

Sygn. akt: KIO 1269/11

WYROK

z dnia 28 czerwca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011r. przez **wykonawcę** TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Gdański Uniwersytet Medyczny ul .M. Curie – Skłodowskiej 3a, 80-210 Gdańsk

przy udziale wykonawcy Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę** TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę piętnaście tysięcy **zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawcę** TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy** TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa na rzecz **zamawiającego** Gdański Uniwersytet Medyczny ul .M. Curie – Skłodowskiej 3a,

80-210 Gdańsk kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 13 czerwca 2011r. spółka TIMKO Sp. z o.o.

ul. Syrokomli 30,03-335 Warszawa zwana dalej „Odwołującym” wniosła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzi Gdański Uniwersytet Medyczny ul. M. Skłodowskiej-Curie 3 a, 80-210 Gdańsk zwany dalej „Zamawiającym”.

Przedmiotem prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania jest dostawa aparatury medycznej dla realizowanej inwestycji pn.: „Centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) w Gdańsku” ujętej w 2 pakietach: Pakiet nr 1 - mikroskopy operacyjne (szt. 2) i Pakiet nr 2- cyfrowy aparat RTG mammograficzny (szt. 1).

Zamawiający postępowanie prowadzi pod numerem: ZP/21/2011.

Odwołanie zostało złożone w zakresie Pakietu nr 2 czyli dotyczy dostawy cyfrowego aparatu RTG mammograficznego.

Zamawiający ogłoszenie o zamówieniu zamieścił w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2011/S 73-119752 w dniu 14.04.2011r.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010, nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”, zaskarżając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to jest oferty spółki Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11,03-821 Warszawa zwanej dalej „Siemens” lub „Przystępującym” .

Czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy PZP: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 26 ust. 3 i 4, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 poprzez:

1. wybór wykonawcy, który powinien zostać wykluczony, gdyż podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
2. nie wezwanie Siemens do złożenia wyjaśnień oraz brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego,
3. nieodrzućcenie oferty i wybór oferty Siemens, która nie odpowiada swoją treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie Odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Siemens jako niespełniającej wymagań określonych w SIWZ oraz zawierającej błędne dane mające bezpośredni wpływ na ocenę końcową ofert,
4. nakazanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

oraz wniósł o:

6. przeprowadzenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Zamawiający wymaga potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia w załączonych dokumentach, a brak takiego potwierdzenia skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Odwołujący po zapoznaniu się z ofertą Siemens, stwierdził, że część z parametrów podanych przez oferenta nie jest potwierdzona w załączonych ulotkach, zaś w jednym przypadku wartości podane w ulotkach nie pokrywają się z deklarowanymi przez oferenta (są gorsze z punktu widzenia oceny punktowej).

Odwołujący w ofercie Siemens, stwierdził następujące niezgodności:

1. Strona 16 oferty, wiersz w tabeli znajdujący się pod wierszem VII.4.

Zamawiający wymaga podania „Czasu od ekspozycji do uzyskania obrazu na monitorze w pełnej rozdzielczości”. Oferent deklaruje wartość 18s. Wartość ta nie jest potwierdzona w załączonych do oferty innych dokumentach.

Przy czym jest to parametr punktowany następująco: „Najmniejsza wartość -10, największa - 0, inne proporcjonalnie.”;

2. Strona 18 oferty, pkt. VIII.1. szósty wiersz tabeli. Zamawiający wymaga podania „maksymalnej jaskrawości każdego monitora”. Oferent deklaruje wartość 1100 cd/m². Wartość ta nie jest potwierdzona w załączonych do oferty innych dokumentach. W dokumentach podawana jest wartość typowa jasności 600 cd/m². (strona75 oferty).

Przy czym jest to parametr punktowany następująco: „Najmniejsza wartość -10, największa - 0, inne proporcjonalnie.”;

3. Strona numer 16 oferty, wiersz VII.2. Zamawiający wymaga podania parametru

„przekątna ekranu monitora LCD TFT". Oferent deklaruje tu wartość 21,3". Jednocześnie w materiałach dołączonych do oferty wskazano, że wartość ta wynosi 21". (strony 59 i 61 oferty).

Przy czym jest to parametr punktowany następująco: „Najmniejsza wartość -10, największa - 0, inne proporcjonalnie.”;

Jako dowody na powyższe Odwołujący wskazał:

- 1) SIWZ,
- 2) Oferta firmy Siemens.

Odwołujący wskazał, że podane parametry zaoferowanych urządzeń nie mogą być zmienione po otwarciu ofert tym bardziej, że podlegają punktowej ocenie ofert decydującej o wyłonieniu najkorzystniejszej oferty.

Parametry oferowanego urządzenia nie zostały potwierdzone w dokumentach, a jeden z podanych w ofercie parametrów jest inny niż wynika to z załączonych dokumentów.

W związku z podaniem w ofercie przez Przystępującego innego parametru w Tabeli i innego parametru w dokumentach załączonych do oferty (materiały informacyjne producenta) Odwołujący postawił zarzut podania w ofercie nieprawdziwych danych, przywołując jako podstawę zarzutu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Tak sformułowany zarzut Odwołujący uzasadnił tym, że załączone dokumenty do oferty wskazują inny parametr „przekątnej ekranu monitora LCD TFT".

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający w zaistniałej sytuacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP, miał obowiązek wezwania oferenta do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz złożenia stosownych wyjaśnień. Z powyższego obowiązku Zamawiający się jednak nie wywiązał, naruszając tym samym przytoczone wyżej przepisy.

Odwołujący pomimo, że podnosi naruszenie przez Zamawiającego art.26 ust.3 i 4 ustawy PZP, to jednak dalej wskazuje jednocześnie na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, podnosząc, że mając na względzie przytoczone nieprawidłowości, oferta złożona przez firmę Siemens powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia.

Dalej jeszcze w uzasadnieniu Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 91 ust.1 ustawy PZP to jest dokonanie przez Zamawiającego oceny ofert niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, a następnie wybór aparatu, który jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Na koniec Odwołujący dopatruje się także naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a przede wszystkim równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy PZP). W ocenie Odwołującego bowiem, oczywistym jest, iż zaniechania ze strony Zamawiającego w uprzywilejowanej pozycji postawiły firmę Siemens.

Biorąc pod uwagę argumenty przedstawione powyżej odwołanie powinno zostać uwzględnione w całości.

Pismem z dnia 28 czerwca 2011r. Przystępujący złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Bowiem Siemens w dniu 1 czerwca 2011r. został wezwany w trybie art. 26 ust.3 ustawy PZP do uzupełnienia dokumentu w zakresie materiałów potwierdzających parametr: czas ekspozycji do uzyskania obrazu na monitorze w pełnej rozdzielczości -18s., a w trybie art.26 ust.4 ustawy PZP został wezwany do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy dokumentami potwierdzającymi parametry techniczne oferowanego sprzętu, a opisem parametrów oferowanego sprzętu w załączniku nr 3 do oferty to jest rozbieżności dotyczących: przekątnej ekranu monitora LCD TFT, maksymalnej jaskrawości każdego monitora.

Zarówno wyznaczony termin na uzupełnienie dokumentu, jak i na wyjaśnienie rozbieżności zostały dotrzymane przez Przystępującego.

W związku z powyższym Przystępujący wniósł jak powyżej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że podstawą do wniesienia odwołania było zawiadomienie Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2011 r. o rozstrzygnięciu postępowania, z którego wynikało, że za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę Siemens

(Przystępującego po stronie Zamawiającego). Natomiast oferta Odwołującego zajęła drugą pozycję po Siemens.

W związku z powyższym Odwołujący, który nie zaakceptował wyniku przetargu wniósł odwołanie w dniu 13 czerwca 2011r. stawiając Zamawiającemu zarzuty odnośnie zaniechania jak i czynności, składając żądania i wskazując na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, które powyżej przedstawiono.

Izba również ustaliła, że w zakresie Pakietu nr 2 zamówienia (cyfrowy aparat RTG mammograficzny - szt. 1), którego to pakietu dotyczy odwołanie, ofertę złożył Odwołujący oraz Siemens.

Tym samym Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Siemens pozostałby jako jedyny wykonawca, którego oferta spełnia wymagania SIWZ i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Natomiast nie wniesienie odwołania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w sytuacji gdy w ocenie Odwołującego naruszył Zamawiający wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP.

Odwołujący wnosząc odwołanie wskazywał na błędnie ustalony wynik postępowania, który Zamawiający ustalał w oparciu o kryteria oceny ofert, zgodnie z którymi oceniane było wynagrodzenie dostawcy (80 punktów) oraz jakość zaoferowanego sprzętu poprzez ocenę podanych w ofercie (wypełniona tabela nr 3) parametrów technicznych (20 punktów).

Bowiem Odwołujący badając ofertę Siemens zauważył rozbieżność lub brak podawanych parametrów technicznych cyfrowego aparatu RTG mammograficznego w tabeli nr 3 z dokumentami informacyjnymi producenta.

Na tej podstawie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w niewłaściwy sposób wybrał najkorzystniejszą ofertę, ponieważ parametry techniczne, których rozbieżność między oświadczeniem się co do nich przez Siemens w tabeli nr 3 a materiałami informacyjnymi lub brak tych parametrów w materiałach informacyjnych, były punktowane w skali od 0 do 10 punktów.

W związku z tym Odwołujący postawił zarzut zaniechania wezwania Siemens do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy zaoferowanymi parametrami technicznymi sprzętu w tabeli nr 3 a dostarczonymi materiałami producenta, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP.

Izba ustaliła również w toku postępowania odwoławczego, co było bezsporne pomiędzy

stronami oraz uczestnikiem, że łącznie w trzech przypadkach zaistniała rozbieżność w parametrach to jest w dwóch przypadkach inne parametry techniczne były podane przez Siemens w tabeli nr 3 a inne parametry wynikały z materiałów informacyjnych producenta sprzętu, a w jednym przypadku został podany parametr techniczny przez Siemens w tabeli nr 3, a nie dołączono do oferty materiału informacyjnego producenta sprzętu, w którym potwierdzono by istnienie tego parametru.

Powyższy zarzut był uprawniony na podstawie SIWZ , zgodnie z którym w Rozdziale VI. SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty określono dokumenty, jakie oferta ma zawierać: pkt 1 ppkt 2) oferta musi zawierać: wypełnione i podpisane wymagane parametry techniczne przedmiotu zamówienia oraz warunki serwisu gwarancyjnego i szkoleń wg załącznika nr 3 do SIWZ, a w pkt 5) prospekty/katalogi w języku polskim na oferowany przedmiot zamówienia.

Z kolei pod tabelą w załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zamieścił następujące uwagi:

1. Do oferty należy dołączyć w języku polskim firmowe materiały potwierdzające parametry techniczne aparatury.
2. Niespełnienie jednego i więcej z wymaganych powyżej parametrów oraz wymagań co do ich wartości minimalnych spowoduje odrzucenie oferty.
3. Powyższe warunki graniczne stanowią wymagania odcinające .
4. Brak opisu traktowany będzie jako brak danego parametru w oferowanej konfiguracji urządzenia.

Reasumując powyższe zapisy SIWZ, dostawca miał obowiązek wypełnić wpisując odpowiednie parametry techniczne i podpisać tabelę według wzoru w załączniku nr 3 do SIWZ.

W Rozdziale XIII SIWZ. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zapisano dla pakietu nr 2 kryteria: cena brutto waga 80%, parametry techniczne 20%.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła również :

1. Pismem z dnia 01.06.2011r. Zamawiający skierował do Siemens wezwanie do uzupełnienia dokumentów, powołując art.26 ust.3 ustawy PZP w zakresie materiałów

potwierdzających parametr: czas ekspozycji do uzyskania obrazu na monitorze w pełnej rozdzielczości – 18s. Jednocześnie Zamawiający wyznaczył termin do dnia 02.06.2011r. do godz.13.00.

2. Pismem z dnia 02.06.2011r. Siemens poinformował Zamawiającego, że potwierdza w zakresie oferowanego mammografu parametr „czas od ekspozycji do uzyskania obrazu na monitorze w pełnej rozdzielczości” o wartości 18 s., na dowód czego załączył wyciąg z tzw. opisu przetargowego dla aparatu Mammomat Inspiration (załącznik nr 1 do wyjaśnień), stanowiącego pomocnicze materiały do użytku wewnętrznego w firmie Siemens. Do wyjaśnień załączono dokument w wersji anglojęzycznej pn. Mammot Inspiration oraz dokument w języku polskim pn. tłumaczenie z języka angielskiego zaznaczonych fragmentów tekstu.
3. Pismem z dnia 01.06.2011r. Zamawiający skierował do Siemens wezwanie do złożenia wyjaśnień, powołując art.26 ust.4 ustawy PZP w zakresie występujących rozbieżności pomiędzy dokumentami potwierdzającymi parametry techniczne oferowanego sprzętu, a opisem oferowanych parametrów (załącznik nr 3 do SIWZ- Pakiet 2). Zamawiający w piśmie wskazał rozbieżności: Pkt VII ppk 2 – „przekątna ekranu monitora LCD TFT – parametr oferowany 21,3”, a w dokumentach potwierdzających parametry techniczne sprzętu podano 21. W pkt VIII ppkt 1 – maksymalna jasność każdego monitora – parametr oferowany 11000cd/m², a w dokumentach potwierdzających parametry techniczne sprzętu podano min 600cd/m². Jednocześnie Zamawiający wyznaczył termin do dnia 02.06.2011r. do godz.13.00.
4. Pismem z dnia 02.06.2011r. Siemens poinformował Zamawiającego, że nie występują rozbieżności pomiędzy parametrami w tabeli a parametrami w materiałach producenta. W zakresie „przekątna ekranu monitora LCD TFT” co do wartości z tabeli 21,3 i wartości z materiału 21 wskazał, że w materiałach znajduje się wartość zaokrąglona. W zakresie „maksymalna jasność każdego monitora” to w tabeli podano oferowaną stację diagnostyczną syngo MammoReport w jednej z trzech wersji , które różnią się typem i parametrami zastosowanych obrazowych monitorów ekranowych, a prospekt podaje wartość minimalną odpowiadającą każdemu z trzech typów monitorów. Do wyjaśnienia załączono w wersji anglojęzycznej kartę katalogową monitora Nio 5MP(MDNG-6121) oraz tłumaczenie z języka angielskiego zaznaczonych fragmentów tekstu.

Izba zważyła

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego Siemens to jest wykonawcy wybranego w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP, zarówno w zakresie obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentu jak i wezwania do wyjaśnienia złożonego dokumentu.

Zgodnie z dyspozycją powyżej przywołanego art. 26 ust.3 ustawy PZP Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei zgodnie z art. 25 ust.1 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:1) warunków udziału w postępowaniu,2) przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaproszeniu do składania ofert.

Poza tym zgodnie z dyspozycją art.26 ust.4 ustawy PZP Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów wymienionych w art.25 ust.1 ustawy PZP.

Powyższe ustawowe regulacje wskazują na obowiązek po stronie Zamawiającego do wezwania wykonawców w związku ze złożonymi dokumentami i oświadczeniami wymaganymi ogłoszeniem o zamówieniu czy specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. Celem nałożenia przez ustawodawcę obowiązku wezwania wykonawcy jest doręczenie nie złożonych do oferty oświadczeń czy dokumentów lub skorygowanie ich wadliwości bądź uzyskania niezbędnych wyjaśnień co do złożonych oświadczeń lub dokumentów.

Powyżej przedstawiona procedura narzucona treścią art. 26 ust.3 lub 4 ustawy PZP ma na celu usunięcie braków, wadliwości lub uzyskanie wyjaśnienia dla utrzymania w postępowaniu złożonej oferty i w konsekwencji uczestniczenie tej oferty w dalszym toku postępowania to jest w toku oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy w tym miejscu również podkreślić, że ustawodawca zakazuje wzywania do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń brakujących lub wadliwych, jeżeli oferta podlega odrzuceniu lub postępowanie należy unieważnić. Okoliczności odrzucenia oferty reguluje art. 89 ust.1 ustawy PZP a okoliczności unieważnienia postępowania wskazuje art. 93 ust.1 ustawy PZP.

Wskazanie na powyższe okoliczności nie stosowania art. 26 ust 3 ustawy PZP to jest w szczególności spełnienia przesłanek odrzucenia oferty jest istotne w przedmiotowej sprawie, ponieważ konstrukcja odwołania wskazuje zarówno na żądanie wynikające z art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP, z jednoczesnym zarzutem i żądaniem opartym na art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w myśl których Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2

pkt 3 (art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP) i z postępowania o udzielenie zamówienia również wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust.4 ustawy PZP).

Taka konstrukcja zarzutów, żądań i związane z nimi uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania nie może odnieść oczekiwanych przez Odwołującego skutków prawnych w postaci uwzględnienia odwołania z racji brzmienia art. 26 ust.3 ustawy PZP, ponieważ zwalnia się zamawiającego z obowiązku wzywania do uzupełniania oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw w przypadku ich braku lub wadliwości, ale tylko wtedy gdy oferta podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu.

Czyli jednoczesne żądanie przez Odwołującego wezwania do uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów (ulotki \ katalogi producenta mammografu) nie jest możliwe jeżeli Odwołujący żąda jednocześnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 lub wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 24 ust.4 ustawy Pzp.

Niemniej Izba pomimo zawarcia w treści odwołania sprzecznych ze sobą zarzutów i żądań to jest zarówno żądań wezwania w trybie art. 26 ust.3 i 4 oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 24 ust.2 pkt 3 w pierwszej kolejności zbadała czy zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania uwzględniając przedstawione w uzasadnieniu okoliczności faktyczne i prawne na ich poparcie.

Co do zarzutu popartego treścią art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP to zarzut sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ wywodził Odwołujący z okoliczności, że Przystępujący nie załączył katalogu producenta do oferty, który wskazywał na to, że mammograf posiada parametry techniczne wskazane w oświadczeniu o oferowanym sprzęcie to jest w wypełnionej i podpisanej tabeli według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ oraz, że w katalogu producenta są innej wartości parametry techniczne niż w wypełnionej i podpisanej tabeli według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ.

Zarzut tej jest nietrafiony, ponieważ nie można z zaistniałej bezspornej w sprawie sytuacji wywodzić zarzut zaniechania odrzucenia oferty skoro ustawodawca nakazuje w przypadku wadliwości dokumentu lub jego braku wezwać do uzupełnienia bądź do wyjaśnienia złożonych dokumentów, oświadczeń. Dopiero gdy wezwany dostawca nie wypełni wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP lub wypełni je w sposób nie usuwający braku lub wadliwości oświadczenia lub dokumentu lub wyjaśnienie nie usunie wątpliwości co do zgodności dokumentu lub oświadczenia z wymogami SIWZ czy to w zakresie warunków udziału w postępowaniu, czy to w zakresie spełnienia wymagań SIWZ przez oferowane dostawy, usługi

lub roboty budowlane to dopiero wówczas Zamawiający może odrzucić ofertę czy wykluczyć z postępowania wykonawcę, a jego ofertę odrzucić.

Reasumując zarzut odrzucenia oferty na podstawie 89 ust.1 pkt 2 i art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 24 ust.4 ustawy PZP był przedwczesny, ponieważ braki w zakresie katalogu producenta czy ulotki producenta jak to sformułowano w SIWZ należy traktować w kategorii dokumentów, które w myśl wyżej cytowanego art. 26 ust. 3 i 4 w związku z treścią art. 25 ust.1 ustawy PZP podlegają uzupełnieniu lub wyjaśnieniu. Bowiem brak dokumentów potwierdzających, że dostawa spełnia wymagania SIWZ podlega procedurze art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP, a nie skutkom w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Izba uznała również za nietrafny zarzut sformułowany w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, ponieważ brak podstaw w przedmiotowej sprawie z uwagi na rodzaj rozbieżności to jest rozbieżności przekątnej ekranu monitora LCD TFT polegającej na tym, że w wypełnionej tabeli wpisano 21, 3 a w katalogu producenta 21 oraz, że w zakresie maksymalnej jaskrawości każdego monitora w wypełnionej tabeli nr 3 wpisano 1100cd/m² a w katalogu producenta wpisano min. 600 cd/m² nie świadczy o tym, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, a raczej świadczy o tym, że wykonawca złożył rozbieżne informacje co nie jest równoznaczne z nieprawdziwymi informacjami.

W związku z powyższym zarzut i żądanie w odwołaniu oparte na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 24 ust.4 ustawy PZP jest nieuzasadnione i przedwczesne w świetle zaistniałych okoliczności w sprawie.

Natomiast co do zarzutu braku wezwania do uzupełnienia dokumentu katalog producenta (materiał informacyjny) oraz złożenia wyjaśnień do złożonego dokumentu katalog producenta (materiał informacyjny) w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP to jest zarzut ten jak najbardziej uprawniony, tyle że spóźniony biorąc pod uwagę okoliczności zaistniałe w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a polegające na tym, że Zamawiający jak powyżej wskazano i opisano w dniu 1 czerwca 2011r. wystosował do Przystępującego Siemens dwa wezwania w tym jedno na podstawie art.26 ust. 3 i drugie na podstawie art. 26 ust.4 ustawy PZP co do meritum odpowiadające zarzutom podniesionym w odwołaniu odnoszącym się do dokumentów załączonych do oferty potwierdzających spełnienie przez dostawę wymogów SIWZ.

W związku z powyższym zarzut i żądanie z tym związane są bezprzedmiotowe, ponieważ spóźnione, o czym również poinformował i co podniósł w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2011r. (odpowiedź na odwołanie w trybie art. 186 ust.1 ustawy PZP) pełnomocnik Zamawiającego.

Pełnomocnik Odwołującego, wobec powzięcia wiadomości o tym, iż wezwanie w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP zostało wykonane przez Zamawiającego w dniu 01.06.2011r. w

okolicznościach tożsamyh w stosunku do podnoszonych przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 13. 06.2011r., na rozprawie przedstawił zarzuty co do sposobu wypełnienia wezwań Zamawiającego przez Odwołującego, który wypełnił wezwania w pismach z dnia 02.06.2011r. udzielając wyjaśnień oraz załączając dokumenty. Odwołujący na rozprawie wykazywał, że Przystępujący nadal nie usunął rozbieżności pomiędzy oświadczeniem co do wartości parametrów technicznych zawartych w wypełnionej i podpisanej tabeli według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ i załączonym dokumentem producenta mammografu, a które to rozbieżności zostały przez Odwołującego wyartykułowane w odwołaniu.

Izba nie rozpoznała zarzutów zgłoszonych na rozprawie co do nieprawidłowego wypełnienia wezwań Przystępującego Siemens w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy PZP, ponieważ uznała je za spóźnione w stosunku do obowiązującego terminu 10 dniowego złożenia odwołania na czynności Zamawiającego stanowiące podstawę wniesienia odwołania. Datę od której biegnie termin na zaskarżenie czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu wyjaśnień za wypełniające obowiązek z SIWZ w zakresie potwierdzenia dokumentami producenta parametrów technicznych w oświadczeniu Przystępującego (tabela nr 3) należy liczyć od dnia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest od daty 03.06.2011r.

W związku z tym termin zaskarżenia czynności badania oferty Przystępującego w zakresie złożonych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów upłynął wraz z terminem 10 dni na wniesienie odwołania licząc od 03.06.2011r. (data zawiadomienia o wyniku przetargu) to jest z dniem 13.06.2011r. czyli z dniem złożenia odwołania, a nie na rozprawie w dniu 28 czerwca 2011r. jak to uczynił pełnomocnik Odwołującego.

Tym samym odwołanie zostało złożone na okoliczności bezprzedmiotowe w sprawie to jest na okoliczność nie wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych dokumentów potwierdzających parametry techniczne złożonej oferty w dokumentacji (katalogi/ulotki) producenta w sytuacji gdy takie wezwanie zostało dokonane przez Zamawiającego w dniu 01.06.2011r., ale Odwołujący o tym nie wiedział, ponieważ przed złożeniem odwołania nie zapoznał się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując Izba nie rozpoznała zarzutu przeterminowanego i zgłoszonego dopiero na rozprawie, po powzięciu wiadomości o wezwaniu do uzupełnienia dokumentu i złożeniu wyjaśnień i po zapoznaniu się z treścią uzupełnionego dokumentu i złożonych wyjaśnieniach, ponieważ Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu w myśl art. 192 ust.7 ustawy PZP, a tym bardziej których termin zaskarżenia upłynął (art. 182 ust.1 pkt 1 w związku z art. 189 ust.2 pkt3 ustawy PZP).

Reasumując żaden z zarzutów wskazanych w odwołaniu z dnia 13 czerwca 2011r. nie został

przez Odwołującego wykazany.

Zatem skoro Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bowiem w myśl art. 192 ust.2 ustawy PZP aby uwzględnić odwołanie muszą być spełnione następujące przesłanki po pierwsze należy wykazać naruszenie przepisów ustawy, a po drugie należy wykazać wpływ naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania.

Natomiast Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego pierwszej przesłanki warunkującej uwzględnienie odwołania to jest naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy PZP.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: