

**WYROK**  
**z dnia 1 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Odwołującego wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Promedica s.c. Waldemar Biegalski, Marcin Urban, ul. Grudziądzka 159a, 87-100 Toruń** od czynności Zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn.**

przy udziale wykonawcy **Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Promedica s.c. Waldemar Biegalski, Marcin Urban** z siedzibą w Toruniu i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Promedica s.c. Waldemar Biegalski, Marcin Urban** z siedzibą w Toruniu,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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 wyroku z dnia 1.04.2011 r. sygn. akt KIO 618/11

W dniu **25 marca 2011 roku** (pismem z dnia 23 marca 2011 roku) Odwołujący **Promedica s.c. Waldemar Biegalski, Marcin Urban** z siedzibą w Toruniu, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie na dostawę materiałów opatrunkowych, pakiet nr 8 (nr sprawy DZPZ/333/2UEPN/2011) wobec czynności podjętych w toku postępowania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2011 roku pod numerem 2011/S 214-15-022900.

Zamawiającemu zarzucono:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przedwczesne i bezpodstawne odrzucenie oferty Promedica s.c. Waldemar Biegalski, Marcin Urban, w związku z zaniechaniem dokonania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- 2) w konsekwencji naruszenia powyższych artykułów naruszeniu zasady zachowania konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem każde naruszenie przez Zamawiającego prawa stanowi przesłankę do wniesienia środka odwoławczego - powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 224/08 gdzie zostało wskazane, że „Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego”. Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 r. (sygn. akt I Ca, 134/06), gdzie stwierdził, że odmienna interpretacja „interesu prawnego” na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia”. Podobne stanowisko zajął także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07, gdzie zauważono, że: „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”. Ponadto podniesiono, że oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę spośród złożonych ofert potwierdzając, że jest

ona ofertą najkorzystniejszą, jednak w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych na wstępie przepisów ustawy Pzp traci on możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął na podstawie pisma datowanego na dzień **17 marca 2011 r.** otrzymanego za pośrednictwem poczty e-mail dnia 17.03.2011 r. Zachowany zatem został termin na wniesienie odwołania. W zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówień publicznego Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający napisał, iż: „(...) Zamawiający wymagał w opisie przedmiotu zamówienia dla pozycji nr 4,5,6,7 i 8 pH 2-3,5. Z podanej w ofercie informacji wynika, że na dzień składania ofert Wykonawca nie dysponuje opatrunkami spełniającymi wymagania zawarte w SIWZ w zakresie pH.”.

Z decyzją podjętą przez Zamawiającego na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący nie zgadza się, bowiem jest ona przedwczesna i bezpodstawna, biorąc pod uwagę regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który obliguje Zamawiającego do dokonania wezwania uzupełnienia oferty o dokumenty zawierające błędy lub takie, których Wykonawca nie złożył w terminie wyznaczonym do składania ofert.

W dalszej części odwołania podniesiono, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

W związku z powyższym na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego zażądano zgodnie z pkt. A.2.1 SIWZ dołączenia do oferty folderu-katalogu zawierającego opis-specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedłożył wraz z ofertą dokument, który po dokonaniu przez Zamawiającego badania i ocenie, jego zdaniem nie potwierdził wymaganego w pakiecie 8, poz. 4,5,6,7,8 pH 2-3,5.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w

wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W świetle powyższych przepisów, jeżeli Wykonawca w terminie wyznaczonym na składanie ofert nie dołączył do niej wymaganych dokumentów potwierdzających, że przez oferowane dostawy spełnia określone w SIWZ wymagania, lub złożył dokumenty zawierające błędy, Zamawiający jest zobligowany wezwać go do dokonania stosownego uzupełnienia. Postępowanie takie potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1508/09. Złożony w ofercie przez Odwołującego dokument w przypadku nawet jeśli nie potwierdza wymagań postawionych przez Zamawiającego, należy potraktować jak dokument zawierający błąd lub dokument, którego w ogóle nie załączono do oferty i wobec tego Zamawiający musi w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia. Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza to stanowisko. I tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 919/08, można zauważać: „Zgodnie z nowelizacją z 2007 r. co do zasady dopuszczalne jest uzupełnianie oferty o dokumenty przedmiotowe, potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego i to zarówno w sytuacji, gdy fizycznie nie zostały one załączone do oferty, jak i na zasadach analogicznych, jak w przypadku dokumentów podmiotowych, także wtedy, gdy zostały one załączone, ale nie potwierdzają one spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.” W kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 58/07 zauważono: „W związku z podnoszoną przez Zamawiającego wątpliwością dotyczącą możliwości uzupełniania dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści Izba wyjaśnia, iż retio legis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przemawia za dopuszczeniem takiego rozwiązania”. W kolejnym wyroku, sygn. akt UZP/ZO/0-1179/07 Krajowa Izba Odwoławcza, stwierdza, że „Skoro dokument nie potwierdza spełnienia warunków, to należy uznać, że w ogóle nie został złożony.” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lipca 2009r., sygn. akt KIO/UZP 703/09, KIO/UZP 709/09 zauważyła, że: „Zgodnie z orzecznictwem przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma zastosowanie nie tylko do uzupełnienia brakujących dokumentów (dokumentów nowych) ale również dokumentów błędnych - już istniejących ale nie spełniających wymagań określonych przez zamawiającego (podobnie wyroki Sadu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2007r., sygn. akt XIX Ga 245/07 oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 r., sygn. akt X Ga 223107)”. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2007r., sygn. akt KIO/UZP 1399/07 przeczytać można, że: „Przepis art. 26 ust. 3 pzp odnosi się obecnie nie tylko do formalnej zawartości dokumentu czy oświadczenia ale także do jego merytorycznej treści, ustawodawca bowiem w drugiej części tego przepisu po średniku zawarł dyrektywę

interpretacyjną przepisu stanowiąc „(...) oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, (...)”. Z tego zapisu wynika, że dokument nie potwierdzający warunków jest dokumentem błędnym. Ratio legis ustawodawcy jest doprowadzenie do sytuacji, w której z postępowania nie zostaną wykluczeni wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, lecz nie potwierdzili tego w złożonych dokumentach. Przeciwna interpretacja przepisu doprowadziłaby do nielogicznego wniosku, że lepiej jest nie złożyć dokumentu, niż złożyć dokument, choćby błędny. Takie założenie byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 1 pzp.". Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 195/10 ustalając: „Wykonawca, który w świetle dokumentów i oświadczeń dołączonych do oferty nie spełnia warunków udziału w postępowaniu powinien mieć, podobnie jak wykonawca, który nie dołączył żadnych dokumentów, czy też wykonawca, który co prawda je dołączył, ale zawierają one błędy, przy uwzględnieniu zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwość uzupełnienia oferty w tym zakresie."

Zdaniem Odwołującego nieważne Wykonawcy, który złożył dokument niepotwierdzający wymogu postawionego warunku udziału w postępowaniu do jego uzupełnienia, mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania Wykonawców biorących udział w postępowaniu, bowiem oferta Wykonawcy niepotwierdzająca warunku udziału w postępowaniu, która zawiera stosowny dokument została odrzucona, natomiast oferta Wykonawcy, który nie złożył wymaganego dokumentu byłaby możliwa do uzupełnienia. Sytuacja taka wydaje się być absurdalną, bowiem lepiej byłoby w ogóle nie załączać do oferty dokumentu, niż złożyć dokument nie potwierdzający wymogu. Działanie Zamawiającego polegające na przedwczesnym, a w wyniku zaniechania dokonania czynności wezwania do uzupełnienia wymaganego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp również bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, bowiem Zamawiający nie daje w ogóle Odwołującemu szansy na przedłożenie innych dokumentów, którymi dysponuje i które mogą potwierdzać postawione w SIWZ wymagania. Zamawiający nie może a priori zakładać, że Odwołujący nie posiada dokumentu potwierdzającego spełnianie postawionego warunku, a dokonując odrzucenia oferty bez wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdza swoje założenia. Jest to o tyle istotne, że to Zamawiający dokonuje czynności odrzucenia oferty i ciężar udowodnienia w zakresie istnienia przesłanek powodujących odrzucenie oferty obciąża Zamawiającego. Zaniechanie przeprowadzania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie daje Zamawiającemu stu procentowej gwarancji, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, bowiem dokonanie uzupełnienia o nowy dokument może potwierdzić spełnianie wymaganego warunku. Biorąc pod uwagę regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, którego celem jest przede

wszystkim ratowanie postępowania i ograniczenie możliwości odrzucania ofert w przypadku niezłożenia dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających błędy, Zamawiający niewątpliwie powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego ustanowione wymagania. Po otrzymaniu kolejnego dokumentu, dokonując jego badania i oceny Zamawiający może podejmować kolejne czynności wynikające z procedury udzielania zamówienia publicznego (dokonanie badania i oceny nowych dokumentów, odrzucenie oferty w przypadku nie potwierdzenia spełniania warunku). Zamawiający nie powinien na tym etapie postępowania podejmować tak pochopnych decyzji skutkujących odrzuceniem oferty, powinien natomiast dążyć do wyboru oferty najkorzystniejszej korzystając przy tym ze wszystkich instytucji wynikających z prawa zamówień publicznych. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP31/10: „Niespełnienie warunku wynikającego z SIWZ nie może skutkować natychmiastową koniecznością wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w toku oceny ofert bez uwzględnienia trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Reasumując Odwołujący wskazał, że Zamawiający niewątpliwie zobowiązany był do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający stawiane w SIWZ wymogi. Podjęcie decyzji o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego bez przeprowadzenia obligatoryjnej procedury uzupełnienia dokumentu jest przedwczesne i bezpodstawne oraz narusza przepisy ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 17.03.2011 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem przeprowadzenia procedury uzupełnienia dokumentu potwierdzające spełnianie wymaganego warunku oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy,
- 2) unieważnienie decyzji z dnia 17.03.2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa,
- 3) nakazanie dokonania wezwania Odwołującemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania w pakiecie nr 8, pozycjach nr 4,5,6,7,8 hemostatyku o pH 2-3,5.

W dniu 28 marca 2011 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 185 ust 2 ustawy Pzp złożono przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez **Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o.** z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Kopię odwołania doręczono Przystępującemu w dniu 25 marca 2011 r. w formie faxu.

Wskazując na interes w zgłoszeniu przystąpienia podniesiono, że Johnson & Johnson Polska Sp. z o. o., jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zostało wniesione odwołanie i którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego i polega on na obronie wyboru oferty J&J jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta złożona przez firmę Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego jako prawidłowa i czyniąca zadość zasadom udzielania zamówień publicznych powinna być utrzymana.

W uzasadnieniu wskazano, że po zapoznaniu się z treścią Odwołania wniesionego przez Promedicę stwierdzono, że zarzuty podniesione w jego treści są całkowicie bezzasadne, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest zgodna z przepisami ustawy Pzp, a w szczególności Zamawiający uczynił zadość zasadom udzielania zamówień publicznych, w tym zasadom wyrażonym w art. 7 ustawy, na których naruszenie powołuje się Odwołujący.

Przedmiotem zamówienia w pozycjach nr 4, 5, 6, 7 i 8 były opatrunki hemostatyczne szczegółowo opisane przez Zamawiającego, m.in. poprzez wskazanie wymaganej wartości pH: 2-3,5. Zaoferowane przez Odwołującego opatrunki hemostatyczne nie spełniają wymagań Zamawiającego wyrażonych w opisie przedmiotu zamówienia, a odnoszących się do wartości pH. Z dołączonych do oferty dokumentów jednoznacznie wynika, że wartość pH oferowanych opatrunków oscyluje od 3,5 do 4,5. Zgodnie z oświadczeniem Producenta oferowanych wyrobów deklaruje on gotowość wytworzenia wyrobów posiadających wskazane przez Zamawiającego pH, ale z dokumentu tego jednoznacznie wynika, że na dzień składania ofert taki wyrób nie istnieje, a jedynie może zostać w przyszłości wyprodukowany. Skoro wyroby, które miałyby być przedmiotem dostawy nie istnieją, co zostało potwierdzone przez Promedicę stosownym oświadczeniem załączonym do oferty, to także załączone przez Odwołującego do oferty dokumenty odnoszą się do innych wyrobów, a złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, iż opatrunki hemostatyczne to specjalistyczne wyroby medyczne, których obrót regulują przepisy ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Nie ulega wątpliwości, że skoro opatrunki posiadające wymagane przez Zamawiającego cechy nie są obecnie produkowane przez Producenta, którego wskazał Odwołujący, to w przypadku gdyby ów producent miał w planach ich wytworzenie musiałby sprostać wymaganiom regulacji (w tym UE) dotyczącym produkcji wyrobów medycznych, w tym w szczególności uzyskać certyfikat zgodności. Można poddać wątpliwość, czy wyroby, które miałyby zostać wyprodukowane na zamówienie w ogóle spełnią wymagania zasadnicze, o których mowa w art. 23 ustawy o wyrobach medycznych.

Niezależnie od tego Odwołujący, chcąc wprowadzić takie wyroby na rynek Polski musiałyby dokonać stosownych formalności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy o wyrobach medycznych (np. zgłoszenie).

Zarzuty dotyczące domniemanego zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów są całkowicie bezpodstawne i absurdalne. Podążając tokiem rozumowania i argumentacji Odwołującego należałoby uznać, że w przypadku gdyby Wykonawca załączył do oferty zaświadczenie z US potwierdzające, że zalega z opłacaniem podatków, wówczas Zamawiający jest zobligowany wezwać do uzupełnienia tego dokumentu. Skoro z oferty Wykonawcy jednoznacznie wynika, że oferowane przezeń wyroby nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego (bo nie istnieją) to w odniesieniu do jakich wyrobów miałyby być uzupełniane jakiegokolwiek dokumenty, nieistniejących?

Jedynym uzasadnieniem dla wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów byłoby wskazanie w odpowiedzi na to wezwanie przez Odwołującego innych wyrobów, spełniających wymagania Zamawiającego. Ale przecież nie można uznać za prawidłowe wskazanie innych wyrobów w miejsce zaoferowanych, bowiem zmiana treści oferty po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, a skoro tak, to uzupełnienie dokumentów w odniesieniu do wyrobów, których producent jednoznacznie oświadczył, że ich nie produkuje (ale może „z łatwością wytworzyć”) jest niemożliwa. Gdyby zaś wykonawca przedłożył dokument potwierdzający, że zaoferowany Equitamp posiada wymaganą wartość pH wówczas dokumenty te wykluczałyby się i należałoby uznać, że co najmniej jeden z nich zawiera informacje nieprawdziwe mające wpływ (lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania co jest zagrożone sankcją wykluczenia z postępowania.

Na marginesie zwrócono uwagę, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu (w odniesieniu do innych wyrobów) posłużył się nieaktualnymi dokumentami podmiotów, które uległy przekształceniom, także w tym zakresie jego oferta nie może zostać uznana za prawidłową.

Mając na uwadze powyższe argumenty należy dodatkowo rozważyć czy w niniejszej sprawie ewentualne naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie faktycznym decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej była prawidłowa, a odrzucenie oferty Odwołującego było konieczne zarówno w świetle wymagań sformułowanych przez Zamawiającego jak i dyspozycji art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu **31 marca 2011 roku** Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości ponieważ nie miał podstaw do wezwania w przedmiotowym zakresie. Zamawiający utwierdzony jest, że na dzień składania ofert Odwołujący nie dysponuje wymaganym przedmiotem zamówienia. Zmieniając pH na życzenie klienta należałoby



uruchomić szereg procedur, które w konsekwencji doprowadziły by do ponownej rejestracji produktu a tym samym do nowych dokumentów. Zamawiający nie może doprowadzić do takiej sytuacji, ponadto Zamawiający w chwili dostawy nie miałby sprawdzić pH opatrunku. Zamawiający zaznaczył, iż producent w powszechnie dostępnych publikacjach podaje dla opatrunku Equitamp pH 5,5-6,0. Odwołujący w odwołaniu próbuje udowodnić, że Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia a nie porusza kwestii złożonej przez producenta informacji, która zawiera jasne dane. Dlatego też Zamawiający nie znalazł przesłanek do wykonania stawianych żądań.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów przedłożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego oraz stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów dotyczących niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności 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, co następuje:**

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie prowadzi postępowanie na dostawę materiałów opatrunkowych. Wymagania minimalne dla przedmiotu zamówienia zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ odnoszącym się do oświadczeń i dokumentów, jakie należy załączyć do oferty, Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom przez niego określonym, załączenia do oferty:

- folderu-katalogu, zawierającego opis – specyfikację oferowanego przedmiotu;
- próbek oferowanego asortymentu, w celu potwierdzenia, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom SIWZ. Należy dostarczyć po 1 opakowaniu handlowym próbek z każdej pozycji w pakiecie przy czym, jako opakowanie handlowe należy rozumieć

jedną szpulę plastra czy jedną opaskę gipsową. W przypadku występowania dużego opakowania handlowego należy dołączyć próbki w ilości kilku sztuk, metrów, kilogramów.

Odwołujący złożył ofertę na dwa pakiety wyodrębnione przez Zamawiającego. Wraz z ofertą w pakiecie nr 8 złożono folder opisujący oferowany asortyment, deklaracje CE, certyfikaty z wynikami badań oraz oświadczenie producenta materiałów oferowanych w punktach 4 do 8 pakietu ósmego, iż materiały te nie charakteryzują się wymaganym pH na poziomie 2-3,5 i produkowane są z wyższym poziomem pH ale na prośbę klienta pH produktu może zostać obniżone.

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

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie mogły zostać uwzględnione.

Zarzut zaniechania wezwania i bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosi, iż złożona przez niego oferta zawiera błędy, które mogą być uzupełnione w trybie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego poprzez czynność odrzucenia oferty, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego, że wskazywane przez Odwołującego informacje stanowiące część oferty, nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z przyczyn określonych poniżej.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawców, którzy nie złożyli w określonym terminie wymaganych przez niego oświadczeń, dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta takiego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu. Dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź też dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego dokumenty, których żądał w niniejszym postępowaniu Zamawiający to właśnie dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego jako minimalne i co do zasady ich brak lub wadliwość podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Szczegółowy opis materiałów opatrunkowych znajdujący się w złożonym wraz z ofertą

katalogu produktu to bez wątpienia dokument potwierdzający wymagane przez Zamawiającego parametry. Jest to jednakże również dokument, który potwierdza i wskazuje w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia, jakiego rodzaju asortyment zostanie Zamawiającemu dostarczony i czy spełnia on określone przez niego minimalne wymagania.

Dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak zauważono powyżej, co do zasady podlegają uzupełnieniu w przypadku ich braku lub wadliwości. Niewątpliwie słuszne są w tym zakresie tezy postawione przez Odwołującego w odwołaniu oraz przywołane w tym zakresie orzecznictwo. Jednakże o takiej sytuacji nie może być mowy w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył wraz z ofertą dokumenty (folder) wymagane przez Zamawiającego określające parametry proponowanych materiałów opatrunkowych, razem z wynikami badań i niezbędnymi dokumentami pozwalającymi wprowadzić wyrób medyczny do obrotu. Nie może więc być w tym przypadku mowy o braku jakiegokolwiek dokumentu. Jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone dokumenty, w ocenie składu orzekającego, nie zawierają również żadnych błędów, które mogłyby być na gruncie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp naprawione. Przedłożone dokumenty wskazują po prostu na niespełnianie warunków odnoszących się do minimalnych wymagań wyspecyfikowanych przez Zamawiającego. Wada taka nie może zostać usunięta poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ prowadziłaby de facto do zmiany treści złożonej oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym. Nie może zostać zakwalifikowana jako brak dokumentacji do oferty wada polegająca na zaoferowaniu materiałów o parametrach nieodpowiadających tym określonym przez Zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość w składanych pismach, ani też na rozprawie, że oferowane przez niego materiały spełniają wymogi Zamawiającego, a jedynie załączona została do oferty błędna dokumentacja tych materiałów. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że w wyniku uzupełnienia oferowałoby on ten sam materiał jak w ofercie, a jedynie uzupełniona zostałaby niezbędna dokumentacja. Wskazane w pismach Zamawiającego uzasadniających decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego parametry, w ocenie Izby, są na tyle istotne, że poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Odwołujący zmieniłby oświadczenie woli złożone wraz z ofertą i w istocie zaproponował zupełnie „nowy”, spełniające minimalne wymagania asortyment. Skoro bowiem wyroby o określonym pH, które miały być przedmiotem dostawy nie istnieją, a zostało to wprost potwierdzone przez Odwołującego stosownym oświadczeniem producenta materiałów załączonym do oferty, to także załączone przez Odwołującego do oferty dokumenty odnoszą się do innych wyrobów, a złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ. Faktu dysponowania wyborem o pH określonym w SIWZ nie potwierdziło również nowe oświadczenie producenta materiału opatrunkowego złożone przez Odwołującego na rozprawie. Z oświadczenia tego nie wynika, iż Odwołujący dysponuje materiałami opatrunkowymi, które zaoferował temu

konkretnemu Zamawiającemu ale jedynie, że materiały o wartości pH 2-3,5 były kiedyś na prośbę innego klienta wyprodukowane. W ocenie składu orzekającego nie oznacza to, że takie właśnie materiały opatrunkowe zaoferował Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu.

Z dopuszczalnym uzupełnieniem oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy moglibyśmy mieć do czynienia gdyby informacja o pH materiałów nie znalazła się w ofercie Odwołującego (a nie wynika ona wprost z przedłożonego folderu) i nie wynikała z żadnego z dokumentów znajdujących się w ofercie. W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania art. 26 ust. 3 lub wyjaśnić powyższe w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czemu z resztą Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył. Skoro jednak sam Odwołujący złożył oświadczenie producenta materiałów, że oferowany asortyment nie jest produkowany z pH wymaganym przez Zamawiającego, nawet jeżeli zrobił to omyłkowo, to treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W konsekwencji należy stwierdzić, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie jest zgodna z treścią postanowień SIWZ, co oznacza, że czynność odrzucenia oferty nie naruszyła postanowień przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może być mowy o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający skorzystał z przysługujących mu zgodnie z ustawą Pzp uprawnień. Uprawnień tych w ocenie Izby nie nadużył. Oferta Odwołującego zawierała takie błędy, których nie można było wyjaśnić, nie podlegała również uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ponieważ po pierwsze złożono wymagane dokumenty, a po drugie nie były one wadliwe, nie potwierdzały jedynie spełnienia minimalnych parametrów materiałów określonych w SIWZ, co nie uprawniało Zamawiającego do skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ponieważ zostali oni potraktowani adekwatnie do ich sytuacji w postępowaniu po złożeniu ofert.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i była uzasadniona.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy podlegało oddaleniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się i podjęte decyzje nie miały wpływu na wyniki 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 3 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.

**Przewodniczący:**

.....