

Sygn. akt: KIO/UZP 1545/09

## WYROK

z dnia 20 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Koleśnikow

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie, ul. Chełmońskiego 28, 43-600 Jaworzno** protestu z dnia 29 września 2009 r.<sup>1</sup>

przy udziale wykonawcy **Gemed Elias Sp.j., ul. Stefana Batorego 19, 41-506 Chorzów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęсна 2, 60-587 Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęсна 2, 60-587 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **308 zł 40 gr** (słownie: trzysta osiem złotych czterdzieści groszy) przez **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęсна 2, 60-587 Poznań** na rzecz **Szpitala Wielospecjalistycznego w Jaworznie, ul. Chełmońskiego 28, 43-600 Jaworzno**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EUROMED Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęсна 2, 60-587 Poznań**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający SPZOZ Szpital Wielospecjalistyczny w 43-600 Jaworznie ul. Chełmońskiego 28 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa aparatu USG, kolonoskopu oraz uroflometru”. Wartość przedmiotu zamówienia mieści się w granicach 14 000-206 000 euro. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241), zwanej dalej w skrócie Pzp.

**18.08.2009 r.** zamawiający zamieścił: ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 282094 i 26.08.2009 r. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, poz. 294130.

**22.09.2009 r.** zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze w pakiecie 1 najkorzystniejszej oferty wykonawcy GEMED ELIAS Sp.j. ul. Stefana Batorego 19, 41-506 Chorzów;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Euromed Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż:
  - a) wykonawca przedstawił, na skutek żądania wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, nie firmowe materiały producenta, ale załącznik do specyfikacji 3.1 – specyfikacja techniczna – potwierdzony przez producenta i zamawiający nie może tych materiałów uznać jako materiały informacyjne producenta, skoro są to materiały zamawiającego;
  - b) w pozycji 16 załącznika 3.1 do oferty wykonawca zaoferował niezgodny z wymaganiami parametr, głębokość penetracji do 30 cm, a wykonawca zaoferował 30,8 cm;
  - c) wykonawca zaoferował drukarkę, papier i UPS nie podając modelu i producenta urządzenia UPS, mimo takiego wymogu zamawiającego.

**29.09.2009 r.** wykonawca Euromed Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k., ul. Szczęsna 2, 60-587 Poznań wniósł protest na:

- 1) odrzucenie oferty protestującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji warunków zamówienia;
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty uczestnika postępowania przetargowego – wykonawcy Gemed Elias Sp.j. z siedzibą w Chorzowie.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty uczestnika postępowania przetargowego wykonawcy spółki Gemed Elias Sp.j.;
- 3) ponowne dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja protestującego:

22 września 2009 r. protestujący otrzymał pismo, informujące o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W rozdziale VI pkt 4 specyfikacji zamawiający określił dokumenty, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, które wykonawca zobowiązany jest złożyć z ofertą, w tym m.in. „Katalogi lub firmowe materiały informacyjne, dotyczące oferowanych urządzeń”, na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wykonawca złożył materiały informacyjne, które opatrzył klauzulą „dokumenty niejawne”, uniemożliwiając weryfikację spełniania wymagań technicznych aparatu USG. Zamawiający wezwał wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia i złożenia dokumentów o charakterze jawnym i ogólnie dostępnym, umożliwiających wgląd i weryfikację parametrów technicznych każdej zainteresowanej stronie, w tym także wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Wykonawca w uzupełnieniu dokumentów przedstawił materiały, które nie są firmowymi materiałami producenta, ale dokumentem przekazany przez zamawiającego do przetargu jako specyfikacja techniczna stanowiąca załącznik nr 3.1 do specyfikacji, potwierdzone jedynie przez producenta. Zamawiający nie może uznać tych materiałów jako katalogi lub firmowe materiały informacyjne, skoro są to materiały zamawiającego.

Wykonawca w złożonym do oferty załączniku 3.1 „Parametry techniczne” w pozycji 16 zaoferował parametr, który jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego: w kolumnie „Wymagania użytkownika” zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia o głębokości penetracji do 30 cm, natomiast wykonawca w kolumnie „Odpowiedź oferenta” podał, że „TAK”, lecz zaoferował głębokość penetracji 30,8 cm, a więc inną głębokość od wymaganej. Biorąc pod uwagę, że parametr głębokości 30,8 cm potwierdził także producent w przesłanym potwierdzeniu parametrów technicznych, jest to jednoznaczne wskazanie, że taki właśnie parametr posiada urządzenie.

W tabeli parametrów technicznych wykonawca zaoferował drukarkę, papier oraz UPS podając typ i model producenta tylko drukarki natomiast wykonawca nie podał modelu i producenta urządzenia UPS, pomimo że zamawiający wskazał w tabeli, że należy te dane podać.

Protestujący kwestionuje takie rozstrzygnięcie postępowania przez zamawiającego, ponieważ zarzuty, na jakich zamawiający oparł swą decyzję, są nieuzasadnione.

### **I. Przytoczenie faktów**

1. Charakter złożonego dokumentu należy oceniać przez pryzmat celu, jakiemu jego złożenie ma służyć. Celem tym jest potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego.

Zważywszy, że ani ustawodawca, ani zamawiający nie zdefiniowali terminu „firmowy materiał informacyjny”, walor takiego materiału będzie spełniał każdy dokument pochodzący od producenta, a potwierdzający posiadanie przez oferowane urządzenie oczekiwanych przez zamawiającego parametrów, niezależnie od tego czy ma formę kolorowego folderu, czy też ma formę kilkustronicowego czarno-białego oświadczenia producenta w formie

tabelarycznej, swym układem odpowiadającego specyfikacji parametrów wskazanych w specyfikacji, opatrzonego podpisami osób uprawnionych do działania w imieniu producenta oraz jego pieczęcią.

Taki dokument, będący w istocie dokumentem prywatnym, stanowi pełniejsze zabezpieczenie interesów zamawiającego, z uwagi na złożone zapewnienie rozszerza o producenta krąg osób odpowiedzialnych wobec zamawiającego, że oferowane urządzenie istotnie posiada cechy zgodne z zapewnieniem. Takiego waloru nie można przyznać katalogom czy folderom.

Przedstawiony przez protestującego dokument odpowiada literalnemu brzmieniu warunku zapisanego w rozdziale VI pkt 4 specyfikacji, albowiem dokument:

- jest firmowy (pochodzi od producenta i został przez producenta podpisany, co przyznaje sam zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty protestującego),
- ma postać materialną (jest zatem materiałem),
- zawiera informacje o parametrach technicznych urządzenia, wyszczególnionych w specyfikacji (jest zatem materiałem informacyjnym).

2. Drugi zarzut zamawiającego (niespełniania parametru technicznego określonego w załączniku nr 3 do specyfikacji pod pozycją 16: głębokość penetracji do 30 cm) protestujący stwierdza, że rozumowanie zamawiającego obarczone jest błędem logicznym. Zamawiający formułując jako parametr – głębokość penetracji do 30 cm – *de facto* sformułował warunek głębokości penetracji nie mniejszej niż do 30 cm, a nie maksymalnie do 30 cm.

Urządzenie zaoferowane przez protestującego spełnia kryteria zamawiającego, albowiem oferuje głębokość penetracji do 30 cm, a nawet większą – do 30,8 cm, co dodatkowo podnosi walory urządzenia oferowanego przez protestującego, bowiem pozwala na dokładniejsze badania osoby o większej tuszy. Więc urządzenie zaoferowane przez protestującego posiada pełną funkcjonalność określoną warunkami specyfikacji i tylko od woli zamawiającego zależy czy będzie wykorzystywał owe dodatkowe możliwości zaoferowanego przez protestującego urządzenia.

3. Trzeci zarzut, że protestujący w tabeli parametrów technicznych zaoferował drukarkę, papier oraz urządzenie UPS podając typ i model producenta tylko drukarki natomiast brak jest podania modelu i producenta urządzenia UPS, pomimo że zamawiający wskazał w tabeli, że należy te dane podać, protestujący pragnie wskazać, iż z treści tabeli nie wynika, jakich produktów dane należy wskazać i czy wszystkich produktów, czy tylko niektórych.

Zważywszy, że zamawiający w jednej pozycji załącznika zgrupował jeden produkt oraz dwa, zupełnie nie związane ze sobą funkcjonalnie urządzenia peryferyjne do urządzenia głównego, jakim jest aparat USG oraz zważywszy, że jedno z tych urządzeń – UPS, ma absolutnie służebną funkcję wobec urządzenia głównego, jakim jest aparat USG, a istotnym jest wyłącznie, by podtrzymywał pracę urządzenia głównego przez 10 minut, zasadnym było

przyjęcie, iż zamawiający żąda wskazania producenta typu oraz modelu wyłącznie w odniesieniu do drukarki, w odniesieniu natomiast do urządzenia UPS wystarczającym będzie potwierdzenie spełniania parametru podtrzymania przez okres 10 minut. Na marginesie jedynie należy podać, iż z treści wspomnianego załącznika 3.1. do specyfikacji nie wynika, czy urządzenie UPS służyć ma podtrzymaniu pracy aparatu USG, czy może tylko drukarki.

Należy wskazać, że także oferta wyłoniona przez zamawiającego jako zwycięska, to jest oferta spółki Gemed Elias Sp.j. z siedzibą w Chorzowie w załączniku nr 3.1. do specyfikacji, w części: „Pozostałe”, pod pozycją 4 nie została wypełniona w sposób zupełny, bowiem brak jest wskazania producenta oraz typu papieru właściwego do zastosowania zwłaszcza, że w powszechnym użyciu występują co najmniej trzy rodzaje papieru termo sublimacyjnego – do każdej drukarki, stosowanego do przedmiotowych urządzeń, a producenci poszczególnych drukarek zalecają stosowanie do swoich wyrobów papier konkretnego rodzaju pochodzący od określonego producenta (warunek utrzymania gwarancji). A więc również w odniesieniu do papieru, przy interpretacji prezentowanej przez zamawiającego, konieczne byłoby wskazanie producenta oraz co najmniej jego typu (rodzaju).

4. Oferta wyłoniona przez zamawiającego nie spełnia warunków specyfikacji.

W załączniku 3.1. do specyfikacji, w części „Parametry ogólne”, pod pozycją 4 zamawiający zawarł wymóg, aby wykonawca był autoryzowanym dystrybutorem oferowanego urządzenia, na potwierdzenie czego winien przedstawić stosowny dokument. Wykonawca Gemed Elias nie wykazał, iż jest autoryzowanym dystrybutorem oferowanego urządzenia, a więc warunku tego nie spełnił. Na potwierdzenie powyższej okoliczności przedstawił dokument pochodzący od innej podmiotu, niż producent oferowanego urządzenia, wyraźnie wskazany w certyfikacie CE.

Podobnie, do wybranej oferty nie załączono dokumentu potwierdzającego zapewnienie serwisu gwarancyjnego przez autoryzowany podmiot, który to z kolei wymóg został nałożony w załączniku 3.1. do specyfikacji w części „Pozostałe” pod pozycją 2. Ponownie na potwierdzenie powyższej okoliczności wykonawca Gemed Elias Sp.j. przedstawił dokument pochodzący od innego podmiotu, niż producent oferowanego urządzenia, wyraźnie wskazany w certyfikacie CE.

5. Zamawiający w toku postępowania, już po otwarciu ofert i wyłonieniu zwycięzcy zdekompletował ofertę protestującego naruszając w ten sposób integralność oferty i odesłał protestującemu niektóre jej fragmenty. Protestujący nie posiada wiedzy, które i czy wszystkie pozostałe elementy oferty znajdują się w nadal posiadaniu zamawiającego.

## **II. Argumentacja prawna**

1. Wszystkie zarzuty zgłoszone przez zamawiającego pod adresem oferty protestującego są pochodną sposobu sformułowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji.

W ugruntowanym już orzecznictwie KIO wskazuje się, że: „nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji.”, tak np. wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 844/08.

Zamawiający może żądać w toku postępowania od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp. I jeżeli u zamawiającego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości to zamawiający ma obowiązek wyjaśnić treść oferty. Tak też przytoczony wyrok KIO.

2. Zarzut drugi, że w tabeli parametrów technicznych protestujący nie wpisał modelu i producenta urządzenia UPS, zamawiający nie zachował zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp. Wybrany wykonawca nie wpisał informacji dotyczących producenta i typu papieru. Takie postępowanie zamawiającego tylko potwierdza interpretację postanowienia specyfikacji w części „Pozostałe”, pod pozycją 4, przedstawioną powyżej przez protestującego, oraz dowodzi, że zamawiający musiał kierować się innymi przesłankami nie ujętymi w specyfikacji przy rozstrzygnięciu postępowania. Podobnie wyrok KIO/UZP UZP 844/08 z 29 sierpnia 2008 r.

3. Wybór przez zamawiającego jako zwycięskiej oferty złożonej przez podmiot nie mający przymiotu autoryzowanego dystrybutora, który to wymóg został nałożony w załączniku 3.1. do specyfikacji w części „Parametry ogólne”, pod pozycją 4 oraz, do której nie załączono dokumentu potwierdzającego zapewnienie serwisu gwarancyjnego przez autoryzowany podmiot, który to z kolei wymóg został nałożony w załączniku 3.1. do specyfikacji w części „Pozostałe” pod pozycją 2, powoduje naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie do oferty spółki Gemed Elias Sp.j. z siedzibą w Chorzowie, mimo iż nie spełnia ona warunków specyfikacji, i w konsekwencji także naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

### III.

Naruszenie prawa przez zamawiającego polegające na bezpodstawnym bezprawnym odrzuceniu oferty protestującego spowodowało naruszenie jego interesu prawnego. Bowiem w przypadku, gdyby oferta protestującego nie została odrzucona zamówienie publiczne zostałoby udzielone wykonawcy Euromed Medical Solution sp. z o.o. sp. k., albowiem jego oferta była najatrakcyjniejsza cenowo, a wyłącznym kryterium wyboru oferty była właśnie cena.

### IV.

W związku z faktem, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia protestu protestujący otrzymał 22.09.2009 r., protest został złożony w terminie.

**29.09.2009 r.** zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**01.10.2009 r.** wykonawca Gemed Elias Sp.j. w Chorzowie złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z wnioskiem o oddalenie protestu.

**09.10.2009 r.** zamawiający oddalił protest w części, w części protest uwzględnił.

Argumentacja zamawiającego:

Wymóg postawiony w rozdziale VI pkt 4 specyfikacji powinni spełnić wszyscy wykonawcy.

Zarówno zamawiający jak i wykonawcy muszą mieć możliwość stwierdzenia na podstawie tych dokumentów czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania postawione przez zamawiającego w specyfikacji.

Gdyby zamawiający nie chciał weryfikować i porównywać oferowanych parametrów, wówczas zażądałby samego oświadczenia o spełnianiu wymogów (a taki charakter ma formularz parafowany przez producenta). Skoro jednak zamawiający żądał złożenia określonych dokumentów, to takie należało złożyć w postępowaniu. W § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) wyraźnie określono, że zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii. Zgodnie z tym rozporządzeniem zamawiający zażądał katalogów lub firmowych materiałów informacyjnych, które zgodnie z ww. rozporządzeniem są rodzajem opisów i fotografii. Natomiast protestujący nie spełnił wymagali określonych w specyfikacji i jego oferta musi podlegać odrzuceniu.

Protestujący zarzucił także zamawiającemu niesłuszne odrzucenie jego oferty z powodu niezgodności parametrów technicznych urządzenia. Parametr głębokości penetracji został sformułowany na tyle precyzyjnie „do 30 cm”, że nie ma możliwości takiej interpretacji, która prowadziłaby do wniosku, że głębokość penetracji 30,8 to głębokość do 30 cm.

Jeśli nawet zamawiający nie doprecyzował parametru dolnej granicy tolerancji, wykonawca mógł wnieść uwagi do opisu przedmiotu zamówienia przed upływem terminu składania ofert. Przystępując do postępowania i składając ofertę protestujący zaakceptował opis parametrów technicznych urządzenia. A więc protestujący nie może po upływie terminu składania ofert kwestionować postanowień specyfikacji.

Protestujący zarzuca zamawiającemu niesłuszne odrzucenie jego oferty z powodu braku podania w ofercie typu i modelu producenta urządzenia UPS. Zamawiający podtrzymuje decyzję o odrzuceniu oferty. W punkcie 4 tabeli w dziale „Pozostałe” zamawiający sformułował wymóg zaoferowania dwóch urządzeń: drukarki wraz z papierem właściwym do zastosowania oraz urządzenia UPS. Są to dwa niezależne od siebie urządzenia i logiczne jest podanie typu, modelu, producenta dla każdego z nich.



Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez wykonawcę Gemed Elias w ofercie typu i producenta papieru zamawiający określił wymaganie w specyfikacji: drukarka termiczna + papier właściwy do zastosowania to oznacza tylko tyle, że papier ma być właściwy do zastosowania, a więc nie ma konieczności podawania jego typu, modelu, producenta.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia oczekuje, że otrzyma urządzenie zgodne z wymaganiami, które zawarł w opisie przedmiotu zamówienia. Wymagania zostały sformułowane precyzyjnie i jasno. Wykonawca w przypadku wątpliwości mógł w trybie art. 38 ust. 1 Pzp zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż z twierdzeń wyrażonych w złożonym proteście wynika, że wykonawca dokonuje innej interpretacji postanowień specyfikacji.

Odnosząc się do sugestii, że zamawiający miał rozwiązać wątpliwości i rozbieżności w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, to każde wyjaśnienie powyższych wątpliwych kwestii prowadziło do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia brzmienia zdania drugiego przytoczonego przepisu.

Natomiast odnosząc się do zarzutu, że wykonawca Gemed Elias Sp.j. nie załączył dokumentu potwierdzającego zapewnienie serwisu gwarancyjnego przez autoryzowany podmiot, zamawiający uznaje protest za zasadny, gdyż wykonawca przedstawił w ofercie dokument pochodzący od innego podmiotu, niż producent oferowanego urządzenia, wyraźnie wskazany w certyfikacie CE załączonym do oferty. W związku z powyższym zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokona wezwania wykonawcy Gemed Elias Sp.j. do uzupełnienia dokumentu brakującego w ofercie i powtórzy czynność wyboru ofert.

**14.10.2009 r.** (pismo z 13.10.2009 r.) wykonawca Euromed Medical Solution Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Poznaniu złożył odwołanie.

- 1) odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji warunków zamówienia;
- 2) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty uczestnika postępowania przetargowego – wykonawcy Gemed Elias Sp.j. z siedzibą w Chorzowie.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gemed Elias sp.j. z siedzibą w Chorzowie;
- 3) ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W argumentacji odwołującego nie znalazły się istotnie nowe twierdzenia.

Odwołujący powołuje się na fakt, że wybrany wykonawca był raz wzywany o uzupełnienie dokumentu dotyczącego potwierdzenia posiadania statusu autoryzowanego przedstawiciela i został wezwany ponownie, co nie powinno mieć miejsca, zgodnie z wyjątkowością stosowania art. 26 ust. 3 Pzp – tylko jeden raz do danego zagadnienia. Ponadto uzupełniany dokument powinien potwierdzić spełnianie warunku przed upływem terminu składania ofert.

**26.10.2009 r.** wykonawca Gemed Elias Sp.j. z Chorzowa przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**10.11.2009 r.** zamawiający wniósł pismo z rekapitulacją wcześniejszej argumentacji.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowisko tylko zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy, gdyż odwołujący ani przystępujący nie stawili się, mimo właściwego powiadomienia o terminie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, nie zasługują na poparcie.

Odwołujący w załączniku do oferty 3.1 „Parametry techniczne” w pozycji 16 zaoferował parametr głębokości penetracji 30,8 cm, który jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego, gdyż zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia o głębokości penetracji do 30 cm, a więc odwołujący zaoferował inną głębokość od wymaganej. Parametr

głębokości 30,8 cm potwierdził także producent w przesłanym potwierdzeniu parametrów technicznych.

Odwołujący twierdzi, że zamawiający formułując jako parametr – głębokość penetracji do 30 cm – *de facto* sformułował warunek głębokości penetracji „nie mniejszej niż do 30 cm”, a nie „maksymalnie do 30 cm”. Odwołujący twierdzi, że urządzenie zaoferowane przez niego spełnia kryteria zamawiającego, albowiem oferuje głębokość penetracji do 30 cm, a nawet większą – do 30,8 cm, co dodatkowo podnosi walory oferowanego urządzenia.

Skład orzekający Izby stwierdził, że parametr głębokości penetracji został sformułowany precyzyjnie w specyfikacji „do 30 cm” i nie ma możliwości takiej interpretacji, która prowadziłaby do wniosku, że głębokość penetracji 30,8 cm to głębokość do 30 cm.

Przed upływem terminu składania ofert zamawiający nie doprecyzował parametru dolnej granicy tolerancji, ale także wykonawcy nie wnosili uwagi do opisu przedmiotu zamówienia. Jednak wszyscy uczestnicy rozumieli tak sformułowany parametr jako „głębokość penetracji nie większa niż 30 cm, ale nie dalece odbiegająca do tej wartości”. Przystępując do postępowania i składając ofertę wszyscy wykonawcy zaakceptowali wymagane parametry techniczne i po upływie terminu składania ofert nie można kwestionować postanowień specyfikacji.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznaje, że zarzut niewłaściwego odrzucenia oferty w przedstawionym wyżej zakresie nie może być uznany za zasadny. Wprost przeciwnie, zamawiający miał obowiązek uznać, że wykazane wyżej odstępstwo treści oferty od treści specyfikacji jest powodem do odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i tak też postąpił zamawiający.

W tabeli parametrów technicznych wykonawca zaoferował drukarkę, papier oraz UPS podając typ i model tylko drukarki natomiast nie podał typu i modelu urządzenia UPS, pomimo że zamawiający wskazał w specyfikacji, że należy te dane podać.

Odwołujący wskazał, iż z treści tabeli nie wynika, jakich produktów dane należy wskazać w kwestionowanym miejscu oferty.

Zamawiający w jednej pozycji załącznika do specyfikacji, który po wypełnieniu stał się załącznikiem do oferty, zgrupował jeden produkt oraz dwa, zupełnie nie związane ze sobą funkcjonalnie urządzenia peryferyjne do urządzenia głównego. Tym produktem jest aparat USG, a urządzeniami peryferyjnymi są drukarka i urządzenie UPS.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w punkcie 4 tabeli w dziale „Pozostałe”, zamawiający sformułował wymóg zaoferowania dwóch urządzeń drukarki wraz z papierem właściwym do zastosowania oraz urządzenia UPS. Są to dwa niezależne od siebie urządzenia i dlatego należy to rozumieć, że zamawiający wymagał podanie typu, modelu, producenta dla każdego z tych urządzeń.

W związku z tym zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może znaleźć uznania.

Ponadto zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, nie zasługują na poparcie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiającego obowiązuje m.in. unormowanie art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp stanowiące, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty przez zamawiającego z wyjątkiem poprawienia omyłek, które są zdefiniowane w art. 87 ust. 2 Pzp. W przypadku, gdy zamawiający wpisał właściwą wartość (zgodnie z danymi producenta) parametru penetracji 30,8 cm, gdy zamawiający wymagał urządzenia z parametrem penetracji nie większym od 30 cm nie można zarzucać zamawiającemu, że zaniechał wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż nie było podstaw do żądania wyjaśnień wobec oferty jasno i czytelnie sformułowanej, z której wynika, że odwołujący nie spełnia jednego z wymogów zamawiającego – parametru głębokości penetracji do 30 cm, gdyż oferuje urządzenie z głębszą penetracją – 30,8 cm. Ponadto mimo przedstawienia wyjaśnień, zamawiający nie miałby prawa zmienić w ofercie wykazanej cechy głębokości penetracji z zaoferowanej 30,8 cm na wymaganą, nieprzekraczającą (do) 30 cm. Również żądanie wyjaśnień w zakresie braku wykazania typu i modelu oraz producenta zaoferowanego urządzenia UPS nie miałoby uzasadnienia, albowiem w stosunku do pominięcia w ofercie przedstawienia cech oferowanego przedmiotu jest nieuzupełnialne. Pominięcie wskazania typu i modelu urządzenia UPS nie jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp i nie można w takim zakresie uzupełnić oferty.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezpodstawnego zaniechania zażądania wyjaśnień oferty przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp nie może uzyskać poparcia. Również skład orzekający Izby stwierdza, że ewentualne zażądanie wyjaśnień byłoby bezcelowe, gdyż sformułowania w ofercie były na tyle kategoriyczne i jasne, że nie wymagały wyjaśnień, a jakiegokolwiek wyjaśnienia nie mogłyby wpłynąć na zmianę treści oferty, gdyż uchybienia oferty nie mogły być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

W związku z wyżej wskazanymi przyczynami nie można przychylić się do zarzutu odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zasadny jest zarzut odwołującego w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty ze względu na brak w ofercie wymaganych katalogów lub firmowych materiałów informacyjnych, dotyczących oferowanych urządzeń, gdy odwołujący złożył zamawiającemu podpisaną przez właściwe osoby specyfikację techniczną stanowiącą załącznik nr 3.1 do specyfikacji.

Brak jest ustawowej definicji katalogu lub firmowych materiałów informacyjnych, a także sam zamawiający nie doprecyzował co rozumie pod tymi pojęciami. Zamawiający żądał tych dokumentów na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), gdzie zostało określone, że zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii. Jednak zamawiający nie powołał się w specyfikacji na ten przepis, a zwłaszcza nie sformułował wymogu, że materiały te muszą zawierać próbki lub fotografie. Natomiast właściwie podpisana specyfikacja techniczna z przedstawionymi tam parametrami i cechami jest najlepszym opisem, gdyż zawiera wszystkie informacje istotne dla zamawiającego o oferowanym przedmiocie.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający odrzucając ofertę nie może powoływać się na niezłożenie odpowiedniego katalogu lub innego opisu oferowanego przedmiotu w sytuacji, gdy wykonawca złożył odpowiednio podpisany dokument sporządzony dokładnie zgodnie za specyfikacją techniczną będącą częścią specyfikacji sporządzonej przez zamawiającego. Jednak wobec wyżej opisanych dwóch powodów do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp kwestia ta nie miała wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego i tak musiała być odrzucona.

Izba nie rozpatrywała zarzutów dotyczących uchybień w postępowaniu odnośnie wybranej oferty, gdyż zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a wartość rozpoznawanego postępowania jest mniejsza od wartości wskazanej w tych przepisach, odwołanie nie przysługuje od zaniechania wykluczenia wykonawcy lub zaniechania odrzucenia oferty, co zarzuca odwołujący.

Ponadto odwołujący nie sformułował zarzutu odnośnie zdekompletowania oferty odwołującego przez zamawiającego, a tylko przytoczył ten fakt w proteście i odwołaniu, również bez wysuwania jakichkolwiek żądań.

Wobec nie potwierdzenia zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby stwierdza, że wszystkie pozostałe zarzuty odwołującego nie mogą się ostać.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty uczestnika postępowania związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości 308 zł 40 gr, na podstawie biletów i rachunku za taksówkę złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*