

Sygn. akt: KIO 1091/14

WYROK

z dnia 13 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

Po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 12 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.05.2014 r. przez wykonawcę **ITA Sp. z o.o., Sp. k., 60 – 185 Poznań, Skórzewo, ul. Poznańska 104** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań Jądrowych, 05 – 400 Otwock, ul. Andrzeja Sołtana 7**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Skórzewie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Skórzewie** na rzecz **Narodowego Centrum Badań Jądrowych z siedzibą w Otwocku** kwotę **3 617 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej z tytułu udzielenia pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku (Świerk) – Zamawiający, w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa tomografu przemysłowego na potrzeby Parku Naukowo-Technologicznego” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DU UE S 36 58862-2014-PL z 20 lutego 2014 r.

W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz oferta Wykonawcy.

Odwołujący: ITA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z/s w Poznaniu wniósł odwołanie na czynność badania i oceny ofert wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMART SOLUTIONS R. K. (ul. Odłogi 12, 03-037 Warszawa, dalej zwanego „Wykonawcą”) oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Pomimo, że Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 25 kwietnia 2014 r., nie wykonał czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, co powoduje, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie 189 ust. 2 pkt. 5 PZP.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. Art. 186 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 25 kwietnia 2014 r., co do którego w dniu 5 maja 2014 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z Postępowania;
3. art. 24 ust. 4 PZP, poprzez zaniechanie uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą;
4. art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy;
5. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy;
6. art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy;
7. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1a PZP, poprzez dokonanie istotnej zmiany w treści oferty Wykonawcy;
8. art. 26 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
9. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego;
10. art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek pisarskich;
11. art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz;

12. art. 87 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
13. art. 26 ust. 4 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
14. art. 26 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia poprawionego dokumentu (oświadczenia);
15. art. 7 ust. 1 PZP, poprzez nierówne traktowanie Wykonawcy i Odwołującego oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 21 maja 2014 r. badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
3. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu;
4. unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego;
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy z Postępowania;
6. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w przypadku nieuwzględnienia wniosku (żądania) wskazanego w punkcie 5;
7. nakazanie Zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego poprzez dodanie w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 prawej kolumny formularza „Specyfikacja techniczna”, stanowiącego część oferty Odwołującego, przed wartościami wskazanymi w każdym ze wskazanych pól znaku „<” (mniejsze niż);
8. nakazanie Zamawiającemu poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty siwz poprzez dodanie w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 prawej kolumny formularza „Specyfikacja techniczna”, stanowiącego część oferty Odwołującego, przed wartościami wskazanymi w każdym ze wskazanych pól znaku „<” (mniejsze niż), w przypadku nieuwzględnienia wniosku (żądania) wskazanego w punkcie 7;
9. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w przypadku nieuwzględnienia wniosków (żądań) wskazanych w punkcie 7 albo w punkcie 8;
10. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia formularza „Specyfikacja techniczna” bez błędu wskazanego w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 prawej kolumny, w przypadku nieuwzględnienia wniosków (żądań) wskazanych w punkcie 7, punkcie 8 albo w punkcie 9;
11. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
12. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w przypadku nieuwzględnienia

wniosku (żądania) wskazanego w punkcie 4.

Opisując stan faktyczny odwołujący wskazał, co następuje.

W trakcie czynności w postaci badania i oceny ofert dnia 7 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie przez Wykonawcę posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ (dalej jako „Wezwanie 1”). Wykonawca złożył pismo „Uzupełnienie dokumentów”, w którym ustosunkował się do Wezwania 1 (dalej jako „Wyjaśnienie 1”).

14 kwietnia 2014 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo ze wskazaniem nieprawidłowości, które Odwołujący zauważył w ofercie Wykonawcy (dalej jako „Pismo Odwołującego”).

Dnia 15 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez Wykonawcę (dalej jako „Wezwanie 2”). W dniu 16 kwietnia 2014 r. Wykonawca złożył pismo „Wyjaśnienie wykonawcy”, w którym ustosunkował się do Wezwania (dalej jako „Wyjaśnienie 2”).

Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i przesłał Odwołującemu faksem pismo – zawiadomienie. W tym samym dniu Zamawiający przesłał do Odwołującego pismo w odpowiedzi na pismo Odwołującego w dniu 14 kwietnia 2014 r. (dalej jako „Odpowiedź Zamawiającego”).

W dniu 28 kwietnia 2014 r. Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie z dnia 25 kwietnia 2014 r. (dalej jako „Odwołanie 1”), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust.4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 1, art. 89 ust.1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 5, art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3.

W Odwołaniu 1 wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2014 r. dotyczącej badania i oceny ofert w Postępowaniu, unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy z Postępowania, odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w przypadku nieuwzględnienia wniosku (żądania) wskazanego w punkcie, nakazanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w Postępowaniu przez podmiot trzeci, na którego wiedzy i doświadczeniu Wykonawca polega, oraz nakazanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku nieuwzględnienia wniosku (żądania) wskazanego w ww punktach; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W rezultacie wniesienia Odwołania 1 przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyło się postępowanie sygn. akt KIO 843/14 (dalej jako „Postępowanie odwoławcze”).

Posiedzenie Izby, na którym zaplanowano rozpatrzenie Odwołania 1 zostało wyznaczone na dzień 14 maja 2014 r. Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 5 maja 2014 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego wskazane w Odwołaniu 1 (dalej jako „Uwzględnienie Odwołania 1”). Wykonawca nie złożył sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów.

W konsekwencji Izba w dniu 13 maja 2014 r. umorzyła Postępowanie odwoławcze.

Pomimo Uwzględnienia Odwołania 1, Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w Odwołaniu 1,

Pismem z dnia 14 maja 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Jednakże wbrew żądaniom zawartym w Odwołaniu 1, Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy ani nie odrzucił oferty Wykonawcy. Co więcej, nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w Postępowaniu przez podmiot trzeci, na którego wiedzy i doświadczeniu Wykonawca polega.

15 maja 2014 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów” (dalej jako „Wezwanie 3”). 19 maja 2014 r. Wykonawca złożył pismo „Uzupełnienie dokumentów”, w którym ustosunkował się do Wezwania 3 (dalej jako „Wyjaśnienie 3”).

Również 15 maja 2014 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty (dalej jako „Wezwanie 4”). 19 maja 2014 r. Wykonawca złożył pismo „Wyjaśnienia Wykonawcy”, w którym ustosunkował się do Wezwania 4 (dalej jako „Wyjaśnienie 4”).

Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucił ofertę Odwołującego.

W dniu 21 maja 2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty („Zawiadomienie 2”).

W Zawiadomieniu 2 Zamawiający ponownie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i uwzględnieniem w całości zarzutów odwołania.

Zamawiający nie podjął czynności w wykonaniu żądania alternatywnego wskazanego w Odwołaniu 1, zgodnie z którym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy z Postępowania, odrzucenia oferty (w przypadku nieuwzględnienia

poprzedniego żądania), lub nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w Postępowaniu przez podmiot trzeci, na którego wiedzy i doświadczeniu Wykonawca polega, oraz nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień (w przypadku nieuwzględnienia wcześniejszych żądań).

Zamawiający nie postąpił zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 3 PZP. Zamawiający nie postąpił zgodnie z żadnym z trzech alternatywnych żądań zawartych w Odwołaniu 1.

W rezultacie nie wykonał również czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w Odwołaniu 1. Uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w Odwołaniu 1 powoduje, że Zamawiający przyznał wszystkie okoliczności faktyczne, na których było oparte Odwołanie 1, oraz zapatrywania Odwołującego co do skutków tych okoliczności dla roszczeń Odwołującego.

Zamawiający był tym samym zobowiązany do podjęcia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w Odwołaniu 1, chyba że „czynności te prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów ustawy pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, a „czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym”. Zamawiający nie powinien czynić zadość tylko tym żądaniom zawartym w Odwołaniu 1, „których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa.

Żądania zawarte w Odwołaniu 1 nie stanowiły naruszenia przepisów prawa.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy z Postępowania.

W punkcie V.2.b) siwz Zamawiający określił, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest wykazanie wykonania lub wykonywania w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert, co najmniej dwóch dostaw tomografu przemysłowego, o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto każda.

W celu wykazania spełnienia warunku należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw lub usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów; czy zostały wykonane należycie - wzór wykazu załącznik Nr 6 do SIWZ.

Wykaz stanowiący załącznik numer 6 do oferty Wykonawcy, znajdujący się na stronie 10 oferty Wykonawcy (dalej jako „Wykaz”), zawiera dwie pozycje.

Z dokumentów znajdujących na stronach 11 i 12 oferty Wykonawcy wynika, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Dokumenty załączone do oferty

wskazują, że podmiotem realizującym dostawy był podmiot oznaczony jako „Nikon Metrology Europe NV” z siedzibą w Leuven w Belgii (Geldenaaksebaan 329, 3001, dalej jako „Nikon”).

Dowody:1. „Statement for supply and installation of measuring equipment carried out by Nikon Metrology”, str. 11 oferty Wykonawcy, w aktach postępowania;

2. „Statement for supply and installation of measuring equipment carried out by Nikon Metrology”, str. 12 oferty Wykonawcy, w aktach postępowania.

W żadnym miejscu oferty Wykonawca nie wskazuje, jakoby polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP.

Powyższe znajduje potwierdzenie w oświadczeniu Wykonawcy zawartym w punkcie 4 pisma Wykonawcy z dnia 5 maja 2014 r., z którego wynika, że „Wykonawca sam realizuje całe zamówienie, przedmioty [sic!] trzecie nie biorą udziału w realizacji części zamówienia. Wobec powyższego, Wykonawca nie jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów zgodnie z punktem VI.2 dla innego podmiotu, który brałby udział w realizacji części zamówienia. Żaden inny podmiot nie bierze udziału w realizacji części zamówienia, które jest przedmiotem przetargu, a na które wykonawca złożył swoją ofertę. [...] Zatem poniższy zapis rozdział VI punkt 2 h nie dotyczy sytuacji Wykonawcy, ponieważ tylko Wykonawca realizuje zamówienie. Zapis dotyczy tylko tych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia”.

W takiej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, co Zamawiający uczynił w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Wezwaniu 1.

W dniu 14 kwietnia 2014 r. Wykonawca złożył Wyjaśnienie 1 wraz z załącznikami, które jednak nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu – Wykonawca przedłożył tłumaczenie na język polski dokumentów wystawionych na inny podmiot - Nikon.

Wobec powyższego Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Wykonawcy z na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP.

Nie można uznać, jakoby Wykonawca wskazał w ofercie, że polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP.

Jak wskazano w punkcie 4 pisma Wykonawcy z dnia 5 maja 2014 r. Wykonawca w sposób wyraźny wskazał m.in. że „sam realizuje całe zamówienie”, „żaden inny podmiot nie bierze udziału w realizacji części zamówienia, które jest przedmiotem przetargu a na które wykonawca złożył swoją ofertę” oraz „tylko Wykonawca realizuje zamówienie”.

Ugruntowany jest pogląd, że odwołanie się do zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu

zamówienia”, dlatego „(...) nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia.(opinia UZP ze strony internetowej).

Zamawiający uznał, że Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu Nikon celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia Nikon znajdującego się na stronie 51 oferty Wykonawcy, z którego -w ocenie zamawiającego - „wynika, że Firma Smart Solution mając podpisaną umowę o współpracy do dystrybucji produktów firmy Nikon Metrology czyli jest w stanie zrealizować zamówienie i może powoływać się na doświadczenie Firmy Nikon jako podmiotu trzeciego

Stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione. Z dokumentu na str. 51 oferty Wykonawcy wynika tylko i wyłącznie, że osoba która podpisała dokument oświadcza, że Nikon spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz że Nikon posiada z Wykonawcą umowę współpracy dla dystrybucji swoich produktów. Na marginesie zauważyć należy, że dokument ten jest podpisany przez nieokreśloną osobę oraz że nie jest wykazane, aby osoba, która podpisała dokument była umocowana do składania oświadczeń w imieniu Nikon.

Pomimo wszystkich powyższych wątpliwości, Zamawiający w dniu 15 maja 2014 r. wystosował Wezwanie 3, w którym wezwał Wykonawcę do wykazania, że w przypadku gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a w ofercie „brak dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia”.

W odpowiedzi w dniu 19 maja 2014 r. Wykonawca przedstawił Wyjaśnienia 3, do których załączył dokument pn. „Zobowiązanie innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych” (dalej jako „Zobowiązanie”).

Na podstawie Zobowiązania Zamawiający wywodzi wniosek w postaci stwierdzenia, że Nikon udostępnił Wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz referencje klientów Nikon.

Zobowiązanie nie może jednak zostać uznane za spełniające wymogi wynikające z PZP. Zobowiązanie nie zostało opatrzone datą.

Z uwagi na to, że zostało przedłożone przez Wykonawcę dopiero jako załącznik do pisma z dnia 19 maja 2014 r. nie można stwierdzić, aby mogło odnosić się do sytuacji prawnej na dzień składania ofert, tj. na dzień 4 kwietnia 2014 r.

Co więcej, nie jest wiadome, kto podpisał Zobowiązanie. W treści Wyjaśnień 3 Wykonawca wskazuje że „Dokument podpisany jest przez Dyrektora Zarządzającego (C.E.O.) Nikon Metrology Europę NV przez Pana K. Y. (główna osoba zarządzająca firmą).” W nagłówku

Zobowiązania widnieje jednak informacja, że dokument został wystawiony przez pana S. R.. Sam podpis złożony na Zobowiązaniu jest natomiast nieczytelny i uniemożliwia zidentyfikowanie osoby, która wystawiła dokument.

Co jeszcze bardziej istotne, Wykonawca nie załączył do odpisu z rejestru przedsiębiorców właściwego dla Nikon lub jakiegokolwiek pełnomocnictwa, który to dokument wskazywałby że osoba wystawiająca Zobowiązanie jest uprawniona do reprezentowania Nikon.

Z uwagi na powyższe, Zobowiązanie nie może służyć jako dowód, że Wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 26 ust. 2 b PZP i nie potwierdza stanu rzeczy na dzień składania ofert.

Należy stwierdzić, że Wykonawca nie polega na potencjale podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP. W rezultacie Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 PZP.

W punkcie 5.2.d) SIWZ określono, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest wykazanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

W celu wykazania spełnienia warunku Wykonawca zobowiązany był złożyć „informację banku lub SKOK, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert.”

Wykonawca załączył do oferty dokument pn. „Potwierdzenie” wystawiony przez spółkę TNN Finance S.A. (dalej jako „Dokument TNN Finance”) oraz zaświadczenie o posiadaniu rachunku wystawione przez ING Bank Śląski S.A. (dalej jako „Zaświadczenie ING 1”).

Zaświadczenie ING potwierdza, że w dniu 28 marca 2014 r. na wskazanym rachunku bankowym była kwota 78.180,00 euro (słownie: siedemdziesiąt osiem tysięcy sto osiemdziesiąt Euro).

Zgodnie z SIWZ i ustalonymi zasadami przeliczenia Zaświadczenie ING potwierdza, że w dniu 28 marca 2014 r. na wskazanym w Zaświadczeniu ING 1 rachunku bankowym znajdowała się kwota 326.636,04 zł (trzysta dwadzieścia sześć tysięcy sześćset trzydzieści sześć złotych 04/100).

W konsekwencji poprzez przedłożenie Zaświadczenia ING 1 Wykonawca nie wykazał, jakoby spełniał wymóg udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym Wykonawca powinien posiadać środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

Dokument TNN Finance nie może być uznany za wykazujący spełnienie warunku udziału wobec wymogu, że dokument ma zostać wystawiony przez bank lub SKOK tj. zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 10 Rozporządzenia PRM z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów/.../ (Dz.U. poz. 231).

Spółka TNN Finance SA. nie jest bankiem w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.) ani spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową w rozumieniu ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1450 ze zm.). W regulaminie pod adresem: <https://kantoronline.pl/iakdzialamv/regulamin> wskazano, że operatorem portalu jest „kapitałowa spółka prawa handlowego „TNN Finance” S.A. w Sosnowcu, pod numerem KRS 0000411953, prowadząca działalność kantorową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 roku nr 155, poz. 1095 ze zm.) i ustawy z dnia 27 lipca 2002r. prawo dewizowe (Dz. U. z 2002 roku nr 141 poz. 1178 ze zm.), wpisana do rejestru działalności kantorowej prowadzonego przez Narodowy Bank Polski pod numerem 10108/2012, która jest właścicielem Serwisu KantorOnline.” Brak jest informacji uzasadniających twierdzenie, jakoby operator był bankiem lub spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową.

Sam Zamawiający powziął wątpliwości w tym względzie, co spowodowało, że w piśmie z 15 kwietnia 2014 r. zawarł następujący fragment: „proszę o wskazanie przyczyn dołączenia do oferty zamiast informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzenia Firmy TNN finanse S.A. o wysokości posiadanych środków finansowych. Zgodnie z art. 26 ust 2c ustawy pzp Wykonawca tylko z uzasadnionej przyczyny może przedstawić inny dokument na potwierdzenie sytuacji finansowej i ekonomicznej niż wymagany przez Zamawiającego.”

Wykonawca w dniu 16 kwietnia 2014 r. wystosował do Zamawiającego Wyjaśnienie, w którym wskazał m.in., że „Wykonawca nie podjął się wykonania przelewu środków na konto w ING Bank, tak aby całość środków znalazła się na jednym koncie bankowym, ponieważ mogłaby zaistnieć sytuacja, że środki nie doszłyby do banku w odpowiednim terminie, mogłoby zaistnieć realne zagrożenie dla Wykonawcy, że część środków nie byłaby widoczna ani na koncie Wykonawcy w czasie wymaganym przez Zamawiającego ani na koncie w TNN Finanse S.A”

Wyjaśnienie Wykonawcy wskazuje, że miał możliwość dokonania transferu środków z systemu TNN Finance S.A. na konto prowadzone przez bank lub SKOK. Tym samym mógłby przedstawić dokument, który w sposób zgodny z SIWZ oraz z Rozporządzeniem mógłby potencjalnie zostać uwzględniony jako dowód spełnienia warunków udziału. Wykonawca zdecydował jednak, że nie zrealizuje takiego transferu. Była to świadoma decyzja Wykonawcy, nie uzależniona od jakichkolwiek czynników zewnętrznych oraz nie uzasadniona żadnymi obiektywnymi przesłankami lub przyczynami.

Dlatego nie można zgodzić się, jakoby zastosowanie mógł znaleźć w tej sytuacji art. 26 ust. 2c PZP, zgodnie z którym „Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może

przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku."

Możliwość przedłożenia „innego dokumentu” uzależniona jest od spełnienia się przesłanki zaistnienia „uzasadnionej przyczyny”, z powodu której Wykonawca nie może przedstawić wymaganych dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej.

Jako uzasadnioną przyczynę przedstawienia Dokumentu TNN Finance zamiast zaświadczenia wystawionego przez bank lub przez SKOK nie można również uznać pozostałych argumentów podnoszonych przez Wykonawcę w Wyjaśnieniu, np. że „(...) posiadanie dwóch źródeł przetrzymywania środków na kontach zwiększa bezpieczeństwo środków finansowych i tym samym zwiększa zabezpieczenie płynności finansowej Wykonawcy” lub że prowadzenie rachunku przez TNN Finance S.A. „gwarantuje Wykonawcy bezproblemową zamianę waluty Euro - PLN”.

Co więcej, Wykonawca wskazuje w Wyjaśnieniu, że „numer rachunku jaki posiada firma Smart Solutions R. K. w firmie TNN Finance S.A. to rachunek Alior Bank S.A. numer 85 2490 1028 3108 1414 9413 9970 ” Wykonawca wyraźnie wskazał tym samym, mógł przedłożyć informację z Alior Banku S.A., potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych. Wykonawca nie zrobił tego bez żadnego uzasadnienia.

W rezultacie Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Powyższy wniosek nie może ulec zmianie w świetle Wezwania 3 i złożonego przez Wykonawcę w dniu 19 maja 2014 r. Wyjaśnienia 3, do którego załączono zaświadczenie z dnia 5 maja 2014 r. wystawione przez ING Bank Śląski S.A. („Zaświadczenie ING 2”). Zaświadczenie ING 2 potwierdza, że na rachunku bankowym o wskazanym numerze w dniu 14 marca 2014 r. znajdowała się kwota 140.481,56 EUR.

Zaświadczenie ING 2 odnosi się do tego samego rachunku bankowego, którego dotyczyło Zaświadczenie ING 1. W rezultacie oczywistym jest wniosek, że przez przedłożenie Zaświadczenia ING 2 Wykonawca nie wykazał, aby (zgodnie z wymaganiem wskazanym w punkcie 5.2.d. SIWZ) posiadał środki finansowe na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł, ponieważ Zaświadczenie ING 2 wyraźnie wskazuje, że w dacie późniejszej - tj. w dniu 28 marca 2014 r. – na rachunku bankowym, którego dotyczą oba zaświadczenia, znajdowała się suma niespełniająca wymogów wskazanych w SIWZ.

Ponadto Zaświadczenie ING 2 jasno wskazuje, że rachunek, którego dotyczy, jest rachunkiem osoby fizycznej, którego posiadaczem jest pan R. K. wraz z panią E. K.. Jest to tym samym rachunek bankowy, którego posiadaczami są dwie osoby fizyczne. Nie jest to tym samym rachunek, którego posiadaczem jest Wykonawca - określony przez Zamawiającego jako „SMART SOLUTIONS R. K.”, tj. przedsiębiorca wpisany do Centralnej

Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „R. K. Smart Solutions”.

W rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 12 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013 r. poz. 330 ze zm.,), jako „aktywa” rozumie się „kontrolowane przez jednostkę zasoby majątkowe o wiarygodnie określonej wartości, powstałe w wyniku przeszłych zdarzeń, które spowodują w przyszłości wpływ do jednostki korzyści ekonomicznych”. Z kolei w bilansie (tj. w zestawieniu składników majątku i źródeł jego finansowania) jako składnik aktywów obrotowych wymienione są m.in. „środki pieniężne w kasie i na rachunkach” jednostki dotyczące prowadzonej działalności gospodarczej. Środki pieniężne znajdujące się na rachunkach bankowych jednostki jako osoby fizycznej - a nie przedsiębiorcy – nie stanowią zatem „aktywów” w rozumieniu Ustawy o rachunkowości.

Z uwagi na powyższe, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 PZP poprzez bezprawne zaniechanie uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy.

Wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania co powoduje, że oferta złożona przez Wykonawcę powinna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 PZP). Powoduje to ponadto obowiązek odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP.

4.2. Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wykonawca polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych podmiotu trzeciego - Nikon - w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP.

Gdyby nawet uznać, że Wykonawca polega na potencjale firmy Nikon w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP, to treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

Punkt VI.2.h) SIWZ wymaga, aby „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy w pkt. 6.2”

Natomiast zgodnie z punktem VI. 14 SIWZ: „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia,

poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt. 2 dotyczących każdego z tych podmiotów.”

W ofercie Wykonawcy brak jest jakichkolwiek dokumentów, które zostały wskazane w punkcie VI.3. SIWZ.

Ponadto punkt VI.5. SIWZ wymaga, aby w przypadku gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów udowodnił, że „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając: 1) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia; 2) dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”

Oferta Wykonawcy nie odpowiada treści punktu VI.5. SIWZ. Z uwagi na argumenty wskazane wyżej, nie można uznać, aby Zobowiązanie wywierało skutki prawne.

Z powyższego wynika, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 podlega odrzuceniu.

Treść oferty Wykonawcy jest ponadto sprzeczna w SIWZ ponieważ lampa urządzenia, którego dostawę oferuje Wykonawca, nie spełnia wymogów określonych w SIWZ.

Lampa wysokoenergetyczna urządzenia, którego dostawę oferuje Wykonawca, ma moc 225 W, podczas gdy w SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, aby lampa miała moc min. 300 W.

Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty Wykonawcy z SIWZ co spowodowało, że 15 kwietnia 2014 r. wystosował do Wykonawcy Wezwanie 2.

W Wezwaniu 2 Zamawiający zawarł wezwanie do wyjaśnienia „rozbieżności treści oferty dotyczącej mocy zaoferowanej lampy wysokoenergetycznej: a) w „Specyfikacji technicznej (zał. Nr 1 do SIWZ)* w poz. 10 Wykonawca zaoferował „Moc lampy wysokoenergetycznej - 450 W - str. oferty, b) w załączniku nr 13 (strona 21 oferty) oferowana lampa posiada moc 225 W, c) w specyfikacji (strona 34 oferty) zaoferowano lampę XT H 225 ST o mocy 225 W\

Wykonawca w dniu 16 kwietnia 2014 r. złożył Wyjaśnienie 2, w którym wskazał m.in., że „oferuje w przetargu urządzenie, gdzie lampa rentgenowska wyposażona jest dodatkowo w tarczę obrotową „rotating target”. Maksymalna moc lampy wzrasta wówczas z 225 W do 450 W, Jest to udokumentowane poprzez nową specyfikację producenta jaką udostępnił Wykonawcy (załącznik nr 1 do pisma).” Wykonawca dodał, że „specyfikacja

techniczna urządzenia była dostarczona z broszurą z maja 2013 r. i przedstawiała urządzenie XTH 225ST bez zainstalowanej tarczy obrotowej.

Producent urządzenia Nikon Metrology zamieścił informacje o innowacyjnej technologii (Rotating Target) w broszurze z marca 2014 r. (Wykonawca nie był w jej posiadaniu na dzień składania oferty) już w odpowiednimi parametrami technicznymi, tj. z możliwością zastosowania tarczy obrotowej, dzięki czemu tomograf XTH 225 ST uzyskuje moc lampy 450 W, jaką Wykonawca wskazał w „Specyfikacji technicznej (zał. nr 1 do SIWZy w poz. 10. (...)" W Wyjaśnieniu Wykonawca twierdzi, jakoby specyfikacja techniczna urządzenia, którego dostawę zaoferował, załączona do oferty na stronie 34 przedstawiała urządzenie bez zainstalowanej tarczy obrotowej (z j. ang. „rotating target”). Nie można się z tym zgodzić, ponieważ we wzmiankowanej specyfikacji w kolumnie 4 dotyczącej XT H 225 ST w wierszu 3 znajdujemy zapis: „225 kV Tarcza obrotowa”.

Dowód: 16. Dokument pn. „Specyfikacja”, str. 34 oferty Wykonawcy.

Tarcza obrotowa (z j. ang. „rotating target”) jest to element, z którego wybijane jest promieniowanie X, prześwietlające następnie mierzone przedmioty. W niego uderza wychodząca z lampy wiązka elektronów, chociaż konstrukcyjnie target (jakikolwiek, niekoniecznie obrotowy) może być z lampą połączony. Pozwala on uzyskać lepszy strumień promieniowania X (szybsze zbieranie danych), a także - jeżeli jest obrotowy - przedłużyć żywotność tarczy (targetu) z uwagi na lepsze chłodzenie. W związku z tym lampa po zmianie tarczy (targetu) dalej pozostaje tą samą lampą o mocy 225 W.

5.15. Również w „nowej”, załączonej przez Wykonawcy do Wyjaśnienia 2 specyfikacji w wierszu 5 kolumna 1 jest pozycja „Power rating”, czyli moc lampy zainstalowanej w urządzeniu. W kolumnie 4 moc ta podana jest jako 225 W, a nie 450 W. Gdyby moc lampy faktycznie wynosiła 450 W, to zostałyby to podane jak w kolumnie 6.

Dowód: 17. Załącznik numer 1 do Wyjaśnienia Wykonawcy.

Ponadto również oficjalna, ogólnodostępna strona internetowa producenta zaoferowanego przez Wykonawcę urządzenia przedstawia dane techniczne rodziny tomografów 225. Podaje ona moc lampy w urządzeniu zaoferowanym przez Wykonawcę jako 225 W, a nie jako 450 W.

Dowód: 18. Wydruk ze strony internetowej Nikon zawierające dane techniczne urządzenia zaoferowanego przez Wykonawcę i <http://www.nikonmetroloav.com/en/EU/sroducts/X-rav-and-CT-InsDection/Computed-Tomographv/XT-H-225-Industrial-CT-canninQ/%28specifications%29>).

Co więcej, należy zwrócić uwagę na pismo Wykonawcy z dnia 11 marca 2014 r. skierowane do Zamawiającego, w którym Wykonawca wyraźnie wskazał, że „(...) Oferent posiada w

swojej ofercie tomograf komputerowy o następujących parametrach: maksymalne napięcie 250 kV maksymalna moc 225 W.

Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Wykonawca zaoferował urządzenie posiadające lampę wysokoenergetyczną o mocy 225 W. Natomiast w punkcie 10 Specyfikacji technicznej wymagano mocy lampy wysokoenergetycznej wynoszącej min. 300W. Nawet gdyby hipotetycznie zgodzić się z twierdzeniem zawartym w Wyjaśnieniu 2, że dzięki zastosowaniu tarczy obrotowej „tomograf XTH 225ST uzyskuje moc lampy 450 W”, nie zmienia to faktu, że moc lampy wysokoenergetycznej zastosowanej w zaoferowanym przez Wykonawcę urządzeniu wynosi 225 W.

Natomiast w punkcie 10 Specyfikacji technicznej zawarto wyraźny wymóg mocy lampy wysokoenergetycznej min. 300W. Dla oceny zgodności oferowanego urządzenia z SIWZ nie ma znaczenia to, czy urządzenie „uzyskuje moc” lampy zgodnie z SIWZ, ale fakt, że urządzenie posiada lampę nieodpowiadającą treści SIWZ.

W świetle Wyjaśnień 2 oraz pisma z dnia 11 marca 2014 r. należy ocenić, że Wyjaśnienia 4 z dnia 19 maja 2014 r. są niewiarygodne oraz sprzeczne z zasadami logiki. Nie jest możliwe dostosowanie tego typu urządzeń do specyficznych wymagań Zamawiającego w tak krótkim okresie (pomiędzy 11 marca a 4 kwietnia 2014 r.)

Powyższego wniosku nie może zmienić załącznik do Wyjaśnień 4 pn. „Potwierdzenie parametrów technicznych tomografu komputerowego CT, model XT H 225 SW z tarczą obrotową”. Wykonawca nie załączył bowiem odpisu z rejestru przedsiębiorców właściwego dla Nikon lub jakiegokolwiek pełnomocnictwa który wskazywałby, że osoba wystawiająca oświadczenie w imieniu Nikon jest uprawniona do reprezentowania Nikon.

Z uwagi na powyższe, dokument ten nie może służyć jako dowód, że oferowane urządzenie jest zgodne z wymaganiami, a w rezultacie, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Jednocześnie w punkcie 12 Specyfikacji technicznej Zamawiający wymagał, aby wielkość ogniska lampy wysokoenergetycznej (wielkość plamki w ognisku) wynosiła maksimum 5,2 mikrometra.

Dowód: 21. Specyfikacja techniczna, w aktach postępowania.

Z dokumentu pn. „Specyfikacja” załączonego do złożonego przez Wykonawcę Wyjaśnienia 2 (wiersz 6 kolumna 4/5) wynika, że przy zastosowaniu „rotating target” (tarczy obrotowej), wielkość ogniska lampy wysokoenergetycznej (wielkość plamki w ognisku) urządzenia oferowanego przez Wykonawcę ma wielkość 10 mikrometrów.

Tym samym zgodnie z Wyjaśnieniem 2 treść oferty Wykonawcy nie odpowiada SIWZ.

W świetle tych Wyjaśnień 2 Wyjaśnienia 4 przedstawione w dniu 19 maja 2014 r. są niewiarygodne.

Powyższego wniosku nie może zmienić załącznik do Wyjaśnień 4 pn. „Potwierdzenie parametrów technicznych tomografu komputerowego CT, model XT H 225 SW z tarczą obrotową”. Wykonawca nie załączył bowiem odpisu z rejestru przedsiębiorców właściwego dla Nikon lub jakiegokolwiek pełnomocnictwa który wskazywałby, że osoba wystawiająca oświadczenie w imieniu Nikon jest uprawniona do reprezentowania Nikon. W rezultacie dokument ten nie może służyć jako dowód, że oferowane urządzenie jest zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ,

Na marginesie treść oferty Wykonawcy jest ponadto niezgodna z SIWZ z uwagi na niewskazanie treści wymaganej w punkcie 9 („formularz oferty”). Wykonawca zobowiązany był wskazać z formularza oferty m.in. na ilu stronach została złożona oferta Wykonawcy wraz z załącznikami. Oferta Wykonawcy nie zawiera wskazania liczby stron, co powoduje że jej treść jest niezgodna z SIWZ.

6. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy.

Argumenty przedstawione wyżej prowadzą do wniosku, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje.

I tak w piśmie z 11 marca 2014 r wykonawca wyraźnie oświadczył, że posiada w swojej ofercie tomograf komputerowy o następujących parametrach: max napięcie 250 kV, max moc 225 W/.... W świetle tego, że Wykonawca zaoferował urządzenie przygotowane specjalnie na potrzeby Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami logiki, ponieważ nie jest możliwe dostosowanie tego typu urządzeń do specyficznych wymagań Zamawiającego w tak krótkim okresie (pomiędzy 11 marca a 4 kwietnia 2014 r.)

Dowód: 23. Pismo Wykonawcy z dnia 11 marca 2014 r., w aktach postępowania.

Uzasadnia to zarzut bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 PZP.

7. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1a PZP poprzez bezprawne dokonanie istotnej zmiany w treści oferty Wykonawcy.

W punkcie 6 formularza oferty Wykonawcy jasno wskazano, że „Przedmiot zamówienia zamierzamy wykonać sami”

W żadnym fragmencie oferty Wykonawcy nie wskazano, że celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Wykonawca opiera się na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz referencjach klientów Nikon. Nie wskazano również w ofercie Wykonawcy, że w takim przypadku Nikon będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Pomimo tego Zamawiający uznał, że Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz referencjach klientów Nikon celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Stwierdzenie to jest sprzeczne z treścią oferty Wykonawcy.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wezwanie 3 z dnia 15 maja 2014 r. oraz Wyjaśnienia 3 z dnia 19 maja 2014 r. skutkują tym, że została dokonana istotna zmiana treści oferty Wykonawcy.

Dokonana istotna zmiana w treści oferty Wykonawcy polega na tym, że Wykonawca polega potencjalnie oraz referencjach klientów Nikon, co nie zostało uwzględnione w treści oferty złożonej przez Wykonawcę.

Wykonawca w dniu 16 kwietnia 2014 r. złożył Wyjaśnienie 2 w którym wskazał m.in., że „uzyskanie większej mocy lampy” przez oferowane urządzenie jest „(...) udokumentowane poprzez nową specyfikację producenta jaką udostępnił Wykonawcy (załącznik nr 1 do pisma).”

Jeśli przyjąć, że Wykonawca załączył do Wyjaśnienia 2 „nową specyfikację” oferowanego urządzenia, która spełnia wymogi SIWZ, to różni się ona istotnie od specyfikacji załączonej do oferty Wykonawcy. To z kolei stanowi niewątpliwie istotną zmianę treści oferty Wykonawcy. W rzeczywistości bowiem Wykonawca oferuje urządzenie o innej specyfikacji technicznej, niż zaoferowane w momencie złożenia oferty. W rezultacie inne urządzenie niż urządzenie zaoferowane w złożonej ofercie.

Powyższe stanowi istotną zmianę w treści oferty i jest niezgodne z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1a PZP.

8. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez bezprawne zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz referencjach klientów Nikon w rozumieniu art. 26 ust. 2b PZP, oraz że nie stanowi to istotnej zmiany treści oferty Wykonawcy, to bezsprzecznie należy uznać, że Wykonawca i tak nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z punktem VI. 14 SIWZ „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt. 2 dotyczących każdego z tych

podmiotów.7' Ponadto punkt VI.2.h) wyraźnie wskazuje, że „wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy w pkt. 6.2.”

W rezultacie Wykonawca był zobowiązany przedłożyć „dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy w pkt. 6.2” (pkt. VI.2.h. SIWZ). Wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu dotyczącego Nikon w zakresie wymaganym w SIWZ (określającym dokumenty dotyczące wykonawcy będącego podmiotem zagranicznym).

W konsekwencji Wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, że Nikon nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy był zobowiązany do wezwania Wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Nikon z Postępowania.

9. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego.

W Zawiadomieniu 2 Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. W ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego jest uzasadnione tym, że oferta Odwołującego „nie spełnia wymagań określonych w poz. 14, 15, 19, 20, 2T SIWZ.

Z treści oferty Odwołującego jasno wynika, że zarzuty, na podstawie których Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazane w Zawiadomieniu 2 są całkowicie bezpodstawne.

Nie ulega wątpliwości, że „odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. następuje co do zasady w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w siwz wymagań merytorycznych zamawiającego (treść siwz).”

Częścią oferty Odwołującego jest dokument pn. „Opis techniczny tomografu v|tome|x s 240 firmy GE Sensing&Inspection Technologies GMBH” (dalej jako „Opis techniczny”). Opis techniczny jest zatem elementem treści oferty Odwołującego.

Dowód: Oferta Odwołującego, w aktach postępowania.

9.5. Z Opisu technicznego - stanowiącego integralną część oferty Odwołującego i będącego elementem jej treści - jasno wynika, że rozmiar voxela dla lampy wysokoenergetycznej jest mniejszy niż 2µm, a dla lampy niskoenergetycznej mniejszy niż 1 µm. Ponadto Opis techniczny jasno wskazuje, że wielkość ogniska lampy niskoenergetycznej w urządzeniu zaoferowanym przez Odwołującego nie przekracza 1µm.

Dowód: Opis techniczny tomografu str. 3 i 4, w aktach postępowania.

na stronie internetowej producenta (pod adresem (<http://www.ge-mcs.com/en/radioaraDhv-x-rav/ct-computed-tomographv/vtomex-s.html>) również znajduje się specyfikacja techniczna

urządzenia zaofertowanego, potwierdzająca twierdzenia zawarte powyżej. Zamawiający mógł z łatwością zweryfikować informacje wskazane w ofercie Odwołującego.

Dlatego przywołane przez Zamawiającego zarzuty dotyczące nie spełniania wymagań określonych w poz. 14, 15, 19, 20 i 21 SIWZ wynikają z oczywistej omyłki pisarskiej, polegającej na braku zastosowania przed wartością wskazaną w prawej kolumnie formularza „Specyfikacja techniczna” - stanowiącego integralną część oferty Wykonawcy i będącego elementem jej treści - znaku „<” (mniejsze niż).

Przez oczywistą omyłkę pisarską „rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny.

Opis techniczny pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ, a brak znaku „<” (mniejsze niż) wynika z przeoczenia Odwołującego. Jednocześnie „za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty.

Porównanie formularza „Specyfikacja techniczna” oraz Opisu technicznego pozwala na stwierdzenie, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Wobec powyższego, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

10. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP bezprawne zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek pisarskich.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP Zamawiający ma obowiązek poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Chodzi o sytuacje, kiedy ma miejsce „niezamierzone, wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów.

Przywołane przez Zamawiającego argumenty rzekomo uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego, dotyczące nie spełniania wymagań określonych w poz. 14, 15, 19, 20 i 21 SIWZ, wynikają z oczywistej omyłki pisarskiej, która polega na omyłkowym braku zastosowania przed wartością wskazaną w prawej kolumnie formularza „Specyfikacja techniczna” znaku „<” (mniejsze niż).

Zamawiający mógł poprawić oczywistą omyłkę pisarską w ofercie Odwołującego bez żadnego wyjaśnienia ze strony Odwołującego - wystarczyło porównanie Opisu technicznego z formularzem „Specyfikacja techniczna”, złożonym przez Odwołującego.

Pozwoliłoby to na łatwą identyfikację rozbieżności opisu w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 prawej kolumny formularza „Specyfikacja techniczna” z Opisem technicznym urządzenia, którego dostawy dotyczy oferta Odwołującego.

Treść oferty należy oceniać w całości, a konsekwencję poprawienia przez Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i

całość oferty . Stosując te kryteria, należy dość do wniosku, że Zamawiający powinien był poprawić treść oferty Odwołującego poprzez dopisanie w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 prawej kolumny formularza „Specyfikacja techniczna”, stanowiącego część oferty Odwołującego, przed wartościami wskazanymi w każdym ze wskazanych pól znaku „<” (mniejsze niż).

11. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz.

Nawet gdyby uznać, że brak znaku „<” (mniejsze niż) w wierszach 14, 15, 19, 20i21 prawej kolumny formularza „Specyfikacja techniczna”, stanowiącego część oferty

Odwołującego, nie stanowi „oczywistej omyłki pisarskiej” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP, to niewątpliwie stanowi „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz.

Z uwagi na argumenty wskazane w szczególności tego, że ofertę należy rozumieć jako całość (a więc w niniejszym Postępowaniu ofertę Odwołującego należy odczytywać wraz z Opistem technicznym), poprawienie w/w omyłki nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty.

W rezultacie Zamawiający był zobowiązany do poprawienia omyłki w ofercie poprzez dopisanie w wierszach 14, 15, 19, 20 i 21 formularza, przed wartościami wskazanymi w każdym ze wskazanych pól znaku „<” (mniejsze niż).

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. [...] Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem o złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji, kiedy występujące u niego niejasności, co do treści oferty mogą skutkować jej odrzuceniem z powodu niezgodności z SIWZ (podobnie wyroki KIO o sygn. akt KIO/UZP 1443/09; KIO/UZP 117/10; KIO/UZP 992/09; KIO 10/10; KIO 609/10; KIO 465/10; KIO 2145/10; KIO 2315/10; KIO 1013/11; KIO 254/12).

„Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 P.z.p. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą [...] najpierw zamawiający musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty; jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji.”

Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty.

13. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 PZP poprzez bezprawne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących formularza „Specyfikacja techniczna”, stanowiącego część oferty Odwołującego.

Formularz „Specyfikacja techniczna”, stanowiący część oferty, jest dokumentem (oświadczeniem) o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 PZP. Jest on składany w celu potwierdzenia spełnienia (przez oferowane dostawy) wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Powyższe oznacza, że jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści formularza „Specyfikacja techniczna” z SIWZ, na nim ciążył obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących formularza „Specyfikacja techniczna”.

15. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP poprzez nierówne traktowanie Wykonawcy i Odwołującego oraz naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji.

W toku całego Postępowania Zamawiający aż czterokrotnie wystosował do Wykonawcy różne wezwania, wzywając do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień.

7 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie przez Wykonawcę posiadania wiedzy i doświadczenia. W dniu 15 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez Wykonawcę. W dniu 15 maja 2014 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów”.

Również 15 maja 2014 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty ani razu.

Zamiast tego, po powzięciu nieuzasadnionych wątpliwości, czy treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Powyższe uzasadnia zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wskazanej w art. 7 PZP, jak również zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Potwierdził, że po unieważnieniu w dniu 5 maja 2014 r. czynności wyboru oferty dokonał ponownie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SMART Solution R. K.. Jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego jako niespełniającą wymagań określonych w pozycjach 14, 15, 19, 20 i 21 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do siwz.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów stwierdził, co następuje.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wskazał na treść siwz zauważył, że na potwierdzenie spełnienia warunku wykazania się co najmniej dwiema dostawami tomografu przemysłowego o określonej wartości dopuszczono korzystanie przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów (R. V pkt 3 siwz). Zamawiający wskazał przy tym na przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp i fakt korzystania przez wykonawcę z wiedzy i

doświadczenia firmy Nikon Metrology Europe N.V. („Nikon”), której zobowiązanie do udzielenia pełnego wsparcia zostało przedstawione zamawiającemu.

Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego, że w takim wypadku firma Nikon powinna być podwykonawcą i powinna złożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia jej z postępowania.

W zakresie zdolności finansowej zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 do złożenia wymaganej informacji z banku lub SKOK potwierdzającej posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę na mniejszą niż 500 000 zł. W odpowiedzi wykonawca złożył informację z 5 maja 2014 r. ING Banku Śląskiego S.A. potwierdzającą, że na dzień 14 marca 2014 r. posiadał na swoim koncie bankowym środki finansowe w wysokości 140 481,56 euro, co zgodnie z tabelą kursów NBP oznacza równowartość 594 714, 64 zł. Także wg daty otwarcia ofert jest to równowartość 586 931,96 zł. Ponadto w dacie 14.03.2014 r. jedynym posiadaczem tego rachunku był R. K..

W zakresie parametrów technicznych tomografu zaoferowanego przez wykonawcę zamawiający wskazał, że w wyniku obszernych wyjaśnień z dnia 19 maja 2014 r. wykonawca potwierdził, załączając także potwierdzenie parametrów tomografu przez Nikon, iż urządzenie będzie posiadało lampę wysokoenergetyczną o mocy 450 W z ogniskiem 3 μ m. Zamawiający uznał wyjaśnienia za w pełni wiarygodne i przekonujące co do standardów wyposażenia oferowanych przez Nikon tomografów oraz ponadstandardowego wyposażenia tomografu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego.

W zakresie oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że odwołujący niezasadnie domaga się uznania przedstawionych w jego ofercie parametrów urządzenia wskazanych w pozycjach 14-15 oraz 19-21 specyfikacji technicznej jako posiadającej błąd wynikający z oczywistej pomyłki pisarskiej przez nie postawienie w kolumnie 4 formularza znaku mniejszości (<). Wskazał, że odwołujący podnosi, iż „porównanie formularza „Specyfikacja techniczna” oraz opisu technicznego pozwala na stwierdzenie, że treść oferty odwołującego odpowiada treści siwz.”

Zamawiający kwestionuje to stwierdzenie i wskazuje że w opisie technicznym tomografu przedstawionym przez odwołującego na str. 3-4 wskazane parametry dotyczące: minimalnej wielkości plamki ogniska lampy wysokoenergetycznej, minimalnego rozmiaru voxela lampy wysokoenergetycznej, minimalnej wielkości plamki ogniska lampy niskoenergetycznej, nie upoważniają do twierdzenia, że w przedstawionych pozycjach specyfikacji technicznej zabrakło „jedynie znaku „<”.

Zamawiający stwierdził, że wskazane w opisie technicznym parametry urządzenia w pełni korespondują z danymi zawartymi w specyfikacji technicznej. W jego ocenie rozbieżności pomiędzy wymogami a przedstawioną ofertą nie mogą być naprawione w trybie poprawienia

oczywistej pomyłki pisarskiej czy też w trybie innych dodatkowych wyjaśnień. W tych okolicznościach podtrzymał stanowisko o zasadności odrzucenia oferty odwołującego.

W toku rozprawy strony podtrzymały przedstawione stanowiska i złożyły następujące oświadczenia:

Odwołujący ponownie zauważył, że zamawiający nie zastosował się do art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał na podstawy wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania wymaganego doświadczenia i nieskutecznego posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego. Stwierdził, że w tym zakresie również kolejne dokumenty w tym dotyczące firmy Nikon składane przez wykonawcę nie są wiarygodne. Zauważył, że brak jest dokumentów dotyczących tego podmiotu i wskazał, że w ofercie wykonawca deklaruje samodzielną realizację dostawy, co pozostaje w sprzeczności z powoływaniem się na zasoby innego podmiotu. Odnośnie parametrów oferowanego urządzenia przez wykonawcę wskazał na treść pytań tego wykonawcy z 11.03.2014 r. przed terminem składania ofert, treść oferty, w której parametry podane są różnej wielkości, wezwania wykonawcy przez zamawiającego i złożone wyjaśnienia z których treści wynika, iż w rzeczywistości nastąpiła zmiana treści oferty po jej złożeniu.

Podtrzymał stanowisko co do niezasadności odrzucenia jego oferty. Zauważył przy tym, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający wielokrotnie wyjaśniał treść oferty złożonej przez konkurenta, natomiast nie zwracał się do odwołującego i odrzucił jego ofertę nie dokonując poprawienia omyłki do czego był zobowiązany.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał argumentację zawartą w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Potwierdził, że zwracał się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów i otrzymane wyjaśnienia ocenił jako wiarygodne. Stwierdził, że w toku tych czynności nie nastąpiła zmiana treści oferty, a także, że wykonawca prawidłowo przedstawił wymaganą wiedzę i doświadczenie korzystając z potencjału innego podmiotu. Stwierdził, że uzupełniony dokument o stanie konta wykonawcy potwierdził warunek finansowy udziału w postępowaniu. Stwierdził, że treść oferty odwołującego była jasna i nie wymagała wyjaśnień. W ocenie zamawiającego nie miał on podstaw do dokonania poprawienia treści tej oferty. Wskazał na opis techniczny urządzenia z którego wnosi, że kwestionowane parametry zostały podane w ofercie zgodnie z tym opisem, a w konsekwencji niezgodnie ze specyfikacją.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz i treści oferty wybranej jako

najkorzystniejsza wraz z dokumentami uzupełnionymi na wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a także oferty odwołującego, uwzględniając także akta postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 843/14 zważyła, co następuje.

Analizując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 25 kwietnia 2014 r., co do którego w dniu 5 maja 2014 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu skład orzekający zauważa, że powołany przepis ustawy ma w istocie charakter proceduralny z ewentualnym skutkiem przewidzianym w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp. Jak słusznie zauważył odwołujący i co miało miejsce w niniejszej sprawie, zamawiający, który uwzględnił zarzuty odwołania, w toku ponowionych czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wykonał czynności „zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” Skutkiem tych okoliczności jest prawo do wniesienia odwołania, które podlega merytorycznemu rozpatrzeniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W zakresie zarzutów merytorycznych skład orzekający uznał, co następuje.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia dotyczącego wymogu wykazania się co najmniej dwiema dostawami tomografu przemysłowego o określonej wartości wykonawca wybrany przedstawił dostawy wykonane przez firmy Nikon Metrology Europe N.V. („Nikon”), czyli niewątpliwie podmiot trzeci nie będący wykonawcą w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający zauważa, że zarówno postanowienia siwz, jak i przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp wskazują na możliwość potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez odwołanie się („poleganie na”) potencjału podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę z tym podmiotem. Przesłanką dopuszczalności jest możliwość dysponowania niezbędnymi zasobami (potencjałem) przy wykonaniu zamówienia. Z przepisu ustawy nie wynika wprost konieczność uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, np. jego części lub w charakterze podwykonawcy. Można przy tym zauważyć, że przepisy rozporządzenia PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../ w § 1 ust. 6 wskazują na możliwości oceny przez zamawiającego dokonania oceny, czy dostęp do zasobów jest rzeczywisty na podstawie określonych dokumentów, jakich może żądać zamawiający. W przepisie wskazuje się m. in. na dokumenty, jakich brak zarzuca odwołujący. Należy jednak zauważyć, że zależy to od woli zamawiającego wyrażonej w postanowieniach siwz. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie postawił takiego wymogu dla podmiotu udostępniającego potencjał w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, wobec czego zarzut w omawianym zakresie jest niezasadny.

Treść zobowiązania podmiotu trzeciego złożona przez wykonawcę, w której zawarto oświadczenie o udzieleniu wykonawcy pełnego wsparcia i możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia wiarygodnie wskazuje na udostępnienie potencjału wykonawcy na zasadach art. 26 ust. 2 b ustawy pzp.

W zakresie warunku posiadania wymaganej zdolności finansowej wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia informacji potwierdzającej posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę na mniejszą niż 500 000 zł złożył informację z 5 maja 2014 r. ING Banku Śląskiego S.A. potwierdzającą, że na dzień 14 marca 2014 r. tj. przed terminem składania ofert w wymaganej wysokości. W informacji stwierdzono także, że w dacie 14.03.2014 r. jedynym posiadaczem tego rachunku był R. K. czyli wykonawca. Zarzut odwołującego niewykazania spełnienia warunku w tym zakresie jest zatem nieuzasadniony.

W zakresie parametrów technicznych tomografu zaoferowanego przez wykonawcę istotnie powstały wątpliwości wobec różnic w danych przedstawionych w specyfikacji technicznej i opisie urządzenia. Okoliczność ta została wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Wykonawca pismem z dnia 19 maja 2014 r. potwierdził, załączając także potwierdzenie parametrów tomografu przez producenta - Nikon, iż urządzenie będzie posiadało lampę wysokoenergetyczną o mocy 450 W z ogniskiem 3 μ m, a zatem spełniającą wymogi siwz. Nie ma podstaw, by tym wyjaśnieniom odmówić wiarygodności tak co do standardów wyposażenia oferowanych przez Nikon tomografów oraz wymaganego wyposażenia tomografu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego.

W zakresie oferty odwołującego domaga się On uznania przedstawionych w swojej ofercie parametrów urządzenia wskazanych w pozycjach 14, 15, 19, 20 i 21 specyfikacji technicznej jako oczywistej pomyłki pisarskiej braku w kolumnie 4 formularza znaku mniejszości (<). Należy zauważyć, że w opisie technicznym tomografu przedstawionym przez odwołującego na str. 3-4 wskazane parametry dotyczące: minimalnej wielkości plamki ogniska lampy wysokoenergetycznej, minimalnego rozmiaru voxela lampy wysokoenergetycznej, minimalnej wielkości plamki ogniska lampy niskoenergetycznej, nie upoważniają do twierdzenia, że w przedstawionych pozycjach specyfikacji technicznej zabrakło „jedynie znaku „<”. Wskazane w opisie technicznym parametry urządzenia są zgodne z danymi zawartymi w specyfikacji technicznej. Sformułowania w opisie zawierające stwierdzenia „nie przekracza”, „nie jest większy” nie są tożsame z wymogiem „poniżej” przedstawionym w specyfikacji technicznej ani oznaczeniem „<”, którego w ocenie odwołującego wskutek omyłki zabrakło. Na marginesie Izba zauważyła, że przedmiotowe parametry zapewne możliwe są do przedstawienia w wielkości konkretnej, skoro dotyczą konkretnego oferowanego urządzenia, a mimo to również wybrany wykonawca tego nie

dokonał posługując się wprost opisem wymogu specyfikacji technicznej. Ta okoliczność nie podlegała jednak rozpatrzeniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp, jako nie objęta zarzutami. W konsekwencji w ocenie składu orzekającego rozbieżności pomiędzy wymogami specyfikacji technicznej a parametrami przedstawionymi w ofercie odwołującego nie mogą być uznane za podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

Przewodniczący: