

Sygn. akt: KIO 2480/13

WYROK
z dnia 5 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Comarch Polska S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz ESAProjekt Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zakład Opieki Zdrowotnej nad Matką, Dzieckiem i Młodzieżą w Częstochowie, ul. Sobieskiego 7A, 42-200 Częstochowa**

przy udziale wykonawcy **A. S., T. S., J. M. Pixel Technology S.C., ul. Piękna 1, 93-558 Łódź**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Comarch Polska S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz ESAProjekt Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Comarch Polska S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz ESAProjekt Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Comarch Polska S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz ESAProjekt Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** na rzecz **Wojewódzkiego Zakładu Opieki Zdrowotnej nad Matką, Dzieckiem i Młodzieżą w Częstochowie, ul. Sobieskiego 7A, 42-200 Częstochowa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Zakład Opieki Zdrowotnej nad Matką, Dzieckiem i Młodzieżą w Częstochowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wdrożenie e-usług medycznych poprzez rozbudowę systemów informatycznych Wojewódzkiego Zakładu Opieki Zdrowotnej nad Matką, Dzieckiem i Młodzieżą*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 8 maja 2013 r. pod nr 2013/S 089-151377.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Comarch Polska S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz ESAProjekt Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 października 2013 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, informacja o dokonaniu których została przekazana Odwołującemu w dniu 11 października 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 22 października 2013 r. W dniu 24 października 2013 r. wykonawca A. S., T. S., J. M. Pixel Technology S.C. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Przystępujący”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 4 listopada 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1) zaniechania wykonania czynności zgodnie z wszystkimi żądaniami zawartymi w poprzednim odwołaniu Odwołującego wobec pierwszego wyniku oceny ofert, tj. zaniechanie wykluczenia Przystępującego i wyboru jego oferty oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, pomimo że Zamawiający w odpowiedzi na w/w odwołanie - uwzględnił w całości wszystkie zarzuty przedstawione w tymże odwołaniu,
- 2) wyboru oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten - w związku z uwzględnionymi w całości zarzutami wniesionymi w poprzednim odwołaniu - winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona,
- 3) wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów oraz do wyjaśnień treści oferty, pomimo że wykonawca ten - w związku z uwzględnionymi w całości zarzutami wniesionymi w poprzednim odwołaniu - winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania czynności zgodnie z wszystkimi zarzutami i żądaniami zawartymi w poprzednim odwołaniu Odwołującego, tj. zaniechanie wykluczenia Przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo że Zamawiający - w odpowiedzi na w/w odwołanie - uwzględnił w całości wszystkie zarzuty przedstawione w tymże odwołaniu,
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 - wykonawca ten - w związku z uwzględnionymi w całości zarzutami wniesionymi w poprzednim odwołaniu - winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona,
- 3) art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1, 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 186 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 98 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów oraz do wyjaśnień treści oferty, pomimo że wykonawca ten - w związku z uwzględnionymi w całości zarzutami wniesionymi w poprzednim odwołaniu - winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności podjętych w ramach oceny oferty w stosunku do oferty Przystępującego prowadzących wybór oferty tego wykonawcy, o którym poinformowano w dniu 11.10.2013 r.,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego,

3. wykonania czynności wobec Przystępującego zgodnie uwzględnionymi zarzutami i z żądaniami Odwołującego zawartymi w poprzednim odwołaniu Odwołującego z dnia 22.08.2013 r., tj. wykluczenie Przystępującego z uwagi na złożenie informacji w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
4. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w wyniku pierwszej oceny ofert Zamawiający dokonał odrzucenia wszystkich ofert z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ i unieważnił postępowanie. Wobec czynność tej oceny ofert oraz unieważnienia postępowania Odwołujący złożył odwołanie w dniu 22.08.2013 r. Odwołanie to - oprócz zarzutów i żądań dotyczących oceny oferty samego Odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania - zawierało także żądania dotyczące Przystępującego, tj. odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia go z postępowania z powodu złożenia w postępowaniu informacji nieprawdziwej.

Odwołujący podkreślił, iż w ówczesnym postępowaniu odwoławczym domagał się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z innego powodu, niż to uczynił sam Zamawiający. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28.08.13 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, skutkiem czego Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Pismem z dnia 11.10.2013 r. Zamawiający pomimo uwzględnienia w całości zarzutów w/w odwołania dokonał wyboru oferty Przystępującego. W ramach wglądu do dokumentacji postępowania Odwołujący powziął informację, że Zamawiający 26.09.2013 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących żywotności taśmy drukarki OKI Microline 3390 ECO oraz do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym podniósł wobec oceny oferty Przystępującego m.in. następujące zarzuty:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego również ze względu na zaferowanie drukarki niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego;
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania;

Zarzuty te uzasadnił, wskazując m.in. na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na zaferowanie drukarki niezgodnej

z wymaganiami Zamawiającego oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający winien odrzucić ofertę złożoną przez Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na zaoferowanie przez tego wykonawcę drukarki igłowej o mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego żywotności taśmy. Zgodnie z treścią pkt 4.1. Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) - str. 26, Zamawiający wymagał, aby żywotność taśmy wynosiła minimum 3 mln znaków. Przystępujący zaoferował drukarkę igłową OKI Microline 3390 ECO (str. 46 oferty). Żywotność taśmy barwiącej w ofercie Przystępującego – jego zdaniem - wynosi jednak nie 3 mln znaków, lecz 2 mln znaków, co jednoznacznie wynika z informacji zamieszczonych przez producenta na stronie internetowej:

<http://www.oki.pl/Includes/Pases/FileDownload.aspx?id=tcm:87-l46317-16>

Podkreślił, że pod wskazanym adresem dostępna jest ulotka ze szczegółową specyfikacją, z której wynika jednoznacznie, że model drukarki OKI Microline 3390 ECO posiada taśmę barwiącą o żywotności 2 milionów znaków. W konsekwencji - po pierwsze oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, po drugie - wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania.

Zarzuty pierwotnego odwołania Odwołującego zostały przez Zamawiającego uwzględnione w konsekwencji – zdaniem Odwołującego - Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Przystępującego z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwej (i uznaniu jego oferty za odrzuconą). Był też zobowiązany odrzucić jego ofertę z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ - inną niż przyjął sam Zamawiający. Żadnej z tych czynności Zamawiający nie uczynił, a wręcz przeciwnie - dokonał wyboru oferty Przystępującego, w tym poprzedził ją czynnością wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz wezwał do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Według niego nie można stosować trybu uzupełnień z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu - a oferta Przystępującego niewątpliwie podlegała, skoro taki zarzut został przez Zamawiającego uwzględniony (89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Ponadto – jego zdaniem - podlegała ona odrzuceniu jako oferta wykonawcy wykluczonego z uwagi na uwzględniony zarzut złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Z tych względów czynności oceny i wyboru oferty Przystępującego – jego zdaniem - jest wadliwa, a czynności ją sanujące niezgodne z ustawą Pzp, wobec czego Odwołujący domaga się nakazania ich unieważnienia i nakazania wykonania czynności zgodnie z uwzględnionymi przez Zamawiającego zarzutami i żądaniami.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo jako dowody w sprawie złożył oświadczenia producenta oferowanej przez Przystępującego drukarki firmy OKI z dnia 25 lipca 2013 r. Jedno oświadczenie wskazuje na to, że żywotność taśmy barwiącej do drukarki OKI ML 3390ECO wynosi 2 mln znaków. Drugie oświadczenie wskazuje, że drukarka OKI ML 3390 jest wyposażona tylko w kasetę z taśmą o nr PN: (part numer) 09002309 – produkcji OKI oraz, że eksploataowanie wskazanej drukarki na tasiemkach innych producentów skutkuje utratą gwarancji OKI na taką drukarkę. Trzecie oświadczenie to wyjaśnienie stanowiska firmy OKI w sprawie stosowania w drukarkach igłowych (produkcji OKI) oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – taśm barwiących.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że w wyniku czynności uwzględnienia zarzutów odwołania 22 sierpnia 2013 r. w sprawie KIO 2036/13 unieważnił czynność unieważnienia postępowania i zgodnie z żądaniem Odwołującego dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert. Podkreślił, że art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie zobowiązuje Zamawiającego do działania sprzecznego z ustawą Pzp, bowiem w wyniku zastosowania tego przepisu Zamawiający nie może dążyć do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Tym samym w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert Zamawiający skorzystał z możliwości, jaką daje mu przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wobec wątpliwości, które nie wynikały z treści oferty tylko ze strony internetowej producenta drukarki OKI poprosił o wyjaśnienia we wskazanym zakresie Przystępującego. Podkreślił, że z treści oferty Przystępującego (str. 46) wynikało w sposób wyraźny potwierdzenie spełnienia wymogu żywotności taśmy na poziomie minimum 3 mln znaków i Przystępujący w ramach udzielonych wyjaśnień potwierdził Zamawiającemu spełnienie tego wymogu. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż do oferowanych drukarek instalowana jest taśma marki Printe i w sytuacji, gdyby producent drukarek OKI nie realizował w związku z powyższym zobowiązań gwarancyjnych, Przystępujący złożył oświadczenie o przejęciu na siebie tychże zobowiązań. Zamawiający wyjaśnił również, że w tym zakresie nie nastąpiła zmiana treści oferty Przystępującego, bowiem w treści tej oferty nie wskazano, jaką taśmę do oferowanych drukarek wykonawca oferuje, nie był podany nr fabryczny taśmy, ponieważ nie było takiego wymogu SIWZ. Załączone przez Przystępującego do wyjaśnień dowody w sposób jednoznaczny – jego zdaniem - potwierdzają spełnienie wymogu SIWZ żywotności taśmy minimum 3 mln znaków. Podkreślił, że producent drukarek OKI jedynie zaleca dokonywanie zakupów materiałów eksploatacyjnych od producenta drukarki, co jednoznacznie nie potwierdza odstąpienia od gwarancji producenta drukarek w sytuacji, gdyby materiały eksploatacyjne nie pochodziły od producenta drukarek OKI. Zamawiający podniósł, iż

w SIWZ nie określił wymogu oryginalnych materiałów eksploatacyjnych do żądanych drukarek, gdyż powyższe stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił też, że Odwołujący nie udowodnił, że oferta Przystępującego jest sprzeczna z SIWZ, a tym samym, że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje w ofercie. Wyjaśnił również, że SIWZ nie zawierała postanowień szczegółowych co należy rozumieć przez sprzęt fabrycznie nowy, a Zamawiający rozumie przez to pojęcie fabrycznie nowy sprzęt, oryginalnie zapakowany.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał powyższe i poparł stanowisko Zamawiającego. Złożył też do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie, w którym podkreślił, że Zamawiający w każdej chwili postępowania o zamówienie publiczne może samodzielnie ponowić i zweryfikować swoje czynności, w tym także co do wezwania do wyjaśnień treści oferty. Podkreślił, iż oferta Przystępującego nie była zmieniona w wyniku udzielonych wyjaśnień, bowiem w jej treści nie było żadnego zapisu o zastosowaniu oryginalnej taśmy barwiącej OKI. Wymóg w SIWZ dostarczenia fabrycznie nowego sprzętu, w tym materiałów eksploatacyjnych – jego zdaniem - nie oznacza złożenia oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, gdyż powyższe byłoby sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, na co wskazywał Prezes UZP w odpowiedzi na interpelację poselską nr 6722. Podkreślił też, że oświadczenie OKI o utracie gwarancji producenta w przypadku nie stosowania oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, na które powołuje się Odwołujący, w świetle prawa unijnego może być podważone jako naruszające zasady konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy A. S., T. S., J. M. Pixel Technology S.C. z siedzibą w Łodzi do niniejszego

postępowania odwoławczego. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go wprost możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 4 określił wymagania co do oczekiwanych urządzeń biurowych, wskazując na drukarki igłowe i wymogi wobec nich, w tym m.in. co do żywotności taśmy na poziomie minimum 3 mln znaków. Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. do dnia 3 lipca 2013 r., do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty, tj. oferta Odwołującego i Przystępującego oraz oferta wykonawcy Asseco Poland S.A. W toku pierwszej czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający stwierdził, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu ze względu na ich sprzeczność z treścią SIWZ. W związku z powyższym unieważnił on postępowanie o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Informację o powyższym przesłał on wykonawcom w dniu 12 sierpnia 2013 r. W dniu 22 sierpnia 2013 r. Odwołujący wobec wskazanej czynności złożył swoje odwołanie, kwestionując czynność odrzucenia jego oferty, jak również wskazując na dodatkową podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego niż wskazana przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania oraz wskazując na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z uwagi na podanie przez niego nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania. Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2013 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania w związku z czym KIO w dniu 30 sierpnia 2013 r. wydała w tej sprawie postanowienie, którym umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt: KIO 2036/13). Zamawiający pismem z dnia 26 września 2013 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści jego oferty, w tym co do kwestii spełniania parametru żywotność taśmy do zaoferowanej drukarki na poziomie minimum 3 mln znaków. Podkreślił, że w formularzu technicznym wskazano na

żywołność taśmy 3 mln znaków zaś załączona karta katalogowa nie potwierdza spełnienia tego wymagania. W odniesieniu do powyższego Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach potwierdził spełnianie przywołanego wymogu SIWZ i wskazał, że na str. 46 oferty zawarł zapis, że oferuje drukarkę igłową OKI MICROLINE 3390 ECO z potwierdzeniem wskazanego wymogu o żywotności taśmy. Jednocześnie podkreślił, że zaoferował w tej drukarce taśmę marki Printe RO320, która zastępuje: OKI 09002309 i która posiada trwałość wynoszącą 3 mln znaków. Na dowód powyższego w załączeniu przedłożył wydruk ze strony internetowej www.printe.com, z którego wynika, jaką trwałość posiada zaoferowana taśma. Podkreślił też, że zaoferowanie taśmy Printe w żaden negatywny sposób nie wpływa na uprawnienia gwarancyjne Zamawiającego, a w przypadku gdyby autoryzowany serwis urzędzeń wydał ekspertyzę, że bezpośrednią przyczyną uszkodzenia było zastosowanie marki produktu Printe, urządzenie będzie bezpłatnie naprawione lub wymienione na nowe.

Zamawiający pismem z dnia 11 października 2013 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Wskazana czynność została zaskarżona przez Odwołującego w ramach rozpoznawanego aktualnie przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej była prawidłowa.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Wskazany przepis stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze, jeśli do niego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Przepis ten stanowi też, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważniana czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis znajduje się w dziale VI ustawy Pzp i jako taki ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, a w tym przypadku do odwołania. Regulacja zawarta w tym przepisie ustawy Pzp wskazuje, jak należy postąpić z odwołaniem, którego zarzuty w całości uwzględnił zamawiający, a żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Ustawodawca przewidział, że w takiej sytuacji Izba umarza postępowanie odwoławcze nie rozpoznając zarzutów odwołania, a zamawiający powinien wykonać, bądź powtórzyć określone czynności w postępowaniu,

ewentualnie je unieważnić, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania powinno więc skutkować wykonaniem określonych czynności w postępowaniu określonych żądaniem odwołania. Powyższa regulacja – jak wskazano powyżej - jest jednak regulacją o charakterze procesowym, a nie materialnym. Oznacza to, że zamawiający, wykonując określone czynności, których dokonania wykonawca domagał się w uwzględnionym odwołaniu, może liczyć na określony skutek procesowy przewidziany w dziale VI ustawy Pzp. Zamawiający zatem może liczyć na to, że ewentualne odwołanie wniesione na czynności wykonane przez niego zgodnie z żądaniem odwołania nie będzie rozpoznawane przez Izbę, gdyż – stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – będzie ono podlegało odrzuceniu. Zamawiający, podejmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone czynności polegające na dokonaniu, powtórzeniu, czy unieważnieniu określonych czynności – i to tak w wyniku uwzględniania przez siebie zarzutów odwołania, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – powinien przede wszystkim mieć na uwadze zgodność swoich działań z materialnymi regulacjami ustawy Pzp, tj. przepisami działu I (przepisy ogólne) i działu II (przepisy *stricte* odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz ewentualnie działu III ustawy Pzp (przepisy szczególne). Jeśli nawet zamawiający formalnie uwzględni odwołanie przywołany przepis ustawy Pzp (art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp) nie zobowiązuje go do podjęcia określonych czynności postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekiwanych przez odwołującego się wykonawcę, jeśli czynności te prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego. U podstaw takiego wyводу i interpretacji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp leży przede wszystkim okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wskazują na obowiązek badania przez Izbę prawidłowości – zgodności z materialnymi przepisami ustawy Pzp – czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Izba w przypadku uwzględniania w całości zarzutów odwołania

jedynie umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając tak zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, jak i zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należało, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając odwołanie Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2013 r., nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonać czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, choć zapowiedzią dokonania tych czynności było formalne uwzględnienie przez niego w całości zarzutów odwołania z dnia 22 sierpnia 2013 r. Dokonując ponownie czynności w postępowaniu po uwzględnieniu wskazanego odwołania, wykonał je odmienne od zapowiedzi zawartych w uwzględnieniu odwołania. Powyższe skutkuje dla Zamawiającego koniecznością oceny prawidłowości dokonania tych nowych czynności w postępowaniu przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez Odwołującego odwołania. Samo formalne jedynie potwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2013 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości rozpoznania merytorycznych zarzutów nowego odwołania przez Izbę dotyczącego czynności wykonanych przez Zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Odnosząc się natomiast do merytorycznych zarzutów odwołania, tj. do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp związanych wyborem jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w postępowaniu i nie odrzuceniem jego oferty, jak również nie wykluczeniem go postępowania oraz zastosowaniem procedury wyjaśnienia treści jego oferty oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów – zdaniem Izby – nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, że zarzut nieuprawnionego wezwania przez Zamawiającego o uzupełnienia dokumentów przez Przystępującego jest niezasadny. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonał bowiem czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tym samym zarzut ten jest wypełnienie nieuzasadniony. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu po uwzględnieniu zarzutów odwołania z dnia 22 sierpnia 2013 r. oraz umorzeniu postępowania odwoławczego przez Izbę wezwał Przystępującego do wyjaśniania treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego w żadnej mierze nie można utożsamiać z procedurą wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przeprowadzona procedura wyjaśnienia treści oferty odnosiła się do ustalenia, czy Przystępujący, pomimo potwierdzenia w treści oferty (str. 46) – zgodnie z wymogami SIWZ – wymogu dostarczenia drukarki igłowej, która zapewnia wykorzystanie taśmy barwiącej z jej

żywołnością minimum 3 mln znaków, faktycznie wypełnia ten wymóg. Żądanie wyjaśnień co do treści oferty stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego w każdej chwili w toku czynności badania i oceny ofert może on skorzystać w przypadku jakichkolwiek wątpliwości odnoszących się co do treści oferty wykonawcy, złożonej w postępowaniu. Jedyne ograniczenie w tym zakresie to zakaz prowadzenia z wykonawcą negocjacji co do treści złożonej oferty oraz zmiany jej treści. Skoro Zamawiający w przedmiotowej sprawie powziął takie wątpliwości wynikające z treści odwołania Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2013 r. i danych zawartych na stronie internetowej oferowanych przez Przystępującego drukarek OKI, posiadał zatem uprawnienie zwrócenia się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści jego oferty. Przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśnień nie stanowiła – zdaniem Izby - o niedopuszczanych w świetle wskazanego przepisu ustawy Pzp, negocjacjach z wykonawcą co do treści jego oferty i nie doprowadziła do zmiany treści oferty Przystępującego. Z tych też względów – w ocenie Izby – również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego naruszony.

Odnosząc się do zasadniczego zarzutu odwołania, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ – zdaniem Izby – również on nie znalazł potwierdzenia z zgromadzonym materiale dowodowym.

Oferta Odwołującego zawiera zobowiązanie dostarczenia – zgodnie z wymogami SIWZ – drukarki o określonych parametrach. Przystępujący w tym zakresie na str. 46 oferty wskazał na drukarkę OKI MICROLINE 3390ECO. W treści oferty znalazło się też oświadczenie Przystępującego, że drukarka ta zapewnia trwałość taśmy do 3 mln znaków. Okolicznością niesporną w postępowaniu pomiędzy stronami i uczestnikiem tego postępowania było to, że oryginalna taśma stosowana w drukarkach OKI MICROLINE 3390ECO nie zapewnia spełniania tego wymogu – trwałość taśmy w tym przypadku wynosi bowiem 2 mln znaków. Przystępujący wyjaśnił jednak Zamawiającemu, że przewiduje zastosowanie do oferowanych drukarek taśmy Printe RO3020, która zastępuje oryginalną taśmę OKI. Uwzględniając powyższe - w ocenie Izby - wskazane wyjaśnienia były dopuszczalne z uwagi na to, że Zamawiający nie wymagał w niniejszym postępowaniu w SIWZ określenia przez wykonawców w ramach swoich ofert, czy też wyszczególnienia jakichkolwiek materiałów eksploatacyjnych stosowanych do oferowanych drukarek. Faktycznie – na co wskazywał Odwołujący – zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, Zamawiający wymagał dostarczenia sprzętu i oprogramowania stanowiącego przedmiot umowy, fabrycznie nowego i wolnego od wad fizycznych i prawnych. Powyższe jednak w żadnej mierze nie wyklucza możliwości dostarczenia przez wykonawcę i zainstalowania u Zamawiającego fabrycznie nowych,

tj. oryginalnie przez producenta zapakowanych drukarek i odrębnie fabrycznie nowych taśm do tych drukarek spełniających wymagania SIWZ (minimum 3 mln znaków). Podkreślić bowiem należy, że przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego nie jest samodzielna dostawa czy to materiałów eksploatacyjnych do drukarek, czy też samodzielnym przedmiotem zamówienia nie jest również sama dostawa drukarek, które w takiej sytuacji jako takie powinny być oryginalnie zapakowane i wyposażone w materiały niezbędne do ich uruchomienia i eksploatacji. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa polegająca na wdrożeniu określonych usług u Zamawiającego (e-usługi medyczne), do których funkcjonowania niezbędne jest określone, żądane przez Zamawiającego oprogramowanie, jak również oczekiwane urządzenia. Wykonawca wybrany w tym postępowaniu do realizacji tej usługi, będzie zobowiązany zapewnić świadczenie wskazanej usługi w taki sposób, aby wypełnić wszystkie oczekiwania Zamawiającego wyrażone w dokumentacji przetargowej. Wykonawca zatem zajmie się w tym przypadku nie tylko dostawą określonych urządzeń niezbędnych do wdrożenia wskazanych e-usług medycznych, ale również ich właściwą instalacją i podłączeniem, w taki sposób, aby zapewnić prawidłowość realizacji e-usług medycznych, w tym także co do oferowanych urządzeń, wśród których SIWZ wymienia też drukarki igłowe, w których wykonawca usługi zainstaluje fabrycznie nowe taśmy pozwalające na wydruk minimum 3 mln znaków.

Tym samym zatem – zdaniem Izby – w tym przypadku nie mieliśmy do czynienia z niezgodnością treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Powyższe skutkuje również uznaniem, że w przedmiotowej sprawie nie mieliśmy do czynienia z podaniem przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, skoro wykonawca ten zaoferował rozwiązanie zgodne z wymogami SIWZ. W tym przypadku podstawa zarzutu odwołania odnośnie nieprawdziwych informacji – informacja, że taśma barwiąca do zaoferowanych drukarek faktycznie nie pozwala na wydruk minimum 3 mln znaków – upadła, więc dalsze rozważania w tym zakresie są bezprzedmiotowe. Na marginesie tylko można wskazać, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem sądów okręgowych co do podania nieprawdziwych informacji w postępowaniu skutkujących wykluczeniem wykonawcy z tego postępowania, konieczne jest wykazanie celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez wykonawcę, czego Odwołujący w tym przypadku nawet nie próbował wykazywać. Z tych też względów zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za oczywiście niezasadny.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: