

WYROK

z dnia 1 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawcę **EUROCOR POLSKA Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu 10 z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia niniejszego orzeczenia
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EUROCOR POLSKA Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** na rzecz Odwołującego się wykonawcy **EUROCOR POLSKA Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu **20 maja 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej: ustawą Pzp) wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawcę odwołującego się **EUROCOR POLSKA Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku do badań i zabiegów diagnostyczno - interwencyjnych”, znak sprawy DZPZ/333/4 UEPN/2011.

Odwołanie złożono na czynność polegającą na: dokonaniem na podstawie „powtórnego zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie Pakietu 10” z dnia 11 maja 2011 roku i w wyniku przeprowadzonego ponownego badania i oceny ofert, wyborze przez Zamawiającego oferty Elumedica Werner Eilberg, Niemcy (dalej jako: Elumedica) złożonej w zakresie Pakietu 10 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazano na naruszenie przez Zamawiającego w toku postępowania:

1. przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego nieuprawnione zastosowanie przez Zamawiającego w toku powtórnego badania i oceny ofert w celu wezwania Elumedica do złożenia wyjaśnień dotyczących danych zamieszczonych w ofercie tego wykonawcy, tj. w formularzu ofertowym odnoszących się do terminu wykonania zamówienia w sytuacji, w której zarówno przedmiot wezwania Zamawiającego skierowanego dnia 5 maja 2011 r. do Elumedica dotyczącego złożenia wyjaśnień, jak i charakter informacji, których wyjaśnień domagał się Zamawiający nie dotyczyły „oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp”.
2. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Elumedica w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie w jakim Elumedica określiła w swojej ofercie termin wykonania zamówienia na 7 dni od daty złożenia zamówienia.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje także na naruszenie przez Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert:

3. przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione prowadzenie przez Zamawiającego w toku powtórnego badania i oceny ofert negocjacji z Elumedica dotyczących istotnego elementu treści oferty Elumedica, jakim jest termin wykonania zamówienia określonego w ofercie na 7 dni od daty złożenia zamówienia

4. przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego samodzielnie - na podstawie wyjaśnień złożonych przez Elumedica w dniu 6 maja 2011 r. - poprawy oferty Wykonawcy w zakresie istotnego elementu oświadczenia Elumedica stanowiącego ofertę, jakim bez wątpienia jest termin wykonania zamówienia, do czego Zamawiający w żaden sposób nie był uprawniony.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uznanie odwołania za zasadne,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Elumedica - w zakresie Pakietu 10;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie Pakietu 10;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Elumedica, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ;
5. nakazanie Zamawiającemu wybór oferty EUROCOR Polska Spółki z o.o., jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

Ewentualnie, na wypadek nie uznania przez Izbę zarzutów i żądań przedstawionych powyżej, jedynie z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego w toku postępowania:

1. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie i zaniechanie czynności wykluczenia Elumedica z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia z uwagi na przedłożenie wraz z ofertą referencji, które nie potwierdzają faktu należytego wykonania dostaw, mających wskazywać na posiadanie przez Elumedicę wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uznanie odwołania za zasadne;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Elumedica - w zakresie Pakietu 10;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny oferty złożonej przez Elumedica;
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Elumedica w zakresie oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Pakietu 10;
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Elumedica z udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie pakietu 10 z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;

6. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert spośród ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu;

7. nakazanie Zamawiającemu wybór oferty EUROCOR Polska Spółki z o.o., jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu;

Interes EUROCOR Polska Spółki z o.o. z siedzibą w Warszawie w złożeniu przedmiotowego odwołania wynika z faktu, że skarżone czynności Zamawiającego, tj. wybór ofert Elumedica, zaniechanie odrzucenie oferty Elumedica, ewentualnie zaniechanie czynności wykluczenia Elumedica z udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie Pakietu 10 zamknęły Spółce drogę do ubiegania się o zamówienie w zakresie Pakietu 10, w przedmiotowym postępowaniu. W następstwie zaskarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści w wysokości odpowiadającej wartości oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu 10. Odwołujący, jako jedyny podmiot niepodlegający wykluczeniu z udziału w toku postępowania złożył bowiem jedyną ofertę nie podlegającą odrzuceniu, jaka została złożona w zakresie Pakietu 10 w przedmiotowym postępowaniu. Oferta ta w zakresie ceny mieściła się w kwocie, którą Zamawiający chciał przeznaczyć na realizację zamówienia. W związku z tym, gdyby Zamawiający nie naruszył powołanych powyżej przepisów Pzp, Odwołujący uzyskałby możliwość realizacji zamówienia w zakresie Pakietu 10.

Wszelkie terminy związane z wniesieniem odwołania zostały dochowane:

11 maja 2011 r. - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietu 10;

20 maja 2011 - wniesienie niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zawiadomieniem z dnia 12 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu 10 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wybrał ofertę złożoną przez Elumedica Werner Eilberg, Am Haingraben 48,61231 Bad Nauheim, Niemcy. W związku z takim rozstrzygnięciem postępowania przetargowego oraz z uwagi na powzięte przez Odwołującego uzasadnione wątpliwości w zakresie niezgodności oferty złożonej przez Elumedica z postanowieniami SIWZ, EUROCOR w dniu 22 kwietnia 2011 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Elumedica złożonej w zakresie Pakietu 10. Odwołujący wskazał w treści odwołania na naruszenie przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Elumedica w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Elumedica określiła w swojej ofercie termin wykonania zamówienia, na 7 dni od daty złożenia zamówienia. W następstwie wniesionego przez Spółkę odwołania Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2011 r. wystosował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w którym to piśmie zawniósł o umorzenie postępowania w

związku z uznaniem w całości zasadności zarzutów podniesionych przez Spółkę w odwołaniu. Jednocześnie pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. skierowanym do wykonawców biorących udział w postępowaniu Zamawiający unieważnił czynność zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie Pakietu 10, czym jednocześnie faktycznie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty Elumedica w zakresie Pakietu nr 10 dokonanej w dniu 12 kwietnia 2011 r. Dodatkowo uwzględniając w całości zarzuty odwołania Zamawiający zobowiązał się do dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie Pakietu nr 10.

W toku czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania w zakresie Pakietu nr 10 Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2011 r., powołując się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Elumedica do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że przedmiotowe wezwanie obejmuje żądanie do złożenia wyjaśnień (cyt.) „[...] dotyczących terminu realizacji zamówienia określonego przez Państwa w formularzu ofertowym [...]”. W związku z rozbieżnościami pomiędzy treścią oferty Elumedica a treścią wymagań stawianych przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Elumedica do złożenia „[...] wyjaśnień w zakresie prawidłowego terminu wykonania zamówienia [...]”. W następstwie pisma Zamawiającego Elumedica złożyła żądane wyjaśnienia, wskazując jednocześnie, że „[...] termin realizacji zamówienia 7 dni jest jednocześnie nieaktualny [...]”.

W następstwie złożonych przez Elumedica wyjaśnień Zamawiający samodzielnie dokonał zmiany w treści oferty tego wykonawcy i na podstawie zawiadomienia z dnia 11 maja 2011 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie Pakietu nr 10 poprzez dokonanie ponownego wyboru oferty Elumedica.

W ocenie Odwołującego przedstawiona powyżej czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej przez Elumedica na podstawie zawiadomienia z dnia 11 maja 2011 r. dotknięta jest wadą polegającą na:

- 1) wyborze oferty dokonany z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający prowadził z Elumedica negocjacje dotyczące wskazanego w ofercie tego wykonawcy terminu realizacji zamówienia;
- 2) wyborze oferty dokonany z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego samodzielnie - na podstawie wyjaśnień złożonych przez Elumedica - poprawy oferty Wykonawcy w zakresie istotnego elementu oświadczenia Elumedica stanowiącego ofertę, jakim bez wątpienia jest termin wykonania zamówienia określony przez tego wykonawcę w formularzy ofertowym na 7 dni od daty złożenia zamówienia, do czego Zamawiający w żaden sposób nie był uprawniony;

3) wyborze oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodne z SIWZ;

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w treści SIWZ sformułował wymaganie dotyczące terminu wykonania zamówienia (pkt IV SIWZ), przy czym termin wykonania zamówienia Zamawiający sformułował odmiennie w zakresie pakietów 1-15 oraz pakietów 16-23 objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszym przypadku (pakiety 1-15) Zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia wynosi 12 miesięcy od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś w drugim przypadku Zamawiający przewidział, że termin realizacji zamówienia będzie wynosił 24 miesiące od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kolejno należy zauważyć, że stosownie do regulacji przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp SIWZ powinna zawierać co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zatem elementem SIWZ jest projekt umowy, jaką Zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcami wyłonionymi w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Znalazło to potwierdzenie w treści pkt XVI pkt 1 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że postanowienia umowy zawarto we wzorze umowy, który stanowi załącznik numer 3 do SIWZ. Tym samym należy uznać, że projekt umowy oraz wynikające z niego wymagania, jakie Zamawiający stawia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia stanowią w istocie integralną część postanowień SIWZ. A zatem w sposób nieulegający wątpliwości należy uznać, że wymagania stawiane wykonawcom, które zawarte są w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc w integralnej części SIWZ, winne stanowić jednolite dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu kryterium, na podstawie którego złożone przez nich oferty będą poddane ocenie przez Zamawiającego, z punktu widzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Innymi słowy - poddając ocenie ofertę złożoną przez wykonawcę z punktu widzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający powinien brać pod uwagę także zgodność zobowiązania wykonawcy wyrażonego w ofercie z projektem umowy, stanowiącym integralną część SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zauważył, iż stosownie do treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, chyba że zachodzą okoliczności wskazane przez ustawodawcę w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tj. istnieje możliwość poprawienia przez Zamawiającego w ofercie innych aniżeli pisarskie i rachunkowe omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

W ocenie Wykonawcy Odwołującego się żadna z okoliczności wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w stanie faktycznym nie zaistniała, a zatem jako przesłanka odrzucenia oferty złożonej przez Elumedica winna być jedynie zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ pod względem merytorycznym. Oznacza to, iż tylko tego rodzaju sprzeczność oferty z SIWZ, która przejawia się w zaoferowaniu innego przedmiotu zamówienia, zaproponowania innego sposobu realizacji, czy też terminu wykonania zamówienia, aktualizuje pod stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Przyjęcie stanowiska przeciwnego, iż jakiegokolwiek uchybienia oferty względem treści SIWZ skutkują odrzuceniem oferty, stanowiłoby przejaw nieracjonalności, bowiem czyniłoby formalizm nadrzędną wartością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem chodzi o wybór oferty najkorzystniejszej, która zapewnia realizację oczekiwań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (tak: wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2698/10).

Ponadto Odwołujący wskazał, że w literaturze przedmiotu za powszechne należy uznać stanowisko, wedle którego treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu zawartego w SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy zawartego w złożonej ofercie) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ jeżeli chodzi o przedmiot zamówienia oraz sposób i warunki jego realizacji.

W literaturze prawa cywilnego w zakresie stosunków zobowiązaniowych przyjmuje się, że dla dokonania opisu konkretnego stosunku zobowiązaniowego należy dokonać jego oceny z punktu widzenia 3 elementów: stron stosunku zobowiązaniowego, jego przedmiotu, tj. konkretnego świadczenia oraz sposobu spełnienia tego świadczenia, przy czym w ramach sposobu spełnienia świadczenia powinny być brane pod uwagę m.in. miejsce oraz termin spełnienia świadczenia (art. 353 w zw. z art. 454 oraz 455 Kc). A zatem należy przyjąć, że termin spełnienia świadczenia, jak również okres, w którym świadczenie będzie spełniane przez dłużnika jest bardzo istotnym elementem stosunku zobowiązaniowego łączącego strony, przy czym dotyczy to również stosunku zobowiązaniowego zawartego w trybie

regulowanym przepisami Pzp (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym należy w sposób niewątpliwy uznać, że oświadczenie wykonawcy zamieszczone w ofercie, a odnoszące się do terminu wykonania zamówienia dotyczy elementu istotnego samej oferty. Wszelkie zaś zmiany tego elementu dokonane samodzielnie przez Zamawiającego w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, którego oferta jest niezgodna z SIWZ należy potraktować jako działania zmierzające do wprowadzenia do oferty tego wykonawcy istotnych zmian.

W niniejszym stanie faktycznym wskazano, że Zamawiający (w pkt IV SIWZ) w sposób jednoznaczny i nie nasuwający żadnych wątpliwości sprecyzował wymagania w zakresie realizacji zamówienia objętego Pakietem 10 w terminie 12 miesięcy od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę asortymentu w ramach Pakietu 10. Należy ponadto zauważyć, że w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ w postanowieniu § 1 Zamawiający jednoznacznie określił, że „Wykonawca zobowiązuje się dostarczać - sukcesywnie wg potrzeb Zamawiającego, na pisemne lub telefoniczne zamówienie, zatwierdzone przez Kierownika Apteki - w terminie od r. do dnia r. następujące towary [...]”. Z kolei w postanowieniu § 2 ust. 1 projektu umowy Zamawiający sprecyzował kolejny warunek wzajemnej współpracy stron w zakresie sposobu realizacji zamówienia, wskazując, że „Szczegółowy asortyment towarów określonych w § 1, Zamawiający podawać będzie Wykonawcy w chwili złożenia zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamówiony towar w terminie do 48 godz. od chwili złożenia zamówienia (faksem lub telefonicznie)”.

Zestawienie wskazanych powyżej w § 1 oraz w § 2 ust. 1 projektu umowy terminów wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający oczekuje w zakresie Pakietu 10, że wybrany wykonawca będzie realizował dostawy przedmiotu zamówienia sukcesywnie w okresie od dnia podpisania umowy przez okres 12 miesięcy (§ 1 projektu umowy), przy czym realizacja każdej z dostaw zamówionych przez Zamawiającego nastąpi nie później aniżeli w ciągu 48 godzin od momentu złożenia zamówienia. W ocenie Wykonawcy postanowieniu pkt IV SIWZ w powiązaniu z wymaganiem Zamawiającego, któremu dał on wyraz w § 2 ust. 1 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr do SIWZ można nadać jedynie takie znaczenie, o którym jest mowa wyżej. Zdaniem Spółki przedmiotowe postanowienia SIWZ oraz projektu umowy wprowadzają niezwykle istotne z punktu widzenia interesów Zamawiającego wymagania dotyczące terminu realizacji dostaw przedmiotu zamówienia.

W ocenie Wykonawcy Odwołującego się powyższe wskazuje jednoznacznie, że posłużenie się przez Zamawiającego w treści pkt IV SIWZ oraz w § 2 ust. 1 projektu umowy konkretnymi precyzyjnie określonymi terminami, w których wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienia wyraża właśnie tę intencję, aby wykonawcy samodzielnie nie

modyfikowali tego elementu sposobu realizacji zamówienia po to, żeby zaoferować realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Uwzględniając przedstawione powyżej uwagi dotyczące wymagań Zamawiającego w zakresie terminu realizacji zamówienia należy wskazać, że analiza oferty złożonej przez Elumedica wykazuje, że nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie istotnego elementu odnoszącego się do sposobu realizacji zamówienia, a mianowicie terminu wykonania zamówienia. W tym kontekście należy zauważyć, że Zamawiający w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wskazał, że oczekuje od wykonawców biorących udział w postępowaniu i składających ofertę określenia terminu wykonania zamówienia (vide: str. 8 formularza ofertowego). Należy jednak podkreślić, że realizując wskazane wymaganie Zamawiającego Elumedica w formularzu ofertowym złożonym do postępowania wskazała termin wykonania zamówienia, który w żadnym wypadku nie odpowiada wymogom SIWZ określonym przez Zamawiającego. Elumedica wskazała bowiem na stronie 2 formularza ofertowego złożonego w postępowania, iż oświadcza, że wykona zamówienie „od daty złożenia zamówienia w ciągu 7 dni”. Należy więc z całą stanowczością podkreślić, że wskazany przez tego wykonawcę termin wykonania zamówienia w żadnym wypadku nie da się pogodzić z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w pkt IV SIWZ oraz w postanowieniu § 2 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Termin realizacji zamówienia wskazany przez Elumedica jest zatem niewątpliwie różny i od terminu określonego przez Zamawiającego w pkt IV SIWZ, a dodatkowo jest ponad 3 razy dłuższy od wymaganego przez Zamawiającego terminu realizacji poszczególnych zamówień na asortyment objęty zamówieniem.

W kontekście powyższego należy zauważyć, że w ramach przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności ponownego badania i oceny ofert Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji w sposób nieuprawniony wezwał Elumedica do złożenia w tym trybie wyjaśnień dotyczących wskazanego w ofercie tego wykonawcy terminu wykonania zamówienia. Zakres uprawnień Zamawiającego (a jednocześnie jego obowiązków) wynikających z przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ograniczony jest jedynie do oświadczeń i dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, czyli oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzające spełnianie przez wykonawcę: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Tryb przewidziany zatem w powołanym przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy jedynie wyjaśniania wątpliwości zamawiającego co do złożonych dokumentów i oświadczeń, i obejmuje on tylko te dokumenty i oświadczenia, które dotyczą spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także spełniania wymagań określonych przez zamawiającego, odnoszących się do oferowanych dostaw, usług lub robót

budowlanych. Tryb ten może się zatem odnosić tylko i wyłącznie do dokumentów wymienionych w postanowieniach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert wezwał Elumedica do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty wyrażonej w formularzu ofertowym. Zamawiający pominął przy tym (jak się wydaje), że formularz ofertowy i zawarta w nim treść oświadczenia wykonawcy (Elumedica) stanowiącego ofertę złożoną w toku postępowania przetargowego dotyczącą terminu wykonania zamówienia w żadnym wypadku nie jest ani oświadczeniem, ani dokumentem odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu, ani tym bardziej nie odnosi się do przedmiotu oferowanej przez Elumedica dostawy. Ponadto wymaga stanowczego podkreślenia, że dokument, co do którego Zamawiający domagał się wyjaśnień, tj. formularz ofertowy w żadnym wypadku nie jest dokumentem wymienionym w przepisach powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., które określa kategorie dokumentów, których Zamawiający ma prawo, a niekiedy obowiązek domagać się od wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym. Z kolei treść (przedmiot) oświadczenia Elumedica, która budziła rzekome wątpliwości Zamawiającego, tj. wskazany w ofercie Elumedica termin realizacji zamówienia (7 dni - oświadczenie to złożone jest w sposób niezwykle precyzyjny, który nie powinien nasuwać wątpliwości przeciętnemu odbiorcy takiego oświadczenia co do jego treści) nie warunkuje ani samej możliwości udziału w postępowaniu, ani nie odnosi się do cech jakościowych oferowanego asortymentu. Tym samym Zamawiający nie miał w ogóle prawa do zastosowania w niniejszej sprawie trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Stosując zatem ten tryb rażąco naruszył wskazany przepis Pzp.

Konsekwencją nieuprawnionego zastosowania przez Zamawiającego trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest również fakt, iż wyjaśnienia Elumedica złożone w piśmie datowanym na dzień 6 maja 2011 r. w żadnym wypadku nie mogły spowodować skutecznej zmiany pierwotnie złożonego przez Elumedica oświadczenia (będącego składnikiem oferty) odnoszącego się do terminu wykonania zamówienia. Przedmiotowe oświadczenie Elumedica, tj. oświadczenie w zakresie terminu wykonania zamówienia odnosi się bowiem do merytorycznego elementu oferty tego wykonawcy dotyczącego sposobu i warunków realizacji zamówienia. Skoro termin realizacji zamówienia, wskazany w formularzu ofertowym stanowi element oferty, jakiegokolwiek zmiany w zakresie tego terminu są wykluczone z mocy przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu niedopuszczalne jest bowiem dokonywanie w ofercie jakiegokolwiek zmian. Co prawda - elementy treści oferty mogą ulegać ewentualnej zmianie w toku

czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego, jednakże może to nastąpić jedynie w trybie art. 87 ustawy Pzp, i to wyłącznie pod warunkiem, że w konkretnym stanie faktycznym sprawy zaistnieją okoliczności z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaś w toku niniejszego postępowania w ramach ponownego badania i oceny ofert trybu takiego nie zastosował. Co więcej - w ocenie Odwołującego nawet gdyby w ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający zastosował tryb przewidziany w art. 87 Pzp w stanie faktycznym sprawy nie zachodziły okoliczności uprawniające Zamawiającego do dokonania zmiany oferty złożonej przez Elumedicę wymienione w art. 87 ust. 2 Pzp.

W tym miejscu jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje niniejszym, że postępowanie Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert wskazuje, że istotą działania Zamawiającego była prawdopodobnie chęć obejścia zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty oraz zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie złożonej w postępowaniu, wyrażonego w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawą Pzp. Jedną z przesłanek wskazujących na taki cel działania Zamawiającego jest okoliczność, iż w następstwie pierwszego z odwołań wniesionych przez Odwołującego Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. uznał w całości zasadność podniesionych przez Odwołującego zarzutów, przy czym należy mieć na uwadze, że podstawowym zarzutem podniesionym przez Spółkę w pierwotnym odwołaniu było zaniechania zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Elumedica w sytuacji, w której oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Elumedica określiła w swojej ofercie termin wykonania zamówienia, na 7 dni od daty złożenia zamówienia”. Zamawiający wiedział zatem, że zarzuty Odwołującego nie dotyczą przede wszystkim kwestii niespełniania przez Elumedica warunków udziału w postępowaniu, czy też niespełniania przez oferowany asortyment wymagań techniczno - jakościowych. Zamawiający wiedział, że zarzuty Odwołującego dotyczą niezgodności merytorycznej pomiędzy wymaganiami SIWZ a ofertą Elumedica (niezgodność w zakresie sposobu wykonania zamówienia, odnoszącego się do terminu realizacji dostaw), a zatem braki w tym zakresie nie mogą być w żaden sposób sanowane w trybie art. 87 ustawy Pzp. Zastosowanie zatem trybu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp miało zatem prawdopodobnie doprowadzić, do zmiany przez Elumedica pierwotnie zaoferowanych warunków realizacji zamówienia w sposób pośredni, noszący cechy niejako negocjacji stron w zakresie treści oferty.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że z oczywistych względów w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie istniały podstawy do dokonania w ofercie złożonej przez Elumedicę dopuszczalnych zmian, o jakich mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty Elumedica skierowane przez Zamawiającego nie odnosiło się do wątpliwości wynikających z błędu pisarskiego, czy też błędu

rachunkowego. Rozważenia zatem wymaga, czy zmiany dotyczące terminu wykonania zamówienia można zakwalifikować jako okoliczności, o jakich stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołujące zmian takich w żadnym wypadku NIE można kwalifikować w kategoriach, do jakich odnosi się art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że: „z chwilą otwarcia ofert nie jest dopuszczalna jakakolwiek zmiana treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest również prowadzenie jakichkolwiek negocjacji między zamawiającym a oferentami. Wyjątek dotyczy uprawnienia zamawiającego do poprawienia w tekście oferty oczywistych omyłek. Oferta nie może być precyzowana bądź dopracowywana na wniosek wykonawcy. Nie może także zmierzać do zmiany pierwotnych warunków wykonania zamówienia zaoferowanych przez wykonawcę w ofercie, co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy w sensie merytorycznym „niezależnie od stopnia winy wykonawcy” (tak: Stefan Babiarczyk, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010 LexisNexis Wydanie I). Powyższe stanowisko prezentowane jest również jednolicie w orzecznictwie KIO (KIO/UZP 126/11, podobnie w wyroku z dnia 10 listopada 2010 r. KIO/UZP 2356/10).

Jak szczegółowo wykazano powyżej termin realizacji zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę jest niezwykle istotnym merytorycznym elementem oświadczenia wykonawcy, będącego ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Element ten odnosi się bowiem do warunków realizacji istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Skoro Zamawiający wymagał wykonania zamówienia w konkretnym, wskazanym przez siebie terminie trudno przyjąć, że nie miało to istotnego charakteru dla Zamawiającego, tym bardziej, jeżeli weźmie się pod uwagę charakter działalności prowadzonej przez Zamawiającego. Tym samym zdaniem Odwołującego jakiegokolwiek zmiany dotyczące terminu wykonania zamówienia musiałyby prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Zmiany takie jednak, w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a contrario są absolutnie niedopuszczalne po złożeniu oferty. Tym samym, gdyby Zamawiający samodzielnie dokonał takich zmian dopuściłby się naruszenia powołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. A zatem zaoferowany przez Elumedica termin realizacji zamówienia określony na 7 dni od daty złożenia zamówienia nie spełnia parametrów granicznych określonych przez Zamawiającego dla terminu realizacji poszczególnych zamówień wynoszącego do 48 godzin od chwili złożenia zamówienia. Oferowany zatem przez Elumedica termin wykonania poszczególnych zamówień nie licuje z wymogiem Zamawiającego zawartym w § 2 ust. 1 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Jakiegokolwiek zaś zmiany pierwotnie zaoferowanego przez Elumedicę terminu realizacji zamówienia, czy to w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy to na podstawie art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp były w niniejszym postępowaniu bezskuteczne i w żadnym wypadku nie mogły doprowadzić do ważnego i skutecznego zaferowania przez Elumedicę terminu realizacji zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Jedynie na marginesie należy wskazać, że złożone przez Elumedica na str. 2-3 formularza ofertowego oświadczenia, iż wykonawca ten zapoznał się z SIWZ, nie wnosi żadnych zastrzeżeń do treści SIWZ oraz, że załączone do SIWZ wymagania stawiane wykonawcy oraz postanowienia umowy zostały przez Elumedica zaakceptowane bez zastrzeżeń w żadnym wypadku nie może sanować tego, że Elumedica określiła w formularzu ofertowym termin wykonania zamówienia niezgodnie z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ i w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. „Zaakceptowanie przez wykonawcę postanowień umowy nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż przedmiot oferty (treść oferty) odpowiada treści siwz, w sytuacji gdy z treści oferty wynika wprost jej sprzeczność z postanowieniami siwz" (jak bowiem wynika z wyroku KIO z dnia 23 września 2010 r. KIO/UZP 1938/10)

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że w okolicznościach faktycznych dotyczących niniejszego postępowania przetargowego w zakresie Pakietu 10 z powyższych względów uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Elumedica (również w toku ponownego badania i oceny ofert) pomimo faktu, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż w okolicznościach faktycznych sprawy doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia Elumedica z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Elumedica nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia z uwagi na przedłożenie wraz z ofertą referencji, które nie potwierdzają faktu należytego wykonania dostaw, mających wskazywać na posiadanie przez Elumedicę wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia

W postanowieniu rozdziale V pkt 2.1. SIWZ Zamawiający określił wymagania, jakie wykonawcy winni spełniać w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, wskazując, że w zakresie warunku wskazanego w rozdz. V pkt. 1.2 wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji minimum dwóch dostaw odpowiadających rodzajem i wartością stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na dostawie oferowanego asortymentu o wartości nie mniejszej niż suma wartości określonych dla poszczególnych pakietów, na które Wykonawca składa ofertę. Jednocześnie w tym samym postanowieniu Zamawiający wskazał, że ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w rozdz. VI A pkt. 1.2. Z kolei w rozdziale VI A pkt 1.2. Zamawiający wskazał, że w celu

wykazania spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp zamawiający żąda m.in. wykazu wykonanych minimum 2 dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na dostawie oferowanego asortymentu o wartości nie mniejszej niż suma wartości określonych dla poszczególnych pakietów, na które Wykonawca składa ofertę, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy wykonane są należycie.

A zatem Elumedica nie wykazała w postępowaniu w zakresie Pakietu 10, iż dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zauważono, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 10 marca 2011 r. Wskazany przez Zamawiającego wymóg można zatem uznać za spełniony, jeżeli przedłożony wykaz zawierałby co najmniej 2 dostawy o wartości łącznie wynoszącej równowartość w złotych polskich kwoty 55.200,00 zł zrealizowane w okresie od 10 marca 2008 r. do 09 marca 2011 r. Tymczasem Elumedica wraz z ofertą złożyła wykaz, z którego wynika, że dostawa opisana pod poz. 1 była realizowana w okresie od 1 stycznia 2008 r. do 31 grudnia 2010 r., a więc dostawy te rozpoczęły się wcześniej aniżeli 3 lata wstecz przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 5 sierpnia 2010 r. (KIO/UZP 1542/10) „wykonawcy uprawnieni są do wykazywania posiadanego doświadczenia również za pomocą usług jeszcze nie zakończonych jednakże w przypadku ustalania wartości tych usług należy brać pod uwagę jedynie wartość usług już zrealizowanych”. Analogicznie do stanowiska wyrażonego w powołanym wyroku należy, w ocenie Odwołującego przyjąć, że w sytuacji, w której wykonawca składa wykaz dokumentujący wykonanie określonych dostaw, których początek przypada na okres wcześniejszy aniżeli 3 lata wstecz przed upływem terminu składania ofert winien wykazać, że to dostawy zrealizowane w okresie wskazanym przez Zamawiającego spełniają określony w SIWZ próg wartościowy. W takiej zaś sytuacji wykaz przedstawiony przez Elumedica nie zawierałby wskazania minimum 2 dostaw o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego przedstawiony przez Elumedica wykaz zrealizowanych dostaw budzi duże wątpliwości, a jako taki nie może być uznany przez Zamawiającego za spełniający wymagania określone w SIWZ. Prowadzi to zatem do wniosku, że wykonawca Elumedica nie wykazał jednego z warunków udziału w postępowaniu jakim jest posiadanie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Zamawiający w postanowieniu rozdziału VI A pkt 1.2. SIWZ wskazał, że w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp Zamawiający zażądał od wykonawców, oprócz wykazu wskazanego powyżej, także załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy wymienione przez wykonawcę w wykazie wykonane zostały należycie. Mając to na uwadze należy podkreślić, że Elumedica nie złożyła wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że dostawy wymienione przez tego wykonawcę w wykazie zamieszczonym na str. 9 oferty zostały zrealizowane należycie. W tym kontekście należy zauważyć, że w wyroku z dnia 18 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 191/08) skład orzekający KIO stwierdził, że „(...) tzw. listy referencyjne powinny jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia”. Podobnie stanowi wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 stycznia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-62/07), w którym czytamy, iż zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 w/w rozporządzenia, Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że dostawy te (lub usługi) zostały wykonane należycie. Z kolei w wyroku z dnia 05 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1352/08) skład orzekający stwierdził, że celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji. Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy jej zakresu wynikają z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści oferty”. Z przytoczonych wyżej wyroków KIO oraz Zespołu Arbitrów, jak również z postanowienia § 1 ust. 1 pkt 3 aktualnie obowiązującego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika w sposób jednoznaczny, że złożone przez wykonawcę dokumenty, potwierdzające fakt zrealizowania dostaw objętych wykazem powinny w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać, że dostawy te zostały zrealizowane należycie.

Elumedica wraz z ofertą złożyła dokumenty pochodzące od dwóch odbiorców dostaw realizowanych przez tego wykonawcę (str. 10-16 oferty Elumedica), wskazujące, że dostawy objęte wykazem były faktycznie realizowane. Przedmiotowe dokumenty zostały złożone przez Elumedicę w jęz. niemieckim wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym na język polski. Z uwagi na przepis art. 9 ust. 2 ustawy Pzp statuujący zasadę, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim należy przyjąć, że rozstrzygające dla oceny, czy złożone przez Elumedica dokumenty spełniają wymaganie Zamawiającego i potwierdzają należyte wykonanie wcześniejszych dostaw powinno być brzmienie złożonych dokumentów jakie zostało nadane im przez tłumacza przysięgłego języka niemieckiego, który sporządził tłumaczenia na język polski dokumentów znajdujących się na str. 10 oraz na str. 13 oferty Elumedica. Tłumaczenie przedmiotowych dokumentów wskazuje jednak

wyłącznie na okoliczność, że wykonawca Elumedica - na datę sporządzania przedmiotowych dokumentów w jęz. niemieckim - dostarcza bądź dostarczał określony w pismach asortyment (tożsamy z oferowanym w niniejszym postępowaniu). Przedłożone zaś przez Elumedicę dokumenty, mające potwierdzać fakt wykonania dostaw wymienionych w wykazie zamieszczonym na str. 9 oferty w żaden sposób nie potwierdzają, że Elumedica realizuje bądź zrealizowała dostawy na rzecz tych podmiotów w sposób należyty. Jedyne fakty, jakie wynika z tych dokumentów (str. 10 oraz 13 oferty) to okoliczność, że dostawy miały miejsce. Mając zatem na uwadze stanowisko wyrażone w przywołanych wyżej wyrokach KIO oraz ZA, jak również z uwagi na brzmienie § 1 ust. 1 pkt 3 aktualnie obowiązującego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a zwłaszcza z uwagi na brzmienie rozdziału VI A pkt 1.2. SIWZ należy uznać, że wykonawca Elumedica nie przedłożył wraz z ofertą dokumentów spełniających wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Tym samym należy uznać, że wykonawca Elumedica nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem i wiedzą. Z tego też względu należy wskazać, że Zamawiający winien - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczyć Elumedicę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do momentu otwarcia rozprawy Zamawiający nie przedstawił odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 2 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 22-035538.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w ich złożeniu, gdyż potwierdzenie się zarzutów dotyczących nieodrżucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania

zamówienia ze względu na złożenie oferty następnej w kolejności najkorzystniejszej cenowo w postępowaniu, która zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W rozdziale V SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, to jest wykazali się w zakresie realizacji minimum dwóch dostaw odpowiadających rodzajem i wartością stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na dostawie oferowanego asortymentu o wartości nie mniejszej niż suma wartości określonych dla poszczególnych pakietów, na które wykonawca składa ofertę (V.2.2.1 SIWZ).

Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia wykazu minimum 2 dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na dostawie oferowanego asortymentu o wartości nie mniejszej niż suma wartości określonych dla poszczególnych pakietów, na które wykonawca składa ofertę, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy wykonane są należycie (Rozdział VI część A – Dokumenty wymagane – pkt 1.2 SIWZ).

Do SIWZ załączono wzór formularza oferty, z którego wynikało, że wykonawca oświadczyć miał, że wykona zamówienie publiczne w terminie do dnia.....

Natomiast z projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, wynikał zapis, iż wykonawca zobowiązuje się dostarczać sukcesywnie według potrzeb zamawiającego zamówienie w terminie od.....r. do dniar.

W punkcie IV SIWZ wskazano, że termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od daty podpisania umowy.

W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Ustosunkowując się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej uznano zarzut za nieuzasadniony. Wskazany przepis stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego*

oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 7). Uznano, że termin 3 dni (obecnie 7 dni) stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawcy, gdyż pozostawia mu możliwość zajęcia stanowiska w kwestii wprowadzanych poprawek także w sytuacji, gdy obejmuje dni ustawowo wolne od pracy.”

Powołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie).

Bezspornym jest między stronami to, że oferta wybranego wykonawcy złożona w analizowanym postępowaniu nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający dokonał jej poprawek. Wykonawca przyznał powyższe składając na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia do treści oferty.

Bezspornie z zapisów SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia od wykonawcy wskazania w formularzu ofertowym daty, do której będzie wykonywał zamówienie i jednocześnie we wzorze umowy określił w miesiącach wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego uprawnionym działaniem Zamawiającego było zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie terminu realizacji zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, iż wzór formularza ofertowego sporządzony przez

Zamawiającego swoimi zapisami mógł poszczególnych wykonawców wprowadzać w błąd, zwłaszcza biorąc pod uwagę zapisy znajdujące się w projekcie umowy odnoszące się do terminu realizacji zamówienia. W ocenie Izby wykonawcom trudno byłoby ustalić dokładną datę dzienną, do której będą wykonywać zamówienie i wpisać ją do formularza. Z drugiej zaś strony termin realizacji zamówienia został sztywno określony wzorem umowy i wynosił w przypadku pakietu nr 10 - 12 miesięcy od daty podpisania umowy. Ponadto Zamawiający wskazał we wzorze umowy, że wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć towar w terminie do 48 godzin od chwili złożenia zamówienia. Zatem wyznaczony termin dostawy nie był terminem sztywnym, miał jedynie zmieścić się w granicach 48 godzin od złożenia zamówienia, a więc być może wykonawcy mogli określić go w innej wartości niż maksymalne 48 godzin i tą wartość należało wpisać w formularz ofertowy. W zakresie tym wykonawcy nie zadali żadnych pytań, jednakże w kilku ofertach pojawił się rozbieżności dotyczące zagadnienia terminu realizacji.

Stąd nie sposób zgodzić się z poglądem Odwołującego, zgodnie z którym określenie terminu realizacji w formularzu, stanowi przejaw świadomego działania wykonawcy, oświadczenia o zamiarze wykonania zamówienia w sposób odmienny aniżeli wymagany w specyfikacji, które nie może być rozpatrywane w kategorii błędu. Określenie to może równie dobrze wynikać z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający będący autorem zapisów SIWZ. Nie oznacza to, że wykonawca wybrany do wykonywania zamówienia w określonym czasie nie będzie zobligowany, choćby oświadczeniem złożonym wraz z formularzem oferty. Trudno wyobrazić sobie sytuację, z której wynika, iż wykonawca świadomie umieszcza zapisy, które nie odpowiadają zapisom SIWZ. Niewątpliwie przyznać należy rację Odwołującemu, że termin realizacji zamówienia jest elementem istotnym oświadczenia woli, jednakże ze względu na zaistniałą sytuację w prowadzonym postępowaniu, skład orzekający stanął na stanowisku, iż dopuszczalne było dokonanie poprawienia oferty wybranego wykonawcy w kwestionowanym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający był uprawniony do poprawienia oferty przez poprawienie terminu realizacji zamówienia.

Powyższe przemawiało za uznaniem dopuszczalności dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako dotyczącej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części nieobejmującej zmiany przez Zamawiającego ceny.

Dostrzeżenia dalej wymagało, że dokonane w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego poprawienie omyłek, stanowiących o niezgodności oferty treścią SIWZ nie powoduje istotnej zmiany oferty wybranego wykonawcy. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres

zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. W wyniku poprawienia zmianie nie uległa cena oferty. Natomiast zakres zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje jej niewielki wycinek. Zatem dokonane poprawki uznać należało za nieistotne.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym.

Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do okoliczności konkretnego przypadku polega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby Zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego dostawę sprzętu jednorazowego użytku do badań i zabiegów diagnostyczno-interwencyjnych, poprawione przez Zamawiającego niezgodności oferty wybranej ze specyfikacją kwestionowane w odwołaniu uznano za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym. Wybrany wykonawca wyraził zgodę na poprawienie powyższych informacji w ofercie a więc de facto przyznał, że zamówienie będzie wykonywane zgodnie z założeniami przyjętymi w SIWZ przez Zamawiającego. W wyniku poprawienia omyłek Zamawiający nie dokonał poprawienia ceny oferty, a wybrany wykonawca na poprawienie omyłek bez zmiany ceny wyraził zgodę. Oznacza to, że wykonawca wykona zamówienie za tę samą cenę, pomimo zmiany zakresu świadczenia i jego częstotliwości. Potwierdza to zatem dodatkowo nieistotność omyłek.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez sprzeczne z treścią tego przepisu, poprawienie wybranej oferty, w sposób powodujący istotną zmianę treści tej oferty, a także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. nieobejmującej całości przedmiotu zamówienia i nie spełniającej wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ.

Odnosnie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu, iż przepis ten daje możliwość wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W trybie tegoż

przepisu nie wyjaśnia się wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty. Prawdą jest również, iż Zamawiający posiadał powyższą wiedzę dokonując czynności ponownego badania o oceny ofert w prowadzonym postępowaniu w związku z sygnalizowaniem powyższego przez Odwołującego się obecnie wykonawcę w toku poprzednio toczącego się postępowania odwoławczego. Skład orzekający pragnie zauważyć, iż to nie podstawa prawna decyduje o prawidłowości złożenia wyjaśnień. Nawet jeżeli podstawa prawna wezwania do wyjaśnień jest nieprawidłowa (a niewątpliwie taka była w prowadzonym postępowaniu), to wykonawca, który zastosował się do wystosowanego wezwania, nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami Zamawiającego.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle przytoczonych wymagań SIWZ dotyczących treści warunków udziału w postępowaniu i wymaganego sposobu potwierdzania ich spełniania, biorąc pod uwagę informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty Elumedica Werner Eilberg, tj. wykazie dostaw oraz załączonych do niego dokumentów stanowiących w ocenie wybranego wykonawcy referencje, skład orzekający Izby stwierdził, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia. Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie wykazania się minimum dwiema dostawami w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na dostawie oferowanego asortymentu o wartości nie mniejszej niż suma wartości określonych dla poszczególnych pakietów, na które wykonawca składa ofertę w zakresie należytego wykonania wskazanych dostaw. Nieuprawnionym działaniem Zamawiającego było również uznanie za prawidłowe i potwierdzające spełnianie warunku dokumentów załączonych przez wybranego wykonawcę (tj. „Zaświadczenia” wraz z tłumaczeniem i zestawieniem materiałów na kartach 10-12 oferty oraz „Potwierdzenia” wraz z tłumaczeniem i zestawieniem materiałów na kartach 13-16 oferty) toku dokonywania czynności badania i oceny ofert.

Na wstępie rozważań należy zauważyć, iż przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku dostaw stanowiąc mają dokument potwierdzający, iż wskazane

w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Treść tychże dokumentów nie musi jednak powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz. Może być ona jedynie pomocna w ocenie ich wiarygodności. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych dostaw w sposób należyty.

Wskazać także należy, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie” w dokumencie potwierdzającym realizację zadania. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 19 sierpnia 2009 roku (sygn. Akt KIO/UZP 1016/09), iż „brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego)”.

Wskazać tu także dodatkowo należy na cel składania wymaganych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, którym jest wyłonienie wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a tym samym dającego rękojmię prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie umowy mogą być zatem nie tylko referencje, ale też przykładowo protokoły zdawczo - odbiorcze lub faktury, w których nie stwierdzono uwag co do wykonania zamówienia. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09).

Odnosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, zauważyć należy, że złożone przez wykonawcę Elumedica Werner Eilber „Zaświadczenie” (karty 10-11 oferty) nie zawierało wszystkich niezbędnych danych do uznania go za potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Wynikało z niego jaki był zakres dostaw objęty zamówieniem (balony uwalniające lek), w jakim czasie wykonywane były dostawy (nieprzerwanie od 2008 roku), nie znajdowała się tam natomiast żadna informacja na temat poprawności realizacji dostaw. Izba nie znalazła podstaw, które pozwoliłyby uznać, że wykonawca udowodnił

należyte wykonanie zamówienia. Fakt dostarczania określonego asortymentu, nawet w sposób nieprzerwany, nie potwierdza jeszcze, że dostawy te wykonywane są w sposób poprawny, terminowy, bez opóźnień, czyli innymi słowy w sposób należyty. To rolą wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest wykazanie przed Izbą, a przede wszystkim przed Zamawiającym że wykonawca zrealizował zamówienie, albo że zrealizowane zamówienie obejmuje swoim zakresem określone elementy wymagane przez Zamawiającego jako niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób należyty.

Również następane dokumenty znajdujące się w ofercie wybranego wykonawcy, tj. „Potwierdzenie” (karty 13-16 oferty) załączone na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ nie potwierdzają należytego wykonania lub wykonywania zamówienia. „Poświadczenie” to zawiera podobne informacje do opisanego wyżej „Zaświadczenia”. Wynika z niego, że od roku 2008 wykonawca dostarczał balony uwalniające lek.

W świetle przytoczonych wymagań SIWZ dotyczących treści warunku udziału w postępowaniu i wymaganego sposobu potwierdzania jego spełnienia, biorąc pod uwagę informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty Elumedica Werner Eilberg, skład orzekający Izby stwierdził, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie należytego wykonania odstaw i w tym zakresie winien być on przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedmiotowe wezwanie do uzupełnienia jest możliwe, ponieważ Izba nie uwzględniła zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty. W przypadku uwzględnienia powyższych zarzutów, wzywanie do wyjaśnień lub uzupełnienia byłoby niecelowe, ponieważ art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż nie wzywa się wykonawców, których oferta podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do kwestionowanego przez Odwołującego okresu realizacji dostaw wykazanych w wykazie dołączonym do oferty wykonawcy Elumedica Werner Eilberg Izba uznała, iż zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów nie zasługuje na uwzględnienie w oparciu o powyższą przesłankę.

Należy na wstępie wskazać, iż za utrwalone zarówno w orzecznictwie, jak również ugruntowane w piśmiennictwie należy uznać stanowisko, że za spełniające warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia traktuje się dostawy zakończone (zrealizowane) lub realizowane we wskazanym przez Zamawiającego okresie. Celem wykazania spełnienia warunku nie jest konieczne rozpoczęcie i zakończenie realizacji dostawy w wymaganym okresie.

Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący swoją argumentację opiera na błędnym założeniu, iż za spełniające warunek udziału w postępowania w zakresie wymaganej wiedzy

i doświadczenia zostaną uznane jedynie dostawy, które rozpoczęły się i zakończyły w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Wynika to z faktu, iż Odwołujący w treści odwołania w zakresie dostawy realizowanej w okresie 01.01.2008 r. – 31.12.2010 r. wykazuje, iż dostawę tę realizowano w żądanym przez Zamawiającego okresie jedynie przez okres 3 miesięcy i tym samym wywodzi, iż nie można zaliczyć wartości całego kontraktu.

Izba wskazuje, iż sposób rozumienia warunku oparty o brzmienie rozporządzenia wykonawczego wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem powyższe założenie Odwołującego stoi w sprzeczności z uregulowaniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), jak również z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa. Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia zamawiający, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, może żądać m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (...). Oznacza to, iż wskazane w wykazie dostawy winny być wykonane – a więc zakończone w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – nie zaś rozpoczęte i zakończone w tym okresie. Ponadto wykonawca winien wskazać daty wykonania, nie zaś rozpoczęcia i zakończenia, bądź też daty wykonywania. Takie rozumienie powyższego zapisu wynika z jego literalnej treści, jak również z utrwalonego w tym zakresie orzecznictwa. Oznacza to, że dla wykazania doświadczenia należy wykazać się wykonaniem w ciągu ostatnich trzech latach dostawy, która mogła rozpocząć się wcześniej niż w ciągu ostatnich 3 lat.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż przywołane przez Odwołującego dowody w postaci wykazu dostaw zawartego w ofercie wykonawcy Elumedica Werner Eilberg nie sposób uznać za udowadniające naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie kwestionowanego okresu wykonywania dostawy, gdyż dowodzona przez Odwołującego teza jest oparta na błędnym założeniu.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2011 roku (sygn. akt KIO 926/11).

Wobec powyższego Izba uznała, iż część zarzutu naruszenia powyższego przepisu w oparciu o wskazane wyżej przesłanki faktyczne nie zasługuje na uwzględnienie i w tym zakresie wykonawca wykazał się niezbędnym doświadczeniem opisanym w SIWZ przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu w zakresie niespełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących niezbędnego doświadczenia. Tym samym, decyzja Zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy Elumedica Werner Eilberg nie była prawidłowa i naruszyła przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w następstwie tej czynności dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem część przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności Zamawiającego potwierdziły się, co skutkuje tym, że podjęte decyzje miały wpływ na wynik postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, tj. wpis oraz uzasadnione koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy i obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący: