

WYROK

z dnia 29 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty PROMED S.A., powtórzenie czynności badania i oceny oraz wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego,
2. kosztami postępowania obciąża **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy** na rzecz **PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Bydgoszczy**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr E. Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem dostawa pomp infuzyjnych - 60 sztuk, nr ref. DZP-270-44-2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 września 2020 roku wykonawca Promed S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) odrzucenia oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) unieważnienia postępowania,
- 3) zaniechania wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Powyższym zaniechaniom i czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, co stanowi również o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy zamawiający powinien najpierw wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, a także w sytuacji kiedy treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania, w sytuacji kiedy nie zachodziły podstawy do takiego unieważnienia, gdyż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pomp infuzyjnych w liczbie 60 sztuk do Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. dr E. Warmińskiego SPZOZ w Bydgoszczy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera specyfikacja techniczno-cenowa stanowiąca Załącznik nr 2 do SIWZ.

Jedyną ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył odwołujący. W dniu 27 sierpnia 2020r. Zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w ramach procedury odwróconej do złożenia dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia z postępowania (odpis z właściwego rejestru) oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, którymi są:

- 1) próbki, opisy, fotografie lub inne podobne materiały tj.: karty katalogowe producenta/ulotki producenta/karty techniczne producenta potwierdzające zgodność przedmiotu zamówienia z SIWZ, oraz
- 2) certyfikat potwierdzający zgodność z określonymi wymaganiami lub cechami tj. certyfikat CE wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeśli dotyczy) lub deklarację zgodności CE potwierdzające zgodność przedmiotu zamówienia z dyrektywą 93/42/EWG (MDD) oraz kopia zgłoszenia wyrobu do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Dnia 1 września 2020 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przekazał zamawiającemu ww. dokumenty.

W dniu 9 września 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając jako uzasadnienie, iż z dokumentów złożonych przez wykonawcę na wezwanie tj. z kart katalogowych wynikają inne parametry, niż zadeklarowane w ofercie w formularzu techniczno-cenowym, w szczególności zamawiający zakwestionował w ten sposób spełnianie przez odwołującego sześciu, następujących parametrów, wskazując co następuje:

- 1) Zamawiający wymagał zaoferowania pomp strzykawkowych o dokładności szybkości dozowania $\leq \pm 2\%$. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że dokładność szybkości dozowania w oferowanych pompach $\leq \pm 2\%$. Z dokumentów złożonych przez wykonawcę na wezwanie wynika, że dokładność

szybkości dozowania w oferowanych pompach $\leq \pm 2\%$ wyłącznie dla przepływów > 1 ml/h, natomiast dla przepływów < 1 ml/h dokładność szybkości dozowania $\leq \pm 5\%$.

- 2) Zamawiający wymagał zaoferowania pomp strzykawkowych z rozbudowanym systemem alarmów, w tym m.in.: „3 min. do opróżnienia strzykawki” oraz „czas do rozładowania akumulatora”. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane pompy posiadają w/w rodzaje alarmów. Z dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwanie wynika, że zaoferowane pompy posiadają alarmy: „strzykawka prawie pusta” oraz „słaby akumulator”, przy czym możliwe jest zaprogramowanie czasu jedynie końca infuzji (w zakresie 1-30 min.).
- 3) Zamawiający wymagał zaoferowania pomp objętościowych z możliwością programowania parametrów infuzji w jednostkach: ml, ng, μ g, mg, g, na kg wagi ciała lub nie, na min., godz., 24 godz. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane pompy posiadają możliwość programowania infuzji w w/w jednostkach. Z dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwanie wynika, że zaoferowane pompy posiadają możliwość programowania infuzji w jednostkach: ml, g, mg, mcg, ng, U /min lub h.
- 4) Zamawiający wymagał zaoferowania pomp objętościowych z regulowanym progiem ciśnienia okluzji w zakresie min. 75-975 mm Hg. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane pompy posiadają możliwość regulacji ciśnienia okluzji w zakresie min. 75-975 mm Hg. Z dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwanie wynika, że zaoferowane pompy posiadają możliwość regulacji ciśnienia okluzji w zakresie min. 150-975 mm Hg.
- 5) Zamawiający wymagał zaoferowania pomp objętościowych z systemem alarmów, w tym m.in.: 5 min. do końca podaży zaprogramowanej objętości, przepływ za mały/za duży oraz czas do rozładowania akumulatora. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane pompy posiadają w/w rodzaje alarmów. Z dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwanie wynika, że zaoferowane pompy nie posiadają w/w rodzajów alarmów.
- 6) Zamawiający wymagał zaoferowania stacji dokujących wyposażonych w wyświetlacz z możliwością wyświetlania m.in.: „czasu do końca infuzji”. Wykonawca w Specyfikacji techniczno - cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane stacje posiadają w/w funkcjonalność. Z dokumentów złożonych przez Wykonawcę na wezwanie wynika, że zaoferowane stacje posiadają możliwość wyświetlania czasu zakończenia infuzji, a nie czasu pozostałego do zakończenia infuzji."

Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty jest przedwczesne, gdyż zamawiający

powinien w pierwszej kolejności wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów tj. kart katalogowych producenta, ulotek producenta, kart technicznych producenta. Jak wskazano w treści SIWZ, a w szczególności w rozdziale 8 punkcie 8.5 ppkt 2) SIWZ, przedmiotowe dokumenty miały jedynie potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, na co wskazuje literalna treść SIWZ jak i też treść wezwania skierowanego do odwołującego. Zamawiający nadał pkt. 8.5. SIWZ następujące brzmienie: „Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp:

2) W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy przedłożyć:

1. Próbkki, opisy, fotografie lub inne podobne materiały, to jest:

Karty katalogowe producenta/ulotki producenta/karty techniczne producenta potwierdzające zgodność przedmiotu zamówienia z SIWZ, potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

2. Certyfikat potwierdzający zgodność z określonymi wymaganiami lub cechami Certyfikat CE wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeśli dotyczy) lub deklaracja zgodności CE potwierdzające zgodność przedmiotu zamówienia z dyrektywą 93/42/EWG (MDD) oraz kopia zgłoszenia wyrobu do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych."

Odwołujący podkreślił, że sam zamawiający w SIWZ zakwalifikował karty katalogowe, ulotki producenta, czy też karty techniczne jako dokumenty określone w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Są to zatem dokumenty, które można uzupełnić na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wprost stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień. Artykuł 26 ust. 3 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem "wzywa", a zatem w świetle zasad wykładni literalnej, regulacja ta nie pozostawia zamawiającemu dowolności w tym zakresie, lecz obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. Jeśli więc zostanie spełniona jedna z przesłanek wskazanych w ww. przepisie, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Odrzucenie oferty odwołującego bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia należy uznać za przedwczesne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp, co, zdaniem Odwołującego, w sposób rażąco narusza treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jak i art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nadmienił również, że ww. dokumenty nie tworzyły treści oferty wykonawcy. Taką treść stanowią bowiem oświadczenia co do oferowanych parametrów wskazane w kolumnie czwartej Załącznika nr 2 do SIWZ tj. specyfikacji techniczno-cenowej. Certyfikaty, karty katalogowe i oświadczenia producenta stanowią wyłącznie potwierdzenie w zakresie wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2012 r. o sygn. KIO 154/12, z dnia 17 września 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 919/08, podkreślając, że także najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości, iż jeżeli mamy do czynienia z dokumentami mającymi za zadanie jedynie potwierdzać spełnianie wymogów postawionych przez Zamawiającego, to wówczas należy zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2019 r. o sygn. KIO 1756/19).

W konsekwencji, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył także przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wobec braku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz przedwczesnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie ziszcili się przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 6.08.2020 r. zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pomp infuzyjnych – 60 sztuk”.

Zgodnie z pkt. 8.1. SIWZ Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć: formularz oferty – wg wzoru – załącznik nr 1 do SIWZ, specyfikację techniczno – cenową - załącznik nr 2 do SIWZ, oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału.

W pkt. 8.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że na podstawie art. 24aa ustawy Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W pkt. 8.5. SIWZ pn. Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp ppkt 2. Zamawiający wskazał „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy przedłożyć:

1. Próbkę, opisy, fotografie lub inne podobne materiały, to jest: karty katalogowe producenta/ulotki producenta/ karty techniczne producenta potwierdzające zgodność

przedmiotu zamówienia z SIWZ, potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

2. Certyfikat potwierdzający zgodność z określonymi wymaganiami lub cechami. Certyfikat CE wydany przez jednostkę notyfikowaną (jeśli dotyczy) lub deklaracja zgodności CE potwierdzające zgodność przedmiotu zamówienia z dyrektywą 93/42/EWG (MDD) oraz kopia zgłoszenia wyrobu do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.”

Z kolei w pkt 15 SIWZ opis sposobu przygotowania oferty zamawiający postanowił, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ oraz, że ofert wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że ofertę oraz dokumenty o których mowa w pkt 8.1. SIWZ należy podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz przesłać za pośrednictwem Platformy, działającej pod adresem <https://e-ProPublico.pl/>.

Załącznik nr 2 do SIWZ Specyfikacja techniczno – cenowa wymagała podania przez wykonawcę: nazwy i typu oferowanego zestawu, nazwy producenta, kraju produkcji oraz roku produkcji. W tabelarycznym zestawieniu w kolumnie 1 zawarto opis przedmiotu zamówienia, w kolumnie 2 wskazanie czy parametry opisane w kolumnie 1 są parametrami wymaganymi, a w kolumnie 3 wykonawca miał wskazać czy parametry te oferuje i je opisać.

W terminie na składanie ofert wyznaczonym przez zamawiającego tj. 24.08.2020 r. w postępowaniu złożono jedną ofertę - ofertę odwołującego.

W dniu 27.08.2020 r. zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie do złożenia dokumentów (znak pisma: DZP – 270-44-2020), w pkt 2 którego, działając na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów, wymaganych w postępowaniu, potwierdzających spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego tj. min. kart katalogowych producenta/ulotek producenta/ kart technicznych producenta potwierdzających zgodność przedmiotu zamówienia z SIWZ, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wykonawca w dn. 1.09.2020 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przedłożył odpis z KRS, materiały informacyjne, certyfikaty.

W dn. 9.09.2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że działa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, i ze względu na brak poprawności merytorycznej zobowiązany był ofertę wykonawcy odrzucić. Zamawiający każdorazowo

wskazał stwierdzone niezgodności informując, że wykonawca w złożonej Specyfikacji techniczno – cenowej załączonej do oferty oświadczył, że zaoferowane pompy i stacje spełniają wymagane parametry, natomiast z dokumentów złożonych przez wykonawcę na wezwanie wynika, że tych parametrów oferowany sprzęt nie spełnia, co powoduje, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, wobec czego zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest obowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne i jako takie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 26 ust 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z przepisem tym koreluje unormowanie zawarte w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Użyte w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp słowo „wzywa” rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania czynności, wezwania do uzupełnienia dokumentów, do których ww. przepis się odnosi. W zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie może więc być dowolności i uznaniowości. Z przepisu tego wynika, iż

aby zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie trzy przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń lub złożone dokumenty/ oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Po drugie, należy ustalić, czy brakujące lub wadliwe oświadczenia/dokumenty przynależą do kategorii oświadczeń w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp lub oświadczeń/dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy stanowią oświadczenia/dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego lub też brak podstaw wykluczenia. Po trzecie, konieczne jest zbadanie czy żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń/ dokumentów jest zasadne, czy też pomimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W niniejszej sprawie spór powstał na kanwie charakteru dokumentów, żądanych przez zamawiającego tj. kart katalogowych producenta/ulotek producenta/ kart technicznych producenta. Izba wskazuje, że istnieją sytuacje, gdy dokumenty potwierdzające parametry oferowanego zamówienia z uwagi na ich zakres mogą stanowić merytoryczną treść oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia wtedy, gdy konkretyzują one oferowany przedmiot (dostawę, usługę lub robotę budowlaną). Jednakże dokumenty te mogą być także żądane jedynie w celu zweryfikowania, czy oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania. Charakter żądanych dokumentów powinien być jednoznacznie określony w SIWZ przez Zamawiającego. Bowiem niezłożenie dokumentów stanowiących treść oferty oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego rodzi różne skutki prawne. Dokumenty stanowiące treść oferty, a więc takie które charakteryzują oświadczenie woli wykonawcy wyrażające się jako jego zobowiązanie do spełnienia świadczenia w określony sposób i za konkretną cenę, nie podlegają uzupełnieniu i zmianie, oczywiście z uwzględnieniem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Braki lub błędy w tych dokumentach, których nie będzie można usunąć w trybie poprawienia omyłek, będą więc co do zasady przesądzały o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Z kolei dokumenty, których zamawiający żąda na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowią treści oferty. W przypadku braków lub błędów w tych dokumentach zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany

treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdzi uprzednio złożone oświadczenie.

Izba stwierdziła, że zamawiający określił parametry przedmiotu zamówienia opisując je w Załączniku nr 2 do SIWZ – Specyfikacja techniczno – cenowa. Przedmiotową specyfikację wraz z określeniem nazwy i typu oferowanego zestawu, nazwy producenta, kraju produkcji oraz roku produkcji i tabelarycznym potwierdzeniem parametrów oferowanych wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z formularzem oferty (pkt 8.1 i 15 SIWZ). Odwołujący zobowiązanie to wypełnił. Na skutek oceny jego oferty jako najkorzystniejszej w trybie art. 24aa ustawy Pzp zamawiający wystosował wezwanie do złożenia m.in. dokumentów, których charakter jednoznacznie określił w punkcie 8.5 ppkt 2 SIWZ jako dokumenty potwierdzające spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że zamawiający - uwzględniając konstrukcję postanowień SIWZ, mimo jej precyzyjnego brzmienia - w odniesieniu do stawianych zarzutów odwołującemu, bezzasadnie utożsamiał treść oferty, z ogólną jej zawartością, to jest z wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: karty katalogowe producenta/ulotki producenta czy też karty techniczne producenta, nie tworzą treści oferty sensu stricto, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że bezsprzecznie odwołujący dokonał opisu parametrów oferowanego sprzętu w specyfikacji techniczno – cenowej zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, co było kwestią bezsporną pomiędzy stronami. Izba uznała w oparciu o materiał dowodowy w sprawie przytoczony jak wyżej, że treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ. Odwołujący złożył dokumenty statuujące treść oferty na które składają się formularz ofertowy oraz specyfikacja techniczno – cenowa. Zamawiający nie wykazał, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn niż przyznany przez odwołującego brak potwierdzenia niektórych wymaganych parametrów w złożonych dokumentach na potwierdzenie spełnienia wymagań, co w myśl postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwalniałoby zamawiającego od wyczerpania procedury określonej w tym przepisie. Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący przedstawił dokumenty, które nie potwierdzały spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż skutkiem takiego działania powinno być wezwanie do uzupełnienia wadliwych dokumentów, a nie odrzucenie oferty. Skarżone czynności zamawiającego – odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania były co najmniej przedwczesne, wobec braku poprzedzenia ich wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

umożliwiającym odwołującemu uzupełnienie braków w złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentach. Po uzupełnieniu ww. dokumentów zamawiający będzie zobowiązany poddać ofertę odwołującego wraz z uzupełnionymi dokumentami ponownej ocenie i wówczas podjąć ostateczną decyzję co do spełnienia wymagań jej zgodności z treścią SIWZ. Nawet jeżeli wykonawca w ofercie określa precyzyjnie swoje zobowiązanie, w którym deklaruje spełnienie wszystkich istotnych wymagań objętych treścią SIWZ, a okoliczności takich nie potwierdzają złożone dokumenty, zamawiający jest uprawniony, aby ofertę taką odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże w ocenie Izby taka czynność jest dopuszczalna dopiero po wykonaniu czynności konwalidujących do których realizacji zamawiający zobowiązany jest przepisami ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe ustalenia, Izba uznała, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że było możliwe uzupełnienie brakujących dokumentów, oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez unieważnienie postępowania, mimo, że oferta odwołującego na tym etapie postępowania nie podlegała odrzuceniu - znalazły potwierdzenie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: