

Sygn. akt: KIO 1276/16

**WYROK**  
**z dnia 1 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2016 r. przez wykonawcę: **Ronomed Sp. z o.o. Sp.K., ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., ul. Mehoffera 72/74, 03-131 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **THUASNE Polska Sp. z o.o., Łazy, Al. Krakowska 202, 05-552 Magdalenka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Ronomed Sp. z o.o. Sp.K., ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Ronomed Sp. z o.o. Sp.K., ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **Ronomed Sp. z o.o. Sp.K., ul. Przyjaźni 52/1U, 53-030 Wrocław** na rzecz zamawiającego: **Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., ul. Mehoffera 72/74, 03-131 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Stołeczne Centrum Opiekuńczo-Lecznicze Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Sukcesywna dostawa łóżek medycznych z napędem elektrycznym do Stołecznego Centrum Opiekuńczo-leczniczego Sp. z o.o.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23.05.2016 r. pod nr: 57441-2016.

Wykonawca Ronomed Sp z o.o. Sp.K. z siedzibą we Wrocławiu w dniu 7 lipca 2016 r. otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty. Wobec powyższych czynności ww. wykonawca wniósł odwołanie, w którym zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm), zwanej dalej „Pzp”:

- 1] art. 7 ust. 1 i 3 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności w zakresie oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2] art. 89 ust. 1 pkt. 2 - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 3] art. 26 ust. 3 – poprzez zaniechania zastosowania w odniesieniu do folderów i zdjęć,
- 4] art. 24 ust. 2 pkt. 3 - poprzez stwierdzenie, że wykonawca posłużył się danymi nieprawdziwymi,
- 5] art. 92 ust. 1 – poprzez dokonanie czynności wykluczenia bez jednoczesnego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem obowiązku jaki wynika z art. 26 ust. 3 Pzp;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- zasądzenie kosztów zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Zgodnie z brzmieniem art. 92 ust. 1 Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamia o wkluczeniach i odrzuceniach. W przedmiotowym postępowaniu pismo z dnia 7 lipca 2016 r. wskazuje jedynie na dokonanie wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, brak w tym zakresie jakiegokolwiek informacji o dokonanych czynnościach, co dodatkowo narusza art. 92 ust. 3 Pzp.

Zamawiający, odrzucając ofertę, powołał się na dokonanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. W odniesieniu do zdjęcia znajdującego się na stronie 13-14 oferty Zamawiający zadał następujące pytanie: „Czy zdjęcie łóżka BE 42-C20 zawarte na str. 13 oraz str. 14 przedstawia rzeczywiście oferowany produkt zgodnie z zapisem załącznika nr 10 do siwz?

Wykonawca udzielił następującej odpowiedzi:

„Ad. 1. Zgodnie z wymogami siwz, w tym w szczególności brzmieniem rozdziału 9 ust. 2 „Zawartość oferty” wykonawcy byli zobowiązani do złożenia min. „Opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 10 do siwz”. Formularz przygotowany przez Zamawiającego oprócz opisu stawianych wymagań zawierał kolumnę w której wykonawcy mieli podać parametry oferowanego asortymentu. Tak więc oferta została przygotowana zgodnie z wymogami siwz, a zaoferowany przedmiot oferty spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Załączony do oferty na str. 13 rysunek jest rysunkiem poglądowym. Rysunek nie zawiera żadnych danych dotyczących wymiarów czy konstrukcji to tylko obrazek, który nie wskazuje na konkretne parametry. Na str. 14 -15 został zamieszczony opis oferowanego łóżka z którego wynika potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego. Dołączam fotografię łóżka z leżem metalowym jakie zamawiający wymaga.”

Udzielone wyjaśnienie jednocześnie potwierdza spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego w zakresie oferowanego produktu. Zamawiający stwierdził: „Zamawiający nie oczekiwał rysunku poglądowego, a zdjęcia i folderu konkretnego produktu, będącego przedmiotem zamówienia. Dołączenie zdjęcia innego produktu jest niedozwoloną poprawką oferty, wykraczającą poza ramy określone w art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Takie stanowisko Zamawiającego jest pozbawione podstaw prawnych. Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień. W zakresie folderów i zdjęć nie zastosował natomiast obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto, Zamawiający wyciągnął całkowicie błędne wnioski ze złożonego wyjaśnienia, w którym dokładając należytej staranności Odwołujący przedstawił zdjęcie oferowanego produktu, co nie ma żadnego związku ze zmianą treści oferty. Wykonawca przedstawiając fotografię nie mógł dokonać zmiany treści oferty, którą definiować należy jako przedmiot oferty, czyli łóżko BE 42-C20, tj. merytoryczną zawartość oświadczenia woli. Zamawiający nie odrzucił oferty za niespełnienie jakichkolwiek wymagań technicznych, a za fotografię. Bez wątplenia zarówno folder, jak i zdjęcie stanowią dokumenty podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (miały potwierdzać wymagania określone w załączniku nr 10). Tak więc Zamawiający miał obowiązek wezwać do uzupełniania błędnych lub niewystarczających dokumentów. W żadnym miejscu SIWZ nie ma jakichkolwiek wymagań w stosunku do wymaganych zdjęć.

W odniesieniu do stwierdzenia, że zaoferowana szafka nie jest jednolita z łóżkiem, Odwołujący wskazał, że w ofercie dwukrotnie potwierdził spełnienie wymogu jednolitej kolorystyki szafka z łóżkiem. Oświadczenie w tym zakresie zostało zawarte na stronie 5 oferty i dodatkowo potwierdzone na stronie 21 opisu oferowanej szafka. Zamawiający pomimo treści oferty, która wskazuje na spełnienie wymagań po raz kolejny powołuje się na rysunek, odnosząc go do niespełnienia wymagań SIWZ. W zakresie tego zarzutu Odwołujący w pełni podtrzymał argumentację dotyczącą obowiązku wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz braku możliwości traktowania zdjęcia w kategoriach treści oferty, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zarzuty niespełnienia wymagań dotyczących:

1. wymiarów oferowanego łóżka tj. długości i szerokości łóżka,
2. maksymalnych kątów podparcia,
3. maksymalnych kątów podparcia uda i podudzia,
4. konstrukcji leża łóżka,
5. maksymalnego obciążenia,

są zdaniem Odwołującego również bezzasadne. Na potwierdzenie spełniania wszystkich parametrów Odwołujący złożył w załączeniu do odwołania oświadczenie producenta. Zamawiający odrzucając ofertę powołał się na stronę internetową producenta, które to informacje, co jak zostało już wskazane w treści wyjaśnień, nie stanowią oferty handlowej. W treści złożonej oferty, w załączniku nr 10, Odwołujący jednoznacznie wskazał jakie parametry posiada oferowany produkt oraz potwierdził to za pomocą kart katalogowych. Odwołujący wyjaśnił, że jest autoryzowanym przedstawicielem producenta Promareha na terenie Polski, upoważnionym do składania oświadczeń co do paramentów technicznych oferowanego produktu.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Bezzasadność działań Zamawiającego wynika z faktu posiadania wiedzy wynikającej z treści oferty, załącznika nr 10, kart katalogowych zawierających opis oferowanych paramentów, jak również oświadczeń producenta. Ponadto, w ulotkach pdf na stronie internetowej producenta znajduje się adnotacja w języku czeskim i angielskim, że parametry techniczne mogą różnić się od podanych w zależności od konfiguracji łóżka.

Całkowicie bezpodstawny jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na Zamawiającym. W rzeczywistości doświadczenie winno być rozpatrywane na podstawie innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, które przedłożył Odwołujący. Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności:

- 1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje,
- 2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Przepis wymaga więc materialnego ustalenia, czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. W orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w S. z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w T. z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Wykonawca nie miał żadnego zamiaru wprowadzać Zamawiającego w błąd. Omyłka dotycząca wartości została sporządzona przy formułowaniu/przepisywaniu treści protokołu. I wykonawca składając wyjaśnienia przedstawił taką okoliczność Zamawiającemu dodatkowo wskazując jeszcze inne realizacje na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Istotą art. 24 ust. 2 pkt. 3 jest wpływ na wynik postępowania, tym samym posiadane innych referencji stanowi brak przesłanki do wykluczenia z postępowania, a tym samym brak wpływu na wynik postępowania. Z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie zwalnia zamawiającego fakt, iż wykonawca samodzielnie uzupełnia dokumenty.

Wykonawca THUASNE POLSKA Sp. z o.o., Łazy, Al. Krakowska 202, 05-552 Magdalenka w dniu 15 lipca 2016 r. pismem z dnia 14 lipca 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie pismem z dnia 18 lipca 2016 r. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że Odwołujący złożył w ofercie wykaz wykonanych dostaw na kwotę 252 100,00 zł oraz kopię protokołu zdawczo-odbiorczego do umowy nr USK/DZP/PN-84-2015 na kwotę 252 100,00 zł potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu M. N.. Na skutek zawiadomienia ze strony wykonawcy THUASNE Polska Sp. z o.o. o nieprawidłowości w zakresie kwoty wskazanej w wykazie dostaw, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących prawidłowości kwot w protokole załączonym do oferty z dnia 30 czerwca 2016 r. Odwołujący w piśmie z dnia 27 czerwca 2016 r. wyjaśnił, że załączona referencja zawiera błędną kwotę i została skorygowana długopisem. W celu zweryfikowania tych informacji Zamawiający zwrócił się o informację w powyższym zakresie do osoby, której dane i podpis figurują na protokole p. M. K. – Kierownika Działu Utrzymania Obiektu USK we Wrocławiu. W rozmowie telefonicznej osoba ta zaprzeczyła,

jakoby podpisywała dokument na kwotę 252 100,00zł datowany na dzień 30 września 2015 r. i przesała dokument protokołu odbioru dostawy z dnia 25 września 2015 r. na kwotę 200 800,00 zł. W dniu 7 lipca 2016 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do p. M. K. z zapytaniem o protokół z dnia 30 września 2015 r., która zaprzeczyła, że podpisywała ten protokół, co potwierdziła w e-mailu z dnia 12 lipca 2016 r. W związku z powyższym Zamawiający powiadomił prokuraturę o podejrzeniu popełnienia przestępstwa poprzez przerobienie dokumentu i wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp, Zamawiający podniósł, że zarzut jest niezasadny, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty THUASNE Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, gdyż w dniu 8 lipca 2016 r. wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających realizację dostaw.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego co do spełnienia wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, Zamawiający wyjaśnił, że nie oczekiwał złożenia w ofercie rysunku poglądowego, a zdjęcia i folderu konkretnego produktu oferowanego przez wykonawcę, co potwierdza treść rozdziału 9 pkt 2 ppkt 3 SIWZ. Dołączone przez Odwołującego do wyjaśnień zdjęcie jest niedozwoloną zmianą treści oferty. Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach, że rysunek zawarty w ofercie na str. 20 „jest rysunkiem rzeczywistym”, co potwierdza niezgodność oferowanej szafki z wymaganiami SIWZ w zakresie zachowania jednolitej kolorystyki szafki i łóżka (odpowiedź na pytanie nr 25 z dnia 30 maja 2016 r. Zamawiający uznał także, że oferowane łóżko BE42-C20 jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, ponieważ wymiary tego łóżka podane na stronie internetowej producenta i w folderach odbiegają od wymiarów podanych w ofercie. Odwołujący nie wyjaśnił tych rozbieżności w sposób wiarygodny.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając treść art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba stwierdziła, że wykonawca THUASNE Polska Sp. z o.o., skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba nie uwzględniła opozycji Odwołującego przeciwko przystąpieniu ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odwołujący nie

uprawdopodobnił, że wykonawca, który złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nie wykazał interesu w utrzymaniu przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, poprzez stwierdzenie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ, w zakresie wykonania co najmniej jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i wartością dostawie będącej przedmiotem zamówienia, tj. jednorazowej dostawy łóżek medycznych z napędem elektrycznym o wartości nie mniejszej niż 250 000,00zł brutto, Odwołujący złożył w ofercie wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ - wykaz wykonanych dostaw, w którym przedstawił jedną dostawę o wartości 252 100,00 zł wykonaną na rzecz zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu oraz załączył kopię Protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 30 września 2015 r. potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu M. N. stwierdzającego realizację dostawy łóżek szpitalnych w dniu 30 września 2015 r. o wartości 252 100,00 zł.

Na skutek powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego, co do wartości wykonanej dostawy, Odwołujący został wezwany w dniu 23 czerwca 2016 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie rozbieżności podanych kwot wartości dostaw - pomiędzy referencjami, a informacją wskazaną na portalu Urzędu Zamówień Publicznych.

W odpowiedzi Odwołujący przesłał nowy wykaz dostaw wraz z referencjami potwierdzającymi spełnienie warunków i wyjaśnił, że „Załączona referencja zawierała błędną wartość i została skorygowana. Wynikało to z tego, że przy wpisywaniu daty odbioru (w oryginale jest to przekreślone i uzupełnione długopisem) została mylnie wpisana wartość zamówienia”.

Zamawiający, w celu dogłębnego wyjaśnienia ww. rozbieżności, zwrócił się do p. M. K., która podpisała wskazany wyżej protokół ze strony Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu, o wyjaśnienie ww. rozbieżności. Pani M. K. w korespondencji mailowej (z dnia 30 czerwca i 12 lipca 2016 r.) potwierdziła, że nie podpisywała protokołu z dnia 30 września 2015 r. na wartość dostaw 252 100,00 zł.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Zamawiający przedstawił dowody i tym samym wykazał zaistnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie dwóch przesłanek:

- wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, tj. informacje, które nie odpowiadają



obiektywnemu rzeczywistemu stanowi rzeczy,

- podanie tych informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie obie przesłanki zostały spełnione. Nieprawdziwe informacje, złożone przez Odwołującego polegają na zawyżeniu w złożonym dokumencie wartości zrealizowanych dostaw - do kwoty 252 100,00 zł, w celu potwierdzenia spełniania warunku w przedmiotowym postępowaniu co do wartości zrealizowanej dostawy, która to wartość w rzeczywistości wynosiła 200 880,00 zł, co przyznała sam Odwołujący.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że nie miał on zamiaru wprowadzić Zamawiającego w błąd, a zawyżona wartość zrealizowanej dostawy jest jedynie wynikiem omyłki powstałej w trakcie formułowania lub przepisowywania treści protokołu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów uwiarygadniających takie twierdzenie. Odwołujący wyjaśnił, że nie dysponuje oryginalnym dokumentem protokołu w chwili rozprawy. Nie złożył też żadnych innych dowodów, które potwierdzałyby, że wpisanie w kopii protokołu kwoty powyżej 250 tys. zł było przypadkowe, a nie związane z koniecznością wykazania dostawy o takiej wartości w związku z treścią warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że inne zrealizowane zamówienia przedstawione przez Odwołującego w załączeniu do złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień nie mogły być wzięte pod uwagę do oceny spełniania warunku doświadczenia, gdyż fakt złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, skutkuje wprost wykluczeniem wykonawcy, tj. bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów. W wykazie zrealizowanych dostaw (w ofercie) Odwołujący przedstawił jedną realizację, podając nieprawdziwą wartość tego zamówienia, co skutkuje uznaniem, że miało to wpływ na wynik postępowania, a to wyłącza z kolei możliwość uzupełnienia wykazu. W tym kontekście, samodzielnie uzupełniony przez Odwołującego wykaz (bez wezwania) i referencje nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp, Izba stwierdziła, że bezsporny w niniejszej sprawie jest fakt, że Zamawiający nie powiadomił jednocześnie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawców. Zamawiający przyznał, że do chwili rozprawy nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż po wykluczeniu Odwołującego z postępowania pismem z dnia 7 lipca 2016 r. wezwał drugiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba uznała wobec powyższego, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp jest zasadny. Odwołujący w tym miejscu zarzucił także naruszenie art. 92 ust. 3 Pzp, jednak należy zauważyć, że brak jest w ustawie Pzp takiego przepisu, wobec czego zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Zgodnie z wymogami siwz, w tym w szczególności brzmieniem rozdziału 9 ust. 2 „Zawartość oferty” wykonawcy byli zobowiązani do złożenia min. „Opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 10 do siwz”. Formularz przygotowany przez Zamawiającego, oprócz opisu stawianych wymagań zawierał kolumnę, w której wykonawcy mieli podać parametry oferowanego asortymentu. Stosownie do treści załącznika nr 10, Zamawiający wymagał załączenia zdjęć i folderów oferowanych produktów, będących przedmiotem zamówienia, co wskazuje, że zdjęcia i foldery powinny potwierdzać wymagane parametry, takie, które można zweryfikować na ich podstawie.

W zakresie opisu wymaganych parametrów oferowanych produktów oferta Odwołującego została przygotowana zgodnie z powyższymi wymogami SIWZ. Odwołujący załączył jednak do oferty zdjęcia i foldery, które nie potwierdzają w pełni wymaganych parametrów, co uzasadniało wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. w zakresie treści złożonej oferty. W konsekwencji, pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie parametrów oferowanych produktów, w kontekście zdjęć załączonych w ofercie - szafki przyłóżkowej NS-3-O oraz łóżka BE 42-C20 oraz wobec informacji zawartych na stronie internetowej producenta i w kartach katalogowych producenta. Wątpliwości dotyczyły spełnienia wymogu jednolitej kolorystyki szafki z łóżkiem oraz spełnienia wymagań dotyczących: wymiarów oferowanego łóżka, tj. długości i szerokości łóżka, maksymalnych kątów podparcia, maksymalnych kątów podparcia uda i podudzia, konstrukcji leża łóżka, maksymalnego obciążenia.

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 24 czerwca 2016 r. na powyższe wezwanie wyjaśnił, że oferowane produkty są zgodne z wymaganiami SIWZ, co potwierdza treść załącznika nr 10 złożonego w ofercie, natomiast załączone zdjęcia stanowią jedynie rysunki poglądowe. Odwołujący załączył do wyjaśnień zdjęcia szafki i łóżka. Odwołujący potwierdził, że oferowane produkty spełniają wszystkie wymagania określone w załączniku nr 10, a na stronie internetowej producenta są podane parametry orientacyjne, które mogą odbiegać od rzeczywistych. Ponadto, informacje te nie stanowią oferty handlowej.

Izba stwierdziła, że wobec rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi oferowanych, podanymi przez wykonawcę w załączniku nr 10, a parametrami wynikającymi z załączonych zdjęć i folderów, ww. wezwanie do złożenia wyjaśnień było uzasadnione. Biorąc pod uwagę przy tym fakt, że załączone w ofercie zdjęcia i foldery nie potwierdzały w pełni wymagań zawartych w załączniku nr 10, Zamawiający był jednocześnie zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów – zdjęć i folderów oferowanej szafki i łóżka szpitalnego. Zamawiający powinien skorzystać zatem z procedury

wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tzw. przedmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa, treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Potwierdzeniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ służą wymagane dokumenty tzw. przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zarówno folder, jak i zdjęcia stanowią dokumenty podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takich dokumentów, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe przesądza o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Zarzut niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie omówionych powyżej wymagań został postawiony przez Zamawiającego przedwcześnie, gdyż Zamawiający nie wykorzystał procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy był do tego zobowiązany. Wobec powyższego, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 Pzp, przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego. W konsekwencji należało stwierdzić też naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w powyższym zakresie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Stwierdzone przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 92 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp, nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, wobec jednoczesnego ustalenia przez Izbę, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stosownie zatem do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, Izba nie uwzględniła odwołania, pomimo potwierdzenia się części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15

marca 2010 roku 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).

.....