

WYROK
z dnia 10 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. w Jasionce, VAMED Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącej zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1691/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu w imieniu i na rzecz którego działa Szpital Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *"Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (Szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem"*.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 065-144054.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2018 r. przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) oraz o odrzuceniu oferty złożonej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, VAMED Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący w dniu 20 sierpnia 2018 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy,
- zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), z uwzględnieniem postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- czynności wyboru oferty złożonej przez WARBUD jako oferty najkorzystniejszej,
- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
- z ostrożności - zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- b) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- c) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, z uwzględnieniem postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- d) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- e) z ostrożności procesowej - naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 22a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z S 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów pomimo, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- f) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 22a ust. 4 ustawy poprzez przyjęcie, że podmiot udostępniający swoje zasoby nie będzie wykonywał całości robót budowlanych, mimo że ustanowiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu odnosi się do całości robót budowlanych, co skutkowało winno odrzuceniem oferty Przystępującego jako niezgodnej z ustawą Pzp, a także w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca WARBUD wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- g) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez WARBUD jako oferty najkorzystniejszej;

h) z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji uznania, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności badania i oceny złożonych ofert,
- b) unieważnienia czynności z dnia 9 sierpnia 2018 r. polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
- c) unieważnienia czynności z dnia 9 sierpnia 2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- d) dokonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty oraz poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- e) dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
- f) z ostrożności procesowej - wezwanie Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, i w związku z tym nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o unieważnienia postępowania, na wypadek uznania przez Izbę, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

I. Uzasadniając zarzuty dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego wykonawca ten wskazał, iż Zamawiający na stronie 3 i 4 pisma z dnia 9 sierpnia 2018 r. wskazał:

- 1) oferta str. 258-267 - Kolumna anestezjologiczna + kolumna infuzyjna w układzie tandemowym - 7 szt., gdzie w tabeli będącej częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ brak jest pozycji 45 i 46, przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach;
- 2) oferta str. 268-275 - Kolumna chirurgiczna z przygotowaniem do tandemu - 5 szt., gdzie w tabeli będącej częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ brak jest pozycji 33 i 34, przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach;
- 3) oferta str. 276-284 - Kolumna endoskopowa z ramieniem na monitor - 4 szt., gdzie w tabeli będącej częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ brak jest pozycji 34 i 35, przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach;
- 4) oferta str. 285-291 - Kolumna dwułożkowa - sala POOP - 5 szt., gdzie w tabeli będącej częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ brak jest pozycji 32 i 33, przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach;

5) oferta str. 588-592 - System automatycznej dystrybucji leków, gdzie w tabeli będącej częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ brak jest poprawnie brzmiących pozycji 45 i 46, przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach.

Odwołujący zakwestionował uznanie przez Zamawiającego, jakoby w jego ofercie brak było potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w ww. pozycjach Załącznika nr 2 do SIWZ.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący podkreślił, że potwierdzenie wymaganych warunków znajduje się już w formularzu oferty Odwołującego, czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje. Z treści oferty jasno wynika oświadczenie woli realizacji zamówienia na zaproponowanych warunkach aktualnych w dniu złożenia oferty. Wskazują na to poniższe fragmenty oferty Odwołującego:

1. *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SIWZ udostępnioną przez Zamawiającego i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń.*
2. *Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.*
3. *Ofertę przygotowaliśmy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.*
6. *Zobowiązujemy się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy.*
7. *Oferujemy okres gwarancji w wymiarze określonym w pkt. 3.1. ppkt 15 SIWZ.*
8. *Akceptujemy zawarty w SIWZ Wzór Umowy i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia Umowy na tak określonych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.*
9. *Uważamy się za związanych ofertą na czas wskazany w SIWZ.*

Odwołujący stwierdził, że potwierdzenie spełnienia poszczególnych, kwestionowanych przez Zamawiającego pięciu wymagań wynika bezpośrednio z treści oferty. Brak następujących pozycji:

| | | |
|--|--|----------------|
| | Certyfikaty, atesty, deklaracje zgodności oraz wszelką dokumentacją pozwalającą na użytkowanie oferowanego urządzenia w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji dostarczana przy dostawie | Tak |
| | Wykonawca bierze na siebie uzyskanie wszelkich pozwoleń, posiadania aktualnych certyfikatów, deklaracji zgodności oraz ewentualnego dostosowania zaoferowanych urządzeń medycznych do uwarunkowań prawnych i technologicznych obowiązujących w dniu oddania inwestycji do pełnej eksploatacji. | Tak, opisać |

nie powoduje zatem niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ skutkującej odrzuceniem oferty. Są to bowiem formalne deklaracje, sformułowane nadto w niezrozumiały

sposób i wzajemnie pokrywające się, a których spełnienie wykonawca uwzględnił już w oświadczeniach znajdujących się w Formularzu Oferty.

Odwołujący powołał się na orzeczenie o sygn. akt KIO 691/10, gdzie Izba stwierdziła: „Tym samym Zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany jest do podjęcia wskazanych w ustawie Pzp procedur sanacyjnych, i dopiero po ich wyczerpaniu wykluczenia wykonawcy z postępowaniu lub odrzucenia złożonej przez niego oferty.” Żadne z takich działań nie zostało jednak podjęte przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego, dlatego jej odrzucenie należy potraktować jako wadliwe.

Ponadto jego zdaniem, jeśli Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość co do kompletności oświadczeń, mógł, a wręcz powinien, zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, o wyjaśnienie rzekomej wewnętrznej niespójności treści oferty. Taka czynność nie została jednak dokonana przez Zamawiającego. Zamawiający mógł ponadto i powinien samodzielnie poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem bazując na wyraźnym oświadczeniu złożonym w formularzu oferty był w stanie dokonać czynności poprawienia w ofercie Odwołującego „innej omyłki”.

Również w opinii Odwołującego formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, ale jego sens odzwierciedla się w realizacji zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (tak Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23.02.2007r. sygn. akt: X Ga 23/07. Nie można więc dokonywać oceny ofert w oderwaniu od celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 1093/08).

Odwołujący odesłał ponadto do treści Załącznika nr 2 do SIWZ złożonego wraz z ofertą Przystępującego i wskazał na treść pozycji, których brak kwestionuje Zamawiający w ofercie Odwołującego. Zamawiający z poniższego fragmentu oferty Przystępującego nie uzyskał jakichkolwiek nowych informacji a nadto informacje te nie miały jakiegokolwiek wpływu na treść złożonych ofert bowiem przyznana w tzw. symulacji załączonej do pisma z dnia 9 sierpnia 2018 r. punktacja oferty Odwołującego się i WARBUD jest identyczna.

Według Odwołującego informacje te są powieleniem oświadczenia złożonego już w Formularzu Oferty, a ponadto informacje te nie są żadnym merytorycznym parametrem oferowanego urządzenia/produktu, lecz odnoszą się do etapu dostawy i oddania inwestycji do pełnej eksploatacji.

Odwołujący odnosząc się do pozycji opisanych w pkt 1) — 4) uzasadnienia (tabeli) Zamawiającego (tj.: Kolumna anestezyjologiczna + kolumna infuzyjna w układzie tandemowym 7 szt., Kolumna chirurgiczna z przygotowaniem do tandemu - 5 szt., Kolumna endoskopowa z ramieniem na monitor - 4 szt. oraz Kolumna dwułożkowa - sala POOP -5 szt.) podniósł, że zaferował dokładnie te same urządzenia co Przystępujący. W związku z czym mamy do czynienia z absurdalną sytuacją, w której w odniesieniu do tego samego sprzętu Zamawiający

uznaje, że raz spełnia on wymagania SIWZ (oferta Przystępującego), a w innym przypadku uznaje go za nieodpowiadający treści SIWZ (oferta Odwołującego). Oczywistym pozostaje, że skoro dany sprzęt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, to taka ocena powinna zostać zastosowana do obu wykonawców oferujących w postępowaniu identyczny co do producenta, nazwy i modelu sprzęt medyczny. W przeciwnym wypadku należałoby przyjąć, że żadna z ofert nie odpowiada wymaganiom SIWZ.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Zgodnie z powyższym Zamawiający dokonując rzetelnej oceny oferty Odwołującego powinien przeanalizować m.in. deklarację zgodności - EC dla produktów medycznych oraz Instrukcję obsługi TruPort 5000/7000 Systemy kolumn sufitowych, jak również Opis produktu Box Picker (BPPD), Opis systemu PillPick (PPSD), Zanieczyszczenie krzyżowe (Cross Contamination) i certyfikat SN EN ISO 9001 : 2008. Treść dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, w sposób jednoznaczny wskazuje w jakie certyfikaty, atesty i inne dokumenty pozwalające na zgodne z prawem i wymaganiami technologicznymi, wyposażony jest opisany wyżej sprzęt medyczny. Jeżeli zatem przyjąć, iż treść oferty to oświadczenie woli stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, to oczywistym jest, iż zaoferowany asortyment będzie wyposażony w certyfikaty, atesty, deklaracje zgodności oraz wszelką dokumentacją pozwalającą na użytkowanie oferowanych urządzeń zgodnie z prawem i wymaganiami technologicznymi w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji, co w sposób jednoznaczny potwierdzają wymienione powyżej dokumenty przedłożone przez Odwołującego do oferty.

Przedstawione w przywołanych dokumentach treści winny spowodować uznanie oferty Odwołującego przez Zamawiającego za prawidłową, ewentualnie skłonić co najmniej do wyjaśnienia przez Zamawiającego jej treści, bowiem jeżeli oferta zawiera wymagane treścią SIWZ informacje, nawet w innym miejscu albo w innej formie, aniżeli wskazane w SIWZ, to powyższe nie może prowadzić do odrzucenia oferty. Z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stanowiącego podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, wynika bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego - który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza realizacji jakiego świadczenia

oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego - oraz wykonawcy - który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ jest z nią zgodna. Jeżeli więc, co można wnioskować z zapisów SIWZ, celem Zamawiającego było otrzymanie wyposażenia spełniającego określone standardy, potwierdzone dokumentami instytucji niezależnych w postaci certyfikatów, atestów i innych dokumentów, a takowe zostały przedłożone przez Odwołującego do oferty, to Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ, co najwyżej Zamawiający winien zastosować instytucję wyjaśnienia treści oferty. W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy, bowiem rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia, a taka deklaracja wynika wprost z przedłożonych przez Odwołującego, a wymienionych powyżej dokumentów. Jeżeli zatem Odwołujący w miejsce oświadczenia przedkłada dokumenty tak jak w niniejszym postępowaniu, to trudno uznać, że w rozumieniu przytoczonego orzecznictwa jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego odrzucenie oferty, w której zaoferowano, na mocy złożonych dokumentów oraz oświadczeń złożonych w samym formularzu oferty, w szczególności pkt 2 formularza, rozumianego jako zaakceptowanie wymogu ponownego przedłożenia na etapie realizacji zamówienia certyfikatów, atestów, deklaracji zgodności oraz wszelkiej dokumentacji pozwalającej na użytkowanie oferowanego urządzenia w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji zgodnie z uwarunkowaniami prawnymi i technologicznymi, pozostaje w niezgodności z obowiązującymi w powyższym zakresie regulacjami.

Zdaniem Odwołującego istniejące braki należało usunąć z zastosowaniem art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem, w ocenie Odwołującego, nawet w sytuacji braku w wymaganym miejscu oświadczenia w przedmiocie certyfikatów, atestów, deklaracji zgodności oraz wszelkiej dokumentacji pozwalającej na użytkowanie oferowanego urządzenia w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji zgodnie z uwarunkowaniami prawnymi i technologicznymi, świadczenie, o którym mowa w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, byłoby spełnione w pełni (zakładając prawidłowe wywiązanie się z obowiązków). Wskazanie natomiast ww. dokumentów w Załączniku Nr 2 do SIWZ - Arkusze parametrów technicznych samo w sobie nie miało charakteru oferty - oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, a powyższe uchybienie mogło zostać usunięte poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp, do czego zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający był nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do wystąpienia z żądaniem o złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji,

kiedy występujące u niego niejasności co do treści oferty mogą skutkować jej odrzuceniem z powodu niezgodności z SIWZ. Zamawiający zobowiązany był dokonać poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do Załącznika nr 2 do SIWZ brakujących pozycji, o których mowa w zawiadomieniu Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2018 r.

Odwołujący odnosząc się następnie do odrzucenia jego oferty z powodu zaoferowania farby niespełniającej wymagań Zamawiającego wyjaśnił, iż w zakresie pozycji 3 (s. 240 oferty), wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zaoferował technologię dwutlenku tytanu a nie rozwiązanie równoważne. Zaoferowana higieniczna powłoka do permanentnej autosterylizacji (producent: TEKNOS Sp. z o.o., nazwa/typ: TIMANTTI CLEAN) zawiera dwutlenek tytanu, co umożliwia proces fotokatalizy zarówno w środowisku wewnętrznym jak i zewnętrznym. Zastosowanie tego środka powoduje, że powierzchnia pokryta taką farbą ma właściwości samooczyszczania, jak wymagał tego Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że w złożonym wraz z ofertą (str. 244) oświadczeniu Teknos Sp. z o.o. z dnia 26.06.2018 r. sam producent potwierdził m.in., że farba TIMANITI CLEAN jest wykonana w technologii zawierającej dwutlenek tytanu oraz uczestniczy w procesie fotokatalizy przy udziale światła zarówno sztucznego jak i dziennego.

Jednocześnie, w odniesieniu do odrzucenia oferty w zakresie poz. 4 (s. 240) Odwołujący stwierdził, że w świetle argumentacji podanej powyżej, a w szczególności informacji znajdujących się w złożonej ofercie (str. 244), oczywistym jest, że deklaracja „NIE” zawarta w pozycji 4 Załącznika nr 2 do SIWZ została umieszczona przez Odwołującego wyłącznie w wyniku omyłki przy redagowaniu załącznika i wypełnianiu kolumny z oferowanymi parametrami. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego także w zakresie tej pozycji, bowiem mamy do czynienia z omyłką, która powinna zostać przez Zamawiającego sanowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

II. Odwołujący uzasadniając zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Przystępującego wskazał:

Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do SIWZ (ARKUSZE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH będące przedmiotem oceny kryterium pn.: PARAMETRY TECHNICZNE WYPOSAŻENIA SZPITALNEGO), w odniesieniu do Systemu automatycznej dystrybucji leków sformułował następujące wymaganie:

| Lp. | Wymagania do przedmiotu zamówienia | Wymagana wartość | Parametr oferowany przez dostawcę — TAK/NIE | Sposób oceny |
|-----|------------------------------------|------------------|---|--------------|
|-----|------------------------------------|------------------|---|--------------|

| | | | | |
|----|---|---------|--|----------------------------|
| 3. | Referencja z wdrożenia systemu w szpitalu posiadającym co najmniej 180 łóżek — dołączyć do oferty | Tak/Nie | | Tak – 5 pkt Nie - 0 pkt |
|----|---|---------|--|----------------------------|

W odpowiedzi na wymóg opisany w Lp. 3 Przystępujący na stronie 913 oferty, pkt 3, złożył oświadczenie „TAK”, zamieszczając jednocześnie informację, iż wdrożenie wymaganego systemu (nazwa/typ: UnitDoseOne) zostało zrealizowane w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi przez firmę Quizit.

Odwołujący podniósł, że do oferty Przystępującego nie załączono, wbrew jednoznaczному wymaganiu SIWZ, referencji z wdrożenia systemu w szpitalu posiadającym co najmniej 180 łóżek. Brak bowiem takiego dokumentu w dokumentacji udostępnionej Odwołującemu. Ponadto stwierdził, że według jego najlepszej wiedzy firma Quizit nie wdrożyła systemu UnitDoseOne w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi. Odwołujący wskazuje, że firma Quizit wykonała w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi jedynie instalację testową/pilotażową w Aptece Szpitalnej. Jak wynika z informacji dostępnych na stronie internetowej <http://www.iczmp.edu.QI/> wdrożenie testowe trwało 38 dni, od 23.09.2017r. do dnia 31.10.2017 r. Nadto, jak wynika z postanowień umowy pilotażowej dostawy, jej celem jest potwierdzenie przydatności wykorzystania UD w gospodarce lekowej Szpitala, a wartość umowy na instalację testową opiewa na kwotę zaledwie 5 000 PLN netto. Przedmiotowe ustalenia prowadzą do dwóch zasadniczych wniosków:

- a) wykonawca WARBUD nie spełnił wymagania SIWZ, bowiem nie wykazał się wdrożeniem systemu automatycznej dystrybucji leków w szpitalu posiadającym co najmniej 180 łóżek; a zatem w sposób bezpodstawny otrzymał 5 punktów w ramach kryterium „Ocena parametrów technicznych wyposażenia szpitalnego (Wo)”,
- b) wykonawca WARBUD w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że przedstawione w ofercie informacje o rzekomym wdrożeniu przez firmę Quizit systemu UnitDoseOne w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi są niezgodne z obiektywnie istniejącą rzeczywistością. Informacje te niewątpliwie mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem na podstawie nieprawdziwych informacji przedstawionych przez Przystępującego Zamawiający przyznał ofercie tego wykonawcy określoną w SIWZ (Załącznik nr 2 do SIWZ) ilość punktów w ramach kryterium nr 4 — Ocena parametrów technicznych wyposażenia szpitalnego (Wo). Wykonawca WARBUD podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do SIWZ (ARKUSZE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH będące przedmiotem oceny kryterium pn.: PARAMETRY TECHNICZNE WYPOSAŻENIA SZPITALNEGO), w odniesieniu do Systemu automatycznej dystrybucji leków sformułował następujące wymaganie:

| L.p. | Wymagania do przedmiotu zamówienia | Wymagana wartość | Parametr oferowany przez dostawcę — TAK/NIE | Sposób oceny |
|------|---|------------------|---|--------------|
| 7. | Obsługiwane blistry mogą mieć dowolną formę i kształt | Tak | | |

Odwołujący wskazał, że w treści oferty Przystępującego, strona 911, punkt 3.1 Parametry techniczne dla modułu UnitCut, wśród podanych przez tego wykonawcę parametrów znajduje się informacja, że szerokość zgrzewu to minimum 4 mm pomiędzy wgłębieniami leku. Odwołujący podnosi, iż wskazana szerokość zgrzewu w praktyce uniemożliwia obsługę blistrów przy dowolnej formie i kształcie, co powoduje nie spełnienie ww. wymagania SIWZ. Ilość blistrów, które mogą być obsługiwane przez urządzenie, doznaje tutaj znaczącego ograniczenia.

Zdaniem Odwołującego, aby spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie obsługi wszystkich dostępnych blistrów, oferowane urządzenie powinno pozwalać na cięcie blistra przy minimalnej odległości 2 mm pomiędzy wgłębieniami leku (szerokość zgrzewu), co nie ma miejsca w przypadku systemu zaoferowanego przez WARBUD.

W związku z tym oferta WARBUD nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do SIWZ (ARKUSZE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH będące przedmiotem oceny kryterium pn.: PARAMETRY TECHNICZNE WYPOSAŻENIA SZPITALNEGO), w odniesieniu do Systemu automatycznej dystrybucji leków sformułował następujące wymaganie:

| Lp. | Wymagania do przedmiotu zamówienia | Wymagana wartość | Parametr oferowany przez dostawcę — TAK/NIE | Sposób oceny |
|-----|--|------------------|---|--|
| 8. | System realizuje automatyczne pakowanie ww. form leków, tzn. lekarz wysypuje dane leki i są one następnie automatycznie pakowane do torebek, bez ludzkiej interakcji | Tak | | Półautomatyczny – 0 pkt Pełen automat - 5 pkt |

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją zawartą w ofercie WARBUD (str. 900, pkt 3) osobą realizującą wysypywanie leków nie jest lekarz, lecz farmaceuta, podczas gdy postanowienia SIWZ wyraźnie wymagają realizacji tej procedury przez lekarza. Okoliczność ta powoduje niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ i konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał, że zgodnie z informacją podaną w zawiadomieniu z dnia 9 sierpnia 2018 r. Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego punkty, w ramach kryterium nr 4 — Ocena parametrów technicznych wyposażenia szpitalnego, za spełnienie ww. parametru.

Odwołujący wskazał kolejno, iż Zamawiający w pkt 6.2 Lp. 2 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, zgodnie z którym wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej: minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku/-ów szpitala (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości roboty nie mniejszej niż 225 000 000 PLN brutto (dwieście dwadzieścia pięć milionów złotych 00/100) i powierzchni netto objętej zakresem roboty co najmniej 35 000 m². W zakresie roboty znajdowało się wykonanie:

- bloku operacyjnego z co najmniej 4 salami operacyjnymi,
- co najmniej 1 oddziału łóżkowego,
- szpitalnego oddziału ratunkowego,
- zakładu radiologii i/lub diagnostyki obrazowej,
- Oddziału intensywnej terapii (Oddziału intensywnej opieki medycznej), (OIT, OIOM),
- robót konstrukcyjnych (stanu surowego konstrukcji),
- robót wykończeniowych,
- instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych,
- instalacji BMS,
- instalacji branży sanitarnej, w tym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą jednostek medycznych,
- sieci zewnętrznych i przyłączy instalacyjnych,
- zagospodarowania terenu.

Przystępujący, celem wykazania spełnienia ww. warunku udziału, posiłkuje się w złożonej ofercie zobowiązaniem firmy CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION, wystawionym w dniu 23 maja 2018 r. Nie może ulegać wątpliwości, że w myśl art. 22a ust. 2 Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto zgodnie z § 9 ust. 1 Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (dalej: „Rozporządzenie”) w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie firmy CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION w ogóle nie wskazuje jaka wiedza i doświadczenie (zdolności techniczne i zawodowe) podlega udostępnieniu na potrzeby spełniania warunku tym postępowaniu. Tym samym brak jest możliwości potwierdzenia, że referencje, którymi Przystępujący posługuje się w toku postępowania, są to referencje udostępnione właśnie przez firmę CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION. Prawidłowo skonstruowane zobowiązanie winno w swej treści wyraźnie wskazywać na inwestycję/umowę, w toku której podmiot udostępniający uzyskał odpowiednią wiedzę i doświadczenie, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Braki w zobowiązaniu innego podmiotu muszą skutkować wezwaniem Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania. Taką czynność będzie zobowiązany wykonać Zamawiający, o ile nie zostaną spełnione przesłanki do odrzucenia oferty WARBUD bądź wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż nie może ulegać wątpliwości, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Odwołujący powołał się na warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy określony przez Zamawiającego w pkt 6.2 Lp. 2 SIWZ i wskazał, że biorąc pod uwagę treść art. 22a ust. 4 Pzp oraz charakter postawionego warunku nie może ulegać wątpliwości, że firma CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION, jako udostępniająca Przystępującemu swoje zdolności techniczne i zawodowe na mocy zobowiązania z dnia 23 maja 2018 r., winna wykonać całość robót budowlanych. Tymczasem Przystępujący w złożonym przez siebie formularzu ofertowym oświadczył wprost, że CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION wykonywać będzie jedynie część robót budowlanych, co jest sprzeczne z cytowanymi powyżej przepisami. W tym stanie rzeczy oferta Przystępującego jako sprzeczna z ustawą winna zostać odrzucona.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że udostępnienie Przystępującemu zdolności technicznych i zawodowych przez firmę CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION

jest nieskuteczne w świetle informacji zawartych w pkt 13 Lp. 1 Formularza Oferty WARBUD oraz w treści zobowiązania CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION z dnia 23 maja 2018 r., co oznacza, że nie doszło do wykazania przez WARBUD spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na zaistniałą sytuację zwrócił uwagę sam Zamawiający, który pismem z dnia 27 lipca 2018 r. wezwał wykonawcę WARBUD do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu uczestnictwa innego podmiotu w realizacji części zamówienia. Odwołujący podkreślił, że już samo wezwanie Zamawiającego świadczy o tym, że zobowiązanie CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION z dnia 23 maja 2018 r. nie zostało skonkretyzowane i nie dowodzi realności udostępnienia zasobów, a zatem nie może stanowić podstawy do uznania, że WARBUD wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienie, w którym oświadczył, że CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION będzie brata udział w realizacji wszystkich prac opisanych w warunku udziału w postępowaniu tj. wykona:

- blok operacyjny z salami operacyjnymi,
- oddział łóżkowy,
- szpitalny oddział ratunkowy,
- diagnostykę obrazową,
- Oddział intensywnej terapii,
- roboty konstrukcyjne (stanu surowego konstrukcji),
- roboty wykończeniowe,
- instalacje elektryczne, w tym niskoprądowe instalacje teletechniczne,
- instalacje BMS,
- instalacje branży sanitarnej, w tym instalacje wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacje gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą jednostek medycznych,
- sieci zewnętrzne i przyłącza instalacyjne,
- zagospodarowania terenu.

Odwołujący podkreślił, że taka deklaracja pojawia się po raz pierwszy w postępowaniu dopiero w treści udzielonych wyjaśnień, a zatem już po upływie terminu składania ofert. Zakres podwykonawstwa, jaki w dniu 2 sierpnia 2018 r. deklaruje Przystępujący, nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w pkt 13 Lp. 1 Formularza Oferty tego wykonawcy. Oczywistym pozostaje, że z uwagi na brzmienie art. 87 ust. 1 Pzp dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty Przystępującego jest obecnie niemożliwe.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że deklarowany pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. zakres podwykonawstwa innego podmiotu nie wynika również z treści zobowiązania z dnia 23 maja 2018 r. pochodzącego od CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION. Firma

CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION w żadnym miejscu zobowiązania nie złożyła oświadczenia, że zamierza wykonać dokładnie taki zakres prac, jaki wynika z warunku udziału w postępowaniu i deklaracji WARBUD z dnia 2 sierpnia 2018 r. Co więcej, zdaniem Odwołującego, to firma CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION powinna przedstawić takie zobowiązanie, które dowodzi realności dostępnych WARBUD zasobów na etapie realizacji zamówienia, nie zaś wykonawca WARBUD poprzez procedurę wyjaśnień usiłuje konwalidować braki i uchybienia zobowiązania z dnia 23 maja 2018 r.

W związku z powyższym, oprócz podnoszonej już wyżej niezgodności oferty Przystępującego z ustawą, należy przyjąć, że wykonawca nie wykazał także spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje po stronie Zamawiającego naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej wyjaśnił, iż przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów opisanych powyżej w uzasadnieniu odwołania. W sytuacji, gdy odrzucenie oferty Odwołującego okaże się bezpodstawne, a jednocześnie Izba stwierdzi podstawy do odrzucenia oferty WARBUD lub wykluczenia z postępowania bądź wezwania WARBUD do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, dokonany przez Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2018 r. wybór oferty najkorzystniejszej będzie czynnością naruszającą powołane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Odnosnie sformułowanego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, iż posiada interes w ewentualnym unieważnieniu niniejszego postępowania. Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania i formułowania zarzutu oraz żądania unieważnienia postępowania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego doszło do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby odrzucenia oferty WARBUD, wykluczenia WARBUD z postępowania i unieważniłby przedmiotowe postępowanie, wskutek czego byłby zmuszony do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wówczas Odwołujący mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach powtórzonego postępowania. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia może ponieść i ponieść szkodę. Należy w tym miejscu podnieść, że zgodnie z wyrokiem Trybunatu Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 w sprawie Archus interes w uzyskaniu danego zamówienia rozumianego jako dany zakres zadania

należy rozumieć szeroko i wykonawca, którego oferta została odrzucona ma prawo i interes we wnoszeniu odwołania mającego na celu unieważnienie postępowania. W związku z aktualnym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, jak również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że interes we wniesieniu odwołania należy rozumieć szeroko jako interes w uzyskaniu danego zamówienia, czyli konkretnego przedmiotu zamówienia, a nie samej procedury służącej do udzielenia tegoż zamówienia czyli konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego należy stwierdzić, że niewątpliwie Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego przedmiotu zamówienia.

Reasumując Odwołujący wskazał, że niniejszy zarzut został sformułowany tylko i wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne i brak jest możliwości konwalidowania opisanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 sierpnia 2018 r. 'uchybień' w żadnym ustawowym trybie, w szczególności w wyniku zastosowania procedury określonej w art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przy jednoczesnym uznaniu, że wykonawca WARBUD podlega wykluczenia bądź jego oferta - odrzuceniu. W takiej sytuacji, gdy oferta Przystępującego, wybrana jako najkorzystniejsza, także będzie zawierała uchybienia skutkujące koniecznością odrzucenia tej oferty bądź wykluczenia wykonawcy z postępowania, zarzut i żądanie unieważnienia prowadzonego Postępowania staną się uzasadnione.

Pismem z dnia 4 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, z uwagi na bezzasadność postawionych zarzutów.

Zamawiający w pierwszej kolejności stwierdził, że wykonawca nie może powoływać się na ogólne stwierdzenia zawarte w formularzu ofertowym, ale winien zawrzeć cały zakres zamówienia jaki jest wymagany przez Zamawiającego w treści swojej oferty, co znajduje potwierdzenie w doktrynie i orzecznictwie KIO. Zamawiający stwierdził ponadto, iż Odwołujący traktuje formularz ofertowy w sposób wybiórczy, gdyż Odwołujący powołuje się na następujące oświadczenie „Oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ” oraz „Ofertę przygotowaliśmy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”. Powstaje zatem pytanie dlaczego Odwołujący taką szczególną wagę przyznaje jednemu oświadczeniu, zupełnie pomijając kolejne, już dla niego niekorzystne. Podkreślił, że w treści samego załącznika nr 2 do SIWZ pod każdą z tabel zawarto następujące oświadczenie „*Niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty*”. Zatem Zamawiający w sposób wyraźny zaznaczył, że nie tylko parametry techniczne sprzętu mają dla niego istotne znaczenie, ale również wszelkie warunki dostawy tego sprzętu, a to ze względu na długi okres realizacji zamówienia i możliwe w tym zakresie zmiany uwarunkowań faktycznych i prawnych. Dodał, że argumentacja Odwołującego jakoby pominięcie tych oświadczeń było jego zamierzonym działaniem, albowiem ten zakres wynika z formularza

ofertowego jest oczywiście argumentacją sztuczną, podnoszą wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Zauważył, iż Odwołujący zawarł oświadczenia w części zaoferowanego sprzętu medycznego, a pominął je we wskazanych w odrzuceniu oferty pozycjach. Z takiego działania Odwołującego wynika jednoznaczny wniosek, a mianowicie, iż osoba podpisująca ofertę wyraźnie nie uwzględniła tych zobowiązań w treści oferty Odwołującego nie była jej intencją realizacja zamówienia w takim zakresie jakim wymagał tego Zamawiający, a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy należało uznać za uzasadnione.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska Odwołującego jakoby o zgodności jego oferty z SIWZ miało świadczyć zaoferowanie tego samego sprzętu przez Przystępującego jest argumentacją nad wyraz chybioną. Przecież istotą sporu pomiędzy stronami w tym zakresie nie stanowi kwestia co dokładnie zostało zaoferowane (sprzęt o jakich parametrach), ale ściśle skonkretyzowane warunki realizacji tego zamówienia, które są niezgodne z wymaganiami przedstawionymi w Załączniku nr 2 do SIWZ. Twierdzenia Odwołującego sprowadzają się natomiast do następującej konkluzji. Gdy jeden z wykonawców oferuje przykładowo 60 - miesięczny okres gwarancji, a drugi z wykonawców nie oferuje go wcale, a przy tym ofertuje ten sam sprzęt, ofertę również należy uznać ważną i zgodną z SIWZ. Jest to oczywiście twierdzenie absurdalne, nie znajdujące żadnego uzasadnienia w przepisach ustawy.

Zamawiający odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego możliwości (a nawet obowiązku) poprawienia omyłki w treści oferty, wskazał, iż są to twierdzenia bezzasadne. Zauważył, że zgodnie z orzecznictwem KIO „Poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie”. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17). Zamawiający uznał, iż w obecnym stanie faktycznym nie jest w stanie samodzielnie poprawić omyłki zakładając, że w ogóle błąd Odwołującego ma taki charakter. Podkreślił, że działanie Zamawiającego musiałoby przybrać formę 5-krotnego wezwania o przykładowo następującej treści: „Czy Wykonawca oświadcza, że w zakresie ... zobowiązuje się do dostarczenia certyfikatów, atestów, deklaracji zgodności oraz wszelkiej dokumentacji pozwalającej na użytkowanie oferowanego urządzenia w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji dostarczana przy dostawie oraz czy Wykonawca bierze na siebie uzyskanie wszelkich pozwoleń, posiadania aktualnych certyfikatów, deklaracji zgodności oraz ewentualnego dostosowania zaoferowanych urządzeń medycznych do uwarunkowań prawnych i technologicznych obowiązujących w dniu oddania inwestycji do pełnej eksploatacji”. Na tak zadane pytanie Wykonawca musiałaby odpowiedzieć twierdząco co

w konsekwencji umożliwiłoby dopisanie brakujących w ofercie oświadczeń, a przez to wytworzenie zupełnie nowego oświadczenia woli. Wskazania wymaga, że takie działanie jest nieuprawnione. W opinii Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że zapytanie o sposób realizacji zamówienia, którego nie można wywieść z innych dokumentów zawartych w ofercie stanowiłoby o nieuprawnionych negocjacjach z Odwołującym, a przez to o naruszeniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący zdaje się zupełnie nie rozumieć różnicy pomiędzy niespójnością w treści oferty prowadzącą do niezgodności z SIWZ, a jej oczywistą niezgodnością z SIWZ, która oznacza po prostu brak pewnego zakresu oferty wymaganego przez Zamawiającego. Jeszcze raz podkreślić należy, że brakujące oświadczenia nie wynikają z żadnych innych dokumentów znajdujących się w treści oferty, a zatem wymagają złożenia przez Odwołującego zupełnie nowego oświadczenia woli.

Zamawiający dodał, że sporne oświadczenia Zamawiający wprowadził na etapie postępowania w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 1 czerwca 2018 r. W konsekwencji można w sposób bezsporny ustalić, że mają one znaczącą wagę dla Zamawiającego oraz związanej z tym realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący w treści odwołania zdaje się bagatelizować te oświadczenia uznając je za pozbawione znaczenia. Odnosząc się do argumentów jakoby Zamawiający nie przeanalizował całości dokumentów złożonych do oferty są one całkowicie chybione, ponieważ Odwołujący zdaje się nie rozróżniać etapu składania oferty oraz etapu realizacji samego zamówienia które są rozciągnięte w czasie na około 3 lata, co jest dużym okresem czasu, którego upływ może powodować konieczność dostosowania zaoferowanych urządzeń medycznych do uwarunkowań prawnych i technologicznych obowiązujących w dniu oddania inwestycji do pełnej eksploatacji. Odwołujący pominął zatem wymóg dotyczący zdarzenia przyszłego czyli przedłożenia dokumentacji ważnej na następnym etapie, tj. etapie realizacji zamówienia. Dołączenie od oferty jakichkolwiek dokumentów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie powoduje ustania tego obowiązku w przyszłości, co jest związane z dostarczeniem prawidłowej i ważnej dokumentacji obejmującej aktualne w przyszłości certyfikaty i dokumenty.

Z uwagi na powyższe Zamawiający uznał zarzut Odwołującego za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego w związku z zaoferowaniem przez niego powłoki do autosterylizacji niezgodną z wymogami SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w treści odwołania w sposób lakoniczny odwołuje się do „oświadczenia producenta” podczas, gdy w treści oferty brak jest dokumentu, który potwierdzałby, że farba zaoferowana przez Odwołującego jest faktycznie oparta na technologii dwutlenku tytanu. Stwierdził, że załączony do oferty dokument nie został podpisany przez kogokolwiek, a tym bardziej przez osoby uprawnione do reprezentacji producenta. Warto również zauważyć, że stosownie do załączonej dokumentacji oraz wbrew temu na co wskazuje

Odwołujący producentem zaoferowanej farby TIMANTTI CLEAN jest Teknos Oy, Takkatie 3, 00371 Helsinki, Finlandia). Jest to niezwykle istotne albowiem wszelkie dołączone do oferty broszury producenta i karty charakterystyki farby Timatti Clean oraz wszelkie ogólnie dostępne materiały marketingowe firmy Teknos Oy jednoznacznie stwierdzają, iż farba ta nie posiada w swoim składzie dwutlenku tytanu, a jedynie jony srebra. Konsekwencją tych okoliczności jest również brak możliwości potwierdzenia właściwości fotokatalizy.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w zakresie systemu do automatycznej dystrybucji leków Zamawiający wskazał, że referencje znajdują się na str. 914 oferty Przystępującego. Jest to dokument jasno i precyzyjnie spełniający wymagania postawione przez Zamawiającego, a zatem zarzut co do złożenia nieprawdziwych informacji jest chybiony. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać okoliczności podnoszone w treści odwołania.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących systemu pakowania leków, Zamawiający wskazał, że przyznał punkty za sposób realizacji wymagania tj. czy wymaganie to realizowane jest automatycznie, czy półautomatycznie. Zamawiający będzie nadawał odpowiednie uprawnienia do faktycznego realizowania tej czynności podczas wdrażania systemu i przez pojęcie „lekarz” rozumie każdą osobę z odpowiednimi będzie uczestniczyła w procesie automatycznej dystrybucji leków szpitala i może to być zarówno farmaceuta, lekarz dowolnej specjalizacji medycyny czy pielęgniarka.

Ponadto Zamawiający wskazał na odpowiedź na pytanie i odpowiedź 389 do SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający przewiduje, iż proces pakowania dawek jednostkowych leków, odbywać się będzie w pomieszczeniach apteki szpitalnej, w sposób automatyczny, nie wymagający ludzkiej interakcji. Leki przygotowywane do zapakowania będą przez odpowiedni personel apteki szpitalnej”. Zatem Zamawiający po raz kolejny doprecyzował postanowienia SIWZ wskazując, co należy rozumieć pod pojęciem „lekarza”, tym samym oferta Przystępującego w żaden sposób nie może zostać uznana za niezgodną z SIWZ.

Odnosnie zarzutów Odwołującego dotyczących podmiotu trzeciego Zamawiający pierwszej kolejności wskazał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zobowiązaniem prawidłowym spełniającym wszystkie formalne wymogi przewidziane w ustawie. Wskazał, iż Odwołujący zarzucił jakoby zobowiązanie Campenon Bernard Construcion w ogóle nie wskazuje jaka wiedza i doświadczenie podlega udostępnieniu na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wskazania wymaga, że w treści zobowiązania wprost określono, że przedmiotem udostępnienia będzie zdolność techniczna i zawodowa w zakresie precyzyjnie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Już zatem z tego wynika jaki zasoby zostały przez podmiot trzeci udostępnione. Niezależnie od tej okoliczności w dokumencie JEDZ podmiotu trzeciego na stronie 13 wprost znajdują się wskazane roboty budowlane jakie zamierza ten podmiot udostępnić, a jest to Budowa budynku centrum

szpitalnego Koutio, 98830 Bumbea- Nowa Kaledonia", co znajduje dalsze odzwierciedlenie w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy potwierdzających, że właśnie te roboty zostały udostępnione na rzecz Odwołującego. Nie ulega zatem wątpliwości, że złożone zobowiązanie będące oświadczeniem woli i jako takie podlegające dalszej wykładni pozwala na jasne i precyzyjne ustalenie zakresu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, a w konsekwencji do przyjęcia, iż spełnia ono wszelkie wymagania Pzp.

Co do zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia Zamawiający wskazał, że pomiędzy treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, a treścią formularza ofertowego nie ma żadnej sprzeczności. Wskazania wymaga, że stosownie do orzecznictwa KIO „Z art. 22a ust. 4 p.z.p. nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją”. Przyjęcie argumentacji powoływanej przez Odwołującego powodowałoby, że Przystępujący w ogóle nie może brać udziału w realizacji tej części zamówienia, a w konsekwencji nie może nabyć stosownego doświadczenia będącego przedmiotem postępowania. Takie rozumowanie byłoby sprzeczne z celem instytucji udostępniania zasobów przez podmiotu trzecie.

Zamawiający z ostrożności wskazał, że stosownie do stanowiska doktryny „Komentowany artykuł obliguje zamawiającego do żądania od wykonawców informacji na temat części zamówienia które zamierzają powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem firm podwykonawców. Novum niniejszego przepisu jest możliwość żądania wskazania tych informacji na etapie składania ofert. Dzięki wprowadzonej regulacji, zamawiający już we wczesnym etapie postępowania ma możliwość uzyskania pełnej wiedzy na temat zamierzeń wykonawców w zakresie korzystania przez nich z pomocy podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Ze względu na fakt, że informacje udzielane przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń, jak również ze względu na zmiany okoliczności gospodarczych, jakie mogą wystąpić w trakcie długotrwałych zamówień, umożliwiono wykonawcom dokonanie modyfikacji złożonych deklaracji w zakresie podwykonawstwa. Wykonawcy, zgodnie z art. 36b st. 2 PrZamPubl, mogą: 1) wskazać innych podwykonawców; 2) zrezygnować z podwykonawców; 3) wskazać inny zakres podwykonawstwa; 4) wykonać zamówienia przy pomocy podwykonawców, pomimo niewskazania w postępowaniu żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa”. (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016).

Zatem nie można uznać, że istnieje jakikolwiek rozdźwięk pomiędzy dokumentami złożonymi przez Przystępującego w toku postępowania, gdyż złożył on prawdziwe i zgodne rzeczywistością oświadczenie co do zakresu podwykonawstwa. Nie miał on prawnej

możliwości wskazania, że podmiot trzeci wykona całość zamówienia, albowiem wtedy oznaczałoby to, że Wykonawca, który de facto składa ofertę deklarując chęć realizacji zamówienia, byłby pozbawiony faktycznej możliwości jego wykonania i nabycia stosownego doświadczenia.

Zamawiający podkreślił, że błędna jest argumentacja Odwołującego dotycząca wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści zobowiązania. Celem Zamawiającego było tylko i wyłącznie potwierdzenie przez Przystępującego, że podmiot trzeci wykona wszelkie prace objęte omawianym warunkiem udziału w postępowaniu. Wskazania wymaga, że już w samym zobowiązaniu podmiotu trzeciego znajduje się oświadczenie „CAMPENON BERNARD CONSTRUCCION będzie uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”. Zatem już na etapie pierwotnego oświadczenia podmiotu trzeciego znalazł się wymagany zakres podwykonawstwa, który został następnie potwierdzony przez Przystępującego, co miało na celu ochronę Zamawiającego oraz możliwości weryfikacji tych oświadczeń na etapie realizacji samego zamówienia. Wobec jasnego i precyzyjnego oświadczenia Przystępującego, Zamawiający może wymagać od niego na etapie realizacji zamówienia określonego zakresu podwykonawstwa ze wszelkimi tego konsekwencjami.

Przystępujący pismem z dnia 4 września 2018 r. przedstawił własne stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, dlatego zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut dotyczący wymagania, aby „Obsługiwane blistry miały dowolną formę i kształt” w związku z czym zarzut ten nie był rozpoznawany przez Izbę.

Izba ustaliła:

W dniu 9 sierpnia 2018 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uzasadniając powyższą czynność wskazał, że:

„Wykonawca posłużył się nieaktualnym załącznikiem Nr 2 do SIWZ - Arkusze parametrów technicznych, co w konsekwencji spowodowało niezgodność oferty z SIWZ i tak:

1) oferta str. 258-267 - Kolumna anestezyjologiczna + kolumna infuzyjna w układzie tandemowym - 7 szt.: Tabela będąca częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ w tym asortymencie zawiera 46 pozycji, podczas gdy oferta Wykonawcy zawiera 44 pozycje. Brak jest pozycji 45 i 46 przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach.

2) oferta str. 268-275 - Kolumna chirurgiczna z przygotowaniem do tandemu - 5 szt.: Tabela będąca częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ w tym asortymencie zawiera 34 pozycje, podczas gdy oferta Wykonawcy zawiera 32 pozycje. Brak jest pozycji 33 i 34 przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach.

3) oferta str. 276-284 - Kolumna endoskopowa z ramieniem na monitor - 4 szt.: Tabela będąca częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ w tym asortymencie zawiera 35 pozycji, podczas gdy oferta Wykonawcy zawiera 34 pozycje. Zastosowana jest przy tym błędna numeracja poszczególnych pozycji. Brak jest poprawnie brzmiących pozycji 34 i 35 przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach.

4) oferta str. 285-291 - Kolumna dwułożkowa - sala POOP - 5 szt.: Tabela będąca częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ w tym asortymencie zawiera 33 pozycje, podczas gdy oferta Wykonawcy zawiera 31 pozycji. Brak jest pozycji 32 i 33 przez co brak potwierdzenia wymaganych warunków opisanych w tych pozycjach.

5) oferta str. 588-592 - System automatycznej dystrybucji leków: Tabela będąca częścią Załącznika Nr 2 do SIWZ w tym asortymencie zawiera 46 pozycji, podczas gdy oferta Wykonawcy zawiera 45 pozycji. Zastosowana jest przy tym błędna numeracja poszczególnych pozycji. Brak jest poprawnie brzmiących pozycji 45 i 46 przez co brak potwierdzenia wymaganych parametrów opisanych w tych pozycjach.

Należy zauważyć, że Zamawiający dokonał modyfikacji przedmiotowego załącznika w dniu 1 czerwca 2018 r., w których wprowadził zmiany nie uwzględnione przez Wykonawcę. Zamawiający wskazuje, że Załącznik nr 2 nie podlega procedurze uzupełnienia jako integralna część oferty. (...)

6) oferta str. 240 poz. 3 - Wykonawca potwierdził ten parametr oferując jednocześnie farbę opartą na antybakteryjności jonów srebra nie wykazując Zamawiającemu równoważności tej technologii, a zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ „Niezależnie od zapisów SIWZ w punkcie 3.12. w miejscach, w których Zamawiający dopuszcza zaoferowanie parametrów równoważnych posługując się zapisem „lub równoważne” dopuszcza się składanie ofert równoważnych pod warunkiem, że oferowany przedmiot jest podobny funkcjonalnie i możliwie jak najbardziej zbliżony pod względem konstrukcji, materiałów z jakich jest wykonany, rozmiarów itp. do wyrobów przykładowych, a Wykonawca w ofercie wykaże, iż oferowany przedmiot zamówienia posiada parametry techniczno - eksploatacyjno - użytkowe nie gorsze od parametrów wskazanych w załączniku przedmiotu zamówienia. Wszelkie ryzyko (w tym koszty ewentualnych ekspertyz) związane z udowodnieniem równoważności spoczywa na Wykonawcy”. Wskazania również wymaga, że w treści załącznika Wykonawca winien wpisać (opisać) dokładnie oferowany parametr lub warunek. Jedynie w zakresie higienicznej powłoki do permanentnej auto-sterylizacji, Wykonawca poprzestał wyłącznie na ogólnikowych zwrotach (TAK a w poz. 4 NIE), nie wskazując przykładowo jaki parametr oferuje czy podstawowy lub lepszy czy też równoważny, nie dając nawet Zamawiającemu możliwości wezwania do wyjaśnienia tego zakresu. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że technologia dwutlenku tytanu związana jest z absorpcją promieniowania. Dwutlenek tytanu charakteryzuje się wysoką absorpcją w zakresie UV i dochodzącą do zaledwie kilku procent absorpcją w zakresie widzialnym. Tymczasem jony srebra nie są fotokatalizatorami a ich działalność ograniczona jest tylko do antybakteryjności chroniącej przed niektórymi bakteriami opisanymi na str. 255 oferty Wykonawcy. Nadmienić należy, że Zamawiający oczekiwał powłoki do permanentnej autosterylizacji, czyli samooczyszczającej się a nie powłoki antybakteryjnej. Powłoka samooczyszczająca się jest czymś absolutnie różnym od powłoki antybakteryjnej.

7) w nawiązaniu do pkt. 6 oferta str. 240 poz. 4 - Zamawiający wymagał potwierdzenia zaoferowania wymaganego parametru „Proces fotokatalizy (samooczyszczanie) przy udziale światła dziennego” poprzez wpisanie TAK w rubrykę „Parametr oferowany przez dostawcę”. Wykonawca wpisał w tą rubrykę słowo „NIE” przez co nie potwierdził spełniania wymogu SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że fotokataliza to zmiana szybkości reakcji chemicznej lub jej inicjacji w wyniku działania promieniowania UV, promieniowania widzialnego lub podczerwieni w obecności substancji (fotokatalizatora), która absorbuje światło i jest zaangażowana w przemiany chemiczne reagentów. Fotokatalizatorami mogą być między innymi półprzewodniki szerokopasmowe, takie jak tlenek tytanu, siarczek cynku, siarczek kadmu. Do fotokatalizatorów nie zaliczają się jony srebra. Samooczyszczanie się powierzchni umożliwiają tylko fotokatalizatory. Jony srebra, na których oparta jest farba

Timantti Clean nie są fotokatalizatorami, a jedynie wspomagają antybakteryjność powłok, na które są naniesione.

W konsekwencji wykonawca prawidłowo oświadczył, iż zaoferowany asortyment nie obejmuje procesu fotokatalizy przy udziale światła dziennego, potwierdzając jednocześnie nieprawdę w zakresie poz. 5 „Proces fotokatalizy (samooczyszczanie) przy udziale światła sztucznego”.

Izba zważyła:

1. Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na pominięcie 10 pozycji w załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącego Arkusz Parametrów Technicznych, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej wymagała kwestia, czy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na powyższe braki, czy też brak zawarcia tych informacji w poszczególnych pozycjach Arkusza podlegał uzupełnieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie, nie zachodziła żadna z przesłanek wymienionych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie można bowiem uznać, że pominięcie przez Odwołującego oświadczeń:

| | |
|---|-------------|
| „Certyfikaty, atesty, deklaracje zgodności oraz wszelką dokumentację pozwalającą na użytkowanie oferowanego urządzenia w planowanym terminie oddania inwestycji do pełnej eksploatacji dostarczana przy dostawie” | Tak |
| Wykonawca bierze na siebie uzyskanie wszelkich pozwoleń, posiadania aktualnych certyfikatów, deklaracji zgodności oraz ewentualnego dostosowania zaoferowanych urządzeń medycznych do uwarunkowań prawnych i technologicznych obowiązujących w dniu oddania inwestycji do pełnej eksploatacji”, zawartych w pozycjach | Tak, opisać |

zawartych pod:

- numerem 45 i 46 „Kolumna anestezyjologiczna + kolumna infuzyjna w układzie tandemowym – 7 szt.”;
- numerem 33 i 34 „Kolumna chirurgiczna z przygotowaniem tandemu – 5 szt.”;
- numerem 34 i 35 „Kolumna endoskopowa z ramieniem na monitor – 4 szt.”;
- numerem 32 i 33 „Kolumna dwułożkowa – sala POOP – 5 szt.”;
- numerem 45 i 46 „System automatycznej dystrybucji leków”,

nosiło walor omyłki.

Wskazać należy, iż w orzecznictwie Izby pod pojęciem "omyłki", o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy rozumieć niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością oferty z treścią SIWZ, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Jak wynika z porównania treści ww. przepisu oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie musi być oczywista - przyjmuje się, iż może ona być ustalana na podstawie treści samej oferty lub treści SIWZ. Co więcej, sposób jej poprawienia może zostać ustalony po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazano w jednym z wyroków Izby *"pojęcie istotności zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym - zdaniem Izby - pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców."* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2009 r. KIO/UZP 1260/09). W orzecznictwie Izby podkreśla się także, iż Zamawiający może dokonywać poprawienia omyłek, ale nie może zastępować wykonawcy w formułowaniu treści oferty. Wskazać bowiem należy, iż ewentualnej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mogą podlegać jedynie nieścisłości zawarte w ofercie, nie zaś treści których w ofercie w ogóle nie zawarto. Poprawienie oferty nie może prowadzić bowiem do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia woli. W rozpoznawanej sprawie poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wiązałoby się z wprowadzeniem do oferty nowych treści, które pierwotnie w ofercie Odwołującego nie zostały zawarte. Ponadto aby dokonać tych poprawek Zamawiający musiałby uprzednio zwrócić się do Odwołującego o udzielenie szczegółowych odpowiedzi w tym zakresie, bowiem wbrew stanowisku Odwołującego powyższe oświadczenia w żaden sposób nie wynikały ze złożonej oferty. Oświadczenia te dotyczyły m. in. konieczności dostarczenia aktualnych i ważnych certyfikatów i deklaracji zgodności urządzeń medycznych w planowanym terminie oddania inwestycji do eksploatacji, co stanowi niezbędny element do prawidłowego odebrania inwestycji i prawidłowej eksploatacji. Tym samym Izba uznała, że poprawienie oferty Odwołującego poprzez wpisanie przez Zamawiającego do jej treści nowych oświadczeń w brakujących pozycjach stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w jej treść. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w

rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko z a.s.).

Tym samym Izba uznała, iż braki znajdujące się w ofercie Odwołującego nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała ponadto, iż powyższe, brakujące oświadczenia zawarte we wskazanych wyżej pozycjach nie mogły zostać zastąpione ogólnymi oświadczeniami zawartymi w formularzu ofertowym. Złożenie takich oświadczeń w treści formularza ofertowego nie może przesądzać o zgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Skład orzekający w pełni popiera i przyjmuje jako swoje stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku z dnia 18 listopada 2011r., sygn. akt KIO 2392/11, w którym Izba stwierdziła, że: „błędne, jest przypisywanie w tym kontekście nadmiernego znaczenia dla treści oferty deklaracjom w niej składanych, np. o zgodności oferty z siwz czy zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z siwz, gdy jednocześnie ze szczegółowych danych w ofercie zawartych wynika okoliczność przeciwna. Opieranie się w takich przypadkach jedynie na oświadczeniach składanych przez wykonawców likwidowałoby właściwie instytucję niezgodności oferty z treścią siwz. Wykonawca mógłby zawsze zdeprecjonować dane zawarte w jego ofercie powołując się na ogólne oświadczenie o chęci uczynienia zadość wymaganiom zamawiającego złożone w ofercie.”

Skład orzekający stwierdził w konsekwencji, że wbrew stanowisku Odwołującego, jego oferta nie była przygotowana zgodnie z wymogami ustalonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający bowiem w sposób jasny i wyraźny żądał wypełnienia pominiętych przez Odwołującego rubryk tabeli znajdujących się w załączniku nr 2 do SIWZ, a ponadto Zamawiający również w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazał, iż: „*Niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty*” oraz „*Wszystkie parametry techniczne muszą być spełnione łącznie, aby oferta spełniała wszystkie wymagania*”.

W ocenie Izby pominięcie przez Odwołującego wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń, wprowadzonych do załącznika nr 2 na skutek modyfikacji dokonanej w dniu 1 czerwca 2018 r. powodowała, iż oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ, a w związku z kompleksowym charakterem zamówienia, efektem modyfikacji tabel była niemożność prawidłowego wykonania zamówienia.

Izba za niezasadne uznała również stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający zobligowany był dokonywać oceny oferty Odwołującego przez pryzmat oferty złożonej przez Przystępującego nawet w sytuacji kiedy ten wykonawca zaoferował takie samo lub zbliżone rozwiązanie. Zaaprobowanie powyższego stanowiska prowadziłoby do sytuacji w której Zamawiający dokonując badania i oceny ofert poszczególnych wykonawców musiałby

poszukiwać, czy brak podania jakiś konkretnych wymaganych przez Zamawiającego informacji nie wynika także z oceny ofert innych wykonawców.

2. Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie w poz. 3 str. 240 oferty farby nie spełniającej wymagań Zamawiającego, tj. zaoferowania farby, która zapewnia powłokę do permanentnej autosterylizacji, Izba stwierdziła iż zarzut powyższy jest niezasadny.

Izba ustaliła:

Na stronie 240 oferty w pozycji 3 załącznika nr 2 do SIWZ „Technologia dwutlenku tytanu lub równoważne” Odwołujący wskazał „TAK”.

W pozycji 4 załącznika nr 2 do SIWZ „Proces Fotokatalizy (samooczyszczenie) przy udziale światła dziennego” Odwołujący w kolumnie „Parametr oferowany przez dostawcę...” wskazał „NIE”.

Na stronie 244 oferty znajduje się „Oświadczenie dotyczące zastosowania farby Timantti Clean” w punkcie 1) wskazano, iż farba jest „wykonana w technologii zawierającej dwutlenek tytanu”.

Z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego wynika, iż Odwołujący zaoferował farbę producenta TEKNOS sp. z o.o. o nazwie TIMANTTI CLEAN. Ponadto na str. 253 oferty podał, iż zaoferowana przez niego farba „TIMANTTI CLEAN” oparta jest na technologii jonów srebra (...). Służy do ochrony pomalowanego podłoża przed kolonizacją i rozwojem mikroorganizmów”. W rozdziale „SKŁADNIK AKTYWNY” znajdującym się na tej samej stronie wynika, iż jest ona oparta na technologii jonów srebra.

Następnie na str. 255 w dokumencie „DS. 1773 TIMANTTI CLEAN Farba antybakteryjna do wnętrz” wskazano, iż „aktywnym składnikiem jest srebro”.

Na rozprawie zostały przedłożone m.in. następujące dowody:

- 1) oświadczenie TEKNOS sp. z o.o. z dnia 16 sierpnia 2018 r.
- 2) karta charakterystyki farby TIMATTI CLEAN z dnia 24 maja 2018r.,
- 3) karta katalogowa farby TIMANTTI CLEAN pochodząca ze strony producenta TEKNOS Oy,
- 3) wydruk ze strony internetowej producenta farby TEKNOS Oy.

Izba uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, iż Odwołujący nie zdołał wykazać, iż zaoferowana przez niego farba oparta jest na technologii dwutlenku tytanu. Izba stwierdziła natomiast, iż z przedłożonych dowodów oraz dokumentów znajdujących się w ofercie Odwołującego wynika, iż zaoferowana farb oparta jest na technologii jonów srebra. Za przekonujące w tym zakresie uznała dowody przedłożone

przez Przystępującego tj. kartę katalogową Timantti Clean pobraną ze strony producenta tj. firmy TEKNOS Oy z siedzibą w Helsinkach, jak również karty charakterystyki zawartej na str. 255 oferty Odwołującego. Zauważyć również należy, iż wszelkie dołączone do oferty broszury, karta charakterystyki oraz karta katalogowa pochodzące od producenta farby TEKNOS Oy z siedzibą w Helsinkach produktu potwierdzają, iż zaoferowana farba oparta jest na technologii jonów srebra i nie posiada ona w swoim składzie dwutlenku tytanu, co z kolei wpływa na brak posiadania właściwości fotokatalizy, wymaganej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła ponadto, odnosząc się do oświadczenia TEKNOS sp. z o.o. podpisanego przez p. T. S. znajdującego się na stronie 244 oferty, zgodnie z którym farba oparta jest na technologii dwutlenku tytanu, że p. T. S. w innym dokumencie zawartym na str. 253 oferty stwierdził, iż farba TIMANTTI CLEAN oparta jest na antybakteryjnej technologii jonów srebra. Jednakże Izba stwierdziła, iż to informacje zawarte na stronie 253 oferty Odwołującego są wiarygodne z uwagi na fakt, iż stanowią one jakby przekopiowany fragment pochodzący z karty katalogowej produktu. Izba nie uwzględniła przedstawionych przez Zamawiającego oraz zawartych w ofercie Odwołującego Atestów wystawianych przez PZH, z których wynikały informacje odnośnie składu farby. Powyższe było wynikiem ustalenia, iż PZH wydaje swoje Atesty odnośnie składu farby nie w wyniku przeprowadzenia badań laboratoryjnych, a na podstawie informacji przekazanych mu przez zleceniodawcę.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba uznała, iż Odwołujący zaoferował Zamawiającemu farbę opartą na jonach srebra o właściwościach antybakteryjnych, podczas gdy Zamawiający wymagał powłoki opartej na technologii dwutlenku tytanu umożliwiającym samooczyszczania, czyli zjawisko fotokatalizy. Powyższe ustalenie w ocenie Izby koresponduje z zawartym w pozycji 4 formularza oferty Odwołującego (str. 240), gdzie w ocenie składu orzekającego wykonawca ten, zgodnie z charakterystyką zaoferowanej farby potwierdził brak technologii fotokatalizy, jednoznaczne oświadczenie: „NIE”. W ocenie składu orzekającego złożone oświadczenie oraz dokumenty dołączone do oferty są ze sobą spójne i potwierdzają, iż przedmiotem oferty tego wykonawcy nie jest rozwiązanie oparte o proces fotokatalizy przy udziale światła dziennego jak wymagał tego Zamawiający. Ponadto powyższe zostało wykazane dowodami złożonymi na rozprawie przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Tym samym, skoro oświadczenie woli Odwołującego w przedmiocie oferowanego rozwiązania w tym zakresie jest jednoznaczne, to brak jest podstaw do stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w ocenie Izby oświadczenie Odwołującego o braku możliwości fotokatalizy przy udziale światła dziennego nie miało charakteru omyłki.

W konsekwencji ustalenia, iż Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne, to zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zobligowany był wykazać w treści oferty, że oferowane przez niego rozwiązanie równoważne spełnia wymagania Zamawiającego, czego nie uczynił. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

odrzucając ofertę tego wykonawcy. Podkreślić należy, że w przypadku, gdy wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne powinien dołączyć do oferty dokumenty potwierdzające, iż oferowane przez niego materiały lub urządzenia posiadają parametry/właściwości pożądane przez Zamawiającego, a jednocześnie zadeklarowane przez siebie w samym zestawieniu. W przypadku, gdy złożony przez wykonawcę dokument budzi wątpliwości lub nie potwierdza, iż oferowane materiały lub urządzenia posiadają zadeklarowane w zestawieniu parametry, nie można uznać, iż wykonawca wykazał, że oferowane materiały lub urządzenia są równoważne opisanym przez zamawiającego (wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. KIO 1961/11).

3. Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, skład orzekający uznał zarzut ten za bezzasadny.

Wskazać należy, iż w treści załącznika nr 2 do SIWZ, w odniesieniu do Systemu automatycznej dystrybucji leków Zamawiający sformułował następujące wymaganie: „Referencja z wdrożenia systemu w szpitalu posiadającym co najmniej 180 łóżek – dołączyć do oferty.”

Przystępujący na stronie 914 oferty zawarł referencje z dnia 14 grudnia 2017 r. wystawione przez Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi o następującej treści:

„Niniejszym informujemy, iż firma Quizit Sp. z o.o. z siedzibą 93-558 Łódź. ul. Piękna 1, NIP: 7282791251 wdrożyła w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi system do automatycznej dystrybucji leków (system UnitDoseOne). Wdrożenie, przeprowadzone w okresie XI-XII 2017 obejmowało:

1. Dostawę, montaż i uruchomienie systemu do automatycznej dystrybucji leków w dawkach jednostkowych.
2. Integrację systemu z posiadany przez szpital systemem informatycznym w aptece szpitalnej.
3. Szkolenie personelu w zakresie obsługi systemu.

Przedmiot dostawy został zrealizowany należyście i terminowo.”

W ocenie Izby powyższy dokument był zgodny z wymaganiami Zamawiającego i potwierdzał wykonanie wdrożenia systemu w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi, który jak wynika z przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie w dniu 5 września 2018 r. posiada 920 łóżek, czyli również spełnia wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Izba odnosząc się do zarzutów Odwołującego wskazuje, iż Zamawiający nie postawił żadnych wymogów co do kwoty wdrożenia, czasu jego trwania, celu czy jego charakteru. Powyższe okoliczności nie miały znaczenia w świetle treści dokumentacji przetargowej w związku z czym, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania punktowanego wymagania.

4. Nie potwierdził się również zarzut dotyczący systemu pakowania leków.

Wskazać należy, iż Zamawiający w treści załącznika nr 2 do SIWZ w odniesieniu do Systemu automatycznej dystrybucji leków sformułował wymaganie: „System realizuje automatyczne pakowanie ww. form leków, tzn. lekarz wysypuje dane leki i są one następnie pakowane do torebek, bez ludzkiej interakcji”. Sposób oceny: Półautomatycznie – 0 pkt, Pełen automat – 5 pkt.

Izba ustaliła:

Przystępujący, w sekcji „Zasada działania UnitDoseOne” na stronie 900 oferty wskazał: *„W momencie potrzeby zapakowania danego leku do dawki jednostkowej, wydawany jest on w pełnym opakowaniu z magazynu, a farmaceuta przenosi go i podaje do wskazanego urządzenia pakującego, z którego już automatycznie jest umieszczany torebkach unit dose, a następnie w kasecie. Kasety mogą zostać następnie zapakowane do szafy lekowej. W zależności od rodzaju leku, farmaceuta wysypuje go na tackę (leki w formie doustnej, ampułki, fiolki, czopki) lub podaje do sekcji wycinania (leki blistrowane).”*

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 389 *„Czy w procesie pakowania leków przez system Unit-Dose jaki przewiduje Zamawiający bierze udział lekarz? Co Zamawiający rozumie pod pojęciem „wysypywania” danych leków?”*

udzielił w dniu 1 czerwca 2018 r. odpowiedzi:

„Zamawiający przewiduje, iż proces pakowania dawek jednostkowych leków, odbywać się będzie w pomieszczeniach apteki szpitalnej, w sposób automatyczny, nie wymagający ludzkiej interakcji. Leki przygotowywane do zapakowania będą przez odpowiedni personel apteki szpitalnej.”

Izba zważyła:

Uwzględniając powyższe ustalenia w tym przede wszystkim odpowiedź Zamawiającego na zadane 389 pytanie, Izba uznała, iż skoro Zamawiający nie potwierdził, że w procesie wysypywania leków ma brać udział lekarz, a wskazał, iż powyższe czynności mają być wykonywane przez odpowiedni personel apteki szpitalnej, to oferta Przystępującego uwzględniająca w swoim rozwiązaniu ww. odpowiedź spełnia wymagania Zamawiającego i nie podlega odrzuceniu. Ponadto zauważyć należy, iż powyższe wymagania nie stanowiło warunku granicznego i również z tego powodu oferta nie mogłaby zostać odrzucona. Co najwyżej wykonawca ten uzyskałby 0 punktów. Jak już jednak wskazano, Zamawiający prawidłowo przyznał Przystępującemu punkty w tej pozycji, gdyż spełniało ono wymóg postawiony w tym zakresie. Niemniej jednak w ocenie Izby ocenie nie podlegała kwestia kto

dokonuje wysypywania leków, a tylko czy proces ten odbywa się automatycznie czy też półautomatycznie.

5. W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła:

Przystępujący na stronach 39-40 swojej oferty zawarł zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION, który udostępnił temu wykonawcy swoje zdolności techniczne i zawodowe w zakresie realizacji:

1. *„roboty budowlanej polegającej na budowie budynku/-ów szpitala (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości roboty nie mniejszej niż 225 000 000 zł brutto (dwieście dwadzieścia pięć milionów złotych 00/ 100) i powierzchni netto objętej zakresem roboty co najmniej 35 000 m². W zakresie roboty znajdowało się wykonanie:*

- bloku operacyjnego z co najmniej 4 salami operacyjnymi,
- co najmniej 1 oddziału łóżkowego,
- szpitalnego oddziału ratunkowego,
- zakładu radiologii i/ lub diagnostyki obrazowej,
- Oddziału intensywnej terapii (Oddziału intensywnej opieki medycznej), (OI T, OIOM),
- robót konstrukcyjnych (stanu surowego konstrukcji),
- robót wykończeniowych,
- instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych,
- instalacji BIMS,
- instalacji branży sanitarnej, w tym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą jednostek medycznych, - sieci zewnętrznych i przyłączy instalacyjnych,
- zagospodarowania terenu”.

W ocenie Izby zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów spełnia wymogi określone przepisami ustawy oraz zawiera wszystkie elementy wymagane na podstawie § 9 ust. 1 rozporządzenia. Zawiera ono bowiem wskazanie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, z których Przystępujący będzie mógł skorzystać na etapie realizacji, a zakres ten jest tożsamy z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego. Ponadto, ze zobowiązania wynika okres oraz sposób wykorzystania zasobów. Podmioty określiły również charakter stosunku jaki będzie łączył Przystępującego z

CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION, a ponadto zobowiązanie zawiera wyraźne zobowiązanie podmiotu trzeciego do realizacji zadań do których wymagane są udostępniane zasoby. W punkcie 4 wskazano, iż „powyższe zobowiązanie ma charakter realny, a stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów, bowiem CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION będzie uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”.

Tym samym Izba uznała, iż wbrew stanowisku Odwołującego zobowiązanie z dnia 23 maja 2018 r. ma charakter realny, a ponadto wynika z niego, iż Odwołujący będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. Zobowiązanie to zawiera także wskazanie jaka wiedza i doświadczenie podlega udostępnieniu, a powyższe wynika bezpośrednio z punktu 1 tego dokumentu.

Izba nie stwierdziła również, iż w treści zobowiązania powinna zostać wskazana referencja/umowa w toku której podmiot udostępniający uzyskał odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) wynika, iż Zamawiający w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Powyższe przepisy nie zawierają więc wskazywania w dokumencie zawierającym zobowiązanie podmiotu trzeciego informacji odnośnie umowy/ referencji w toku której podmiot udostępniający uzyskał odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Skoro więc ani z przepisu 22a ustawy, ani z § 9 ust. 1 nie wynika konieczność wskazywania takiej referencji, to nie można czynić Zamawiającemu zarzutów zaniechania wezwania do uzupełniania dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji też brak jest podstaw do nakazywania Zamawiającemu wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania.

Niemniej jednak wskazać należy, iż do oferty Przystępującego został dołączony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) wypełniony i podpisany przez CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION. W treści JEDZ podmiotu trzeciego została wprost wskazana inwestycja, w toku której podmiot trzeci udostępniający zasoby nabył zdolności techniczne i zawodowe, które podlegały udostępnieniu, a Odwołujący nie zakwestionował tej inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba uznała, iż załączone przez Przystępującego zobowiązanie podmiotu trzeciego było dokumentem kompletnym zawierającym wszystkie wymagane przepisami prawa informacje w konsekwencji czego Zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 ustawy zaniechując wezwania Przystępującego do uzupełnienia powyższego dokumentu z dnia 23 maja 2018 r.

6. Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z ustawą w związku ze wskazaniem, iż CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION zrealizuje tylko część robót budowlanych, Izba uznała iż nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Zamawiający w punkcie 6.2. pkt 2 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, zgodnie z którym wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał, co najmniej: minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku/-ów szpitala (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości roboty nie mniejszej niż 225 000 000 PLN brutto (dwieście dwadzieścia pięć milionów złotych 00/100) i powierzchni netto objętej zakresem roboty co najmniej 35 000 m². W zakresie roboty znajdowało się wykonanie:

- bloku operacyjnego z co najmniej 4 salami operacyjnymi,
- co najmniej 1 oddziału łóżkowego,
- szpitalnego oddziału ratunkowego,
- zakładu radiologii i/lub diagnostyki obrazowej,
- Oddziału intensywnej terapii (Oddziału intensywnej opieki medycznej), (OIT, OIOM),
- robót konstrukcyjnych (stanu surowego konstrukcji),
- robót wykończeniowych,
- instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych,
- instalacji BMS,
- instalacji branży sanitarnej, w tym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą jednostek medycznych,

Sygn. akt KIO 1691/18

- sieci zewnętrznych i przyłączy instalacyjnych,
- zagospodarowania terenu.

Przystępujący do oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION, który udostępnił temu wykonawcy swoje zdolności techniczne i zawodowe w zakresie realizacji: „roboty budowlanej polegającej na budowie budynku/-ów szpitala (budynku/-ów wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości roboty nie mniejszej niż 225 000 000 zł brutto (dwieście dwadzieścia pięć milionów złotych 00/ 100) i powierzchni netto objętej zakresem roboty co najmniej 35 000 m². W zakresie roboty znajdowało się wykonanie:

- bloku operacyjnego z co najmniej 4 salami operacyjnymi,
- co najmniej 1 oddziału łóżkowego,
- szpitalnego oddziału ratunkowego,
- zakładu radiologii i/ lub diagnostyki obrazowej,
- Oddziału intensywnej terapii (Oddziału intensywnej opieki medycznej), (OI T, OIOM),
- robót konstrukcyjnych (stanu surowego konstrukcji),
- robót wykończeniowych,
- instalacji elektrycznych, w tym niskoprądowych instalacji teletechnicznych,
- instalacji BIMS,
- instalacji branży sanitarnej, w tym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny wraz z dostawą jednostek medycznych, - sieci zewnętrznych i przyłączy instalacyjnych,
- zagospodarowania terenu”.

Zgodnie z art. 22 a ust. 1 Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Stosownie do art. 22 a ust. 4 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przepisy te stanowią implementację do prawa krajowego przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w

stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy, do powołania się - celem wykazania warunków udziału w postępowaniu - na zasoby podmiotów trzecich. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia - prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane, ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób.

Izba stwierdziła analizując zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, iż zakres zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału w zakresie doświadczenia był tożsamy z postawionym warunkiem. Ponadto, wbrew stanowisku Odwołującego, z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby obejmował on całość robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Wskazać należy za Przystępującym, iż warunek nie obejmował dostaw sprzętu, których montaż będzie wiązał się z koniecznością wykonania robót związanych z zabezpieczeniem wykopu przez wykonanie „ścian berlińskich”, robót odwodnieniowych i ziemnych a także budowy apteki szpitalnej, zespołu poradni szpitalnych, części administracyjnej, kaplicy, hotelu patomorfologii czy archiwum szpitalnego. W ocenie Izby powyższe znajduje potwierdzenie w dowodzie przedłożonym przez Przystępującego na rozprawie oznaczonym numerem 6. Istotne jest również to, że Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego i nie wykazał, wbrew prezentowanemu przez siebie stanowisku, iż ustanowiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu odnosił się do całości robót budowlanych oraz im towarzyszących objętych przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, iż oświadczenie złożone w formularzu ofertowym Przystępującego, że CAMPENON BERNARD CONSTRUCTION wykona roboty objęte warunkiem udziału było prawidłowe. Jak już bowiem wskazano, podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane

Sygn. akt KIO 1691/18

pokrywające się z zakresem udostępnionego doświadczenia, co w ocenie Izby w sposób wyraźny wynika ze zobowiązania z dnia 23 maja 2018 r.

Ponadto, skład orzekający w pełni popiera pogląd reprezentowany w wyroku Izby z dnia 9 listopada 2017r., sygn. akt KIO 2390/17 w którym Izba stwierdziła, że udział w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w zakresie udostępnionego doświadczenia nie wyłącza automatycznie udziału wykonawcy w realizacji robót” (por. też wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017r. KIO 2390/17). W związku z tym, założenie przyjęte przez Odwołującego, iż podmiot trzeci powinien zrealizować całość zamówienia bez udziału innych podmiotów nie znajduje uzasadnienia w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp.

Izba za niezasadne uznała też stanowisko Odwołującego co do tego, iż wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 lipca 2018 r. udzielił Przystępujący, a nie podmiot udostępniający zasoby, bowiem uznała, iż w piśmie z dnia 2 sierpnia 2018 r. Przystępujący zawarł jedynie wyjaśnienia odnośnie wątpliwości Zamawiającego, odwołując się do treści zobowiązania z dnia 23 maja 2018r. Przystępujący nie dokonał uzupełnienia czy też zmiany zobowiązania podmiotu trzeciego o treść w nim nie zawartą. Jak już Izba wyżej wskazała, z treści zobowiązania wynikał zakres wykorzystywanych zasobów, który odnosił się wprost do warunku udziału w postępowaniu, jak również zakładał udział podmiotu trzeciego w realizacji inwestycji w charakterze podwykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia publicznego. W przedostatnim akapicie punktu 4 zobowiązania z dnia 23 maja 2018 r. jest zawarte oświadczenie podmiotu trzeciego, zgodnie z którym:

„Powyższe zobowiązanie ma charakter realny, a stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje realny dostęp do udostępnionych zasobów, bowiem CAMPENON BERNARD CONSTRUCTON będzie uczestniczyła w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”

W konsekwencji powyższych ustaleń, skład orzekający zarzuty odwołania dotyczące zobowiązania i zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji inwestycji uznał za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3. W niniejszym postępowaniu, co zostało ustalone przez Izbę oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu, w związku z czym, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania nie może być uwzględniony.

Sygn. akt KIO 1691/18

W konsekwencji w stanie faktycznym sprawy nie podlegał także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust.1 i 3 Pzp, albowiem wybór oferty Przystępującego w rozpoznawanym zakresie nie naruszał przepisów wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 190 ust.7 oraz 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 2018, poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....