

Sygn. akt: KIO 2934/12

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31.12.2012 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Uniwersytet Rzeszowski, ul. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa oraz uruchomienie sprzętu medycznego dla Wydziału Medycznego UR w ramach projektu Przyrodniczo – medycznego centrum badań innowacyjnych”

przy udziale wykonawcy **G..... P.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **ELEKTRO MED G..... P.....**, ul. Zabierzowska 11, 32-005 **Niepołomice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 8, nakazuje powtórzenie czynności**

badania i oceny oferty wykonawcy G..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELEKTRO MED G..... P....., ul. Zabierzowska 11, 32-005 Niepołomice, w tym nakazuje wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz nakazuje dokonanie ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 8

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Uniwersytet Rzeszowski, ul. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Uniwersytet Rzeszowski, ul. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów** na rzecz Odwołującego - **Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione w związku z zastępstwem przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz wpisem od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

.....

## U z a s a d n i e

### do wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2934/12

Zamawiający – Uniwersytet Rzeszowski, ul. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa oraz uruchomienie sprzętu medycznego dla Wydziału Medycznego UR w ramach projektu Przyrodniczo – medycznego centrum badań innowacyjnych”.

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

W dniu 01.10.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE.

W dniu 05.10.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr 2012/S 192-315768.

Izba ustaliła, iż odwołanie dotyczy części nr 8 zamówienia obejmującej dostawę automatu do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ.

W dniu **20.12.2012 r.** Zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31.12.2012 r.** wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołanie dotyczy części 8 zamówienia.

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty G..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elektro Med G..... P.....;
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Elektro Med;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Elektro Med;
- 4) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany dochód z tytułu wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. Wykluczenia Elektro Med z postępowania;
4. Odrzucenia oferty Elektro Med;
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (dotyczące części nr 8) zostało przekazane Odwołującemu w dniu 20 grudnia 2012 r. w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa oraz uruchomienie sprzętu medycznego dla Wydziału Medycznego UR w ramach projektu PRZYRODNICZO-MEDYCZNE CENTRUM BADAŃ INNOWACYJNYCH. Zamówienie zostało podzielone na 23 części. Przedmiotowe odwołanie dotyczy Części nr 8 - automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ.

I. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Elektro Med z postępowania.

Zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (rozdział III pkt 2 poz. 1 SIWZ) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunku udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uzna, że powyższy warunek jest spełniony, gdy wykonawca oświadczy, że posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia oraz wykaże, że w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej 1 dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (np. aparaty do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ) na wartość co najmniej 90.000,00 zł (dziewięćdziesiąt tysięcy złotych) netto (Część nr 8).

Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie

Części nr 8 przedmiotu zamówienia to: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (rozdz. III ust. 2 pkt 1 SIWZ), wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, m.in. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń.

a) Odwołujący podnosi, że wykonawca Elektro Med nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

Uzasadniając powyższe wskazał, że wykonawca Elektro Med w wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy złożył wykaz dostaw obejmujący jedną pozycję, tj. dostawę odczynników, której dodatkowym elementem była dzierżawa aparatu Autostainer 480S. Abstrahując chwilowo od dalszych zastrzeżeń dotyczących kwestii braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Elektro Med, podkreślił, że dostawa, na którą powołuje się wykonawca Elektro Med nie stanowi dostawy aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (np. aparaty do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ) na wartość co najmniej 90.000,00 zł (dziewięćdziesiąt tysięcy złotych) netto. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa i uruchomienie automatu do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ (Część nr 8), zaś Zamawiający uzna, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jest spełniony, jeżeli wykonawca wykonał co najmniej 1 dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (np. aparaty do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ) na wartość co najmniej 90.000,00 zł (dziewięćdziesiąt tysięcy złotych) netto, to w konsekwencji dostawa odczynników (której dodatkowo towarzyszy dzierżawa aparatu Autostainer 480S) nie może zostać uznana za dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 1a do SIWZ. Aparat Autostainer 480S, na którego dzierżawę powołuje się Elektro Med nie jest podobny do automatu do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ stanowiącego Część nr 8 przedmiotu zamówienia. Otóż aparat Autostainer 480S: wykonuje tylko barwienia IHC; nie wykonuje barwień ISH; nie wykonuje wszystkich etapów barwienia automatycznie na pokładzie aparatu (deparafinizacja jest manualna poza aparatem); nie zabezpiecza tkanki przed wysychaniem na żadnym etapie barwienia; ma toksyczne odpady, które należy utylizować. Również z tego względu, zdaniem Odwołującego aparat ten nie jest podobny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż bacząc na powyższe należy stwierdzić, że wspomniana dostawa nie potwierdza posiadania przez Elektro Med wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, bowiem przedmiot tej dostawy nie obejmuje aparatury podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia (aparat do wykonywania badań immunohistochemicznych. hybrydyzacji in situ), lecz odczynniki.

Odwołujący podniósł, że z ostrożności, warunkowo zakładając, że dzierżawa aparatu Autostainer 480S towarzysząca dostawie odczynników może zostać uznana za dostawę "aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia" należy podnieść, że wartość takiej dostawy nie osiąga kwoty 90.000,00 zł netto. Dotychczasowe spostrzeżenia należy bowiem powiązać z wartością dostawy powołanej przez Elektro Med, która w części obejmującej dzierżawę aparatu nie osiąga wartości wymaganej w SIWZ, tj. 90.000,00 zł netto. Wartość referencyjnej dostawy dotyczy bowiem samych odczynników, zaś wysokość czynszu za dzierżawę aparatu Autostainer 480S z całą pewnością nie osiąga kwoty minimum 90.000,00 zł netto. Nic innego nie wynika również z dokumentów złożonych wraz z wykazem (umowa, protokół przekazania).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że wspomniana dostawa nie potwierdza posiadania przez Elektro Med wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a to dlatego, że wykonawca Elektro Med nie wykazał, że wartość czynszu dzierżawy aparatu Autostainer 480S wynosi minimum 90.000.00 zł netto.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że osobnym zagadnieniem jest potwierdzenie, że dostawa wymieniona w wykazie została wykonana lub jest wykonywana należyście. W tej kwestii należy zauważyć, że w ofercie Elektro Med brakuje dokumentu potwierdzającego, że dostawa odczynników (wraz z dzierżawą aparatu Autostainer 480S) została wykonana lub jest wykonywana należyście. Dokumenty złożone przez Elektro Med, tj. umowa z odbiorcą oraz protokół przyjęcia dostawy nie mogą bowiem stanowić dowodu należytego wykonania tej dostawy w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Umowa może służyć jedynie co najwyżej do określenia przedmiotu i wartości świadczenia. Z kolei protokół przyjęcia potwierdza jedynie, że świadczenie zostało wydane odbiorcy. Treść omawianego protokołu przyjęcia nie zawiera jednak żadnej wzmianki o jakości czy prawidłowości otrzymanego świadczenia, innymi słowy brak jest oświadczenia odbiorcy, że dostawa została wykonana lub jest wykonywana należyście. Protokół ten potwierdza jedynie dokonanie czynności faktycznej, jaką jest przyjęcie przedmiotu

świadczenia z rąk wykonawcy, zaś ocena czy dostawa została wykonana należycie jest kwestią następczą. Dopiero jasne oświadczenie odbiorcy wskazujące na pozytywną ocenę realizowanej lub zrealizowanej dostawy może stanowić potwierdzenie jej należytego wykonania lub wykonywania.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzonym wyrokami sądów powszechnych uznaje się, że treść dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że dostawy lub usługi ujęte w wykazie zostały należycie wykonane musi potwierdzać okoliczność, na którą są one składane. Należytego wykonania danej dostawy nie można wywodzić jedynie z oświadczenia odbiorcy poświadczającego, iż dostawa została odebrana. W wyroku z dnia 26 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 514/12) Izba uznała, że dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia, mogą być referencje lub inne dokumenty np. protokoły odbioru, dowody dostawy, faktury zakupu, itp., pod warunkiem, że "stanowią one poświadczenie należytej realizacji dostawy". W przedmiotowej sprawie, wykonawca Elektro Med nie przedstawił dokumentu, z którego treści wynikałoby, że należycie zrealizował dostawę ujętą w złożonym przez siebie wykazie.

Należytego wykonania dostawy nie można domniemywać, czy uprawdopodobniać. Z treści przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika bowiem, że załączone dokumenty muszą potwierdzać, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, który wskazując na charakter prawny dokumentów wymienionych w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wyjaśnił, że "dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia o należyтым wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi." (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12).

Co więcej, bieżący dorobek orzecznictwa wskazuje, że nie można zaakceptować poglądu, iż dokument na potwierdzenie należytego wykonania dostawy, usługi można zdyskwalifikować tylko gdy istnieje kontrdokument (tj. taki dokument, który potwierdzi, że usługi lub dostawy nie zostały wykonane należycie). Zdaniem Izby: "dokument taki można również zakwestionować, jeżeli jego treść nie wypełnia wymogu potwierdzenia należytego wykonania dostawy, usługi." (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1263/12).

Ponadto, w cytowanym wyżej wyroku Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł, iż ocena przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane "sprowadzająca się do stwierdzenia, że dokument referencyjny może zawierać jedynie stwierdzenie wykonania określonej dostawy lub usługi i dopiero w przypadku ewentualnych wątpliwości co do / należytości / wykonania zobowiązania niezbędny byłby, jak twierdzi skarżący kontrdowód jest sprzeczne zdaniem Sądu z treścią przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cyt. rozporządzenia. W istocie rzeczy uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne bowiem, gdyby zastosować wykładnię tego przepisu przyjętą przez skarżącego, składałoby jedynie listę wykonanych dostaw lub usług, a nie dokument referencyjny o określonej treści wynikającej z przepisu", (wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12).

b) Złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Elektro Med:

Dodatkowo, Odwołujący podnosi, że poprzez złożenie wykazu dostaw, z którego wynika, że dostawa odczynników (wraz z dzierżawą aparatu Autostainer 480S) obejmuje dostawę "aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia" (np. aparatury do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ), której wartość wynosi nie mniej niż 90.000,00 zł netto wykonawca Elektro Med dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie jest bowiem prawdą, że dzierżawa aparatu Autostainer 480S stanowiła dostawę aparatu do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ, której wartość wynosiła minimum 90.000,00 zł netto. Wykaz dostaw z opisem ich zakresu i wartości oraz datą realizacji, stanowi oświadczenie własne wykonawcy, za które - zgodnie z orzecznictwem - ponosi on pełną i wszechstronną odpowiedzialność (wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 514/12, LEX nr 1131281). W rezultacie, osobną podstawę prawną do wykluczenia Elektro Med z przedmiotowego postępowania stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem, "złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy, zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem. Tym samym ocena wpływu na wynik ma umożliwić eliminację z postępowania tylko tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Takiej rękojmi nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u zamawiającego przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu", (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt: 40/12, LEX nr 1108945). Skoro zatem wykonawca Elektro Med oświadczył niezgodnie z prawdą, że wykonał dostawę "aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia" (np. aparatury do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ), której wartość wynosi



nie mniej niż 90.000,00 zł netto, na skutek czego Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu, to przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Elektro Med z postępowania.

## II. Zaniechanie odrzucenia oferty Elektro Med.

Okoliczności przedstawione w pkt I powyżej decydują od istnienia przesłanki do odrzucenia oferty Elektro Med. Z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy obowiązkiem Zamawiającego jest więc odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Odrębną, samodzielną przesłanką do odrzucenia oferty Elektro Med jest brak zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Jak wspomniano, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (z podaniem parametrów technicznych) został określony w załączniku nr 1a do SIWZ.

Specyfikacja techniczna (Część nr 8):

- 1) Automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ;
- 2) W pełni automatyczny aparat do barwienia preparatów histopatologicznych;
- 3) Wydajność minimum 80 preparatów na dobę;
- 4) Aparat posiadający możliwość przeprowadzania zarówno reakcji hybrydyzacji in situ i barwień immunohistochemicznych bez konieczności stosowania zewnętrznych modułów;
- 5) Wykonywanie wszystkich etapów od deparafinizacji do podbarwiania tła na pokładzie aparatu;
- 6) Możliwość stosowania przeciwciał innych niż producenta aparatu;
- 7) 30 miejsc na barwione szkiełka;
- 8) Odczynniki barwiące wprowadzane na pokład za pomocą barkodów lub chipów;
- 9) Identyfikacja preparatów za pomocą kodów kreskowych;
- 10) Możliwość umieszczenia na pokładzie aparatu minimum dwóch, różnych zestawów detekcyjnych;
- 11) Aparat pracujący w technologii bezksylenowej;
- 12) Aparat zabezpieczający tkanę przed wysychaniem na każdym etapie barwienia;
- 13) Opcja zaprogramowania aparatu na „opóźniony start”;
- 14) Brak konieczności neutralizacji odpadów płynnych;
- 15) Gwarancja: min. 24 miesiące;
- 16) Czas reakcji serwisowej: max. 72 godziny;
- 17) Okres naprawy: max 30 dni.

Odwołujący wskazał, że wyłuszczonej parametrów nie spełnia urządzenie zaoferowane przez Elektro Med.

Po pierwsze, aparat ten posiada 36 miejsc na barwione szkiełka, a nie - jak wymagał tego Zamawiający - 30 miejsc. Zamawiający określił wymóg 30 miejsc, a nie minimum 30 miejsc. Skoro zapis SIWZ był tak sformułowany to znaczy, że zamawiający chciał dokładnie taką ilość miejsc na barwione szkiełka na pokładzie aparatu, ani więcej, ani mniej. W tym wypadku więcej wcale nie musi oznaczać lepiej. Gdyby potrzeby Zamawiającego sięgały dalej, to zostałyby to sprecyzowane w treści SIWZ. Jeżeli będzie jednak potrzebował większej wydajności, to wówczas może zechcieć kupić drugi aparat. Z technicznego i serwisowego punktu widzenia sytuacja wygląda w ten sposób, że w tego rodzaju aparatach, w których procesy przebiegają w wysokiej temperaturze (tutaj temp. deparafinizacji wynosi 105 stopni) i dużej wilgotności najczęściej ulegają awarii właśnie te miejsca, które nie są używane. Zatem aparat z 36 miejscami jest po prostu innym urządzeniem niż określił Zamawiający, a dodatkowe miejsca nie są walorem lecz w tym przypadku właściwością in minus.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia (w Części nr 8) jest automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ, z czego wynika, że dla właściwego działania wymaga zastosowania stacji roboczej (komputera wraz z oprogramowaniem), czego zabrakło w ofercie Elektro Med. Zamawiający oczekiwał aparatu o odpowiednich parametrach granicznych, a parametry spełnić może tylko taki aparat, który dostarczony jest wraz z komputerem (np. wymóg identyfikacji odczynników na podstawie chipów).

Aparat musi również identyfikować szkiełka poprzez kody kreskowe (identyfikować, tj. wiedzieć jakie barwienie ma na szkiełkach wykonać). Wspecyfikowany aparat musi więc samodzielnie drukować kody kreskowe (w kodzie poza informacją o rodzaju barwienia zawarta jest informacja o pacjencie, rodzaju materiału itd.). Dodatkowo należy wskazać, że nie można tutaj użyć jakiegokolwiek dowolnej drukarki kodów. Są to bowiem specjalne kody: dostosowane do wielkości szkiełka, a sama taśma do druku też jest specyficzna bo nie chłonie barwników. Tymczasem w ofercie Elektro Med brak jakiegokolwiek wzmianki, że z aparatem PathCom Slide Stainer (catalog no. A001) jest dostarczana jakakolwiek drukarka. Pomimo tego, w ofercie Elektro Med (w wymogach granicznych) przy wymogu identyfikacji szkiełek za pomocą kodów kreskowych wspomniany wykonawca wpisał "TAK".

Reasumując, Odwołujący wskazał, że treść oferty Elektro Med nie odpowiada treści SIWZ, wobec czego oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z powyższym wniósł jak na wstępie.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na wyborze ofert najkorzystniejszej, jak również zaniechanie wykluczenia wykonawcy G..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELEKTRO MED G..... P....., ul. Zabierzowska 11, 32-005 Niepołomice na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę dla części nr 8, która została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu oferty. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazana przez Zamawiającego okoliczność, iż oferta złożona przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką może on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może przesądzać o prawie Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie jest to również okoliczność, która może spowodować oddalenie odwołania przy uwzględnieniu normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w odniesieniu do części nr 8 (dostawa automatu do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ – Rozdział II SIWZ) w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.1.) oraz w SIWZ (Rozdział III pkt 2 kolumna C tabeli) wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy: część 8 – 1 dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (np. aparaty do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ) na wartość co najmniej 90 000 zł. (dziewięćdziesiąt tysięcy) netto. Wykonawca załączył dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie (np. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń).

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 3 tabeli znajdującej się na str. 8 SIWZ (Rozdział III pkt 3 SIWZ lit. b) inne dokumenty i oświadczenia wymagane przez Zamawiającego do dołączenia przez Wykonawcę do oferty) wskazał, że: „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia przedstawiony w układzie opisu Zamawiającego (zał. nr 1a do SIWZ) dla sprawniejszej oceny (podpisany przez Wykonawcę opis zamieszczony jako zał. 1a do siwz przez Zamawiającego – nie spełnia tego wymogu)”.

W załączniku nr 1a do SIWZ zatytułowanym „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający dla części nr 8 – automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ wskazał, że:

Dostawa aparatury naukowo-badawczej do pracowni immunohistochemii na Automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ dla projektu „Przyrodniczo – Medyczne Centrum Badań Innowacyjnych”

Specyfikacja techniczna

- 1) Automat do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ.
- 2) W pełni automatyczny aparat do barwienia preparatów histopatologicznych.
- 3) Wydajność minimum 80 preparatów na dobę.
- 4) Aparata posiadający możliwość przeprowadzania zarówno reakcji hybrydyzacji in situ i barwień immunohistochemicznych bez konieczności stosowania zewnętrznych modułów.
- 5) Wykonywanie wszystkich etapów od deparafinizacji do podbarwiania tła na pokładzie aparatu.
- 6) Możliwość stosowania przeciwciał innych niż producenta aparatu.
- 7) 30 miejsc na barwione szkiełka.
- 8) Odczynniki barwiące wprowadzane na pokład za pomocą bar kodów lub chipów.
- 9) Identyfikacja preparatów za pomocą kodów kreskowych.
- 10) Możliwość umieszczenia na pokładzie aparatu minimum dwóch, różnych zestawów detekcyjnych.
- 11) Aparat pracujący w technologii bezksylenowej.
- 12) Aparat zabezpieczający tkankę przed wysychaniem na każdym etapie barwienia.
- 13) Opcja zaprogramowania aparatu na „opóźniony start”.
- 14) Brak konieczności neutralizacji odpadów płynnych.
- 15) Gwarancja: min. 24 miesiące.
- 16) Czas reakcji serwisowej: max. 72 godziny.
- 17) Okres naprawy: max 30 dniu.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia Przystępujący na str. 3 złożonej oferty przedłożył, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, wykaz wykonanych usług wskazując następujące realizacje: Dostawa sprzętu i urządzeń zużywalnych do IHC i cytologii, w okresie 01.2010 – 12.10.2012 o wartości 300.000,00 na rzecz UJ CM Kat. Patomorfologii, ul. Grzegórzecka 16, 31-531 Kraków. Na str. 4 oferty załączył list referencyjny z dnia 12.10.2012 r. wystawiony przez Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum Katedra Patomorfologii, z którego wynika, że ELEKTRO MED. G..... P..... będąc dostawcą urządzeń, sprzętu i materiałów zużywalnych do badań immunohistochemicznych i cytologicznych wykorzystywanych w Katedrze Patomorfologii Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie - zawsze realizuje dostawy terminowo, sprzęt charakteryzuje wysoka jakość, natomiast usługi serwisowe wykonywane są zawsze szybko i z należytą starannością. Suma sukcesywnych dostaw dokonywana na podstawie umów zawartych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych przez firmę ELEKTRO MED. G..... P..... dla Katedry Patomorfologii CM UJ od stycznia 2010 roku wyniosła ponad 300 000 złotych.

Przystępujący na str. 18 – 19 oferty załączył dokumentację urządzenia PathCome Slide Stainer nr katalogowy A001 zawierającą opis techniczny oferowanego przedmiotu.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 21.11.2012 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie części nr 8 wskazując, że dołączony do oferty wykaz dostaw nie spełnia warunku, ponieważ jest to wykaz dostaw sukcesywnych rozłożonych w czasie realizowanych na podstawie różnych umów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 22.11.2012 r. wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie przesyła dokumenty potwierdzające wykonanie jednorazowej dostawy aparatu do badań immunohistochemicznych o wartości netto 120 000,00 zł do Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. WAM Uniwersytetu Medycznego w Łodzi. Wskazał, iż umowa na podstawie której AUTOSTAINER 480S została dostarczona do SPZOZ Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Łodzi ma charakter ciągły i trwa od 18.10.2011 do 18.10.2014, a referencje zostaną wystawione po wykonaniu umowy, ponieważ użytkownik nie przewiduje wystawiania dokumentu typu listu referencyjnego przed terminem zakończenia umowy. Wartość netto dzierżawionego aparatu wynosi 120 000,00 zł. Załączamy umowę dostawy wraz z załącznikami, umowę dzierżawy z wyszczególnieniem wartości aparatu oraz protokołów odbioru aparatu do badań wraz z osprzętem podpisany bez zastrzeżeń z datą 25.10.2011 r. Wszystkie dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem. Załączamy również prawidłowy zał. nr 4 do SIWZ (wykaz dostaw) potwierdzający spełnienie przez nas warunku wiedzy i doświadczenia na dzień składania i otwarcia ofert.

W dołączonym wraz z powyższym pismem wykazie sporządzonym w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ została wskazana dostawa urządzenia do badań immunohistochemicznych Autostainer 480S. W kolumnie nr 3 tabeli (data wykonania lub wykonywania (rozpoczęcie i zakończenie)) wskazano: dostawa urządzenia: 25.10.2011, czas trwania umowy: 18.10.2011 – 18.10.2014. W kolumnie nr 4 (wartość netto zamówienia) wskazano: wartość netto urządzenia 120.000,00 zł, wartość netto umowy: 140.066,37 zł

Przystępujący wskazał na dwie dostawy realizowane w oparciu o odrębne umowy cywilnoprawne. Pierwsza z nich (umowa dostawy nr PN/207/ZP/27/D/2011 z dnia 18.10.2011 r.) obejmuje dostawę odczynników, materiałów dodatkowych w tym kalibratorów i kontroli do analizatorów, testów, jak również zestawów do oznaczeń laboratoryjnych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego (§ 1 ust. 2) o łącznej wartości 152.819,38 zł brutto. Druga umowa (umowa dzierżawy nr PN/207/ZP/27A/D/2011 z dnia 18.10.2011 r.) obejmuje dzierżawę sprzętu laboratoryjnego (zestawy/analizatory/wirówki/pipety/inkubatory) oraz sprzętu uzupełniającego (zestawy komputerowe, UPS-y, oprogramowanie systemowe określonego w

Pakiecie nr 9 (...) (§ 1 ust. 2) o łącznej wartości dzierżawy w okresie obowiązywania umowy 57.564,00 zł brutto. W § 1 ust. 5 ww. umowy wskazano, iż wartość netto dzierżawionego sprzętu (wartość zakupu pomniejszonego o amortyzację sprzętu) wynosi łącznie 120 000,00 zł. W dołączonym wraz z pismem z dnia 22.11.2012 r. wykazem wskazał, iż przedmiotem tego zamówienia była dostawa urządzenia do badań immunohistochemicznych Autostainer 480S o wartości netto urządzenia 120.000,00 zł i wartości netto umowy 140.066,37 zł.

Ww. umowa dzierżawy w § 2 ust. 5 ww. umowy dzierżawy, stanowi, że: „Jako początek okresu obowiązywania opłacania czynszu za dzierżawę przyjmuje się termin przekazania sprzętu do użytkowania, przez który strony rozumieją dostarczenie sprzętu określonego w Pakiecie nr 9 w Formularzu, dokonanie instalacji, uruchomienie, wstępne przeszkolenie personelu, co zostanie potwierdzone protokołem dostawy i instalacji podpisanym bez zastrzeżeń przez obie strony”.

Dodatkowo Przystępujący wraz z pismem z dnia 22.11.2012 r. dołączył załącznik nr 2 do SIWZ dla pakietu nr 9 – dzierżawa urządzenia (analizatora) do automatycznego wykonywania odczynów immunohistochemicznych w histologicznych skrawkach parafinowych wraz z dostawą odczynników niezbędnych do wykonywania tych odczynów. Dołączy ponadto protokół przekazania z dnia 25.10.2011 r. urządzenia Autostainer 480S wraz z akcesoriami.

W dniu 17.12.2012 r. Zamawiający w zakresie pakietu nr 8 dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELEKTRO MED G..... P.....

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. Analizując zasadność zarzutu odnoszącego się do braku wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia należy w pierwszej kolejności odnieść się do przedmiotu niniejszego postępowania, gdyż bez tego odniesienia brak jest możliwości oceny i identyfikacji postawionego warunku, a tym bardziej oceny jego spełnienia. Wszakże określony w treści ogłoszenia i treści SIWZ warunek odnosi się wprost w swojej treści do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia w zakresie części nr 8 jest dostawa automatu do wykonywania badań immunohistochemicznych i hybrydyzacji in situ o parametrach określonych w treści załącznika nr 1a do SIWZ. Przedmiot zamówienia dla części 8 nie obejmuje dostawy odczynników, materiałów dodatkowych (kalibratorów i kontroli do analizatorów), testów, jak również zestawów do oznaczeń laboratoryjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż treść warunku, zarówno w oparciu o jego literalne brzmienie, jak również przez odniesienie do przedmiotu niniejszego zamówienia ograniczyć należy tylko i wyłącznie do aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia – a zatem do dostawy aparatu do wykonywania badań immunohistochemicznych, hybrydyzacji in situ. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, za dostawę potwierdzającą spełnienie warunku w zakresie przedmiotowym i wartościowym należy uznać dostawę samego urządzenia.

Przystępujący w wykazie złożonym pierwotnie w ofercie wskazał, na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, dostawę urządzeń, sprzętu i materiałów zużywalnych do badań immunohistochemicznych i cytologicznych – dokonywaną sukcesywnie na podstawie kilku umów o łącznej wartości 300.000 zł w okresie od 01.2010 do 12.10.2012 r. bez wskazania wartości oraz bez wskazania samego faktu dostawy urządzenia.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy do zakwestionowania dostawy wskazanej pierwotnie w ofercie, a zatem istniały podstawy do wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w oparciu o treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie dokonane przez Zamawiającego, w ramach uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 22.11.2012 r.), Przystępujący wskazał na dwie dostawy realizowane w oparciu o odrębne umowy cywilnoprawne. Pierwsza z nich (umowa dostawy nr PN/207/ZP/27/D/2011 z dnia 18.10.2011 r.) obejmuje dostawę odczynników, materiałów dodatkowych w tym kalibratorów i kontroli do analizatorów, testów, jak również zestawów do oznaczeń laboratoryjnych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego (§ 1 ust. 2) o łącznej wartości 152.819,38 zł brutto. Druga umowa (umowa dzierżawy nr PN/207/ZP/27A/D/2011 z dnia 18.10.2011 r.) obejmuje dzierżawę sprzętu laboratoryjnego (zestawy/analizatory/wirówki/pipety/inkubatory) oraz sprzętu uzupełniającego (zestawy komputerowe, UPS-y, oprogramowanie systemowe określonego w Pakiecie nr 9 (...)) (§ 1 ust. 2) o łącznej wartości dzierżawy w okresie obowiązywania umowy 57.564,00 zł brutto. W § 1 ust. 5 ww. umowy wskazano, iż wartość netto dzierżawionego sprzętu (wartość zakupu pomniejszonego o amortyzację sprzętu) wynosi łącznie 120 000,00 zł. W dołączonym wraz z pismem z dnia 22.11.2012 r. wykazem wskazał, iż przedmiotem tego zamówienia była dostawa urządzenia do badań immunohistochemicznych Autostainer 480S o wartości netto urządzenia 120.000,00 zł i wartości netto umowy 140.066,37 zł.

1. Odnosząc się do zarzutu związanego z wartością wskazanych dostaw wskazać należy, iż w ocenie Izby, łączenie i utożsamianie powyższych dostaw (dostawy odczynników i dzierżawy urządzenia) nie znajduje uzasadnienia w treści warunku odniesionego do



przedmiotu niniejszego postępowania. Nie znajduje również uzasadnienia, ze względu na charakter umowy dzierżawy, utożsamianie wartości umowy dzierżawy (wysokość czynszu dzierżawnego) i wartości dzierżawionego urządzenia. Jak słusznie wskazał Odwołujący w toku rozprawy właściwą wartością winna być wartość zobowiązania, a więc czynszu dzierżawnego, a nie wartość księgowa urządzenia oddanego na podstawie powyższej umowy do używania i pobierania pożytków. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp związany z brakiem wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego wartości.

2. Odnosząc powyższe wywody do podstawy faktycznej zarzutu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obejmującej nieadekwatność przedmiotową wykazanych dostaw wskazać należy, iż Zamawiający posłużył się w treści warunku zwrotem „(...) dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (...)” jednocześnie wskazując, że za urządzenia podobne należy przykładowo uznać aparaty do wykonywania badań immunohistochemicznych, jak również aparaty do hybrydyzacji in situ. Okoliczność ta nie pozostaje bez znaczenia jeżeli przyjmiemy, iż w treści warunku wskazano jako przykładowe pewne urządzenia, jednocześnie wskazując w hipotezie tego warunku na ich podobieństwo z urządzeniem będącym przedmiotem zamówienia. Tym samym Izba uznała, iż pod względem przedmiotowym wskazanie przez Przystępującego dostawy urządzenia Autostainer 480S, służącego do dokonywania badań immunohistochemicznych, spełnia warunek dookreślony przez Zamawiającego. Tym samym w powyższym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

3. Odnosząc się do zarzutu braku załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych dostaw wskazać należy, iż w ramach ustawy Pzp przez dostawę należy rozumieć, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie spełniania warunku wskazuje zrealizowane, lub będące w trakcie realizacji, świadczenia mające swoje źródło w cywilnoprawnych stosunkach zobowiązaniowych. W ramach tych świadczeń mamy do czynienia zazwyczaj z umową cywilnoprawną zawartą w oparciu o przepisy ustawy Kodeks cywilny. Takie też realizacje zostały przedstawione przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 22.11.2012 r. w ramach uzupełnienia dokumentów. Tym samym ocena konstrukcji i sposobu realizacji przedmiotu tej umowy, jak i okoliczność

związana z jej należyтым wykonaniem, winna uwzględniać właściwe przepisy dla poszczególnych typów umów.

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), obok wykazu podmiotów zamawiający może żądać dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Dokument ten winien potwierdzać i oceniać *ex post* sposób realizacji świadczenia lub warunkowo, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, potwierdzać tą okoliczność w trakcie realizacji. Dokument ten winien odnosić się do przedmiotu świadczenia, jak również winien oceniać elementy przedmiotowo istotne stosunku zobowiązaniowego, w tym jego terminowość.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż dostarczony przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokumentów protokół przekazania, nie może potwierdzać faktu należytego wykonania umowy. W przypadku umowy dzierżawy, protokół taki stanowi jedynie moment inicjujący realizację przedmiotu zamówienia i nie może on stanowić a priori potwierdzenia powyższego faktu. Zupełnie inne znaczenia protokół przekazania ma w przypadku dostawy, która konsumowana zostaje w ramach jednej czynności faktycznej i po wykonaniu której, co do zasady, nie następują żadne dodatkowe czynności stanowiące *essentialia negotii* tej umowy.

Izba w zasadzie podziela pogląd wyrażony w przywołanym przez Odwołującego wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12, w którym zostało wskazane, że: „dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia o należyтым wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi” jednakże w niniejszym stanie faktycznym za odmową uznania przedłożonego przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 25.10.2011 r. dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie świadczenia, stoją bardziej ważkie względy.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym istotą braku uznania protokołu przekazania za dokument potwierdzający należyte wykonanie wskazanej w wykazie realizacji nie jest brak w jego treści wzmianki o należyтым wykonaniu, lecz rola tego dokumentu w ramach umowy dzierżawy dnia 18.10.2011 r. nr PN/207/ZP/27A/D/2011. Umowa ta, zgodnie z treścią § 1 ust. 2 obowiązuje przez okres 36 miesięcy, tj. od 18.10.2011 r. do 18.10.2014 r. Nie można wobec powyższego już w dniu 25.10.2011 r. przesądzić o jej należyтым wykonaniu i posługiwać się takim dokumentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod koniec roku 2012 r. Oznaczałoby to, iż ocena tej

okoliczności następowałyby w oparciu o dokument inicjujący realizację przedmiotu umowy. Na powyższe wskazuje, przywołany przez Przystępującego na etapie rozprawy § 2 ust. 5 ww. umowy dzierżawy, który stanowi, że: „Jako początek okresu obowiązywania opłacania czynszu za dzierżawę przyjmuje się termin przekazania sprzętu do użytkowania, przez który strony rozumieją dostarczenie sprzętu określonego w Pakiecie nr 9 w Formularzu, dokonanie instalacji, uruchomienie, wstępne przeszkolenie personelu, co zostanie potwierdzone protokołem dostawy i instalacji podpisanym bez zastrzeżeń przez obie strony”. Oznacza to, iż prawo żądania przez wykonawcę czynszu dzierżawnego zostało uzależnione od dokonania określonych czynności faktycznych i ten moment należy traktować jako rozpoczęcie realizacji powyższej umowy dzierżawy. Umowa ta ma charakter umowy ciągłej, zaś jej przedstawienie przez Przystępującego na potrzeby spełnienia warunku nastąpiło w okresie jej realizacji, który kończy się z dniem 18.10.2014 r. Tym samym nie sposób uznać, iż Przystępujący przedłożył dokument potwierdzający należytą realizację ww. umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp związany z brakiem wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do nie dołączenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.

**II.** Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na wstępie wskazać należy, że norma prawna wyrażona w powyższym przepisie nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem.

W ocenie Izby aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi mieć miejsce niezgodność przedstawionych przez wykonawcę informacji z faktami, a nie z wymaganiami podmiotu Zamawiającego. Samo przedłożenie

dokumentów i oświadczeń, z których nie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bowiemy wówczas każdy wykonawca, który wziął udział w postępowaniu i nie był w stanie wykazać spełnienia warunków podlegałby wykluczeniu. Wskazać należy, iż przesłanką wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest okoliczność nie wykazania spełnienia warunków – a nie okoliczność, czy wykonawca je spełnia. Wówczas negatywne konsekwencje wobec wykonawcy, oprócz wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, byłyby skutkiem nieudolności wykonawcy w dowodzeniu tej okoliczności.

Powyższa podstawa wykluczenia nie może być również oparta na okolicznościach, które mogą być wynikiem odmiennej interpretacji spełnienia warunków. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy podmiot zamawiający w treści warunku posługuje się niedookreślonymi zwrotami lub zwrotami o znacznej pojemności znaczeniowej. W niniejszym stanie faktyczny Zamawiający użył zwrotu „(...) dostawę aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia (...)”, którego ocena wymaga określonego wysiłku interpretacyjnego.

Kwestia prawdziwości winna odnosić się do relacji pomiędzy informacjami składanymi przez wykonawcę – a rzeczywistością (faktami), a nie relacji pomiędzy oświadczeniem wykonawcy – a wymaganiami zamawiającego. W tym drugim przypadku mamy bowiem relację między dwoma oświadczeniami woli – oświadczeniem zamawiającego i wykonawcy, które mogą podlegać wykładni. Jednoznacznie zaś przedstawione fakty wykładni nie wymagają. Wykonawca bowiem, składając ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiada na publiczne ogłoszenie i składa szereg oświadczeń woli i wiedzy. Oświadcza, że zamierza spełnić świadczenie zgodnie z wolą podmiotu zamawiającego i ma wolę udziału w postępowaniu. W zamówieniach publicznych nawet wymagania podmiotu zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia wymagają nierzadko wykładni, analogicznie jak warunki udziału w postępowaniu. Zatem samo pozytywne oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie, wynikające z jego interpretacji postanowień SIWZ, będzie podlegało ocenie – w pierwszej kolejności podmiotu zamawiającego, zaś w przypadku złożenia odwołania – przez Krajową Izbę Odwoławczą. Negatywna ocena powyższych oświadczeń nie może niejako automatycznie wpisywać się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Adekwatnym przykładem powyższej sytuacji jest podniesienie przez Odwołującego zarzutów odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W niniejszym stanie faktycznym dochodzi bowiem do całkowicie odmiennej interpretacji tego warunku przez Strony oraz uczestników postępowania odwoławczego. Jego interpretacji dokona również Izba celem merytorycznego rozpoznania podniesionych zarzutów – co nie oznacza, iż w przypadku niekorzystnej dla Przystępującego wykładni tego

warunku niejako z „automatu” dojdzie do uwzględnienia zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wprost przeciwnie, niezależnie od czynności związanych z rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp można stwierdzić zasadność lub brak zasadności zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli bowiem z całokształtu przedstawionych przez Przystępującego dokumentów (własnych oświadczeń oraz dokumentów podmiotów trzecich) nie wynika, że zawarte w nich informacje są niezgodne z rzeczywistością brak jest podstaw do uznania ich jako nieprawdziwe w rozumieniu ww. przepisu. Samo odmienne niż w pozostałych dokumentach (umowie, protokole odbioru, referencjach) przedstawienie (zaprezentowanie) informacji w wykazie dostaw może być wynikiem jedynie odmiennej interpretacji tych informacji. Nie oznacza to jednak, że są one niezgodne z faktami, gdyż dopiero całokształt materiału przedłożonego przez wykonawcę wraz z ofertą oraz w ramach uzupełnienia i wyjaśnień mógłby o tym przesądzać.

Najdobitniej o powyższym świadczy okoliczność, iż to co Przystępujący uważa za wartość zamówienia w ramach dostawy wykazanej wraz z uzupełnionymi dokumentami (pismo z dnia 22.11.2012 r.), za wartość tego zamówienia nie jest uważane przez Odwołującego. Okoliczności te są zatem wynikiem interpretacji wymogów i dokumentów przedkładanych na ich potwierdzenie, nie zaś zafałszowaniem rzeczywistości i przedstawieniem jej niezgodnie z faktami. Zatem to poprawność argumentacji i poprawność procesu myślowego umożliwi precyzyjną identyfikację wymagań zamawiającego w oparciu o proces wykładni oświadczeń woli, interpretacji faktów i stosowania określonych przepisów prawa, czego jednak nie sposób uznać za proces negowania faktów umożliwiający formułowanie zarzutów o ich fałszowanie. Wszakże błędna subsumpcja określonego stanu faktycznego pod normę prawną nie prowadzi do zafałszowania faktów, tak jak do poświadczenia nieprawdy nie dochodzi na skutek błędów w ustaleniach faktycznych, gdyż oba te błędy są jedynie wynikiem niewłaściwej interpretacji pewnych okoliczności.

Gdyby bowiem Przystępujący dokonał poświadczenia nieprawdy (przedstawił nieprawdziwe informacje) Odwołujący, celem poznania prawdy obiektywnej, byłby zmuszony do odniesienia się do informacji pochodzących spoza tych przedstawionych przez Przystępującego. Jeżeli całą swoją argumentację oparł o dokumenty przedstawione przez swojego adwersarza, a nie w oparciu o „zewnętrzne” dowody wskazujące na prawdziwy stan rzeczy, to nie sposób zarzucić Przystępującemu, że zafałszował on rzeczywistość i przedstawił nieprawdziwe informacje.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w niniejszym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

III. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje w pierwszej kolejności, iż ocenę zgodności zaoferowanego przedmiotu dostawy w ramach niniejszego postępowania należy dokonać w oparciu o dołączone do oferty dokumenty. Ich analiza nie pozwala na przyjęcie, iż zaoferowane przez Przystępującego urządzenie PathCom Slide Stainer nie spełnia wymagań Zamawiającego, w szczególności kwestionowanych przez Odwołującego (pkt 7, 8 oraz 9 załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie części 8 zamówienia).

Powyższe odnieść należy w szczególności do wymogu nr 7 (załącznik nr 1a do SIWZ – część 8), w którym wymagano 30 miejsc na barwione szkiełka, zaś Przystępujący w przedłożonej wraz z ofertą dokumentacji na str. 18 oferty wskazał, iż urządzenie PathCom Slide Stainer posiada 36 miejsc na szkiełka. W odniesieniu do powyższego zarzutu Zamawiający przywołał ogólne postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Na str. 3 SIWZ w Rozdziale II zatytułowanym „przedmiot zamówienia” w pkt 6 w ostatnim akapicie zostało wskazane, że: „Zaproponowane urządzenia muszą być nowe, nieużywane a ich parametry techniczno-funkcjonalne nie niższe niż w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – zał. nr 1a do siwz”. Biorąc powyższe Izba uznała, wbrew twierdzeniom Odwołującego podniesionym na rozprawie, że treść SIWZ wprost dopuszczała zaoferowanie rozwiązań lepszych – czyniąc parametry wskazane w załączniku nr 1a do SIWZ parametrami granicznymi i minimalnymi. Nie sposób jednak uznać, biorąc pod uwagę jedynie twierdzenia Odwołującego, iż większa liczba miejsc w oferowanym aparacie zmniejsza jego funkcjonalność powodując niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do pozostałych, kwestionowanych przez Odwołującego wymagań, wskazać należy, że na str. 18 złożonej przez Przystępującego oferty zostało wskazane, iż urządzenie PathCom Slide Stainer umożliwia system identyfikacji odczynników za pomocą chipów i identyfikację preparatów za pomocą kodów kreskowych. Oznacza to, iż złożone w ofercie Przystępującego dokumenty przedmiotowe wprost potwierdzają požądane przez Zamawiającego właściwości funkcjonalne oferowanego urządzenia.

Jeżeli bowiem Zamawiający na potwierdzenie, że zaoferowane dostawy spełniają jego wymagania, żądał przedstawienia opisu oferowanego urządzenia w układzie opisu Zamawiającego (zał. nr 1a do siwz) dla sprawniejszej jego oceny (str. 8 SIWZ – pkt 3 tabeli) nie sposób zarzucić Przystępującemu, że wpisując się w ten wymóg naruszył przepisy ustawy Pzp. Zatem Zamawiający przewidział *de facto*, wykazanie zgodności zaoferowanych dostaw z wymaganiami wskazanymi w treści SIWZ przez samo oświadczenie wykonawców. Nie sposób zatem oprzeć zarzutu tylko i wyłącznie na wykazaniu, że literalne potwierdzenie wymagań Zamawiającego może budzić wątpliwości.

Na przeciwną okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Wskazał w toku rozprawy, iż nie dysponuje on informacjami na temat rzeczywistych właściwości

oferowanego urządzenia – a zatem nie jest w stanie podważyć prawdziwości złożonych przez Przystępującego oświadczeń w tym przedmiocie. Izba wskazuje, iż tylko ewentualny przeciwdowód w tym zakresie mógłby wskazywać na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

