

WYROK
z dnia 12 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016 roku przez wykonawcę **Aero Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w pakiecie 61 oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w pakiecie 61 z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Aero Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie** na rzecz Odwołującego - **Aero Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 23 grudnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 r. poz. 2164 ze zmianami), (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie wniósł wykonawca **Aero Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”) wobec odrzucenia w ramach pakietu nr 61 oferty Odwołującego w dniu 15.12.2016 r. oraz czynności z dnia 22.12.2016 r., tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Polmil Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy, wyboru oferty tego wykonawcy i podtrzymania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu jednorazowego użytku”, które prowadzi Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z Warmińsko-Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie**. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości na wskazany rachunek bankowy, kopia odwołania została w ustawowym terminie przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem w przedmiotowym postępowaniu w pakiecie nr 61 Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz w konsekwencji pierwotnie unieważnił postępowanie w tej części z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a następnie w dniu 22.12.2016 r. bezpodstawnie i sprzecznie z zasadami ustawy Pzp - wskutek pisma wykonawcy Polmil, które zostało złożone bez podstaw prawnych - anulował czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Polmil, a następnie dokonał wyboru jego oferty. Czynność Zamawiającego dodatkowo krzywdzi Odwołującego, gdyż zgodnie z przepisami ustawy Pzp - wykonawcy Polmil służyło odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, zatem nie powinien na podstawie art. 181 ustawy składać pisma do Zamawiającego. W rzeczywistości oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający w sposób należyty zweryfikował ofertę Odwołującego, zostałaaby ona uznana za ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 61, bowiem zawierała najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w ramach tej części oraz taki sam termin płatności, jak pozostałe oferty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ w sytuacji, gdy oferowany przez niego w ramach pakietu nr 61 przedmiot zamówienia - mechaniczny filtr oddechowy do respiratorów - spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego, w tym wymóg dotyczący posiadania wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Polmil, zaniechanie odrzucenia oferty Polmil i podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) art. 181 ust. 1 i 2 Pzp przez uwzględnienie informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1, pomimo że na czynności które były jej przedmiotem – służyło odwołanie,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 61 z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ i tym samym nie powinna zostać odrzucona;
- 5) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 61;
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesiono, że zamówienie podzielono na 199 pakietów. W ramach pakietu nr 61, gdzie przedmiotem zamówienia była dostawa mechanicznego filtra oddechowego do respiratorów, oferty złożyło 3 wykonawców - Aero Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polmil Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący dołączył do oferty kartę katalogową oferowanego filtra SK203A (str. 49 oferty), z której wynikało, że spełnia on wszystkie wymagania Zamawiającego. Ponadto Odwołujący załączył do oferty próbkę.

W dniu 15.12.2016 r. Zamawiający opublikował wyniki postępowania, gdzie wskazał, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp unieważnia postępowanie w zakresie pakietu nr 61 z uwagi na; niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ wymagał filtra oddechowego do respiratorów wyposażonego w wydzielony

wymiennik ciepła i wilgoci, a na podstawie załączonej do oferty próbki, Zamawiający stwierdził, że zaoferowany produkt nie posiada tej cechy.

W dniu 22.12.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o anulowaniu czynności unieważnienia postępowania, dokonaniu ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Polmil oraz o wyborze oferty tego wykonawcy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że czynność ta była skutkiem złożenia przez wykonawcę Polmil pisma z dnia 19.12.2016 r. dotyczącego zgodności oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ.

Należy wskazać, że w toku postępowania Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia próbki - mającej w postępowaniu charakter dokumentu przedmiotowego - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę spośród złożonych w ramach pakietu nr 61 – 12 312 PLN, tymczasem pozostałe oferty zawierały dużo wyższą cenę: Polmil - 19 860 PLN oraz Medtronic 19 407, 60 PLN. Wszyscy wykonawcy zaoferowali identyczny termin zapłaty - 60 dni. Oferty pozostałych wykonawców w ramach pakietu nr 61 również zostały odrzucone.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Tymczasem oferta Odwołującego jest w 100% zgodna z treścią SIWZ.

W pkt. 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wskazano, że przedmiot zamówienia stanowi dostawa sprzętu jednorazowego użytku wymienionego w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik Nr 2 do SIWZ. Jednocześnie zgodnie z pkt. 3 SIWZ zamówienie podzielono na 199 pakietów, a szczegółowy opis poszczególnych pakietów znajduje się w SIWZ w Formularzu cenowym.

W załączniku nr 2 do SIWZ - Formularz cenowy - Pakiet nr 61 - filtr oddechowy do respiratorów ustanowiono wymóg, zgodnie z którym należało zaoferować filtr z wydzielonym wymiennikiem ciepła i wilgoci:

„1. Filtr oddechowy do respiratorów mechaniczny, antywirusowy, p/bakteryjny z wydzielonym wymiennikiem ciepła i wilgoci i membraną filtrującą ułożoną w harmonijkę o powierzchni min. 500 cm²; skuteczny z WZWc i HIV, skuteczność filtracji 99.999999%, skuteczność nawilżania nie mniejsza niż 33mgH₂O, skuteczność ogrzewania nie mniejsza niż 32 st. C, element odpowiedzialny za wymianę ciepła i wilgoci wykonany z celulozy.”

W Formularzu cenowym wskazano również, że wykonawca ma obowiązek złożyć próbki oferowanego produktu.

Odwołujący załączył do oferty wymagane próbki filtra oddechowego. Zamawiający po zbadaniu próbek uznał, że Odwołujący oferuje filtry oddechowe nie wyposażone w wydzielony wymiennik ciepła i wilgoci.

Należy wskazać, że działanie Zamawiającego było całkowicie wadliwe, bowiem zaoferowane przez Odwołującego filtry oddechowe spełniają wszelkie wymagania SIWZ, w tym posiadają wydzielony wymiennik ciepła i wilgoci.

Powyższe oznacza, że Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Polmil. Zaniechanie odrzucenia oferty Polmil i podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz naruszenia art. 181 ust. 1 i 2 Pzp przez uwzględnienie informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 pomimo, że na czynności które były jej przedmiotem – służyło odwołanie.

W pierwszej kolejności należy Odwołujący wskazać, że Zamawiający w dniu 15.12.2016 r. pierwotnie odrzucił ofertę wykonawcy Polmil z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta polegała na zaoferowaniu przez wykonawcę filtra z wymiennikiem ciepła i wilgoci wykonanym z papieru, a nie jak wymagał Zamawiający, z celulozy. Zamawiający stwierdził niezgodność na podstawie badania próbki oraz na podstawie treści ulotki załączonej do oferty.

W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia oferty była uzasadniona. Wykonawca Polmil zaoferował filtr zawierający wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z papieru, co zostało stwierdzone nie tylko na podstawie treści ulotki, lecz również na podstawie oględzin próbki przez Zamawiającego.

W dniu 22.12.2016r. wykonawca Polmil w piśmie skierowanym do Zamawiającego załączył dodatkową ulotkę, z której wynika, że wymiennik ciepła i wilgoci wykonany jest jednak z celulozy oraz wyjaśnił, że papier jest w zasadzie tym samym co celuloza.

Wbrew twierdzeniom wykonawcy Polmil należy wskazać, że papier jest materiałem przetworzonym, którego składnikami są - obok celulozy - również inne materiały - substancje chemiczne, barwniki; wypełniacze organiczne i nieorganiczne. Zatem nieuprawnione jest twierdzenie wykonawcy, że element oferowanego przez niego filtra jest wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z celulozy. Wymiennik ten w istocie wykonany jest z papieru, zatem - co prawda - zawiera celulozę, lecz w jego składzie znajdują się ponadto wszelkie inne składniki, jakie zawiera papier.

Jeśli zatem Zamawiający - szpital specjalistyczny wykonujący działalność w zakresie ochrony zdrowia - określił w SIWZ wymóg, by filtr zawierał wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z celulozy, przyjęć należy, że wymóg ten podyktowany był względami o charakterze medycznym i dobrem pacjentów, a za niedopuszczalne należy uznać zaoferowanie filtra z wymiennikiem ciepła i wilgoci wykonanym z innych składników, niż celuloza.

Ponadto wskazać należy, że oferta wykonawcy Polmil powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bowiem zaofferowany przez tego wykonawcę filtr charakteryzuje się parametrem - skuteczność filtracji na poziomie - 99,99999%. Potwierdza to załączona do oferty przez wykonawcę Polmil karta katalogowa. Ponadto informacja ta znalazła się w dodatkowej karcie katalogowej producenta zamieszczonej przez wykonawcę Polmil w piśmie do Zamawiającego z dnia 22.12.2016 r.

Tymczasem w SIWZ Zamawiający wymagał filtra charakteryzującego się skutecznością na poziomie 99,999999%.

Należy wskazać, że parametr ten ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, bowiem w dniu 15.12.2016r. odrzucił on ofertę wykonawcy Medtronic, który w ramach pakietu nr 61 zaofferował filtr charakteryzujący się przedmiotowym parametrem na poziomie 99,9999%.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że na czynność odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każdemu wykonawcy przysługuje na podstawie art. 180 Pzp prawo wniesienia środka ochrony prawnej. W konsekwencji wykonawcy Polmil, tak samo jak Odwołującemu, przysługiwało na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp prawo zweryfikowania decyzji Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tymczasem wykonawca Polmil w dniu 22.12.2016 r. w sposób nieuprawniony skierował do Zamawiającego informację dotyczącą rzekomej zgodności oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Należy wskazać, że zgodnie z art. 181 ust. 1 Pzp prawo wniesienia informacji o czynności niezgodnej z prawem przysługuje wyłącznie działania lub zaniechania Zamawiającego, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. Ponadto z treści tego przepisu wprost wynika, że możliwość ta dotyczy wyłącznie postępowań o wartości przedmiotu zamówienia poniżej progów unijnych, bowiem przepis odsyła do katalogu czynności, na które przysługuje odwołanie w takich właśnie postępowaniach. Tymczasem wartość niniejszego postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W konsekwencji należy przyjąć, że Zamawiający - dokonując anulowania czynności unieważnienia postępowania, przeprowadzając ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy Polmil oraz o wybierając ofertę tego wykonawcy w sposób rażąco naruszył art. 181 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp. Zamawiający nie miał prawa postąpić w taki sposób, bowiem każdego wykonawcę obowiązuje takie same środki ochrony prawnej.

III. Zarzut ewentualny - naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp

Należy wskazać, że nawet gdyby okazało się, że dostarczona Zamawiającemu próbka posiada jakiegokolwiek wady - co Odwołujący z całą stanowczością kwestionuje -

Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu całokształt postanowień SIWZ przemawia zdaniem Odwołującego za uznaniem, że wymagane przez Zamawiającego próbki stanowiły dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 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. 2013 r. poz. 231), którego przepisy stosuje się do przedmiotowego postępowania, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek.

W tym kontekście istotne jest, że w przedmiotowym postępowaniu próbki nie były oceniane w kryteriach oceny ofert. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że takim przypadku dopuszczalne jest uzupełnienie przez Wykonawcę próbek, bowiem traktowane są one jako dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pogląd taki został wyrażony w następujących orzeczeniach: wyrok KIO z dnia 17.5.2016 r., sygn. akt KIO 677/16; wyrok KIO z dnia 11.7.2014 r., sygn. akt KIO 1296/14.

Ponadto w kontekście możliwości odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ bez przeprowadzenia stosownych wyjaśnień należy zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy jedynie w sytuacji, gdy brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 24.8.2015 r., sygn. akt KIO 1699/15; wyrok KIO z dnia 8.5.2014 r., sygn. akt KIO 793/14; wyrok KIO z dnia 5.6.2014 r., sygn. akt KIO 1025/14.

Należy zatem uznać, że czynność odrzucenia oferty wykonawcy stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania, może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość obowiązkowi, nałożonemu na niego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 Pzp.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 PZP

Zamawiający rażąco naruszył w przedmiotowym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zapewnienie poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców jest absolutnie najważniejszym obowiązkiem Zamawiającego. Zasada ta znajduje zastosowanie poprzez konieczność traktowania wykonawców zgodnie z zasadami przyjętymi w SIWZ oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych. W trafny sposób ujęła

zasadę równego traktowania wykonawców A. Sołtysińska, która odniosła ją do pojęcia „dyskryminacji” oznaczającej „różne traktowanie podobnych sytuacji wykonawców”. Wyrok ETS C-13/63 Włochy vs. Komisja Wspólnot Europejskich, EC 1963, s. 165, [w:] A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006 r., s. 110. „Różne traktowanie podobnych sytuacji wykonawców” oraz „podobne traktowanie różnych sytuacji wykonawców” są istotą naruszeń zasady równego traktowania wykonawców.

Ponadto J. Pieróg w opracowaniu „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz” wyd. 13, Warszawa, 2015 r., dokonując wykładni art. 7 ust. 1 Pzp, słusznie wskazał, iż „od wszystkich wykonawców należy egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada nie pozwala faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu(...). Jej przestrzeganie (art. 7 ust. 1) polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji. Zamawiający jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich.”

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu - zasada równego traktowania została w sposób ewidentny naruszona, bowiem oferty wykonawców Medtronic Poland Sp. z o.o. oraz Polmil Sp. z o.o. sp. k., odrzucone przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność ich treści z treścią SIWZ oraz oferta Odwołującego, w pełni zgodna z treścią SIWZ - zostały potraktowane w identyczny sposób.

Ponadto - Zamawiający rażąco złamał zasady wynikające z ustawy, z których wynika w jaki sposób wykonawcy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej i uwzględnił pismo, które powinno być złożone w toku odwoławczym do Krajowej Izby Odwoławczej - bezpodstawnie traktując je jako informację o naruszeniu prawa w rozumieniu art. 181 ust. 1 Pzp.

V. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP

W przedmiotowym postępowaniu została złożona niepodlegająca odrzuceniu oferta tj. oferta Odwołującego. W konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia, oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, unieważniając postępowanie w pakiecie nr 61, w sytuacji gdy powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, próbek załączonych do ofert, stanowisk i oświadczeń Stron zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dowodów złożonych na rozprawie w włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izba ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po żadnej ze stron nie przystąpili wykonawcy.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości. Odwołujący potrzymał zarzuty związane z nieprawidłowym odrzuceniem jego oferty oraz nieprawidłowym wyborem oferty wykonawcy POLMIL, cofając jedynie zarzut związany z niespełnianiem wymogów SIWZ w zakresie parametru skuteczności filtracji przez wykonawcę POLMIL.

Na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawcy mieli złożyć następujące dokumenty:

1. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
2. Oświadczenie, że oferowane produkty będące wyrobami medycznymi są dopuszczone do obrotu i użytkowania na terenie RP oraz są oznaczone znakiem CE zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010r. (Dz.U. z 2010 nr 107 poz. 679);

3. Dokument opisowy dotyczący zaoferowanego produktu (np.: katalog, ulotka informacyjna) – jedynie w przypadku wskazanym w Formularzu cenowym;
4. Próbkę zaoferowanego produktu – Pakiet Nr 10, 14, 30, 33, 34, 35, 45, 46, 58, 61, 63 poz. 2, 70, 71, 73, 75, 76, 77, 81, 86, 90, 98, 102, 107, 122, 139, 141, 167, 180, 182, 183, 193, 194 oraz 199.

Zamawiający wyznaczył dwa kryteria oceny ofert: najniższa cena (95%) oraz termin płatności (5%).

W dniu 3 listopada 2016 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie pakietu 61. Zamawiający wymagał, aby filtr oddechowy posiadał membranę filtrującą ułożoną w harmonijkę o powierzchni min. 500 cm², był skuteczny z WZW c i HIV oraz skuteczność ogrzewania nie mniejsza niż 32 st. C. Zamawiający nie odnalazł potwierdzenia w załączonej do oferty karcie katalogowej oferowanego produktu o wymienionych wymaganiach. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy zaoferowany filtr oddechowy spełnia te wymagania. Ponadto Wykonawca w formularzu cenowym podał, że zaoferowany produkt nie posiada numeru katalogowego. Jednakże zarówno dołączona do oferty ulotka na str. 49 oraz próbka posiadają oznaczenie zawierające nr katalogowy SK203A. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy zaoferowany produkt posiada numer katalogowy, czy też nie.

7 listopada 2016 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia, że zaoferowany w pakiecie nr 61 filtr oddechowy spełnia wymagania Zamawiającego – posiada membranę filtrującą ułożoną w harmonijkę o powierzchni min. 500 cm², jest skuteczny z WZW i HIV, skuteczność ogrzewania nie mniejsza niż 32 st. C. Produkt posiada nr katalogowy SK203A. W formularzu cenowym nastąpiła omyłka podczas sporządzania oferty.

W dniu 15 grudnia 2016 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w pakiecie nr 61 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wymagał filtra oddechowego do respiratorów posiadającego wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z celulozy. Na podstawie dołączonej do oferty próbki Zamawiający stwierdził, że produkt nie posiada wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci. Zamawiający na tej samej podstawie prawnej w pakiecie nr 61 odrzucił ofertę wykonawcy POLMIL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, ponieważ na podstawie dołączonej do oferty próbki Zamawiający stwierdził,

że produkt posiada wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z papieru, natomiast Zamawiający wymagał wymiennika wykonanego z celulozy.

W 20 grudnia 2016 roku POLMIL złożył do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że wymiennik ciepła i wilgoci w zaoferowanym filtrze o nr katalogowym 29001 jest wykonany z celulozy, na potwierdzenie czego złożono oświadczenie producenta oraz katalog. Papier jest to spłśniona na sicie masa włóknista pochodzenia organicznego wykonana z włókien celulozowych, zatem papierowy wymiennik ciepła i wilgoci wykonany jest z celulozy. Dlatego też wykonawca wnosił o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty.

22 grudnia 2016 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty POLMIL w pakiecie nr 61 oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w zakresie tego pakietu. Zamawiający zaznaczył, że otrzymał od wykonawcy dodatkowe wyjaśnienia, na podstawie których uznano, że zaoferowany produkt spełnia wymagania SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty ustala Zamawiający przez wskazanie w SIWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie

ugruntowany jest również pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009).

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z informacji o wyniku postępowania powodem odrzucenia oferty Odwołującego była okoliczność, iż Zamawiający oceniając załączoną do oferty próbkę filtra doszedł do przekonania, że produkt nie posiada wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci. Tymczasem w trakcie rozprawy przed Izbą Zamawiający argumentował, że tak naprawdę powodem odrzucenia oferty Odwołującego była okoliczność, że zaoferowano wymiennik ciepła i wilgoci o innej budowie niż wymagana w specyfikacji. Zdaniem Zamawiającego wymagał on filtra mechanicznego składającego się z dwóch elementów:

- 1) wymiennika ciepła i wilgoci, który nie ma charakteru filtra antybakteryjnego, ma utrzymywać wilgoć i temperaturę na właściwym poziomie w drogach oddechowych pacjenta;
- 2) dodatkowej membrany filtrującej plisowanej

W ocenie Zamawiającego membrana znajdująca się w filtrze Odwołującego nie jest mechaniczna, nie ma charakteru plisowanego, nie jest membraną ułożoną w harmonijkę. Zamawiający zaznaczał, iż filtr miał składać się z wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci oraz wydzielonej membrany.

Dostrzeżenia wymaga, iż opisywane przez Zamawiającego na rozprawie przyczyny, dla których odrzucono ofertę Odwołującego nie znalazły odzwierciedlenia w piśmie informującym wykonawcę o powodach i podstawach odrzucenia oferty. Zamawiający

precyzyjnie w informacji o odrzuceniu określił, że filtr nie posiada wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci. Nie podał żadnych innych powodów nieprawidłowości oferowanego produktu. Nie odnosił się do kształtu i budowy membrany. Tymczasem oględziny próbki złożonej do oferty oraz prezentacja Odwołującego oferowanego produktu tego faktu nie potwierdzają. Oględziny oferowanego filtra przeprowadzone na rozprawie prowadzą do wniosku, iż wyposażony jest on w wymiennik ciepła i wilgoci, element ten jest wydzielony od pozostałych części filtra, ułożony jest spiralnie w obudowie filtra. Jeżeli zaś powodem odrzucenia oferty była budowa i kształt dodatkowej membrany, a Zamawiający wymagał, aby zarówno membrana, jak i wymiennik ciepła ułożone były w kształt harmonijki, to powody te nie znalazły odzwierciedlenia w piśmie informującym o odrzuceniu oferty. Na marginesie zauważyć także należy, iż z zapisów SIWZ nie wynika wprost, że zarówno membrana filtrująca, tak też wymiennik ciepła i wilgoci miały mieć kształt harmonijki.

Zauważyć należy, iż wykonawca decydując się na wniesienie odwołania i korzystanie ze środków ochrony prawnej konstruuje zarzuty, zwłaszcza w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty, poruszać się może jedynie w obrębie informacji zawartych i przekazanych pisemnie przez Zamawiającego. Wykonawca nie może i nie musi domyślać się intencji Zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia i rzeczywistych powodów odrzucenia oferty. To zakres przekazanych przez Zamawiającego informacji decyduje o kształcie i zakresie zaskarżenia decyzji przez danego wykonawcę. Jeżeli jako powód odrzucenia oferty Odwołującego podano brak wydzielonego wymiennika ciepła i wilgoci, a przedstawione na rozprawie dowody w postaci oświadczeń producenta oraz przeprowadzona prezentacja próbki, tezie tej przeczą, Izba zobowiązana była do uznania zasadności zarzutów względem czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu i uznania, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była prawidłowa i nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba nie rozpoznawała sformułowanego zarzutu ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie zauważyć można, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zaszyły okoliczności do zastosowania wspomnianej regulacji prawnej.

Uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje także uwzględnieniem zarzutów naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał w pakiecie nr 61 wyboru oferty najkorzystniejszej, nie przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych powodów Izba nakazała unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty

Odwołującego w pakiecie 61 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem przywróconej oferty.

Odnośnie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy POLMIL, dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, iż oferta Odwołującego jest w postępowaniu ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia wyznaczonych kryteriów oceny ofert, więc nawet stwierdzenie nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego co do oferty wykonawcy POLMIL pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego dla pozycji Odwołującego, nie mogłoby zatem w przypadku potwierdzenia się tych zarzutów dojść do uwzględnienia odwołania.

Tym niemniej, Izba rozpoznając zasadność zarzutów związanych z działaniami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do wykonawcy POLMIL i prawidłowości oferty tego wykonawcy w stosunku do zapisów SIWZ uznała, że zarzuty opisane w odwołaniu podlegają oddaleniu.

Co się tyczy zaniechania odrzucenia oferty POLMIL z uwagi na wymóg złożenia filtra wykonanego z celulozy, w ocenie składu orzekającej Izby, zaofferowany produkt ten wymóg spełnia. Z ulotki załączonej do oferty wynika, że filtr wykonany jest z papieru, zaś materiał producenta złożony przez POLMIL z dodatkowymi wyjaśnieniami wskazuje na wykonanie filtra z celulozy. Nawet gdyby nie brać pod uwagę dodatkowych materiałów złożonych przez wykonawcę, to w ocenie Izby zaofferowano produkt spełniający wymagania SIWZ. Zamawiający w specyfikacji wymagał filtra wykonanego z celulozy, bez bliższego określania składu procentowego, czy jakościowego filtra. Nie ulega wątpliwości, iż w składzie papieru znajduje się celuloza, więc wymóg SIWZ został spełniony. Jednocześnie Izba uważa, iż materiał producenta złożony z dodatkowymi wyjaśnieniami po odrzuceniu oferty POLMIL nie doprowadził do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 181 ust. 1 i 2 Pzp przez uwzględnienie informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 pomimo, że na czynności które były jej przedmiotem – służyło odwołanie, Izba pragnie podkreślić, że skorzystanie z art. 181 ustawy Pzp przez danego wykonawcę jest jego uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem. Prawdą jest, że w przypadku zamówień powyżej progów wykonawcom w nieograniczonym zakresie przysługuje odwołanie, zaś w postępowaniach podprogowych krąg zaskarżalnych czynności i zaniechać Zamawiającego ma charakter ograniczony, a wykonawcom dodatkowo przysługuje prawo do skierowania do Zamawiającego informacji o naruszeniu prawa. Nie jest jednak tak, że wykonawca w postępowaniu powyżej progów zobowiązany jest wnieść tylko i wyłącznie odwołanie, bez możliwości zasygnalizowania Zamawiającemu w innej formie

nieprawidłowości jego działań. Dla przykładu, wykonawcy na początkowym etapie postępowania często jednocześnie kierują do zamawiających pytanie odnośnie treści SIWZ i wnoszą odwołanie, aby zachować termin na korzystanie ze środków ochrony prawnej, następnie zaś wycofują określone zarzuty po uzyskaniu odpowiedzi na pytania. W ocenie składu orzekającego Izby nie było działaniem nieuprawnionym skierowanie do Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień bez wniesienia odwołania. Jest to ryzyko wykonawcy, który zdecydował się na skierowanie dodatkowego pisma, przy jednoczesnej możliwości utraty terminu na wniesienie odwołania od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Skierowanie dodatkowych wyjaśnień nie daje wykonawcom pewności, że Zamawiający owe wyjaśnienia uwzględni i zweryfikuje swoją decyzję. Nie istnieje przepis, który nakazuje Zamawiającym jakiś określony sposób postępowania, przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej, a więc w ocenie Izby nie można działaniom lub zaniechaniom Zamawiającego przypisać jakiegokolwiek naruszenia przepisów. Gdy Zamawiający, jak w przedmiotowym postępowaniu, przeanalizuje uzyskane informacje i zmieni pierwotne rozstrzygnięcie, innym wykonawcom przysługuje prawo do zaskarżenia takiej decyzji, co Odwołujący skutecznie uczynił.

Za niezasadny uznano również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczący nieprawidłowego unieważnienia postępowania z powodu braku ważnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty. W momencie orzekania przez Izbę decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w pakiecie 61 została już anulowana, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, choć nie była to oferta Odwołującego, więc nie można mówić o naruszeniu regulacji odnoszącej się do unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego odwołanie musiało zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący:

.....