwołujący podnosi, iż w realiach niniejszego postępowania powołanie się na potencjał TMS Sp. z o.o. należało uznać za niedopuszczalne, jako że PIXEL był już wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających udostępnienie potencjału. Ponadto nie ulega wątpliwości, iż stworzenie PIXEL możliwości powołania się na potencjał kolejnego podmiotu naruszało zasadę równego traktowania wykonawców, co sprawia, że czynność wezwania PIXEL do uzupełnienia dokumentów musi zostać uznana za niezgodną z prawem. Niezależnie od powyższego uzupełnione dokumenty w dalszym ciągu nie mogły potwierdzić spełnienia przez PIXEL warunków udziału w postępowaniu. Podstawowy zarzut Odwołującego w tym zakresie dotyczy zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących TMS Sp. z o.o. oraz członków zarządu tej spółki. Otóż z treści przedstawionych zaświadczeń wynika niezbicie, iż wszystkie trzy dokumenty zostały wystawione w dniu 16 maja 2013 roku, a zatem przeszło rok przed terminem składania ofert. Zgodnie zaś z treścią §3 ust. 1 pkt 5-6 rozporządzenia o dokumentach, a także z treścią odpowiednich postanowień SIWZ [pkt 6.2 SIWZ] dokumenty potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia w tym zakresie mogą być zaświadczenia wystawiane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Nie ulega więc wątpliwości, że PIXEL także i tym razem nie był w stanie przedłożyć dokumentów potwierdzających prawidłowe udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego, a co za tym idzie także i potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że wszystkie trzy dostawy referencyjne wykonane przez TMS Sp. z o.o. dotyczyły dostawy tomografów komputerowych. Tymczasem w świetle art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia. Warunek opisany w pkt 5.1.2 lit. a) SIWZ [którego dotyczą przedstawiane referencje] dotyczył dostawy sprzętu do radiologii cyfrowej. Warunek ten powinien być interpretowany w zgodzie z przedmiotem mniejszego zamówienia. Tylko wówczas spełniona zostaje bowiem dyrektywa zawarta w art. 22 ust. 4 ustawy. Przedmiot zamówienia nie obejmuje dostaw tomografów komputerowych. Oznacza to zaś, że TMS Sp.

z o.o. nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w postępowaniu niniejszym. CGM ponownie podnosi więc, iż w wyniku przeprowadzenia drugiej procedury

uzupełnienia dokumentów PIXEL nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż nie udowodnił, że podmiot udostępniający potencjał [zgodnie ze zobowiązaniem chodziło o wiedzę i doświadczenie oraz potencjał kadrowy] nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający miał więc obowiązek wykluczyć PIXEL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2-3 ustawy oraz art. 26 ust. 2b ustawy tj. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim PIXEL powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego [TMS Sp. z o.o.]. Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności i zamiast tego dokonał wyboru oferty PIXEL jako najkorzystniejszej, co stanowi oczywiste naruszenie powyższych przepisów, a także zasady równego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 ustawy.

[3] Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 3 lipca 2014 r. wezwał PIXEL do wskazania *„miejsca w ofercie, w którym Wykonawca określił system/systemy operacyjne"* opisane w poz. 2.1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ w części dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze [str. 81 oferty]. Argumentację podniesioną w powyższej części odwołania Odwołujący skierował wobec uzasadnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP. CGM wskazuje, iż przy zachowaniu identycznych rygorów formalnych, jakie zastosowano wobec oferty CGM, oferta PIXEL powinna zostać odrzucona. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż PIXEL nie wskazał oferowanego systemu operacyjnego pomimo wymogu, aby został on określony Nie ulega więc wątpliwości, że uchybienie PIXEL miało charakter tożsamy z uchybieniem stwierdzonym w ofercie Odwołującego. W złożonych wyjaśnieniach PIXEL podał, iż w przypadku wskazanego wyżej szpitala oraz szpitala w Żarach oraz Uniwersytetu Zielonogórskiego zaoferował „to samo oprogramowanie PACS" w związku czym, w każdej z tych lokalizacji zaoferował te same systemu operacyjne [nie wskazane w treści wyjaśnień]. Odwołujący podtrzymał pogląd, iż dla każdej z lokalizacji objętych niniejszym zamówieniem Zamawiający określił swoje wymagania w sposób odrębny. Tym konfiguracja systemu w jednej lokalizacji nie przenosi się automatycznie na inne lokalizacje [zwłaszcza, że wymagania dotyczące infrastruktury sprzętowo-systemowej są inne dla każdej lokalizacji]. Zastosowanie określonej wersji systemu Windows Server nie zależy od wersji instalowanego systemu PACS. System ExPACS z powodzeniem może więc pracować w środowisko systemowym Windows Server 2008. Jest to o tyle istotne, iż PIXEL we własnej ofercie w szeregu lokalizacji zaoferował właśnie system Windows Server 2008 [dotyczy to szpitali w Sulechowie, Międzyrzeczu, Słubicach, Międzyrzeczu Obrzycach, Gorzowie Wielkopolskim -por. str. 187,271, 320, 386,432 oferty]. Biorąc pod uwagę

powyższe - jak również zważywszy fakt, że w przypadku Szpitala w Żarach [na który powoływał się PIXEL w złożonych wyjaśnieniach] nie wskazano konkretnej wersji systemu Windows Server, Odwołujący podał że treść oferty PIXEL nie jest wystarczająca do wskazania jaki system operacyjny miał zostać zaoferowany. Kierując się więc logiką i zasadami, które zastosowano w przypadku oferty Odwołującego, uznać należy, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę PIXEL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, a czynność poprawy tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP była wadliwa. Zaniechanie dokonania tej czynności było nie tylko sprzeczne z tymi przepisami, ale dodatkowo naruszało także zasadę równego traktowania wykonawców [art. 7 ust. 1 ustawy]. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w poz. 2.1.1 Załącznika nr 9 do SIWZ w części dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze [str. 81 oferty] Zamawiający wymagał wskazania producenta, nazwy i wersji oferowanego systemu PACS. Tymczasem PIXEL w tym elemencie oferty nie podał wersji oferowanego oprogramowania [co uczynił w przypadku Szpitala w Żarach i w przypadku Uniwersytetu Zielonogórskiego podając, iż oferuje oprogramowanie ExPACS w wersji 2). Określenie wersji oprogramowania ma istotne znaczenie, z uwagi na fakt, iż Zamawiający wymagał dołączenia do oferty oświadczenia dotyczącego integracji z profilami IHE. PIXEL przedłożył taki dokument, który jednak dotyczy konkretnej wersji systemu ExPACS tj. wersji 2.1.x. [str. 521-523 oferty] Stąd też brak wskazania wersji systemu ExPACS wyłączał możliwość uznania, iż oferta spełnia wymagania SIWZ. Wykonawca zaznacza przy tym, że przy zachowaniu logiki Zamawiającego aktualnie niemożliwa jest poprawa oferty PIXEL. Stąd też oferta powinna PIXEL powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy A. S., T. S., J. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, 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: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia. Dotyczy to jednak wyłącznie zarzutów skierowanych wobec odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzuty skierowane wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi nie mieszczą się w ramach przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nie wykazał w powyższym zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec oferty, sklasyfikowanej jako mniej korzystna od jego własnej oferty. Przy przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert, cena oferty Odwołującego jest niższa od ceny oferty wybranej, Odwołujący zaoferował też korzystniejszą wartość w kryterium gwarancja, zaś różnica w liczbie zaoferowanych funkcjonalności [na rozprawie Odwołujący podał, że liczba zaoferowanych przez Przystępującego funkcjonalności to 2273, podczas gdy w ofercie Odwołującego zaoferowano ich 2194] jest na tyle nieznaczna, że nie różnicuje wzajemnej pozycji ofert w taki sposób, że oferta Przystępującego może stać się korzystniejszą w ogólnym bilansie punktacji. Jak podał Odwołujący na rozprawie, Przystępujący w tym kryterium otrzymałby 30 pkt, podczas gdy Odwołujący uzyskałby ich 28,96.

W warunkach poddawanego analizie postępowania, ocena oferty wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi jest więc dla Odwołującego neutralna a interes oraz możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, obejmuje jedynie te działania wykonawcy, które zmierzają do utrzymania oferty Odwołującego w postępowaniu [skutecznego zakwestionowania czynności odrzucenia oferty Odwołującego].

W zakresie popierania zarzutów kierowanych wobec oceny oferty złożonej przez wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi, Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego [jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją] – ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody.

Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiego kwestionowanego w odwołaniu zachowania Zamawiającego – tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższych zarzutów, w okolicznościach sprawy, że oferta Odwołującego, jest korzystniejszą, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby

spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy.

Odwołujący zatem, w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology SC w Łodzi a także wykluczenia tych wykonawców z postępowania nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy [tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 11 grudnia 2009 r. w spr. KIO/UZP 1558/09, z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2607/10, 2613/10, z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14].

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż *[…] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko.* Środki *ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść*

---

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki *ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu* ścierają *się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy* ścigania *i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane*

[Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego

naruszenia."

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą oferty niżej sklasyfikowanej [mniej korzystnej], niż oferta Odwołującego. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu.

Ponadto, zarzuty kierowane wobec wyboru wykonawców A. S., T. S., J. M., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pixel Technology S.C. w Łodzi, rozpatrywane samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie

w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11], z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14. Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: *„Legitymacja zatem do wniesienia* środka *ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym* środek *ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia*

w Przepis art. 179 1 pzp mówi o interesie przewidywanego przyszłości. ust. w uzyskaniu „danego zamówienia", co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie"

Nie można bowiem akceptować sytuacji, kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzuty, co do których niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, to jest zarzuty kierowane wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej oferty [których to potwierdzenie zarzutów realizuje w pełni jego interes, skoro jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyby podlegała ocenie], „podpina" pod te zarzuty szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia [tak wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12]. Powyższe stanowiłoby o obejściu regulacji ustawy, traktujących odwołanie jako środek nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Ten interes, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, sprowadza się więc do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie [a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy], nie zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty Odwołującego, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta Odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu.

Ponadto, sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu. Wszak odwołanie, po myśli art. 180 ust. 1 ustawy, przysługuje od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że każda z czynności lub zaniechań zamawiającego, może być przedmiotem samodzielnego odwołania i z osobna musi być rozpatrywana przez pryzmat dopuszczalności odwołania, spełnienia przesłanek do jego rozpatrzenia [takich choćby jak zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz innych podstaw wskazanych w art. 189 ust. 1 ustawy], wreszcie, co do każdej z nich wykonawca musi legitymować się istnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego musi być wreszcie rozważana przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest więc stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. [w spr. o sygn. akt: V Ca 3270/12].

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

[1] Po pierwsze – ze wskazanych wyżej powodów - nie mogły odnosić skutku dla rozstrzygnięcia odwołania rozważania dotyczące oferty innego wykonawcy, czy też uwagi ogólne co do samego postępowania, jeśli bezpośrednio nie rzutują one na pozycję Odwołującego w postępowaniu, tym nie sposób bowiem przypisać Odwołującemu przesłanek materialnoprawnych.

Zatem zawarte w odwołaniu ogólne spostrzeżenia wskazujące na nieprawidłowe działanie i nie zasługującą na akceptację ocenę przez Zamawiającego innej oferty, nie mogą

mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wprawdzie Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to jednak powyższe nie może wywołać samodzielnie skutku w postaci uwzględnienia odwołania – te okoliczności mogą przemawiać co najwyżej za negatywną oceną działań Zamawiającego, nie mogą jednakże mieć wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako możliwość zmiany czynności Zamawiającego, w sposób który pozwoli Odwołującemu uzyskać zamówienie. Jak wskazano wyżej, art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania przesłanek materialno prawnych. To oznacza tyle, że odwołanie nie jest środkiem służącym do kontroli poprawności działań zamawiającego a ma służyć realizacji interesu wykonawcy zmierzającego do uzyskania danego zamówienia.
[2] Po drugie, biorąc pod uwagę przebieg postępowania oraz stanowiska stron, celowe, a wręcz konieczne jest przypomnienie ogólnych reguł, jakimi rządzi się postępowanie o zamówienie publiczne. Zasadą w postępowaniu o zamówienie publiczne jest, że oferta jest składana wobec zamawiającego i prezentowana ze wszystkimi elementami i charakterystyką, dotyczącymi przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie składania ofert [art. 84 ust. 1 i 2 ustawy]. Ustawa wprowadza też zakaz negocjowania lub zmiany oferty po tym terminie, za wyjątkiem dialogu konkurencyjnego, oraz poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Jak bowiem stanowi art. 87 st. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 przepisu [dialog konkurencyjny oraz poprawianie niezgodności oferty z SIWZ], dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zatem w terminie składania ofert, zadaniem wykonawcy jest sformułowanie oferty, takie jej zaprezentowanie, że jasnym i czytelnym jest zaoferowany przedmiot, rozwiązania jakie się nań składają i jego charakterystyka. Po tym terminie oferta co do zasady nie podlega zmianie. Wyjątkiem jest wynikający z art. 87 ust. 2 ustawy obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, dla którego jednak granicę wyznacza zakaz negocjowania treści oferty oraz takiej jej zmiany, która będzie miała charakter istotnej.

Jeśli chodzi o poprawienie niezgodności oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, istotnym jest więc, czy w wyniku takiej poprawy ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Zasadą jest bowiem, że ofertę składa się w jednolitym i nieprzekraczalnym terminie wyznaczonym jako termin składania ofert. Po tym momencie nie powinno mieć miejsca formułowanie oferty lub jej elementów.

Z treści powołanego przepisu wprost wynika zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jednak, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Chodzi zatem o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Granice czynności Zamawiającego wyznacza przy tym przepis art. 87 ust. 1 ustawy, który dając zamawiającemu podstawę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jednocześnie wprowadza zakaz ingerencji w treść oferty – negocjowania jej treści oraz z zastrzeżeniem wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 a i ust. 2 wyjątków – zakaz zmian w treści oferty. Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może więc służyć do uzupełniania oferty o elementy w niej pominięte, jeśli nie zostały one w niej w inny sposób [w innych niż właściwe miejscach] zaprezentowane.

Przez ten pryzmat należy zatem postrzegać dopuszczalność dokonywania poprawy z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W analizowanej sprawie, poprawienie oferty w sposób postulowany przez Odwołującego, to jest poprzez określenie producenta modelu czy typu oferowanego urządzenia stanowiłoby niedopuszczalna zmianę treści oferty.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu, służy on do usuwania niezgodności oferty z treścią SIWZ, a zatem co do zasady, zmiana oferty dokonywana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy powinna polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem SIWZ, ustaleniem jej sprzeczności z tym postanowieniem a następnie poprawie w sposób odpowiadający temu postanowieniu. W praktyce, wskazany przepis stosuje się również do usunięcia wewnętrznych sprzeczności w ofercie. Taka poprawa nie może jednak skutkować wygenerowaniem przez zamawiającego w trybie poprawy oferty oświadczenia co do przedmiotu oferty, którego w ofercie brakuje – które zostało w niej pominięte, przemilczane, a jego uzupełnienie nie może odbyć się poprzez podstawienie wymagania zawartego w SIWZ, bowiem stanowi ono przedmiot pozostającej do swobody ofertowania przez wykonawcę. Innymi słowy, poprawa dokonywana na podstawie art. 87 ust.

2 pkt 3 ustawy nie może służyć do wytworzenia następczo po terminie składania ofert oświadczenia o oferowanym przedmiocie, którego wykonawca w ofercie nie zawarł i które nie znajduje w niej punktu zaczepienia. Takim oświadczeniem byłoby – na gruncie analizowanej sprawy – ustalenie producenta, nazwy oraz typu urządzenia oferowanego przez Odwołującego w pozycji 1.2.1. Załącznika nr 9 do SIWZ. Nie zostało ono w inny sposób podane w ofercie – w jej innym miejscu, nie wynika również z rozwiązań przyjętych w ofercie, a ustalenie, że Odwołujący zamierzał zaoferować w tej pozycji macierz dyskową Fujitsu ETERNUS DX90 S2 wynika dopiero z wyjaśnienia wykonawcy udzielonego na wezwanie Zamawiającego. W ramach tego wyjaśnienia Odwołujący wyraźnie wskazał, że na skutek omyłki w omawianym fragmencie oferty nie wskazano modelu i producenta macierzy oraz że zaoferowano macierz Fujitsu ETERNUS DX90 S2. Powyższe wskazuje, że w ofercie brak było takiego elementu, z którego można byłoby wyczytać pominięty przez Odwołującego element.

Podobnie należy oceniać poprawę dokonaną przez Zamawiającego w ofercie Przystępującego. Także i w tym wypadku oferta nie zawierała informacji dających podstawę do takiej poprawy a dostarczyło ich dopiero wyjaśnienie wykonawcy. Treść oferty nie dawała bowiem podstawy do przyjęcia, że w pozycji 2.1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ powinien być wskazany system Windows Server 2012. Nie jest przy tym uzasadnieniem co do kierunku takiej poprawy wskazującej na ten właśnie system fakt, że w kilku innych lokalizacjach Przystępujący zaoferował Windows Server 2012. W każdej lokalizacji wykonawca mógł bowiem zaoferować różne systemy i tak też czynił. Każdorazowo, wobec braku punktu zaczepienia w ofercie w odniesieniu do lokalizacji, co do której dokonano poprawy, taka poprawa stanowiła wytworzenie oświadczenia o przedmiocie oferty za wykonawcę, po terminie składania ofert.

Tego rodzaju poprawa – zarówno postulowana przez Odwołującego jak i dokonana przez Zamawiającego w ofercie Przystępującego stanowi wyraz wytworzenia oferty po terminie składania ofert i jest równoznaczna z jej negocjowaniem.

Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek, ponadto zaburzyłoby wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelna w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10]. Na gruncie treści obu ofert, Zamawiający nie ma bowiem punktu zaczepienia w treści oferty, do którego miałby odnosić dokonywane poprawki, jeśli w ofercie w ramach tabeli zawierającej wyszczególnienie elementów sprzętu czy oprogramowania wykonawca nie podał jego typu,

modelu czy innej charakterystyki pozwalającej wyraźnie na identyfikację przedmiotu oferty. Zamawiający nie może bowiem odgadywać zamiaru wykonawcy, co do zaoferowanego przedmiotu jeśli oferta w żaden sposób nie wskazuje tego przedmiotu.

Tym samym, poprawienie niezgodności oferty z SIWZ musiałoby się sprowadzać do

samodzielnego określenia przez Zamawiającego oferowanego urządzenia [w ofercie Odwołującego] albo oprogramowania [w ofercie Przystępującego], co jest równoznaczne z określeniem ich przez Zamawiającego, co jednak jest wyłączną domeną wykonawcy. Przy braku w ofercie takich informacji, które naprowadzałyby Zamawiającego na sposób właściwej poprawy, Zamawiający musiałby sam ukształtować oferowany przedmiot.
[2] Reasumując, Zamawiający dokonał życzliwej oceny oferty Przystępującego oraz takiej interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, która miała naprawić wadliwą ofertę, mimo, że obaj wykonawcy – zarówno Odwołujący jak i Przystępujący, niestarannym przygotowaniem ofert i pominięciem w nich elementów oferowanego przedmiotu, nie dali mu szansy na takie działanie. Oferty wykazujące takie niedoskonałości jak te zaistniałe w opisywanym zakresie, nie wskazujące, mimo wymagań postawionych w SIWZ, producenta, modelu, typu urządzenia czy oprogramowania, winny skutkować odrzuceniem ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Stąd odwołanie, w części zmierzającej do obalenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i uzyskania jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, jako bezpodstawne, podlegało oddaleniu. W konsekwencji, wobec nieuzyskania przez Odwołującego stanu, w którym jego własna oferta może być wybrana jako najkorzystniejsza, wszystkie dalsze zarzuty, w tym skierowane wobec oferty Przystępującego, musiały być traktowane jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy], co nie oznacza, że okazały się nieuzasadnione.

W odniesieniu zatem do oferty Przystępującego, pominięcia w ofercie, które zostały niewłaściwie poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy także powinny skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe pozostawiono jednak, z omawianych wcześniej względów [pkt I uzasadnienia, dotyczący przesłanek materialnoprawnych] Zamawiającemu.

Przypomnienia w tej mierze wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do podejmowania dodatkowo innych, aniżeli wynikające z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, czynności, w tym samodzielnego unieważniania dokonanych przez siebie czynności lub ich powtórzenia, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest także uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegająca odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo [analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r.

w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14].

Jeśli zatem Zamawiający dostrzeże nieprawidłowości danej oferty [przykładowo jej niezgodność z SIWZ] później, nie może przejść nad tym do porządku, choćby wcześniej traktował w tym zakresie ofertę za poprawną, niezależnie czy dostrzeżenie tych niedoskonałości jest wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, czy też własnego dostrzeżenia ich przez zamawiającego. Zamawiający

obowiązany jest bowiem traktować wszystkich wykonawców równo, zaś postawione przez siebie w SIWZ wymagania konsekwentnie egzekwować. Gdyby miało być inaczej, i ocena ofert – wbrew wymaganiom stawianym w SIWZ – miałaby następczo pomijać wyartykułowane w SIWZ wymagania, stanowiłoby to przejaw dyskryminującego traktowania wykonawców: może bowiem być tak, że część wykonawców potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie złożyła ofert zapoznając się z wymaganiami stawianymi w SIWZ, co uczyniliby, gdyby tych wymagań nie było, czy też gdyby nie były one brane pod uwagę przy ocenie ofert. Tym samym, Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonanym wcześniej wyborze oferty, że jest ona obarczona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami.

Stąd niemożność orzeczenia o poprawności lub nie oceny oferty innego wykonawcy, nie zamyka Zamawiającemu prawa do dalszego badania oferty, w tym brania pod uwagę później dostrzeżonych jej niedoskonałości.

[3] Mimo niedopatrzenia się – z przedstawionych wcześniej względów – niemożności uwzględnienia zarzutów skierowanych przez Odwołującego wobec wybranej oferty, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy [za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08] poddano analizie dalsze zarzuty postawione w odwołaniu, to jest te, zmierzające do wykazania podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania.

I tak w tej mierze, jeśli chodzi o zarzut postawiony wobec zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie w ramach uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnych przez podmiot trzeci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach potwierdzającego, że podmiot nie ma zaległości ponad wskazaną w nim kwotę [kwotę wyższą niż 3.000 EURO] – należy uznać,

że celowym jest akceptowanie dokumentów pochodzących z zagranicznego organu podatkowego, jeśli według miejscowego porządku prawnego organy ten traktują jako zaległości tylko zaległe zobowiązania od określonego progu kwotowego.

Jeśli chodzi o dokumenty pochodzące z belgijskiego odpowiednika rejestru karnego, potwierdzające niekaralność członków zarządu, których Przystępujący nie złożył, posługując się oświadczeniem przed notariuszem – dostrzec trzeba, że w tej mierze to na Przystępującym, jako podmiocie korzystającym z przewidzianej jako wyjątek od reguły możliwości złożenia oświadczenia przed notariuszem ciążył obowiązek wykazania, że taka

sytuacja wyjątkowa występuje. Składanie oświadczenia przed notariuszem traktowane jest jako sposób wykazania niekaralności członków zarządu dopuszczalny wtedy, gdy w porządku prawnym danego kraju nie wydaje się odpowiednich zaświadczeń. Tego rodzaju możliwość – jako wyjątkowa – jest uwarunkowana tą przesłanką, zatem to wykonawca, który posługuje się oświadczeniem przed notariuszem, nie traktowanym na równi z zaświadczeniem z właściwego rejestru i dopuszczonym dopiero wtedy, gdy nie wydaje się dokumentu urzędowego, obowiązany jest wykazać podstawy do zastosowania tego wyjątkowego sposobu udokumentowania niekaralności. Wszak przepis art. 26 ust. 2a ustawy wyraźnie wskazuje, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z treścią tego przepisu, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i brak podstaw do wykluczenia

z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, Zamawiający otrzymując w miejsce zaświadczenia z belgijskiego odpowiednika Krajowego Rejestru Karnego, oświadczenie przed notariuszem, przynajmniej powinien wyjaśnić [art. 26 ust. 4 ustawy] czy w tym kraju nie wydaje się odpowiednich zaświadczeń, nakładając obowiązek wykazania tej okoliczności na wykonawcę, który posługuje się dokumentem. Takie wątpliwości byłyby tym bardziej uzasadnione, że Przystępujący złożył odpowiednie zaświadczenie z rejestru dla osoby prawnej, pochodzące z Belgii. Reasumując, ta kwestia powinna być wyjaśniona przez Zamawiającego, zaś samo oświadczenie przed notariuszem powinno być honorowane przez Zamawiającego dopiero po uzyskaniu na podstawie czynności zainteresowanego wykonawcy pewności, że w Belgii nie wydaje się zaświadczeń z rejestru dla osób fizycznych.

Odwołujący eksponował także wątek drugiego wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w odpowiedzi na które Przystępujący złożył kolejne zobowiązanie podmiotu trzeciego do uzupełnienia dokumentów wraz z zestawem dokumentów dotyczących tego podmiotu. Zamawiający podał na rozprawie, że te uzupełnione dokumenty [dotyczące firmy TMS sp. z o.o. w Warszawie] nie były brane przez niego pod uwagę, stąd nie jest celowym rozważanie wad dokumentów, które nie były przedmiotem oceny Zamawiającego.

Niemniej, podkreślenia w tym miejscu wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od

wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należytą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może

także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty

30

zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania, przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z tego względu nie sposób było również uznać, że dopuszczalne było kolejne wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia raz już uzupełnionych dokumentów oraz kolejne przedstawienie przez Przystępującego, po raz trzeci dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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]. Nie uwzględniono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego z uwagi na to, że mimo oddalenia odwołania, stanowisko Zamawiającego nie okazało się prawidłowe, w istocie zasadnicza część zarzutów okazała się być trafną, choć pozostającą bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający przy tym w prezentowanym w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie stanowisku nie podzielił w części zarzutów odwołaniu, w tym zakresie który wskazywał na odmienną ocenę ofert dwóch wykonawców mimo jednakowych podstaw uniemożliwiających dokonanie poprawy ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, choć ta wydawała się oczywista i wręcz samonarzucająca się. Jak wskazano wyżej, stanowisko Zamawiającego okazało się być nietrafnym, zaś oddalenie odwołania jest wynikiem nie bezzasadności podniesionych zarzutów ale uznania braku wpływu potwierdzenia zarzutów na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy], czego Zamawiający w swym stanowisko w żaden sposób nie wskazywał.

31

Skład orzekający:

32