Sygn. akt KIO 1913/11

WYROK
z dnia 20 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2011 r. przez wykonawcę **Tomasz Mieczysław Kamiński TK BIOTECH Tomasz Kamiński w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku,

przy udziale wykonawcy **AQUA LAB A. Sierzputowski i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy AQUA LAB A. Sierzputowski i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie.
2. Kosztami postępowania obciąża Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tomasza Mieczysława Kamińskiego TK BIOTECH Tomasz Kamiński w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku na rzecz Tomasza Mieczysława Kamińskiego TK BIOTECH Tomasz Kamiński w Warszawie kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……
Członkowie ……
……..

Sygn. akt KIO 1913/11

Uzasadnienie

Odwołujący wykonawca Tomasz Mieczysław Kamiński TK BIOTECH Tomasz Kamiński w Warszawie wniósł odwołanie od dokonania i zaniechania czynności przez zamawiającego Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu medycznego i laboratoryjnego dla Katedry i Zakładu Biologii i Genetyki w ramach realizowanej inwestycji pn. Centrum Medycyny Inwazyjnej w Gdańsku" (pakiet 1), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej w skrócie „ustawą Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29.06.2011 r. nr 2011/S 122-202377.

Odwołujący zarzucił niezgodność z ustawą Pzp następujących czynności i zaniechań przez zamawiającego polegających na:

1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AQUA LAB A. Sierzputowski i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie, zwanej w skrócie „AQUA LAB";
2) odrzuceniu oferty odwołującego;
3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania AQUA LAB i odrzucenia złożonej przez tę spółkę oferty, względnie (z ostrożności procesowej) - zaniechaniu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia brakujących w ofercie oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący, wskazał że powyższe czynności zostały dokonane/zaniechane bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia (pozbawiło go możliwości zawarcia umowy) i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z kosztami uczestnictwa w postępowaniu oraz utratą zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3) wykluczenia z postępowania firmy AQUA LAB oraz odrzucenia jej oferty (względnie

wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp);
4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu podał, co następuje.
I.W zakresie odrzucenia oferty odwołującego.
Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podając, że wbrew wymaganiom określonym w poz. II pkt 3 dla Systemu do automatycznego przygotowania reakcji PCR, odwołujący zaoferował dozowanie z użyciem cieczy systemowej, a zdaniem zamawiającego taka możliwość istniała wyłącznie w przypadku Systemu do automatycznej izolacji DNA.
Z czynnością zamawiającego nie zgodził się odwołujący, gdyż w jego ocenie, specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) wśród wymaganych parametrów (dla obu systemów stanowiących przedmiot pakietu 1 - odpowiednio punkt I.5 i II.3), zawierała wymóg „dozowania bez cieczy systemowej". W zakresie tego postanowienia, w dniu 14.07.2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie odwołującego, która była krótka i zwięzła, sprowadzała się do potwierdzenia („TAK"), czego oczekiwał odwołujący.
Odwołujący wskazał w swoim piśmie, że jego pytania dotyczą pakietu 1 - obydwu systemów (czyli zarówno wymagań dla systemu do automatycznej izolacji DNA jak i systemu do automatycznego przygotowania reakcji PCR).
W treści pisma zostały zawarte dwa pytania, z których pierwsze dotyczyło możliwości dozowania za pomocą cieczy systemowej. Zamawiający w pierwotnej siwz (pkt I.5 oraz II.3) zaznaczył, że dozowanie ma się odbywać bez cieczy systemowej.
Pytanie odwołującego brzmiało: *Czy zamawiający dopuści urządzenie o parametrach równoważnych dający te same wyniki przy zastosowaniu tej samej metody - izolacji DNA z użyciem kulek magnetycznych, oparte na dozowaniu za pomocą cieczy systemowej? Uzasadniając pytanie odwołujący wskazał: System pipetujący oparty na cieczy systemowej posiada rozszerzone możliwości czyszczenia i tym samym zamawiający ma możliwość wyeliminowania kontaminacji próby przez aerozole powstałe podczas pipetowania za pomocą systemu powietrznego bez względu na rodzaj użytych tipsów. Dodatkowo zaproponowany przez nas system umożliwia szybsze pipetowanie niż opisywany w siwz przedmiot zamówienia.* Odpowiedź zamawiającego brzmiała: *TAK.*
Zamawiający odrzucając ofertę stwierdził, że powyższa zgoda dotyczyła wyłącznie systemu do automatycznej izolacji DNA, poz. I pkt 5 siwz , co kwestionuje odwołujący, twierdząc, że z

w pytaniu wyjaśnił dlaczego system pipetujący oparty na cieczy systemowej jest lepszy od systemu powietrznego. Zatem, zamawiający zgadzając się na zapytanie uwzględniał, zarówno system do izolacji DNA, jak i składania reakcji PCR. Jest to logiczne, w ocenie

odwołującego, ponieważ system oparty na cieczy systemowej eliminuje możliwość kontaminacji próby przez aerozole powstałe podczas pipetowania za pomocą systemu powietrznego, który odgrywa również ważną rolę w czasie składania reakcji PCR. Zamawiający więc decydując się na system eliminujący zagrożenie kontaminacji w pierwszym etapie związanym z izolacją DNA powinien również zadbać o następny etap, czyli składanie reakcji PCR. Podniósł, że pomimo, iż są to dwa systemy mogące pracować niezależnie, należało brać pod uwagę fakt, że wchodzą one w skład jednego procesu dążącego do uzyskania jak najlepszych (najbardziej wiarygodnych) wyników PCR. W tym celu użytkownik powinien dążyć do wyeliminowania zagrożenia związanego z kontaminacją, zarówno na etapie izolacji DNA, jak i składania reakcji PCR.
Podkreślił również, że pytanie dotyczyło obydwu systemów zamawianych w ramach pakietu 1, a w jego treści odwołujący odnosił się do systemu pipetującego, który występuje w obydwu urządzeniach i działa w podobny sposób (spełniając analogiczną rolę w każdym z procesów).
Uznał, że podejście zamawiającego nie ma uzasadnienia w treści udzielonych odpowiedzi, w których przystał na propozycje przedstawione w treści pytania. Tym samym zamawiający dokonał zmiany specyfikacji odpowiednio w punktach I.5 (dla systemu do DNA) i II.3 (dla systemu PCR). Fakt, że w zmienionym załączniku nr 3 do siwz poprawił tylko punkt I.5, zdaniem odwołującego, nie może świadczyć, że objęty twierdzącą odpowiedzią punkt II.3 pozostał w poprzednim brzmieniu. Wyjaśnienie z dnia 14 lipca 2011 r. odnosiło się do obu systemów, gdyż pytanie dotyczyło obu systemów.
Podobna sytuacja co w przypadku parametru z poz. II pkt 3 siwz występuje w pozycji II.6 zestawienia parametrów (załącznik 3). Pismem z dnia 14 lipca 2011 r. zamawiający, w analogiczny sposób (odpowiedź „TAK") wyraził zgodę na system pipetujący posiadający możliwość doboru różnego rodzaju klasy cieczy. Odwołujący powołał się na tę odpowiedź potwierdzając tabelę wymaganych parametrów systemu do przygotowania reakcji PCR (poz. II.6) i w tym przypadku zamawiający nie zakwestionował oferty. Świadczy to, iż odpowiedź z 14 lipca 2011 r. dotyczyła obydwu systemów w pakiecie 1, a odrzucenie oferty nie było uzasadnione i naruszało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. W zakresie zaniechania wykluczenia AQUA LAB.
Spółka AQUA LAB podlega wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
W punkcie VI.1.2) ppkt a) siwz zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym każdy wykonawca powinien wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert 2 dostawami systemów do automatycznej izolacji DNA i/lub system do automatycznego przygotowania

reakcji PCR o wartości co najmniej 1000 000 zł netto każda dostawa.
AQUA LAB samodzielnie nie był wstanie spełnić tego warunku, więc powołał się, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów. W ofercie zamieścił wykaz dostaw zrealizowanych przez HAMILTON Robotics GmbH z siedzibą w Niemczech. W ocenie odwołującego, w związku powołaniem się na potencjał podmiotów trzecich, firma AQUA LAB nie spełniła wymagań zamawiającego z następujących powodów.
Zgodnie z punktem V.5 siwz (strona 5 od góry) - *jeżeli wykonawca wykazując spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdz. V ust. 2 siwz.* AQUA LAB złożył szereg dokumentów dotyczących HAMILTON Robotics GmbH, jednak brakuje następujących:

a) aktualnego, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której

dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp - takie zaświadczenia są wystawiane w Niemczech, a tym samym nie można ich było zastąpić oświadczeniem przed notariuszem;

b) aktualnego, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym ma siedzibę HAMILTON Robotics GmbH, potwierdzających odpowiednio, że:

- nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości HAMILTON Robotics GmbH;
- nie orzeczono wobec HAMILTON Robotics GmbH zakazu ubiegania się o zamówienie; dokumenty takie są wystawiane w Niemczech i nie można ich było zastąpić oświadczeniem przed notariuszem.

Następnie odwołujący stwierdził, że wszelkie dokumenty dotyczące HAMILTON Robotics GmbH, które już znajdują się w ofercie (wyciąg z rejestru, zaświadczenia o niezaleganiu w płatnościach składek i podatków, oświadczenia i wykazy wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie) zostały wadliwie poświadczone za zgodność z oryginałem, bo przez wykonawcę AQUA LAB, a nie przez podmiot trzeci, którego dotyczą, jak tego wymaga § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Podniósł, że wskazane stanowisko utrwalone zostało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (orzeczenia o sygn. akt KIO 1161/10, 447, 449, 452/11, KIO 510/11, KIO 735/11 736/11, KIO 786/11, KIO 797/11). Wszystkie więc dokumenty odnoszące się do HAMILTON Robotics

GmbH należało uznać za wadliwe, co świadczy, że AQUA LAB nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Kolejnym błędem dotyczącym AQUA LAB jest brak odpowiedniego dokumentu potwierdzającego możliwość powoływania się przez tego wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego - HAMILTON Robotics GmbH. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp taka możliwość istnieje, o ile wykonawca udowodni zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. AQUA LAB przedstawił kopię oświadczenia HAMILTON Robotics GmbH o wyrażeniu zgody na przekazanie wiedzy i doświadczenia, co jest dokumentem niewystarczającym z punktu widzenia wspomnianego przepisu gdyż:

- nie stanowi zobowiązania do oddania jakichkolwiek zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie wiadomo zatem w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia. Tymczasem utrwalone jest w orzecznictwie KIO (wyroki o sygn. akt KIO 1333/10, KIO 1536/10, KIO 1588/10, 1596/10), iż możliwość powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego jest uzależniona od uczestnictwa w realizacji zamówienia takiego podmiotu, a więc co najmniej tego rodzaju zobowiązanie musi się znaleźć w ofercie aby wykonawca mógł się odwoływać do dostaw wykonanych przez inne osoby niż on sam;
- oświadczenie zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę; zatem gdyby nawet je traktować jako zobowiązanie to nie ma formy pisemnej, jak tego wymaga art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp (wyroki KIO o sygn. akt KIO 348/11, 447, 449, 452/11), ani nawet nie zostało poświadczone za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia.

W związku z powyższym, odwołujący uznał, że w ofercie AQUA LAB nie ma dokumentu upoważniającego do powoływania się przez tego wykonawcę na wiedzę i doświadczenie HAMILTON Robotics GmbH, a tym samym do korzystania z wykazu wykonanych przez ten podmiot dostaw, co implikuje wniosek, że AQUA LAB nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Ponadto odwołujący zauważył, że wykaz wykonanych przez HAMILTON Robotics GmbH dostaw jest niewystarczający do potwierdzenia, że zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu, bowiem nie zawiera dwóch wykonanych dostaw.

W stosunku do dostawy dla Karolińska Institute w Sztokholmie wysnuł następujące

zastrzeżenia:

- wykaz nie został sporządzony przez AQUA LAB lecz podmioty trzecie;
- dostawa nie została wykonana (zakończona) przed terminem składania ofert, bo zgodnie z opisem testy i walidacja będą się odbywać dopiero we wrześniu 2011 r.;
- dla dostawy nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie;
- dostawa została wykonana przez HAMILTON Robotics ApS z siedzibą w Kopenhadze (Dania), a podmiot ten nie udostępnił AQUA LAB swojej wiedzy i doświadczenia, ani nie załączył żadnych dokumentów formalnych dotyczących tej firmy (potwierdzających, że nie podlega ona wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne).

W związku z powyższym należało uznać, że AQUA LAB nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określone w punkt IV.1.2) ppkt a siwz i powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp .

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów, lecz wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty AQUA LAB, wskazana regulacja nie będzie miała zastosowania.

III. W zakresie zaniechania odrzucenia oferty AQUA LAB.

Niezgodność oferty z treścią siwz w zakresie:

Załącznik nr 3 do siwz, Pakiet 1 Zestawienie parametrów, System do automatycznej izolacji DNA (poz. I):

- pkt 19 i 20 - według siwz ilość wymaganych próbek w serii powinna wynosić od 1 do 48, a czas izolacji serii powinien wynosić max 4 h.

Zaoferowany przez firmę AQUA LAB system Chemagic STAR przy wymaganej w siwz objętości próbki 10 ml (zgodnie z zakresem określonym w pkt 1.5 SIWZ) może wyizolować jedynie 24 próby DNA w wymaganym czasie max 4 godzin. Izolacja DNA z 48 prób o objętości 10 ml zajmie aż 8 godzin przy zastosowaniu głowicy 12 Road Head (stosowanej przy objętości próbki 10ml, co potwierdza załączona dokumentacja), co jest sprzeczne z siwz.

Zatem, oferta AQUA LAB nie spełnia wymogów granicznych z punktów:

- 19 i 20 załącznika nr 3. Odwołujący zaznaczył na marginesie, że zaproponowany przez niego system w oparciu o urządzenia TECAN, jest w stanie przeprowadzić izolację z jednej serii 48 prób o objętości 10 ml w 4 godziny. Zaoferowanie systemu o zmniejszonej przepustowości - podobnej do oferty firmy AQUA LAB, spowodowałoby znaczne obniżenie wartości oferty odwołującego.
- pkt 3 - w zestawieniu parametrów firma AQUA LAB zamieściła informację, że

oferowane urządzenie spełnia warunek dotyczący zakresu objętości próbek co najmniej 10 µl do 10 ml. Z dołączonych do oferty dokumentów (dokumentacja - str. 23) wynika, że urządzenie Chemagic STAR może wykonać ekstrakcję z próbek o minimalnej objętości 20 µl, co jest sprzeczne z wymogami określonymi w punkcie 1.3 załącznika nr 3 do siwz.
- pkt 4 - proces normalizacji w zaoferowanym systemie, możliwy jest wyłącznie po modyfikacji blatu roboczego i odbywa się kosztem ograniczenia ilości jednoczesnych izolacji w jednej serii (dokumentacja str. 22). Przy maksymalnej objętości próby 10 ml istnieje możliwość izolacji kwasów nukleinowych jedynie z 12 prób podczas przeprowadzenia jednoczesnej normalizacji. Zamawiający wymaga zapewnienia izolacji z 48 prób o objętości 10 µl do 10 ml w czasie max 4 godzin. Nie ma więc możliwości programowania i realizacji normalizacji na tej samej platformie stężenia DNA przy jednoczesnym zachowaniu parametrów wydajności.
- pkt 13 - w zaproponowanym wyposażeniu standardowym wykonawca zaoferował jedynie uchwyt do osłonek jednorazowych prętów głowicy ekstrakcyjnej w ilości 2x24 (dokumentacja załącznik 1 str. 2). Głowica 24 kanałowa, według załączonej broszury (dokumentacja str. 23) jest w stanie przeprowadzić ekstrakcję z próbek od 200 µl do 4 ml, co nie jest zgodne z wymogami specyfikacji przetargowej, wymagającej objętości do 10 ml (poz.

1.3). Do objętości próbki 10 ml oferent powinien zaproponować głowicę 12 kanałową, czego nie zrobił, bo wówczas wydajność systemu byłaby jeszcze mniejsza.
- pkt 7 - zakres dozowania objętości co najmniej 0,5 µl-5000 µl. W ofercie AQUA LAB ten wymóg nie został spełniony. Z ulotki Hamilton (producenta urządzenia) wynika bowiem, że zakres minimalny dozowania wynosi 1 µl, a nie 0,5 jak zostało określone w siwz.

Załącznik nr 3 do siwz, Pakiet 1 Zestawienie parametrów, System do automatycznego przygotowania rekcji PCR (poz. II):
- pkt 2 - według specyfikacji przetargowej wymagane parametry dozowania objętości obejmują zakres od 0,5 µl.1 do 1000 µl. W dołączonej do oferty dokumentacji widnieje zapis, że urządzenie Microlab STARlet posiada głowice 2 - 16 kanałów 1000 µ; 2 - 8 kanałów 5ml (dokumentacja przetargowa str. 25), nie zamieszczono jednak informacji o minimalnej objętości dozowania tych głowic. Firma nie zamieściła w ofercie przetargowej informacji, którą głowicę oferuje, w celu spełnienia wymogów. W związku z powyższym jest niezgodna z punktem II.2 załącznika nr 3.

Mając na uwadze wskazane niezgodności odwołujący uznał, iż system zaoferowany przez firmę AQUA LAB nie wypełnia wymogów, które zostały określone w siwz, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy.

W związku z koniecznością odrzucenia oferty AQUA LAB jako niezgodnej z treścią siwz powstaje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, co powoduje wyłączenie możliwości art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Odwołujący z ostrożności podniósł również zarzut naruszenia tego przepisu (na wypadek, gdyby zarzuty dotyczące treści oferty nie potwierdziły się). Uznał, że odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Do postępowania odwołującego przystąpił wykonawca AQUA LAB A. Sierzputowski i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł w dniu 19 września 2011 r. odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia w pakiecie nr 1. Wykazanie zasadności zarzutów co do naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego oraz niewłaściwego badania i oceny oferty wybranej złożonej przez uczestnika postępowania, powoduje możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu wykazania zasadności zarzutów dotyczących wykonawcy i złożonej przez niego oferty, wybranej jako najkorzystniejsza. Izba uwzględniła częściowo zarzuty oznaczone w toku postępowania jako grupa II i III, nie uwzględniła natomiast zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, oznaczonych jako grupa I.

I.Odrzucenie oferty odwołującego.
Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przesyłając zawiadomienie z dnia 25 sierpnia 2011 r. W uzasadnieniu odrzucenia oferty podał, że niezgodność treści oferty z treścią siwz polega na tym, iż „W opisie wymaganych parametrów dla Systemu do automatycznego przegotowania reakcji PCR 1 szt.– poz. II pkt 3, zamawiający wymagał dozowania bez cieczy systemowej. Wykonawca natomiast zaoferował dozowanie z użyciem cieczy systemowej, uzasadniając zmianę parametru dokonaną przez zamawiającego modyfikacją - odpowiedzi na pytania z dnia 14 lipca 2011 r.” W tym zakresie Izba ustaliła.

Odwołujący pismem datowanym 19.07.2011 r. wniesionym do zamawiającego w dniu 13 lipca 2011 r., wskazując pakiet 1 – System do automatycznej izolacji DNA i - System do automatycznego przygotowania reakcji PCR, zadał dwa pytania. Pytanie 1. dotyczyło możliwości dopuszczenia urządzenia o parametrach równoważnych dającego te same wyniki przy zastosowaniu tej samej metody – izolacji DNA z użyciem kulek magnetycznych, opartego na dozowaniu za pomocą cieczy systemowej. W uzasadnieniu pytania odwołujący wskazał, że system pipetujący oparty na cieczy systemowej posiada rozszerzone możliwości czyszczenia i tym samym zamawiający ma możliwość wyeliminowania kontaminacji próby przez aerozole powstałe podczas pipetowania za pomocą systemu powietrznego bez względu na rodzaj użytych tipsów. Dodatkowo wskazał, że zaproponowany przez odwołującego system umożliwia szybsze pipetowanie niż opisywany w siwz przedmiot zamówienia.
Natomiast pytanie 2. dotyczyło możliwości dopuszczenia urządzenia z systemem pipetującym posiadającym możliwość doboru różnego rodzaju klasy cieczy zamiast niezależnego aktywnego systemu zapobiegającego grubieniu kropli. W uzasadnieniu pytania odwołujący podał, że określenie klasy dla poszczególnych cieczy polega na dopasowaniu przez robota siły zasycania do rodzaju pipetowanej cieczy dzięki czemu zamawiający unika problemu opadania kropli podczas pipetowania. Wskazał, że pipetowanie cieczy lotnych lub lepkich tj. alkohole używane w procedurze izolacji DNA jest znacznie łatwiejsze i bezpieczniejsze w systemie doboru klasy pipetowanego odczynnika niż w opisanym przez zamawiającego przedmiocie zamówienia. Podniósł, że w zaproponowanym przez zamawiającego aktywnym systemie zapobiegającym grubieniu kropli w powietrznym układzie pipetującym, istnieje możliwość korozji elementów pipetujących na skutek powstawania aerozoli pipetowanej cieczy. Dodał, że zaproponowany przez zamawiającego niezależny aktywny system zapobiegający grubieniu kropli oznacza się wolniejszą pracą w porównaniu do systemu z doborem klasy cieczy.
Odwołujący w złożonej ofercie w pkt I.5 załącznika nr 3, przy wymaganym w załączniku parametrze „Dozowania bez cieczy systemowej” z dopuszczeniem cieczy systemowej - „Zamawiający dopuszcza: dozowanie za pomocą cieczy systemowej”, opisał oferowany parametr „Dozowanie za pomocą cieczy systemowej”.
W pkt II.3 załącznika nr 3, przy wymaganym w załączniku parametrze „Dozowania bez cieczy systemowej”, opisał oferowany parametr „Zgodnie z odpowiedzią twierdzącą zamawiającego na zadane pytanie do specyfikacji pakiet 1 – dozowanie odbywa się z użyciem cieczy systemowej”.

Oceniając treść pytania i udzielonej na nie odpowiedzi w powiązaniu z dokonaną zmianą załącznika nr 3 do siwz, z której wynika jednoznaczna różnica w opisie parametrów w pkt I.5

---

i II.3, w kontekście wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołujący zaoferował parametr niezgodny z wymaganym przez zamawiającego. Nie może stanowić uzasadnienia wywód odwołującego, że pytanie 1 dotyczyło obu systemów. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że pytanie 1 dotyczyło zastosowania dozowania za pomocą cieczy systemowej wyłącznie w zakresie izolacji DNA, a więc dotyczyło Systemu do automatycznej izolacji DNA oznaczonego w załączniku nr 3 jako część I. Wynika to z treści pytania i zmiany dokonanej w załączniku nr 3. Nie zasługuje na uwzględnienie, w ocenie Izby, twierdzenie, że załącznik wobec odpowiedzi z dnia 14 lipca 2011 r. na zadane pytanie, ma drugorzędne znaczenie, co oznacza, że dopuszczalne jest wypełnienie 4. kolumny załącznika pn. „Szczegółowy opis parametrów oferowanego przedmiotu zamówienia”, stanowiącego oświadczenie wykonawcy w przedmiocie opisu parametrów oferowanego urządzenia”, niezgodnie z opisem wymaganych przez zamawiającego parametrów w kolumnie 2. Przesyłając odpowiedź na pytania, zamawiający jednoznacznie wskazał, iż przekazuje w załączeniu zmodyfikowany załącznik nr 3. Zgodnie z pkt VI.1.2) siwz, wypełnione i podpisane wymagane parametry techniczne przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do siwz) stanowią obligatoryjną i istotną część oferty. Z uwagi na brak możliwości poprawienia treści oferty na podstawie przepisów ustawy Pzp, w sposób, który nie powoduje jej istotnej zmiany (potwierdzony na rozprawie brak możliwości zaoferowania systemu z dozowaniem bez cieczy systemowej), Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że oferta w zakresie parametrów dla Systemu do automatycznego przegotowania reakcji PCR – poz. II pkt 3 załącznika nr 3, jest zgodna z wymaganiem zamawiającego, stanowiącym treść siwz.

Zatem, Izba uznała, że zamawiający dokonując oceny oferty odwołującego ze skutkiem jej odrzucenia, nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy AQUA LAB A. Sierzputowski i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie.
W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający opisał w siwz odnośnie pakietu 1, w pkt IV.1.2, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – 2 dostawami systemów do automatycznej izolacji DNA i/lub system do automatycznego przygotowania reakcji PCR o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto każda dostawa.
Potwierdzeniem spełniania warunku miał być wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych przez wykonawcę, wymaganych w rozdziale IV ust. 1 pkt 2) lit. a (pakiet 1), dostaw wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie – załącznik nr 5 (V.1.2) siwz).

Zamawiający opisał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – określonych w rozdz. IV ust. 1 siwz, polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymaga przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdz. V ust. 2 siwz. Wskazał, że postanowienia dotyczące podmiotów, które mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej stosuje się odpowiednio. Podał, że dokumenty mogą być przedstawione w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub podmiotów, są poświadczane przez wykonawcę lub podmioty (pkt V.5. i 6. siwz).

A więc zamawiający żądał od wykonawców, w razie korzystania przez nich z zasobów innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, biorących udział w realizacji części zamówienia, oświadczeń i dokumentów, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, określonych w części V.2. 1)-6) siwz.

Wykonawca zamieścił w ofercie na str. 83-84 oświadczenie firmy HAMILTON Robotics GmbH w Niemczech, zwanej w skrócie „spółką”, z dnia 3 sierpnia 2011 r. podpisane przez dyrektora zarządzającego dr Henning Menke, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki, na podstawie Urzędowego wydruku aktualnego z karty rejestru (str. 53-58 oferty), o wyrażeniu zgody na przekazanie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jako swemu przedstawicielowi, zgodnie z warunkami postępowania przetargowego dotyczącego dostawy będącej przedmiotem postępowania.
Oświadczenie zostało złożone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co jest niezgodne z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.
W myśl tego przepisu, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował należącymi do innego podmiotu zasobami, niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym celu przedstawia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Warunki wynikające z przepisu obowiązują niezależnie od charakteru prawnego łączących wykonawcę z podmiotem stosunków. Zatem, zobowiązanie ma charakter oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, dokument zawierający oświadczenie woli winien zawierać własnoręczny podpis. Nie jest wiec dopuszczalna kopia dokumentu, gdyż w tym przypadku ma zastosowanie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy wykonawcze -

rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwane w skrócie „rozporządzeniem”.

Na str. 47-48, 50-51 oferty zostały zamieszczone oświadczenia spółki jako podwykonawcy, a zatem podmiot, który udostępnił swój potencjał w przedmiocie wiedzy i doświadczenia, określił się jako podwykonawca, co zobowiązuje wykonawcę do załączenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, żądanych przez zamawiającego w siwz (§ 2 w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia).

Dokumenty załączone do oferty dotyczące zakresu określonego w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające, że nie otwarto wobec spółki likwidacji, nie ogłoszono upadłości oraz nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, mają formę oświadczeń złożonych przed notariuszem, a nie dokumentów wymienionych w § 2 ust. 2 rozporządzenia.
Uznano, że w Niemczech wydawane są dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, co także zamawiający przyznał na rozprawie, zatem nie można zastąpić ich oświadczeniami.
Potwierdził się również zarzut, że wszystkie dokumenty dotyczące spółki zostały złożone w formie kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a nie przez te spółkę jako inny podmiot (§ 6 ust. 2 w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia).

Potwierdził się zarzut sporządzenia wykazu dostaw (str. 86-87, 92-93 oferty) przez spółkę, a nie przez wykonawcę. Natomiast kserokopie wykazu zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (str. 86-95 oferty), co stanowi odwrotność czynności.

Nie potwierdził się zarzut wykonania dostawy dla Karolinska Institute, Sztokholm, Szwecja, dopiero we wrześniu 2011 r., gdyż z protokołu przyjęcia przyrządów wynika, że w tym miesiącu miały zostać zakończone jedynie próby testów SAT i walidacji wewnętrznej w KI (str. 86-91 oferty).
Nie potwierdził się zarzut braku potwierdzenia należytego wykonania dostaw, gdyż do oferty załączono pozytywne protokoły odbioru (88-91, 94-95 oferty).

Spółka HAMILTON Robotics ApS. c/o MAGNUSSON ADVOKATFIRMA w Danii figuruje tylko w protokole przyjęcia przyrządów w dostawie na rzecz Karolinska Institute, Sztokholm, Szwecja (str. 88-91 oferty). Zatem wykonawca powinien wyjaśnić udział tej spółki w dostawie. Fakt powiązania kapitałowego spółek, co podniesiono na rozprawie, nie może mieć znaczenia w świetle treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba stwierdza, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten stanowi również podstawę do żądania pisemnego zobowiązania spółki wymaganego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącza taki obowiązek jedynie w dwóch przypadkach, tj. mimo złożenia dokumentów oferta i tak podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

III. Zaniechanie odrzucenia oferty.
Wykonawca złożył załącznik nr 3 w pakiecie 1, w którym zaoferował zestawienie parametrów dla Systemu do automatycznej izolacji DNA producenta HAMILTON Robotics GmbH, Szwajcaria, aparat chemagic STAR (część I) oraz System do automatycznego przygotowania reakcji PCR tego samego producenta, aparat Microlab® STARlet.

W załączniku zostały opisane wymagane przez zamawiającego parametry, wykonawcy mieli podać właściwą odpowiedź oraz zamieścić szczegółowy opis parametrów.
W celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących przedmiotu zamówienia, obok przedstawienia opisu-informacji o oferowanym sprzęcie z podaniem producenta, modelu, oznaczeń według formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 4 do siwz, wykonawcy

zostali zobowiązani do załączenia do oferty prospektów/katalogów w języku polskim na oferowany przedmiot zamówienia (II.4.2.e) siwz).

Pismem z dnia 19 sierpnia 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego wskazując niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią siwz w zakresie odpowiadającym zarzutom zawartym w odwołaniu, za wyjątkiem pkt 7 części I.
Zamawiający wezwał wykonawcę pismem z dnia 23 sierpnia 2011 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w części I pkt 3 i 4 (str. 6 oferty), pkt 13 (str. 7 oferty oraz z pytaniem odnośnie systemu Chemagic Star w zakresie przepustowości, co odnosi się do pkt 19 i 20 odwołania oraz w części II pkt 2.
Wykonawca udzielił wyjaśnień pismem z dnia 23 sierpnia 2011 r. w zakresie części I pkt 3 i 4 (str. 6 oferty), pkt 13, 19 i 20 oraz części II pkt 2. W zakresie wyjaśnień dotyczących pkt 3 oraz 19 i 20 wykonawca odesłał zamawiającego do stron internetowych producentów.

Zamawiający, jak podał w odpowiedzi na odwołanie, na podstawie satysfakcjonującej odpowiedzi wykonawcy, uznał, że nie sposób uznać, by w dalszym ciągu oferta wykonawcy nie odpowiadała siwz. Na rozprawie podtrzymał stanowisko podnosząc, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są spóźnione.

Izba uwzględniła zarzuty dotyczące części I pkt 3 (zakres objętości próbek co najmniej 10 µl -10 ml), pkt 19 i 20 (ilość próbek w serii w zakresie od 1 do co najmniej 48 i czas izolacji serii: max 4 h), pkt 7 (zakres dozowania objętości co najmniej 0,5 µl – 5000 µl); w części II pkt 2 (zakres dozowania objętości co najmniej 0,5 µl – 5000 µl).
Nie ulega wątpliwości, że odwołujący powtarzając zarzuty z pisma z dnia 19 sierpnia 2011 r. nie uwzględnił czynności zamawiającego i wykonawcy, polegających na złożeniu wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
Wykonawca w zakresie części I pkt 3 potwierdził, że zgodnie z aktualną specyfikacją techniczną zakres objętości próbek wynosi 10 µl -10 ml. Podniósł, że zakres 20 µ dotyczy standardowych aplikacji, aplikacji „z półki" chemagic STAR Kits. Natomiast protokoły mogą być wdrażane w pełnym oczekiwanym przez klienta zakresie.
Pkt 19 i 20, wykonawca potwierdził, że czas izolacji 48 próbek, niezależnie od ich objętości (mieszczącej się w wymaganym zakresie od10 µl do 10 ml), nie przekracza 4 godzin.
W zakresie najaktualniejszych danych technicznych dotyczących parametrów pkt 3, 19 i 20, odesłał do stron internetowych producenta. Podał również, że w jego ocenie materiały reklamowe w formie papierowej, są jedynie materiałami pomocniczymi i dotyczą urządzeń standardowych.
W tym przedmiocie wykonawca złożył na rozprawie oświadczenie dyrektora handlowego Stephana J. z PerkinElmer z dnia 14-15 września 2011 r. (uznane dowodowo jako oświadczenie uczestnika postępowania), w którym potwierdza technologię Hamilton: chemagic STAR, system chemagen chemagic MSM I jest w stanie przetwarzać próbki krwi o objętości od 10 µl do 10 ml. Systemy Hamilton STAR są w stanie dozować próbki o objętości od co najmniej 10 µl do 5 ml. Stwierdził, że protokoły obecnie dostępne umożliwiają przetwarzanie objętości od 20 µl do 10 ml, ale oprogramowanie może być dostosowane do przetwarzania objętości w zakresie od 10 µl do 10 ml. Oprogramowania może być dostosowane do realizacji przepustowości 48 x 10 ml próbek krwi na 4 godziny.
W ocenie Izby, wykonawca wskazując możliwość dostosowania oprogramowania nie określił zasad dostosowania oraz podmiotu wykonującego te czynności. Zatem, zarzut w tym zakresie Izba uwzględniła.
Uwzględniła również zarzut dotyczący pkt 7 w I części i pkt 2 w II części.
W zakresie pkt 7 wykonawca uzasadnił swoje stanowisko tym, że w specyfikacji technicznej

---

chemagic STAR w części dotyczącej modułu dozującego, ramię - wskazano 8 niezależnych kanałów, których dolnym parametrem jest 0,5 µl (str. 21 oferty). W części wskazanej przez wykonawcę podano, że 8 niezależnych kanałów dozujących, to cztery kanały 5 ml oraz 4 kanały 1 ml, z czego nie wynika, w ocenie KIO, wymagany dolny parametr.
W zakresie pkt 2 części II wykonawca powołał się na oświadczenie z dnia 23 sierpnia 2011 r. złożone w ramach wyjaśnień (odpowiedź na pytanie 5), podając, że uwzględnił w ofercie

głowice pipetujące 1000 µl, o zakresie dozowania 0,5 µl – 1000 µl. Podniósł, że zamawiający wymagał wyłącznie potwierdzenia zakresu dozowania objętości 0,5 µl – 1000 µl, nie wymagał natomiast specyfikacji oferowanych kanałów dozujących (głowic pipetujących).
W ocenie Izby, z załączonych materiałów nie wynika wymagany dolny parametr, stąd zarzut został uwzględniony.
Izba nie uwzględniła dwóch zarzutów dotyczących części I pkt 4 i 13.
W pkt 4 I części zamawiający wymagał, co przyznały strony i uczestnik postępowania, potwierdzenia możliwości programowania i realizacji normalizacji na tej samej platformie stężenia DNA. Dopiero pismem z dnia 23 sierpnia 2011 r. (pytanie 2), w związku z wcześniejszym pismem odwołującego, zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie, czy proces normalizacji wymaga modyfikacji blatu roboczego i czy jednoczesne prowadzenie normalizacji i izolacji powoduje zmniejszenie możliwej do uzyskania przepustowości ? Wykonawca wyjaśnił, że system został przewidziany do realizacji, zarówno protokołu izolacji, jak i normalizacji, ale nie jednocześnie. Podniósł, że w siwz nie zamieszczono wymogu jednoczesności realizacji izolacji i normalizacji.
Izba uznała, że wykonawca i zamawiający są związani postanowieniami siwz. Pytanie zamawiającego zawierało treść nie wynikającą z siwz, stąd uwzględniając wyjaśnienia stron i uczestnika złożone na rozprawie, nie uwzględniła wskazanego zarzutu.

W pkt 13 część I zamawiający żądał opisania wyposażenia standardowego niezbędnego do realizacji protokołów podstawowych. Wykonawca w opisie parametru wskazał uchwyt do osłonek jednorazowych prętów głowicy ekstrakcyjnej 2x24. W nowym systemie ekstrakcji DNA firmy HAMILTON/chemagen (str. 22 i 23 oferty), w pozycjach dotyczących wszechstronności oraz elastyczności podano, że system akceptuje próbki o objętościach od 20 µl do 10 ml i może zostać wyposażony w trzy typy głowic, tj. 96, 24 i 12 oraz, że wymiany głowic dokonuje samodzielnie użytkownik. Wykonawca wyjaśnił, że system chemagic STAR wykorzystuje różne głowice ekstrakcyjne. W danym momencie jednocześnie można zainstalować na platformie jedną z nich, przy czym potwierdził, że wymiany dokonuje samodzielnie operator systemu. Podał, że wskazał w załączniku wyposażenie dla zakresu średnich objętości, jako przykład kompletności konkretnej konfiguracji. Zatem, Izba uznała, iż w powyższych okolicznościach nie sposób uznać postawionego zarzutu za potwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała na podstawie dokumentów i wyjaśnień stron, że zamawiający, będąc zobowiązany ocenić spełnianie warunków w zakresie przedmiotu zamówienia na podstawie żądanych prospektów/katalogów (II.4.2.lit. e) siwz), w istocie ocenił ofertę wykonawcy wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień. Przyznał na rozprawie, że prospekty/katalogi miały charakter pomocniczy.
Zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert, wskazał dokumenty żądane od wykonawców potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane określonych wymagań, ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył w wymaganym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub złożył zawierające błędy, do ich złożenia, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega wykluczeniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wyznacza termin na uzupełnienie.
Złożone na wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych wykonawcy i przedmiotowych w zakresie przedmiotu zamówienia, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W tej sytuacji zamawiający będąc zobowiązany do wezwania wykonawcy, zarówno w zakresie warunków podmiotowych, jak i przedmiotowych, powinien w pierwszej kolejności wezwać do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych oraz dokonać oceny oferty pod kątem jej odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W dalszej kolejności powinien wezwać do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w celu ustalenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością jednokrotną. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty. Z przepisu wynika zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1

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).

Przewodniczący: ……
Członkowie ……
……