

Sygn. akt: KIO 1186/15

WYROK
z dnia 18 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J. D., ul. Siedzibna 32/8, 03-317 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części drugiej zamówienia oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYKA J. D. i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w tym postępowaniu;**
2. kosztami postępowania obciąża **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J. D., ul. Siedzibna 32/8, 03-317 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** na rzecz wykonawcy **J. D. prowadzący**

**działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J. D., ul. Siedzibna 32/8,
03-317 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup komponentów do Indywidualnego Pakietu Medycznego – IPMed, Torba zasobnik do Indywidualnego Pakietu Medycznego”. Postępowanie to zostało podzielone na cztery części (pakiety) z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych na każdy z nich. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2015 r. pod nr 2015/S 043-073903.

W postępowaniu tym wykonawca J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARAMEDYK J. D. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 czerwca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części drugiej zamówienia („Gaza wypełniająca zrolowana”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego, o których to czynnościach Zamawiający poinformował Odwołującego faksem w dniu 29 maja 2015 r. W dniu 8 czerwca 2015 r. Odwołujący złożył do Prezesa KIO uzupełnienie odwołania, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu. W piśmie tym Odwołujący podniósł dodatkowy zarzut dotyczący czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ważnych ofert, o której to czynności Zamawiający poinformował wykonawcę w dniu 5 czerwca 2015 r. drogą faksową.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 5 czerwca 2015 r. Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 17 czerwca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na:

- 1) czynność odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu w zakresie pakietu nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy przepis ten nie powinien znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie,
- 2) czynność wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z siedzibą w Piskorzowie w postępowaniu w zakresie pakietu nr 2,
- 3) zaniechanie wezwania Boxmet Medical Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających, że oferowana przez tego wykonawcę gaza wypełniająca zrolowana została dopuszczona do obrotu i stosowania na terenie RP oraz, że jest ona sterylna.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie powinien znaleźć zastosowania, a to z uwagi na fakt, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący - w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, datowane na dzień 7 maja 2015 r. - dostarczył żądane dokumenty w terminie;
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały, że oferowana przez niego gaza wypełniająca zrolowana spełnia wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. że jest ona sterylna,
- 3) art. 7 ust. 1 w związku z 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o., w sytuacji gdy złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały, że oferowany wyrób (tj. gaza wypełniająca zrolowana) został dopuszczony do użytkowania (czy też do obrotu i stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej) zgodnie z aktualną ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 z późn. zm.), oraz że ofertowany przez niego przedmiot dostawy spełniał - na dzień, w którym upływał termin składania ofert - warunki określone przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uznanie odwołania za zasadne,

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o.,
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Boxmet Medical Sp. z o.o., ewentualnie nakazanie Zamawiającemu, aby wezwał wskazanego wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowana przez niego gaza wypełniająca zrolowana spełnia wymogi określone w treści SIWZ,
- 6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty z grona pozostałych (nieodrzuconych) ofert.

Dodatkowo Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami Zamawiającego i zasądzenie na jego rzecz kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że w toku postępowania informował Zamawiającego, iż oferta złożona przez Boxmet Medical jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający uznał zasadność argumentów Odwołującego i w dniu 30 kwietnia 2015 r. unieważnił czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym pakietu nr 2, informując jednocześnie, że czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie powtórzona.

Co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego podkreślił, że w dniu 7 maja 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia między innymi deklaracji zgodności potwierdzającej sterylność zaoferowanego wyrobu. W dniu 11 maja 2015 r. Odwołujący, za pośrednictwem faksu, przesłał do Zamawiającego żądane przez niego dokumenty - poświadczone za zgodność z oryginałem - oraz pismo przewodnie datowane na dzień 9 maja 2015 r. Jednocześnie też w dniu 12 maja 2015 r. pismo przewodnie - wraz z żądanymi przez Zamawiającego dokumentami poświadczonymi za zgodność z oryginałem przez Odwołującego - zostało doręczone do siedziby Zamawiającego. Mimo powyższego Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2015 r., działając na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zawiadomił Odwołującego, że odrzucił jego ofertę jako niezgodną z SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że pomimo oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu ofertowym o zobowiązaniu się do dostarczenia określonych dokumentów na każde żądanie Zamawiającego, w terminie 3 dni roboczych nie uzupełnił ich na wezwanie Zamawiającego. W wezwaniu tym Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie dokumentów do 12 maja 2015 r. do godziny 11:00,

tj. termin wynoszący - w opinii Zamawiającego - 5 dni. Zamawiający wskazał, że do upływu wyznaczonego terminu dokumenty wpłynęły za pośrednictwem faksu i nie uznał dokumentów za dostarczone w terminie z uwagi na treść rozdziału XI ust. 2 SIWZ. W ocenie Odwoływającego doręczył on żądane przez Zamawiającego dokumenty w terminie. Podkreślił, że to co w opinii Zamawiającego ma stanowić wydłużenie terminu na złożenie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest w gruncie rzeczy skróceniem terminów wynikających z SIWZ, czy też z oświadczenia Odwoływającego zawartego w ofercie (pkt 7 Formularza ofertowego - Załącznik nr 1 do SIWZ). Według niego należało uznać, że termin na złożenie dokumentów mijał w dniu 12 maja 2015 r. (o północy) i w tym właśnie dniu mijają bowiem 3 dni robocze liczone od daty wezwania (pierwszy dzień piątek (8.05.2015 r.), drugi poniedziałek (11.05.2015 r.) i trzeci wtorek (12.05.2015 r.)). Wskazał też, że Zamawiający - w Rozdziale II SIWZ - podał, że pracuje od poniedziałku do piątku, w godzinach od 7.00 – 15.00. Zdefiniował tym samym swoje dni robocze. Zamawiający więc powinien był uznać dokumenty dostarczone w dniu 12 maja 2015 r. za skutecznie doręczone, a Odwoływający właśnie w dniu 12 maja 2015 r. (dokładnie o godzinie 14:43) doręczył Zamawiającemu żądane przez niego dokumenty (poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem). Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 2126/12, KIO 1780/14, KIO 144/11). Podkreślił, że opóźnienie w złożeniu dokumentów — w stosunku do terminu określonego przez Zamawiającego — było bez znaczenia bowiem Zamawiający potrzebował bowiem jeszcze 17 dni na zakończenie postępowania. Z ostrożności wskazał też, że w okolicznościach niniejszej sprawy znajduje odpowiednie zastosowanie art. 27 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że wniosek (w okolicznościach niniejszej sprawy dokument) uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on (w okolicznościach niniejszej sprawy dokument) wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków (dokumentów). Na poparcie tego stanowiska przywołał orzeczenie KIO (KIO/UZP 999/09). Podniósł też, że po 7 maja 2015 r. Zamawiający jeszcze dwa razy zwracał się do Odwoływającego (w dniu 15 i 26 maja 2015 r.), przy czym w żadnym z tych wezwań nie wskazywał, czy też nie powoływał się na okoliczność, że przedmiotowe dokumenty zostały złożone z uchybieniem określonego terminu.

Co do zarzutu odnoszącego się do oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. Odwoływający podkreślił, że pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności dotyczących numerów certyfikatów w poszczególnych dokumentach oraz do ustosunkowania się do zarzutów zgłoszonych przez Odwoływającego. Wykonawca ten udzielił odpowiedzi

w piśmie z dnia 29 kwietnia 2015 r. W dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwanie o przedłożenie „aktualnego oświadczenia producenta potwierdzającego proces sterylizacji gazy”. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca ten w piśmie z dnia 12 maja 2015 r. przedłożył to samo oświadczenie (statement), które zostało załączone do oferty. Zamawiający uznał ten dokument za prawidłowy i w dniu 29 maja 2015 r. dokonał wyboru oferty wskazanego wykonawcy. Podniósł, że złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały, że oferowana przez niego gaza wypełniająca zrolowana spełnia wymogi SIWZ, tj. że jest ona sterylna. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a to z uwagi na fakt, że z dokumentów przedłożonych przez tego wykonawcę nie wynika, aby dysponował on dokumentami (świadectwami) potwierdzającymi, że oferowana przez niego gaza wypełniająca zrolowana została dopuszczona do obrotu i stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz, że gaza ta jest sterylna. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił w tym względzie szczegółową argumentację.

W uzupełnieniu odwołania Odwołujący zaskarżył też czynność Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2015 r. unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pakietu nr 2 w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że w wyniku tej czynności odrzucona została także oferta wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o., a jednocześnie Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podniósł, że zaskarżenie przez niego czynności unieważnienia postępowania stało się konieczne z uwagi na fakt, iż w sytuacji, w której Izba przyznałaby rację Odwołującemu i uwzględniła odwołanie w części w jakiej zostało odwołanie wniesione (od czynności odrzucenia oferty Odwołującego), to wówczas – z uwagi na unieważnienie postępowania – mogłoby się okazać, że Odwołujący nie będzie mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia. W swojej argumentacji w tym względzie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 1866/14 i KIO/UZP 1002/09). Jednocześnie też wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutu odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania, zaś nie podtrzymał zarzutu odnoszącego się do oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. Wniósł o jego uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 16 czerwca 2015 r.), w której podtrzymał rozstrzygnięcie postępowania, wskazując

dodatkowo, że Odwołujący przedłożył oświadczenie o spełnianiu wymagań przez oferowany przez niego produkt oraz certyfikat i deklarację zgodności o tożsamym numerze i dacie wystawienia z dokumentami załączonymi do oferty, które różniły się treścią. W związku z powyższym wezwał Odwołującego do przedłożenia oryginałów dokumentów i na ich uzupełnienie wyznaczył mu odpowiednio długi termin (5 dni mimo oświadczenia złożonego na formularzu ofertowym, że wykonawca, zgodnie z SIWZ, zobowiązuje się do dostarczenia dokumentów na każde żądanie Zamawiającego w terminie 3 dni roboczych), mając na względzie okoliczność, iż może to być dokument wymagający dłuższego czasu pozyskania. W wyznaczonym czasie Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokumenty faksem. W tym zakresie Zamawiający podkreślił, że złożenie dokumentów faksem jest niezgodne z treścią SIWZ (rozdział XI pkt 2), w której Zamawiający wyraźnie wskazał, że uzna te oświadczenia i dokumenty za złożone w wyznaczonym terminie, jeżeli zostaną złożone do siedziby Zamawiającego przed upływem wyznaczonego terminu. Ponadto wskazał, że dokumenty te miały być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, zgodnie z § 7 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Zamawiający podkreślił, że w trakcie analizy ofert uznał, że dokument / certyfikat pierwotnie załączony do oferty nie wskazuje, iż oferowany wyrób jest sterylny, natomiast uzupełniony dokument zawiera taką informację. Ponadto podkreślił, że obydwa dokumenty zostały wystawione w tym samym dniu, a wyrób w nich wskazany posiada takie samo oznakowanie. Uwzględniając powyższe Zamawiający poinformował, że skierował w tym zakresie stosowne zawiadomienie do Prokuratury Rejonowej w Otwocku w celu zbadania, czy nie doszło do popełnienia przestępstwa (złączył kopię pisma z dnia 12 czerwca 2015 r. skierowanego do Prokuratury).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając zarzuty odnoszące się do czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu, a także unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części, w której złożył swoją ofertę, wykazał, że ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu w dniu 3 marca 2015 r. na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej, a także poprzez opublikowanie w tej samej dacie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamówienie podzielił na cztery części. W postępowaniu dopuścił możliwość składania ofert na każdą część zamówienia.

W SIWZ Zamawiający określił jako formę kontaktów Zamawiającego z wykonawcami: formę pisemną i dopuścił formę faksową, dodatkowo w tym zakresie zastrzegając, że w przypadku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzna dokument za prawidłowo uzupełniony, jeśli w terminie na jego uzupełnienie dokument ten wpłynie do siedziby Zamawiającego (rozdział XI pkt 1 i 2 SIWZ).

We wzorze formularza ofertowego Zamawiający w pkt 7 wprowadził treść oświadczenia do złożenia przez wykonawców o zobowiązaniu się przez niech do przedłożenia Zamawiającemu na jego każde wezwanie w terminie 3 dni roboczych ważnego świadectwa dopuszczenia do obrotu i stosowania na terenie RP odnoszących się do oferowanego asortymentu.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 9 kwietnia 2015 r., do Zamawiającego w zakresie pakietu nr 2 wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oraz wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający w zakresie pakietu nr 2 m.in. wezwał Odwołującego w piśmie z dnia 7 maja 2015 r. do uzupełniania oświadczeń i dokumentów, wskazując, że zgodnie z art. 30 ustawy o wyrobach medycznych wzywa do uzupełniania certyfikatu jednostki notyfikowanej potwierdzającej proces sterylizacji gazy oraz deklaracji zgodności, że wyrób jest sterylny. W piśmie tym wyznaczył wykonawcy termin na uzupełnienie dokumentów: do dnia 12 maja 2015 r. godz. 11.00.

Zamawiający w dniu 29 maja 2015 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (w zakresie pakietu nr 2), tj. oferty wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. a jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że w dniu 7 maja 2015 r. wezwał wskazanego wykonawcę do uzupełnienia określonych dokumentów, wyznaczając mu termin na ich uzupełnienie do dnia 12 maja 2015 r. godz. 11:00, tj. 5 dni, pomimo oświadczenia wymaganego na formularzu ofertowym o zobowiązaniu się przez wykonawcę na dostarczenie, na żądanie Zamawiającego, wskazanych dokumentów w terminie 3 dni roboczych. Podkreślił, że do upływu wyznaczonego terminu do Zamawiającego wpłynęły dokumenty wyłącznie za pośrednictwem faksu, a tych nie uznał z uwagi na postanowienia rozdziału XI pkt 2 SIWZ. Wskazane czynności zostały przez Odwołującego zaskarżone w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Po wniesieniu przez Odwołującego odwołania Zamawiający w dniu 5 czerwca 2015 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w zakresie pakietu nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z powodu braku ważnych ofert. Jednocześnie też poinformował, że dokonał odrzucenia oferty Boxmet Medical Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący w dniu 8 czerwca 2015 r. wniósł do Prezesa Izby uzupełnienie odwołania, w którym podniósł dodatkowo zarzut dotyczący nieuprawnionego unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że jego oferta jest prawidłowa i powinna zostać przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wyjaśnił też, że wskazany zarzut jest podnoszony w terminie na złożenie odwołania. Przed Izbą Odwołujący nie podtrzymał zarzutu odwołania odnoszącego się do oferty Boxmet Medical Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Izba ograniczyła zakres rozpoznania niniejszego odwołania wyłącznie do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu z uwagi na to, że Odwołujący w toku posiedzenia z udziałem stron postępowania oraz w toku rozprawy przed Izbą nie podtrzymał drugiego zarzutu odwołania, odnoszącego się do oferty wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w oparciu o przywołane powyżej czynności podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego, na moment wydania niniejszego rozstrzygnięcia w sprawie czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została przez Zamawiającego unieważniona. Choć wprost (literalnie) czynności Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2015 r. nie odnoszą się do tej czynności, to *per facta concludentia* można wywieść, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29 maja 2015 r. nie została unieważniona, skoro Zamawiający w postępowaniu podjął czynność kolejną – unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert. Czynność ta jest wynikiem czynności odrzucenia oferty wykonawcy Boxmet Medical Sp. z o.o. w dniu 5 czerwca 2015 r. i czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29 maja 2015 r.

W drugiej kolejności Izba zwraca uwagę, że zakres rozpoznania przedmiotowego zarzutu ogranicza się wyłącznie do czynności Zamawiającego z dnia 29 maja 2015 r. pozostającej w mocy w związku z czynnością Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2015 r. i podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego podanych jako okoliczności uzasadniające uznanie sprzeczności tej oferty z treścią SIWZ. Zamawiający jako okoliczności faktycznych świadczące o wskazanej sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ podał wyłącznie okoliczności formalne, związane z niedochowaniem terminu na uzupełnienie żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Wyłącznie zatem te okoliczności, stanowiące podstawę dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Z tych też względów Izba nie dokonywała oceny prawidłowości uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów i uwagi zgłaszane w tym zakresie przez Zamawiającego w toku rozprawy nie mogły podlegać ocenie Izby.

Przechodząc zatem do oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała ją za niezasadną. Jak wynika z ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie Zamawiający w piśmie z dnia 7 maja 2015 r., kierowanym do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyznaczył mu termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 12 maja 2015 r. godz.

11.00. W ocenie Izby wyłącznie ten termin określony w treści wezwania Zamawiającego ma istotne znaczenie dla ustalenia, do kiedy wykonawca miał obowiązek dostarczyć Zamawiającemu żądane dokumenty. Bezwzględnie zatem należało uzupełnić żądane dokumenty do dnia 12 maja godz. 11.00. Uwzględniając powyższe, uzupełnienie Zamawiającemu przez Odwołującego dokumentów w dniu 12 maja 2015 r. o godz. 14.40 nastąpiło niewątpliwie po terminie. Niezależnie jednak od powyższego Izba uznała, że Odwołujący uzupełnił dokumenty w terminie, przesyłając je Zamawiającemu w dniu 11 maja 2015 r. drogą faksową. Izba nie uwzględniła w tym zakresie argumentacji Zamawiającego, iż uzupełnienie dokumentów drogą faksową nie było skuteczne z uwagi na postanowienia rozdziału XI pkt 2 SIWZ. Zgodnie z pkt 1 rozdziału XI SIWZ Zamawiający dopuścił w postępowaniu – obok, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, niepodlegającej ograniczeniu formy pisemnej – także formę kontaktów faksową z wykonawcami. Rzekome ograniczenie tej formy co do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Izby, z zapisów pkt 2 wskazanego rozdziału SIWZ nie wynika. W punkcie tym wskazuje się jedynie, że dokumenty uzupełniane przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aby były uznane za uzupełnione w terminie muszą znaleźć się w tym terminie w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający we wskazanych postanowieniach SIWZ określił tylko wymóg dostarczenia dokumentu w wyznaczonym terminie do siedziby Zamawiającego, ale w żaden sposób nie określił, że dokument ten ma znaleźć się w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu na uzupełnienie dokumentu. Zamawiający także w treści wezwania do uzupełniania dokumentów z dnia 7 maja 2015 nie określił wymaganej formy pisemnej uzupełnianych przez wykonawcę dokumentów. Tym samym uzupełnienie przez Odwołującego w wyznaczonym terminie dokumentów drogą faksową było formalnie poprawne i skuteczne. Izba nie stwierdziła także, aby uzupełnione przez Odwołującego dokumenty były nieczytelne. Wskazanej okoliczności Zamawiający wcześniej – na etapie uzupełniania przez Odwołującego dokumentów, a także na etapie podejmowania czynności o odrzuceniu oferty tego wykonawcy – nie podnosił. Niemniej jednak oględziny dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego drogą faksową w dniu 11 maja 2015 r. przeprowadzone przez Izbę w oparciu o oryginalną dokumentację postępowania uzyskaną od Zamawiającego, utwierdziły Izbę w przekonaniu, że dokumenty te są czytelne. Dokument ECE Certificate nr DD 6925440001 CAPE, wskazywany przez Zamawiającego jako nieczytelny w zakresie opisu produktu, faktycznie w kilku wersach tego fragmentu dokumentu w wersji anglojęzycznej wskazuje na pewny brak ostrości tekstu. Analiza tego dokumentu wraz z jego tłumaczeniem na język polski pozwala jednak na odczytanie wskazanej, niewielkiej części, treści dokumentu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, tj. unieważnienie postępowania, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy.

Przewodniczący: