

WYROK

z dnia 16 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r. przez **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim sp. z o.o., ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ISH Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. ISH INFORMATIKA LLC**, adres dla pełnomocnika: **ul. Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim sp. z o.o., ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Szpitala Powiatowego w Nowym Mieście Lubawskim sp. z o.o., ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie, na rzecz CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie:**

osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Powiatowy w Nowym Mieście Lubawskim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim, ul. Mickiewicza 10, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ucyfrowienie Pracowni RTG oraz informatyzacja szpitala”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2011 r. pod nr 2011/S 21-0333869.

W dniu 24 maja 2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom faxem informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISH Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Jaśkowa Dolina 9/5, 80-252 Gdańsk (pełnomocnik) oraz ISH Informatika LLC, z siedzibą w Budapeszcie, H-1033 Budapeszt, Huszti ut 32 (dalej „Konsorcjum ISH”).

W dniu 1 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. (dawniej UHC Sp. z o.o.) z siedzibą w Lublinie, ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin, wobec czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum ISH z udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ISH,
3. wyborze oferty Konsorcjum ISH jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższymi czynnościami odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ISH z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Konsorcjum ISH nie przedłużyło terminu ważności wadium oraz okresu związania ofertą w terminie zakreślonym przez zamawiającego,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ISH z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Konsorcjum ISH nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem treść złożonych referencji nie potwierdza, iż na dzień składania ofert legitymowało się 3 dostawcami spełniającymi wymogi postępowania,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ISH w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), albowiem zaoferowane drukarki przekraczają maksymalną masę oraz maksymalne wymiary wymagane przez zamawiającego.

Mając na uwadze podniesione zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum ISH i odrzucenie złożonej oferty,
4. powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazywał, iż jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Zamawiający w postępowaniu dokonał wyboru oferty Konsorcjum ISH jako najkorzystniejszej. Tymczasem Konsorcjum ISH nie przedłużyło skutecznie terminu związania ofertą oraz ważności wadium, jak również nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nadto jego oferta nie spełnia warunków SIWZ. Powyższe nakazywało wykluczyć Konsorcjum ISH z udziału w postępowaniu oraz odrzucić jego ofertę. Czynności podjęte przez zamawiającego naruszają więc przepisy ustawy Pzp i uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego i związanego z tym z tym zarobku zwłaszcza, że oferty w postępowaniu złożył wyłącznie odwołujący oraz Konsorcjum ISH. Powyższe przesądza o naruszeniu interesu odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odnośnie zarzutu 1 odwołujący wskazywał, iż zgodnie z treścią art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu związany był ofertą w okresie 60 dni począwszy od dnia złożenia oferty. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca przewidział z kolei, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W przedmiotowym postępowaniu, jak twierdził odwołujący, zamawiający skierował do ISH Polska Sp. z o.o. wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą o kolejne 60 dni, a także o przedłużenie terminu ważności wadium. ISH Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 6 maja 2011 r. złożyła oświadczenie o przedłużeniu o 60 dni terminu

związania ofertą ISH Polska Sp. z o.o., przedłużając jednocześnie termin ważności wadium wniesionego w pieniądzu. Zgodnie z opublikowanym wynikiem przetargu ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum ISH, w którego skład wchodzi m.in. ISH Polska Sp. z o. o. Zdaniem odwołującego oświadczenie złożone przez tę spółkę nie dotyczyło oferty Konsorcjum ISH i stanowiło co najwyżej oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożone wyłącznie przez spółkę, a nie przez Konsorcjum ISH. To samo odnieść należy do oświadczenia w przedmiocie przedłużenia ważności wadium. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, stwierdzić należy, iż Konsorcjum ISH podlegało wykluczeniu z postępowania. Zaniechanie tej czynności przez zamawiającego naruszało więc art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu 2 odwołujący podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Zgodnie z treścią pkt 5.1.1. (powinno być 5.1.2.) SIWZ:

„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia:

- Zamawiający dla potwierdzenia, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie żąda, by Wykonawca zrealizował co najmniej 3 zamówienia (w szpitalu o min. liczbie łóżek 200) odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu. Za zamówienie takie Zamawiający uzna:

- dostawę sprzętu komputerowego i stacji diagnostycznej wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego, RIS i PACS zrealizowane w ramach jednego zamówienia lub*
- dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego zrealizowane w ramach jednego zamówienia wraz z jednoczesną integracją z systemami diagnostycznymi (laboratorium, pracownia Rtg).”*

Zgodnie z postanowieniami pkt 6.2 SIWZ:

„W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawców warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu spełnienia określony został przez Zamawiającego w pkt.5 SIWZ Zamawiający żąda następujących oświadczeń i dokumentów:

wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartość przedmiotu ,dat wykonania i odbiorców, oraz zamążeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Wraz z ofertą Konsorcjum ISH złożyło wykaz dostaw, w którym znajdowały się cztery dostawy. Zamawiający, uznając, iż Konsorcjum ISH nie wykazało spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w dniu 28 kwietnia 2011 r. wezwał je do złożenia dokumentów potwierdzających,

że Konsorcjum ISH spełniało te warunki na dzień składania ofert tj. na dzień 21 marca 2011 r.

W odpowiedzi Konsorcjum ISH w dniu 6 maja 2011 r. złożyło nowy wykaz usług datowany na 6 maja 2011 r. Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum ISH nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W pozycji 3 wykazu wskazano zamówienie referencyjne realizowane za pomocą podmiotu trzeciego oraz gdzie ważność kontraktu, którego dotyczyła dostawa wykraczała poza datę składania ofert. Odwołujący podnosił, iż przedłożona przez wykonawcę referencja nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści referencji nie wynika, kto był wykonawcą zamówienia i w jakiej formule działał przy realizacji dostawy: wykonawca czy podwykonawca. Zdaniem odwołującego nie jest wiadome, czy wykonawca posługujący się referencją zrealizował jakąkolwiek część zakresu dostawy wskazanej w referencji. Referencja nie potwierdza również spełnienia warunku zrealizowania zamówienia podobnego do zamówienia objętego postępowaniem prowadzonym w sprawie niniejszej. Referencja nie potwierdza bowiem, iż w ramach dostawy dostarczono system RIS (nie wynika to także opisu przedmiotu zamówienia znajdującego się w wykazie), jak również nie wskazuje, iż dostawa objęła także integrację z systemem diagnostycznym dotyczącym laboratorium. Treść dokumentu referencyjnego nie potwierdza także, iż zamówienie zostało zrealizowane na dzień składania ofert. Zachodzi bowiem istotna sprzeczność w treści referencji, która z jednej strony mówi o realizacji dostawy w okresie poprzedzającym składanie ofert, a z drugiej wskazuje, iż ważność kontraktu wykracza poza termin składania ofert. Tym samym, zdaniem odwołującego, nie można z całą pewnością ustalić daty realizacji zamówienia. Z kolei w pozycji 4 wykazu wskazano zamówienie referencyjne, którego termin trwania określono datami rocznymi, przy czym jako datę końcową wskazano 2011 r. Potwierdzeniem realizacji zamówienia była referencja w języku węgierskim przetłumaczona na język polski. Zgodnie z treścią referencji dostawa została zrealizowana w ramach umowy, która była realizowana w okresie do marca 2011 r. Cytowana referencja została sporządzona w wcześniejszym niż wskazany jako końcowy realizacji zamówienia, nie potwierdza zatem spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na dzień składania ofert tj. na 21 marca 2011 r. Zdaniem zamawiającego ani referencja ani wykaz nie potwierdza, iż dostawa została zrealizowana prawidłowo do dnia 21 marca 2011 r. Konsorcjum ISH w złożonym wykazie nie określiło terminu realizacji zamówienia (wskazano tylko miesiąc). Z kolei referencja pochodząca z okresu wcześniejszego nie może stanowić dowodu potwierdzającego zrealizowanie zamówienia w miesiącu wskazanym jako końcowy dla realizacji zamówienia. Mając na względzie przytoczone wyżej okoliczności, zdaniem odwołującego, uznać należy, iż Konsorcjum ISH nie wykazało, iż wykonało trzy dostawy referencyjne wymagane przez zamawiającego. Konsorcjum ISH było już wzywane do uzupełnienia dokumentów referencyjnych, wobec czego nie może on być wzywane kolejny raz do wykonania kolejnych poprawek. Z tych względów odwołujący podnosił, iż Konsorcjum ISH podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania tej czynności stawiało więc uchybienie zamawiającego.

W zakresie zarzutu 3 odwołujący wskazywał, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, w części „W” dotyczącej drukarek określił m.in. następujące wymagania:

Wymiary maksymalnie (szer. x głęb. x wys.): 350x 250 x 200 mm,

Waga produktu maksymalnie: 6kg.

Konsorcjum ISH zaoferowało zamawiającemu drukarkę HP LaserJet P2055, stwierdzając w treści oferty, iż zaoferowane urządzenie nie przekracza wymiarów określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ, a jego masa nie jest większa od wymaganej.

Zgodnie z specyfikacją techniczną drukarki HP LaserJet P2055 udostępnianą przez producenta jej wymiary wynoszą: 365x368x268 mm. Oznacza to, że rozmiary urządzenia przekraczają wszystkie parametry graniczne określone przez zamawiającego. Niezależnie od powyższego producent wskazuje, iż urządzenie ma masę 10,6 kg, czyli niemal dwukrotnie przekracza wielkość wymaganą przez zamawiającego. Powyższe przesądza w ocenie odwołującego, iż oferta Konsorcjum ISH w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powołane wyżej okoliczności odwołujący podnosił więc, iż wybór oferty Konsorcjum ISH nastąpił z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana w dniu 31 maja 2011 r.

W dniu 1 czerwca 2011 r. zamawiający wezwał Konsorcjum ISH do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przekazał kopię odwołania.

W dniu 2 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum ISH, w którym wnosił o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z treścią pkt 5.1.2. SIWZ (po modyfikacji) o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Zamawiający dla potwierdzenia, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie żąda, by Wykonawca zrealizował co najmniej 3 zamówienia (w szpitalu o min. liczbie łóżek 200) odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Za zamówienia takie Zamawiający uzna:

- *dostawę sprzętu komputerowego i stacji diagnostycznej wraz z wdrożeniem*

oprogramowania medycznego, RIS i PACS zrealizowane w ramach jednego zamówienia lub

- *dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego zrealizowane w ramach jednego zamówienia wraz z jednoczesną integracją z systemami diagnostycznymi (laboratorium, pracownia Rtg)."*

Zgodnie z postanowieniami pkt 6.2 SIWZ:

„W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawców warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu spełnienia określony został przez Zamawiającego w pkt.5 SIWZ Zamawiający żąda następujących oświadczeń i dokumentów:

(...)

6.2.2. wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie” (...).

Ponadto zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, w części „W” dotyczącej drukarek określił m.in. następujące wymagania:

Wymiary maksymalnie (szer. x głęb. x wys.): 350x 250 x 200 mm

Waga produktu maksymalnie: 6kg.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 14 lutego 2011 r. dopuścił zaoferowanie urządzeń o parametrach lepszych od granicznych (minimalnych). Konsorcjum ISH zaoferowało zamawiającemu drukarki HP LaserJet P2055 – taki model został wskazany w treści oferty - potwierdzając równocześnie spełnienie wymagań m.in. co do powyższej maksymalnej wagi urządzenia oraz jego maksymalnych wymiarów. Powyższe znalazło także potwierdzenie w deklaracji zgodności dołączonej do oferty odnoszącej się do drukarek serii HP LaserJet P2035 i P2055. Swoje stanowisko co do zaoferowania modelu HP LaserJet P2055 Konsorcjum ISH potwierdziło także na rozprawie, w tym przedstawiając korespondencję z Autoryzowanym Partnerem HP – Atena Usługi Informatyczne i Finansowe sp. z o.o. dotyczącą zgodności parametrów technicznych drukarek HP LaserJet P2055 z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania, powołując się na specyfikację techniczną, wskazywał, iż zaoferowana drukarka HP LaserJet P2055 nie spełnia wymogów co do maksymalnej wagi i maksymalnych wymiarów.

Ponadto wraz z ofertą Konsorcjum ISH złożyło wykaz dostaw, w którym znajdowały się cztery dostawy. Zamawiający uznał, iż Konsorcjum ISH nie wykazało spełniania warunku wiedzy i doświadczenia i pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. zamawiający wystąpił, kierując pismo do ISH Polska sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia na dzień składania ofert, tj. na 21 marca 2011r. Zamawiający wskazywał, iż wymagany przez zamawiającego dokument potwierdzający spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia to „wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”, natomiast do oferty Konsorcjum ISH został załączony wykaz dostaw zrealizowanych w latach 2009-2011 (1 dostawa), 2004-2006 (1 dostawa), 2007 (2 dostawy). Ponadto przedstawione referencje dotyczące dostawy zrealizowanej w latach 2009-2011 potwierdzają tylko dostawę, stworzenie i wdrożenie systemu oraz integrację oprogramowania i systemu, co nie potwierdza spełniania warunku postawionego przez zamawiającego.

W odpowiedzi Konsorcjum ISH w dniu 6 maja 2011 r. złożyło nowy wykaz dostaw datowany na 6 maja 2011 r. Wraz z wykazem przedłożono także referencje wraz z tłumaczeniem poświadczonym na język polski. Pismo było oznaczone jako „poufne” i zawierało zastrzeżenie, aby zamawiający z uwagi na tajemnicę handlową nie ujawniał dostarczonych dokumentów pozostałym oferentom lub innym podmiotom gospodarczym.

Ponadto pismem z dnia 6 maja 2011 r. ISH Polska sp. z o.o., bez wezwania zamawiającego, złożyła oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, w którym stwierdzono: „(...) składamy oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą ISH Polska Sp. z o.o. o 60 dni. Jednocześnie przedłużamy okres ważności wniesionego w pieniądzu wadium w kwocie 25.000 PLN (...) o 60 dni”.

W dniu 24 maja 2011 r. odwołujący, działając na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2011 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. W dniu 27 maja 2011 r. odwołujący zwrócił się z ponownym wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, argumentując, że w dniu 26 maja 2011 r. zamawiający udostępnił protokół wraz z załącznikami, jednak nie udostępnił dokumentów Konsorcjum ISH będących załącznikami do pisma z dnia 6 maja 2011 r. Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ma możliwości zastrzeżenia części oferty jako tajnej po terminie składania ofert. Podkreślał, że obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia. Wnosił o niezwłoczne przesłanie, jego zadaniem, nieskutecznie utajnionych dokumentów. Zgodnie z pismem z dnia 27 maja 2011 r. zamawiający przekazał odwołującemu wnioskowane załączniki. W dokumentacji postępowania brak potwierdzenia wystąpienia przez zamawiającego do Konsorcjum ISH o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podczas rozprawy pełnomocnik zamawiającego oświadczył, iż nie posiada wiedzy co do przesłanek przekazania zastrzeżonych dokumentów. Nie dysponował także informacjami co do kręgu podmiotów, które mogły się

zapoznać z treścią zastrzeżonych dokumentów. Oświadczył jednak, iż odwołanie nie było zamieszczone na stronie internetowej. Konsorcjum ISH podtrzymało swoje zastrzeżenie odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa, uznając, iż ujawnienie przez zamawiającego treści uzupełnionego wykazu oraz referencji odwołującemu było nieprawidłowe. Odwołujący oświadczył natomiast, iż zastrzeżenie zostało dokonane z uchybieniem terminu, ponieważ można go skutecznie dokonać najpóźniej wraz ze złożeniem oferty, a ponadto treść dostaw zmieszczonych w wykazie wskazuje na zamawiających będących podmiotami publicznymi. Powołał się na okoliczność, iż regulacje w tym zakresie jako stanowiące odzwierciedlenie wymagań europejskich są zbieżne, toteż nie ma możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji na temat umów z podmiotami publicznymi, jakimi są szpitale. Ponadto dostawa wskazana w pozycji 4 uzupełnionego wykazu jest tożsama z dostawą w wykazie załączonym do oferty, który nie został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum ISH oświadczyło natomiast, iż nie wszystkie podmioty wskazane jako odbiorcy dostaw mają charakter placówek publicznych, ponadto i w umowach z podmiotami publicznymi możliwe jest zastrzeżenie określonych elementów jako niejawnych. Wskazał także na zobowiązanie do zachowania poufności, które nałożył partner konsorcjalny. Podnosił także, iż w odniesieniu do dostawy z pozycji 4 uzupełnionego wykazu podał tam informacje, które uprzednio nie były podane (np. wartość zamówienia) oraz przedstawił nowe referencje o zmienionej treści. Wnosił, aby Izba utrzymała poufność danych zawartych w uzupełnionym wykazie i referencjach wobec podmiotów trzecich.

W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za ważną, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (były dwie oferty). Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu wraz z modyfikacjami (ogłoszenie dodatkowych informacji), SIWZ wraz z modyfikacjami, ofertę Konsorcjum ISH, wyjaśnienia z dnia 14 i 25 lutego 2011 r., wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 28 kwietnia

2011 r., pismo z dnia 6 maja 2011 r. dotyczące przedłużenia okresu związania ofertą i ważności wadium, pismo z dnia 6 maja 2011 r. przedłożone na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonane w dniu 28 kwietnia 2011 r. wraz z załącznikami (wykaz i referencje), odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, wydruki ze strony internetowej Hewlett Packard – producenta drukarek HP LaserJet serii P2050, w tym zaoferowanych drukarek HP LaserJet P2055 zawierające specyfikację techniczną drukarek tej serii, specyfikację techniczną drukarki HP LaserJet P2055dn, pismo zamawiającego z dnia 1 marca 2011 r. do dystrybutora Atena Usługi Informatyczne i Finansowe sp. z o.o. – autoryzowanego partnera HP dotyczące parametrów technicznych drukarek HP LaserJet P2055 i ich zgodności z wymogami SIWZ oraz odpowiedź dystrybutora z dnia 15 marca 2011 r. potwierdzającą zgodność parametrów z ich szczegółowym wskazaniem, umowę partnerską złożoną na potwierdzenie statusu autoryzowanego partnera Hewlett Packard.

Izba uznała także, iż w ramach postępowania odwoławczego respektować będzie zastrzeżenie poufności poczynione przez Konsorcjum ISH wobec uzupełnionego wykazu dostaw i referencji, pomimo jego ujawnienia odwołującemu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o braku możliwości zastrzeżenia uzupełnianego wykazu, o ile pierwotny, załączony do oferty wykaz nie został przez wykonawcę zastrzeżony. W ocenie Izby interpretacja przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie powinna uwzględniać okoliczność, iż wykonawca w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może przedłożyć całkowicie nowy wykaz obejmujący dostawy wykonane na rzecz innych podmiotów niż wskazane w wykazie załączonym do oferty. Nie jest zatem wykluczone, iż mogą być one wykonane na rzecz zupełnie innych podmiotów, które nie mają charakteru podmiotów publicznych, a tym samym informacje tam zawarte mogą posiadać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższej okoliczności nie sposób jednak przewidzieć w dacie składania oferty. Wykonawca nie może zastrzec tajemnicy na wypadek, gdyby zaistniała konieczność przedłożenia innych dokumentów niż załączone do oferty. Izba uznała, iż nie posiada wystarczających informacji, aby stwierdzić, czy zamawiający przeprowadził badanie skuteczności zastrzeżenia, czy też oparł się wyłącznie na twierdzeniu odwołującego o spóźnionym charakterze utajnienia. Nie można zatem wykluczyć, iż udostępnienie informacji odwołującemu nie było prawidłowe, a z uwagi na wąski krąg podmiotów, którym dane udostępniono (brak potwierdzenia, aby jakkolwiek inny podmiot poza odwołującym uzyskał do nich dostęp) informacje nie utraciły charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie oraz doktrynie tajemnica nie traci swojego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg podmiotów. Ponadto powyższe nie ogranicza uprawnień procesowych stron czy uczestnika postępowania, ponieważ przedmiotem badania i oceny Izby jest

całokształt materiału dowodowego w niniejszej sprawie.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku skuteczności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o przedłużeniu ważności wadium, co winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum ISH na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp Izba uznała argumentację odwołującego za niezasadną. Rzeczywiście oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą dokonane pismem z dnia 6 maja 2011 r. złożone przez ISH Polska sp. z o.o. w swym dosłownym brzmieniu odnosiło się do oferty ISH Polska sp. z o.o. W ocenie Izby jednak powyższe oświadczenie zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, do którego odsyła art. 14 ustawy Pzp, o ile jej przepisy „nie stanowią inaczej”, podlega wykładni nie tylko w oparciu o jego literalne brzmienie, ale także z uwzględnieniem okoliczności w jakich zostało złożone. Zgodnie bowiem z przytoczonym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przede wszystkim należy stwierdzić, iż odwołujący nie kwestionował okoliczności, iż oferta Konsorcjum ISH jest ofertą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższa okoliczność ustalona została na podstawie analizy całokształtu oferty złożonej przez Konsorcjum ISH, ponieważ literalnie w formularzu ofertowym jako wykonawca wymieniona została jedynie spółka ISH Polska sp. z o.o. Natomiast pozostałe przedłożone dokumenty, w tym pełnomocnictwo dla ISH Polska sp. z o.o. udzielone w trybie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp z dnia 1 marca 2011 r., jednoznacznie wskazywało na rzeczywisty zamiar wykonawców co do sposobu określenia podmiotu składającego ofertę. Powyższe, jak należy przyjąć, nie budziło wątpliwości odwołującego. Podobnie zdaniem Izby uczynić należy, oceniając oświadczenie przedłożone przez ISH Polska sp. z o.o. dotyczące przedłużenia okresu związania ofertą oraz ważności wadium. Powyższe oświadczenia nie są składane w próżni, lecz mają na celu utrzymanie statusu wykonawcy w postępowaniu warunkującego możliwość uzyskania zamówienia. Z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego z 1 marca 2011 r. jednoznacznie wynika, iż ISH Polska sp. z o.o. została ustanowiona pełnomocnikiem uprawnionym do reprezentacji obu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (określanych łącznie jako Wykonawca), jak również każdego z nich z osobna m.in. do składania w imieniu Wykonawcy w toku niniejszego postępowania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń woli i wiedzy w związku z postępowaniem. Zakres umocowania obejmował także wniesienie wadium oraz prowadzenie z zamawiającym korespondencji związanej z przedmiotowym postępowaniem. Sam odwołujący nie kwestionuje zresztą samego uprawnienia do działania w imieniu obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lecz jedynie sposób

sformułowania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium, który nie wskazuje na zamiar złożenia oświadczenia w imieniu obu podmiotów. W ocenie Izby skoro okoliczność, iż wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, stąd powyższą okoliczność należy również uwzględnić w ocenie skuteczności oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą oraz ważności wadium. Złożenie oświadczenia jedynie w imieniu własnym, a zatem podmiotu innego niż ten, który złożył ofertę i uzyskał status Wykonawcy (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), pozostawałoby indyferentne z punktu widzenia skutków prawnych, które w postępowaniu swoim oświadczeniem pełnomocnik Konsorcjum ISH zamierzał wywołać. Ponadto w postępowaniu co do zasady nie reprezentuje on samego siebie, lecz obu wykonawców tworzących Konsorcjum ISH. Tym samym literalna treść oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą (referująca być może do sposobu wskazania wykonawcy w treści samej oferty, na co zwracał uwagę zamawiający podczas rozprawy) nie przesądza o braku skuteczności i zamiaru jego dokonania w imieniu i na rzecz obu konsorcjantów, jako że pozostałe okoliczności złożenia oświadczenia potwierdzają, iż występuje on w imieniu obu podmiotów, pomimo pewnej formalnej niezgodności w treści samego oświadczenia. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą Izba uznaje za w pełni skuteczne. Ponadto należy zauważyć, iż wbrew twierdzeniom odwołującego ISH Polska sp. z o.o. złożyła przedmiotowe oświadczenie z własnej inicjatywy bez wezwania zamawiającego (aczkolwiek ta okoliczność w przypadku stwierdzenia nieskuteczności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą pozostawałaby bez istotnego wpływu na ocenę dalszego bytu wykonawcy w postępowaniu i możliwość wyboru jego oferty, jako że wykonawca, co do oferty którego nastąpił upływ terminu związania ofertą przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, traci możliwość uzyskania zamówienia), zaś wadium w niniejszej sprawie wniesione zostało w pieniądzu, stąd nie było wymagane przedkładanie żadnych dodatkowych dokumentów w celu przedłużenia ważności wadium. W ocenie Izby przedłużenie ważności wadium wnoszonego w formie pieniężnej nie jest związane z koniecznością złożenia oświadczenia wykonawcy zamawiającemu, lecz należy je rozpatrywać przez pryzmat zabezpieczenia interesu zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium. Interes ten będzie zabezpieczony dopóki środki pieniężne stanowiące wadium znajdują się na rachunku bankowym zamawiającego. Odmienny przypadek dotyczy wadium wnoszonych w formach, dla których skuteczności niezbędne jest przedstawienie określonego dokumentu (np. gwarancji) i gdzie ustanowione jest ograniczenie czasowe takiego zabezpieczenia. W takiej sytuacji dla skutecznego przedłużenia wadium konieczne będzie przedłożenie nowego dokumentu, ponieważ upływ ważności wadium skutkuje niemożnością realizacji przez zamawiającego jego roszczeń na podstawie dokumentu, którego termin ważności upłynął. Nawet zatem gdyby wykonawca nie

złożył oświadczenia o przedłużeniu takiego wadium, lecz złożył nowy dokument na przedłużony okres związania ofertą, należałoby uznać, iż wadium zostało wniesione. Stanowisko takie wyrażone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 115/09, gdzie stwierdzono nadto, iż kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia. Natomiast samo oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium nie jest tożsame z przedłużeniem okresu związania ofertą, ponieważ w tym zakresie ustawa Pzp (art. 85 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp) przewiduje konieczność złożenia odrębnego oświadczenia woli. „*Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest bowiem oświadczeniem wykonawcy składanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego treść stanowi wola wykonawcy realizacji zamówienia na warunkach określonych w ofercie, a termin ważności tego oświadczenia wykonawcy wyznaczają przepisy ustawy Pzp (art. 85)*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1337/09). W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostało zatem potwierdzone, aby zaistniała którakolwiek z przesłanek przewidzianych art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który przewiduje wykluczenie wykonawców z postępowania, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużony okres związania ofertą.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum ISH, pomimo iż jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ, Izba stwierdziła, co następuje. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, w części „W” dotyczącej drukarek określił m.in. następujące wymagania:

wymiary maksymalnie (szer. x głęb. x wys.): 350x 250 x 200 mm,

waga produktu maksymalnie: 6kg.

Zamawiający wprawdzie dopuścił zaoferowanie sprzętu o lepszych parametrach, jednak w powyższym postanowieniu SIWZ określono maksymalne wymiary i maksymalną wagę, a zatem lepsze parametry nie mogły oznaczać wyższej wagi i większych wymiarów.

Konsorcjum ISH, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z SIWZ, sprecyzowało, iż oferuje drukarkę HP LaserJet P2055, stwierdzając w treści oferty, iż zaoferowane urządzenie nie przekracza wymiarów określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, a jego masa nie jest większa od wymaganej. Odwołujący już w treści odwołania powoływał się na specyfikację techniczną urządzenia udostępnianą przez producenta, zgodnie z którą wymiary zaoferowanej drukarki wynoszą: 365x368x268 mm, a waga 10,6kg. Na rozprawie przedłożył specyfikację techniczną pobraną, jak oświadczył, z oficjalnej strony producenta Hewlett Packard dotyczącą drukarek HP LaserJet seria P2050, w skład której wchodzi następujące modele drukarek: HP LaserJet P2055, P2055d i P2055dn oraz odrębną, szczegółową specyfikację techniczną drukarki HP LaserJet P2055dn. W

treści specyfikacji technicznej dotyczącej drukarek HP LaserJet seria P2050, w odniesieniu do zaoferowanej drukarki HP LaserJet P2055 wskazano, iż jej waga to 9,9 kg. Specyfikacja techniczna nie odnosiła się natomiast bezpośrednio do wymiarów ww drukarki. Wymiary te określone zostały natomiast w stosunku do drukarki HP LaserJet P2055dn, gdzie wyraźnie wskazano, iż wynoszą one 365x368x268 mm. Konsorcjum ISH przedstawiło natomiast korespondencję z autoryzowanym partnerem producenta Hewlett Packard będącym dystrybutorem (partner dystrybucyjny), w której zwracało się z zapytaniem o spełnienie przez drukarkę HP LaserJet P2055 parametrów wymaganych przez zamawiającego i który potwierdził ich spełnienie, wpisując do tabeli poszczególne parametry drukarki odpowiadające wymaganiom zamawiającego. Z treści pisma autoryzowanego dystrybutora wynika, iż drukarka HP LaserJet P2055 posiada wymiary 349x238x196 oraz wagę 5,9 kg. Powyższe oznacza zatem, iż pomiędzy specyfikacją techniczną producenta a oświadczeniem dystrybutora złożonym Konsorcjum ISH istnieje zasadnicza sprzeczność. Wprawdzie odnośnie wymiarów załączona specyfikacja dotyczy innego modelu drukarki z tej samej serii i jej walor dowodowy w tym zakresie może być ograniczony, aczkolwiek można zasadnie argumentować, iż różnice w poszczególnych modelach w tej samej serii sprowadzają się raczej do zakresu funkcjonalności czy szczegółowych parametrów, niż ich obudowy i wymiarów. Ponadto różnicę w wadze można zasadnie powiązać także ze znacząco różnymi wymiarami produktu. W zakresie wagi natomiast specyfikacja techniczna jednoznacznie wskazuje na wagę poszczególnych drukarek w tej serii. Konsorcjum ISH podnosiło ograniczoną moc dowodową wydruków ze stron internetowych, wskazało na możliwy brak aktualności wobec zastrzeżenia znajdującego się w dolnej części specyfikacji technicznej odwołującego się do roku 2010, iż informacje zawarte w tym dokumencie mogą ulec zmianie bez powiadomienia, zastrzeżenia o braku odpowiedzialności za błędy techniczne lub redakcyjne oraz braki w przedmiotowym dokumencie. Izba wskazuje, że w jej ocenie informacje dotyczące specyfikacji technicznej zawarte na oficjalnych stronach internetowych producentów mają wymiar podobny ulotkom czy broszurom informacyjnym. Ponadto często towarzyszą im deklaracje i certyfikaty potwierdzające zgodność z normami. W żadnym razie także charakter marketingowy zamieszczania danych technicznych na stronie internetowej nie pozbawia ich waloru rzetelnej informacji. Konsorcjum ISH nie wykazało zresztą, aby informacje te rzeczywiście były niepełne, nieaktualne czy nieprawdziwe. Nie można za taki dowód uznać jedynie stanowiska dystrybutora potwierdzającego parametry zamawiającego, gdyż bez poparcia ich potwierdzeniem choćby wynikającym ze specyfikacji technicznej czy oświadczenia producenta nie można uznać jego przesądzającego charakteru czy też większej mocy dowodowej niż specyfikacja techniczna. Izba uznaje zasadność wyjaśnień odwołującego, iż praktyka rynkowa oraz zasady doświadczenia życiowego skłaniają ku twierdzeniu, iż wątpliwym jest, aby konkretny model, któremu przydzielono określoną nazwę i numerację oraz posiadający standardowo określone parametry w zakresie wagi czy wymiarów, mógł równocześnie występować w tak zmienionej konfiguracji, że co najmniej waga

różni się o blisko 4 kg (nawet gdyby uznać, iż wymiary zaprezentowane w specyfikacji technicznej modelu HP LaserJet P2055dn uzna się za niemiernodajne). Konsorcjum ISH nie przedstawiło wyjaśnienia dla zaistniałej różnicy. W ocenie Izby należy uznać za logiczne i uzasadnione w oparciu o znaną i powszechną praktykę rynkową, iż urządzenia o znacząco zmienionych parametrach otrzymują inne nazwy i inną numerację. Potwierdza to także seria HP LaserJet 2050, gdzie poszczególne urządzenia o odmiennych parametrach oznaczone zostały dodatkowo literami. Wątpliwym także jest, aby zaoferowane urządzenie mogło posiadać parametry dedykowane dla tego konkretnego zamówienia. Twierdzenie takie nie znajduje potwierdzenia w ofercie, gdzie jednoznacznie określono model urządzenia i nie wskazano, iż w jakikolwiek sposób standardowy model będzie przystosowywany dla potrzeb zamawiającego. Podobnie potwierdzenia tego brak w piśmie dystrybutora, które dotyczy urządzenia dostępnego i do zaoferowania, nie odnosi się natomiast do konieczności jakiegokolwiek dostosowania do parametrów zamawiającego. Ponadto zakres tego zamówienia nie pozwala w ocenie Izby na przyjęcie, iż byłoby racjonalne i ekonomicznie uzasadnione oferowanie urządzenia, które wymagałoby dokonywania zmian, skoro na rynku dostępne są standardowo urządzenia zgodne z wymaganiami zamawiającego, czemu ani zamawiający ani Konsorcjum ISH nie zaprzeczyli. Tym samym należy uznać, iż odwołujący uprawdopodobnił w oparciu o powszechnie dostępne specyfikacje techniczne, iż zaoferowany przez Konsorcjum ISH model drukarki, który był zobowiązany podać, nie spełnia wymogów zamawiającego. W ocenie Izby nie sposób jednak pominąć w tym zakresie oświadczenia autoryzowanego dystrybutora, który potwierdził inne parametry wobec tego samego modelu. Odwołujący wprawdzie podważał status wskazanego podmiotu jako autoryzowanego dystrybutora oraz zakres autoryzacji, jednak w ocenie Izby powyższe zastrzeżenia nie znajdują oparcia w materiale dowodowym, który w wystarczający sposób potwierdza status dystrybutora jako partnera Hewlett Packard. Zdaniem Izby z pewnością podmioty zajmujące się dystrybucją posiadają szczegółową wiedzę o oferowanych przez siebie produktach i parametrach, które produkty te posiadają. Nie jest zatem wykluczone, iż dystrybutor posiada dodatkowe informacje o wersjach niestandardowych, które są dostępne dla tego modelu, a nie zostały ujęte w powszechnie udostępnianych specyfikacjach technicznych. Odwołujący oparł się bowiem na materiałach powszechnie dostępnych, nie przedstawił zaś stanowiska producenta, które potwierdziłoby w sposób przesądzający, iż model HP LaserJet P2055 o takich parametrach jak w ofercie Konsorcjum ISH w istocie nie może być zaoferowany. Nie jest jednak wykluczone, iż dystrybutor w swoim piśmie popełnił błąd, który to błąd został następnie przeniesiony do oferty. Ta okoliczność winna być jednak jednoznacznie wyjaśniona i przesądzona tak, aby bez wątplenia móc określić, iż rzeczywiście można zaoferować model HP LaserJet P 2055 o takich parametrach, jak wskazało Konsorcjum ISH lub że nie jest to możliwe, gdyż model taki nie istnieje. Należy także podnieść, iż zadaniem zamawiającego winno być rzetelne zweryfikowanie prawidłowości ofert w postępowaniu, w tym celu przecież żądał podania określonych danych oferowanego urządzenia. Oceniając

działanie zamawiającego w niniejszej sprawie, Izba uznała, że zaniechał takiej oceny, pomimo iż porównanie zaoferowanego modelu z dostępnymi powszechnie specyfikacjami technicznymi winno skutkować ustaleniem, iż oferta Konsorcjum ISH zawiera dane pozostające w sprzeczności ze standardowymi parametrami technicznymi ujawnionymi w tych specyfikacjach i skłonić zamawiającego do wezwania do wyjaśnień treści oferty w związku z zaistniałymi wątpliwościami. Powyższej czynności jednak nie uczynił, co należy uznać za równoznaczne z zaniechaniem rzetelnego i wyczerpującego zbadania ofert. Wprawdzie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje w tym zakresie uprawnienie zamawiającego, jednak utrwalone już orzecznictwo wskazuje na kompetencję, która przeradza się właściwie w obowiązek, gdy w toku badania oferty ustalone zostanie, że zawiera ona postanowienia niejasne czy budzące wątpliwości. Wezwanie takie jest szczególnie istotne, gdy oferta miałaby zostać przez zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ, chyba że dla zamawiającego niewątpliwym i nie wymagającym wyjaśnienia jest istnienie takiej sprzeczności. Gdy jednak zamawiający pewności w tym zakresie nie posiada, brak wezwania mógłby być postrzegany jako naruszenie zasady rzetelnego prowadzenia postępowania. Tym samym, wobec ustalenia, iż zamawiający w istocie nie dokonał analizy i weryfikacji oferty w tym zakresie, w ocenie Izby zasadnym jest powtórzenie procedury badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający winien dokonać wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do parametrów zaoferowanych drukarek i ich zgodności z wymaganiami SIWZ. Konsorcjum ISH, chcąc utrzymać swój status w postępowaniu, winno jednoznacznie wykazać za pomocą dowodu pochodzącego od podmiotu zewnętrznego, obiektywnego i posiadającego najlepszą wiedzę o produkcie, tj. producenta, iż rzeczywiście możliwe jest zaoferowanie drukarki HP LaserJet P2055 o parametrach takich, jak wskazał w ofercie, tj. w zakresie wagi i wymiarów. Musi to wynikać jednoznacznie z przedłożonych dowodów, którymi mogą być w szczególności specyfikacja techniczna czy oświadczenie producenta. W przeciwnym razie należy uznać, że istnieją przesłanki do odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak tego żądał odwołujący, gdyż powyższa niezgodność nie podlega poprawieniu jako omyłka w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za omyłkę można uznać jedynie niezamierzone działanie wykonawcy. Jeżeli natomiast wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, choćby opartego na błędnych ustaleniach co do spełnienia przez zaoferowane urządzenie parametrów wymaganych SIWZ, nie można niezgodności uznać za omyłkę. Poprawienie wymagałoby określenia całkiem innego modelu, a zatem niedozwolonej zmiany oferty. Zarzut odwołującego można zatem uznać za zasadny w tym zakresie, iż istnieją poważne przesłanki przemawiające za uznaniem sprzeczności oferty z treścią SIWZ w zakresie parametrów zaoferowanych drukarek, które winny być przez zamawiającego zbadane i skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w razie niewykazania, iż w istocie model oferowany przez Konsorcjum ISH posiada zadeklarowane cechy.

W odniesieniu do braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznała, co następuje.

Zgodnie z SIWZ zamawiający dla potwierdzenia, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie żądał, by wykonawca zrealizował co najmniej 3 zamówienia (w szpitalu o min. liczbie łóżek 200) odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu. Za zamówienia takie zamawiający uznawał:

- „- *dostawę sprzętu komputerowego i stacji diagnostycznej wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego, RIS i PACS zrealizowane w ramach jednego zamówienia lub*
- *dostawę sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego zrealizowane w ramach jednego zamówienia wraz z jednoczesną integracją z systemami diagnostycznymi (laboratorium, pracownia Rtg).*

Odwołujący kwestionował w przedłożonym na wezwanie zamawiającego wykazie dostaw dwie spośród przedstawionych tam dostaw: znajdujące się pod pozycją 3 i 4.

W zakresie dostawy określonej w pozycji 3 w ocenie Izby na podstawie załączonej referencji nie budzi wątpliwości, że zamówienie zostało zrealizowane przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Izba podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego i Konsorcjum ISH, iż sformułowanie użyte w treści referencji należy odczytywać jako wykonywanie w tym zakresie funkcji podwykonawcy innego podmiotu (głównego wykonawcy), co jednak pozostaje bez wpływu na skuteczność wykazania powyższej dostawy jako potwierdzającej wymaganą wiedzę i doświadczenie. Zdaniem Izby nie budzi bowiem wątpliwości, iż dostawa w tym zakresie została przezeń wykonana, na co wskazuje treść referencji. Ponadto formuła w jakiej dany podmiot będący wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia występuje – podwykonawca czy główny wykonawca – de facto postaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o ile potwierdzone zostaje, iż podmiot ten w istocie wykonał zamówienie żądane przez zamawiającego. Formuła ta miałaby znaczenie w sytuacji korzystania z zasobów innego podmiotu w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że wskazany w wykazie wykonawca zamówienia w rzeczywistości nie zrealizował, podnosił jedynie, iż niejasny charakter układu podmiotowego powyższej realizacji skutkuje wątpliwościami, czy wykonawca wykonał jakąkolwiek część zamówienia. Powyższe w ocenie Izby nie ma jednak oparcia w treści referencji, która jednoznacznie wskazuje na fakt takiej realizacji. Bez znaczenia pozostaje także okoliczność, kto jest wystawcą referencji – czy zamawiający bezpośredni, dla którego docelowo realizowane było zamówienie czy też zlecający pracę podwykonawcy główny wykonawca. Nie wydaje się zasadne ani poparte przekonującą argumentacją prawną wprowadzanie w

tym zakresie ograniczenia, iż tylko wykonawca bezpośrednio zlecający danemu podmiotowi taką referencję mógłby wystawić. Słuszny jest zatem także sposób określenia zamawiającego jako ostatecznego odbiorcy dostawy. Nie zostało też w żaden sposób wykazane, aby referencja, która została załączona była niewiarygodna czy nieprawdziwa. Ciężar dowodu w tym zakresie niewątpliwie spoczywał na odwołującym, który takiego dowodu nie przeprowadził. Podobnie, nie ma znaczenia przesądzającego, iż umowa, w ramach której zamówienie było zrealizowane, nie zakończyła się wraz z jego wykonaniem (tj. dokonaniem dostawy w wymaganym zakresie). Po pierwsze umowa dotyczyła głównego wykonawcy, a nie podwykonawcy. Ponadto, niezależnie od powyższego, jak słusznie podnosiło Konsorcjum ISH, sama umowa może być tak skonstruowana, że obejmuje inne obowiązki, np. gwarancyjne, które ze swej istoty rozłożone są w czasie i wykraczają poza czas dostawy, nie mają natomiast bezpośredniego przełożenia na prawidłowość i termin wykonania samej dostawy, a taki warunek postawił zamawiający. Akceptacja stanowiska odwołującego oznaczałaby, iż w przypadku umów wieloletnich czy kompleksowych, obejmujących szereg obowiązków ponad samą dostawę w wymaganym warunkiem zakresie, trwanie umowy uniemożliwiłoby wykazanie się dostawą w rzeczywistości zrealizowaną. Izba zwraca także uwagę na brak konsekwencji zamawiającego w sformułowaniu warunku, tj. w treści opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawca zrealizował co najmniej 3 zamówienia, wykaz miał dotyczyć także wykonanych dostaw, natomiast w zakresie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw wskazano na dokument potwierdzający, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Powyższe postanowienie SIWZ dotyczące wyłącznie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia jest niezgodne z § 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), zgodnie z którym w niniejszym przypadku możliwe jest wykazanie się wyłącznie dostawami wykonanymi (nie są to świadczenia okresowe lub ciągłe). Wobec jednoznacznej treści warunku należy je zatem uznać za niezgodność językową, wynikającą zapewne z literalnego odzwierciedlenia treści § 1 ust. 1 pkt 3 *in fine* odnoszącego się zbiorczo do wszelkich dostaw i usług, w tym dotyczących świadczeń okresowych lub ciągłych, która nie stanowi o dopuszczeniu w niniejszym postępowaniu wykazania się dostawami, które nie zostały zrealizowane, lecz są w toku. Izba nie podziela natomiast interpretacji dokonanej przez odwołującego i prezentowanej na rozprawie, iż sformułowanie warunku w pkt 5.1.2. SIWZ tiret drugie „wraz z *jednoczesną integracją z systemami diagnostycznymi (laboratorium, pracownia Rtg)*”, a zatem posłużenie się liczbą mnogą oraz wskazanie w nawiasie po przecinku laboratorium i pracowni rtg jest tożsame z uznaniem, iż należy wykazać się integracją z systemami diagnostycznymi w ramach zarówno pracowni rtg, jak i laboratorium. W ocenie Izby

użycie liczby mnogiej może być interpretowane też w ten sposób, iż w ramach pracowni rtg czy laboratorium istnieć może więcej niż jeden system diagnostyczny (stąd użycie liczby pojedynczej mogłoby wprowadzać w błąd co do sposobu rozumienia warunku), zaś pracownia rtg i laboratorium wymienione w nawiasie mają charakter przykładowy, tj. wystarczające jest wykazanie się spełnieniem warunku w odniesieniu do co najmniej jednego z nich. Postanowienie to w ocenie Izby dopuszcza zarówno interpretację, na którą wskazuje odwołujący, jak i przedstawianą przez zamawiającego. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców działających w zaufaniu do zamawiającego, który jest autorem SIWZ. Tym samym wskazana w wykazie dostawa byłaby zgodna z brzmieniem warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ponadto nawet gdyby uznać, iż treść warunku wymaga wykazania się integracją z systemami diagnostycznymi zarówno laboratorium, jak i pracowni rtg, to Konsorcjum ISH wskazywało, iż dostawa ta spełnia także pierwszy z postawionych warunków, gdyż system będący przedmiotem dostawy ze swej istoty posiada wymagany przez zamawiającego RIS, który stanowi integralną część przedmiotu dostawy. Wprawdzie rzeczywiście na podstawie sposobu sformułowania pozycji 3 wykazu powyższa okoliczność nie może być ustalona jednoznacznie, ponieważ w opisie dostawy wykonawca referował raczej do warunku wskazanego w pkt 5.2.1. tiret drugie (*dostawa sprzętu komputerowego wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego zrealizowane w ramach jednego zamówienia wraz z jednoczesną integracją z systemami diagnostycznymi (laboratorium, pracownia Rtg)*), jednak Izba zwraca uwagę, iż tłumaczenie referencji dotyczącej tej dostawy dokonane z języka angielskiego pomija jeden z tiretów referencji (tiret trzecie) zawierającego sformułowanie, które występuje w jej anglojęzycznej wersji, a które bezpośrednio odnosi się do zaoferowania oprogramowania RIS. Tylko na taki brak wskazywał odwołujący, gdyby analizować spełnienie warunku „*dostawy sprzętu komputerowego i stacji diagnostycznej wraz z wdrożeniem oprogramowania medycznego, RIS i PACS zrealizowane w ramach jednego zamówienia*”. Tym samym zamówienie wskazane w pozycji 3 należy uznać za zgodne z wymaganiami zamawiającego, a zarzut odwołującego w tym zakresie za niezasadny.

W odniesieniu do pozycji 4 wykazu Izba stwierdziła, iż istotnie należy uznać, że sposób sformułowania zakresu czasowego zamówienia w latach, gdzie termin końcowy obejmuje rok składania ofert w zestawieniu z treścią referencji przedłożonej na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, czy zamówienie ostatecznie zostało zrealizowane przed terminem składania ofert oraz potwierdzenia jego należytego wykonania w tym terminie. Niewątpliwie bowiem data referencji wskazująca na wystawienie jej w okresie poprzedzającym zakończenie wykonania zamówienia, przy równoczesnej treści potwierdzającej zrealizowanie zamówienia i okoliczność, iż umowa była wykonywana, nie zaś jest wykonywana (a tak wynika z treści tłumaczenia poświadczonego),

budzi wątpliwości co do prawidłowego potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż data referencji pozostaje w tym przypadku bez znaczenia, a jedynie należy brać pod uwagę treść referencji wskazującą na fakt wykonania, a nie wykonywania zamówienia. Powyższe podlegałoby jednak wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż wobec treści referencji oraz sposobu oznaczenia pisma możliwe jest omyłkowe wskazanie daty przez wystawcę referencji. Dodatkowym argumentem może być okoliczność, iż poprzednio przedstawiona referencja wraz z wykazem, który nie był objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a dotycząca tego samego zamówienia pochodziła z daty późniejszej i stwierdzała planowane zakończenie realizacji zamówienia, a nie jego wykonanie. Wbrew twierdzeniom odwołującego takie wyjaśnienie nie będzie, a co więcej i nie może, skutkować koniecznością przedłożenia nowej referencji, co w stanie faktycznym niniejszej sprawy z uwagi na wyczerpanie procedury art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby niedopuszczalne. Nie można jednak z góry założyć, iż uzupełnienie takie nastąpiłoby, natomiast samo wyjaśnienie wątpliwości co do daty referencji nie stanowi o niedozwolonym uzupełnieniu przedłożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów. Podobnie wyjaśnienie dopuszczalne jest w odniesieniu do rzeczywistych terminów realizacji zamówienia, które w wykazie podane były poprzez wskazanie lat wykonania. Wykonawca nie dokonałby bowiem zmian w treści dokumentów, lecz jedynie ich doprecyzowania.

Jednakże wobec uznania przez Izbę, iż dostawa wykazana pod pozycją 3 jest prawidłowa, Konsorcjum ISH wykazało spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w wymaganym zakresie i wezwanie do wyjaśnień w odniesieniu do dostawy z pozycji 4 należy uznać za zbędne. Tym samym aczkolwiek argumentacja odwołującego w relacji do zamówienia wykazanego w pozycji 4 była zasadna, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Ponadto wobec możliwości wyjaśnienia wątpliwości w zakresie dostawy tam określonej wniosek o konieczności wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp był przedwczesny nawet wówczas, gdyby uznać, że zamówienie referencyjne wykazane w pozycji 3 nie spełnia postawionego warunku. W obu przypadkach Konsorcjum ISH należałoby bowiem umożliwić dokonanie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ze względu na przedstawione wyżej ustalenia Izby nie jest to konieczne.

Z uwagi na argumentację przedstawioną powyżej Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Przewodniczący:

.....