

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r. przez wykonawcę **SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans” SPZOZ w Warszawie, 00-685 Warszawa, ul. Poznańska 22**

przy udziale wykonawcy **PROMED S.A., 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans” SPZOZ w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 35, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52, w tym;**

- 1) **wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych**

Odwołującego **SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom przedstawionym przez Zamawiającego zgodnie z rozdziałem III pkt 1.2. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym potwierdzenia, że maska krtaniowa LMA dla dzieci rozmiar 1 o numerze katalogowym 175010 zaoferowana w pozycji 2 oferty spełnia wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania nr 35: „rozmiary: w przedziałach wagowych od 2,5 kg do 30 kg”, tj. że spełnia ona wymaganie przedziału wagowego od 2,5 kg,

- 2) wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy **PROMED S.A., 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1b** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom przedstawionym przez Zamawiającego zgodnie z rozdziałem III pkt 1.2. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym potwierdzenia, że maska krtaniowa dla dzieci I-gel rozmiar 1 zaoferowana w pozycji 2 oferty nr katalogowy 8201 spełnia wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania nr 35, tj. że posiada kanał gastryczny,

z uwzględnieniem okoliczności podanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans” SPZOZ w Warszawie, 00-685 Warszawa, ul. Poznańska 22, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego – Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans” SPZOZ w Warszawie, 00-685 Warszawa, ul. Poznańska 22** na rzecz wykonawcy **Odwołującego - SKAMEX Sp. z o.o. S.K.A. w Łodzi, 93-121 Łódź, ul. Częstochowska 38/52** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego "Meditrans" SPZOZ w Warszawie, ul. Poznańska 22, 00-685 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na: „Dostawy drobnego sprzętu medycznego i materiałów jednorazowego użytku”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, przy czym zamówienie podzielone zostało na 64 zadania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 245-402794 z dnia 20 grudnia 2012 roku.

W dniu 22 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Skamex Sp. z o.o. S.K.A. ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź (dalej „Odwołujący”) w związku z podjęciem oraz zaniechaniem podjęcia przez Zamawiającego:

- a) czynności do której nie był uprawniony, oraz
- b) czynności do której był on zobligowany przepisami ustawy Pzp, tj.
 - a) odrzucenia w zakresie pakietu/zadania Nr 35 oferty Odwołującego (oferta Nr 16) pomimo braku podstawy tak faktycznej jak i prawnej, oraz
 - b) nieodrzucenia w zakresie zadania Nr 35 oferty firmy PROMED S.A. z siedzibą w Warszawie (oferta Nr 4) (dalej " PROMED S.A.") i wybrania jej jako najkorzystniejszej, pomimo braku podstawy tak faktycznej jak i prawnej, w niniejszym postępowaniu .

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie, w ramach prowadzonego przez niego ww. postępowania o zamówienie publiczne, przepisów z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez co naruszony został interes prawny Odwołującego, gdyż pozbawiono go w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a którego oferta złożona w ww. postępowaniu przetargowym w zakresie zadania Nr 35 jest najkorzystniejszą w związku z ustanowionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) ww. postępowania kryteriami oceny ofert i została ważnie złożona, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w swoim piśmie datowanym na dzień 13

marca 2013 r. poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu ww. postępowania, wskazując, że złożona w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania Nr 35 (maski okołokraniowe) oferta przez firmę PROMED S.A. oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta Odwołującego została odrzucona w trybie przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż stwierdzenia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego są całkowicie nieprawdziwe. Zaoferowano bowiem maski krtaniowe w przedziale wagowym nie od 5 kg (jak podaje Zamawiający), ale od < 5 kg (poniżej 5 kg). Przedział wagowy poniżej 5 kg posiada maska w rozmiarze 1 i obejmuje on również dzieci od przedziału wagowego 2,5 kg, tak jak wymagał tego Zamawiający w treści SIWZ. Producent nie wskazuje w instrukcji użycia, iż maski w rozmiarze 1 nie mogą być stosowane u dzieci o wadze 2,5 kg. Producent pisząc, iż maska krtaniowa jest przeznaczona dla dzieci poniżej 5 kg, zostawia decyzje o zastosowaniu maski w danym przypadku wagowym doświadczonemu personelowi medycznemu. Zgodnie z Wytycznymi Europejskiej Rady Resuscytacji z 2010 roku (rozdział 7) maski krtaniowe mogą być rozważane do użycia jako alternatywa do maski twarzowej przy wentylacji ciśnieniami dodatnimi oraz jako stosowana w drugiej kolejności alternatywa dla rurki intubacyjnej w przypadku noworodków od wagi powyżej 2000 g (> 2 kg) lub urodzonych powyżej 34 tygodnia ciąży.

Zamawiający w treści SIWZ przedmiotowego postępowania przetargowego (w zakresie zadania nr 35 wymagał w poz. 2: *„Maska krtaniowa dla dzieci, wykonana z miękkiego termoplastycznego tworzywa; posiadająca miękki mankiet uszczelniający, kanal gastryczny, anatomicznie wyprofilowany stabilizator położenia w jamie ustnej, zintegrowanie zabezpieczenie przed przygryzieniem; dokładne oznaczenie rozmiaru na grzbiecie maski rozmiary: w przedziałach wagowych od 2,5 kg do 30kg”*.

W poz. 2 wykonawca PROMED S.A. zaproponował maskę krtaniową I-gel firmy Intersurgical min. w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 8201, która nie spełnia parametrów zawartych w SIWZ.

Zgodnie z kartą katalogową oraz informacją umieszczoną na oficjalnej stronie producenta firmy Intersurgical, zaoferowana przez PROMED S.A. maska krtaniowa nie posiada kanału gastrycznego w rozmiarze 1, a więc nie spełnia podstawowych warunków zawartych w SIWZ (na potwierdzenie instrukcja obsługi w załączniku).

Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 28 lutego 2013 r. wezwał wykonawcę PROMED S.A do złożenia wyjaśnień. W ww. piśmie Zamawiający żąda „*wyjaśnień*”

dotyczących złożonych dokumentów, poprzez potwierdzenie, że maska krtaniowa dla dzieci posiada kanał gastryczny w rozmiarze 1 (zadanie 35)?".

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 lutego 2013 r. PROMED S.A złożył do Zamawiającego wyjaśnienie z datą 5 marca 2013 r. o treści:

„W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 28.02.2013 r. wyjaśniamy:

Maska krtaniowa dla dzieci zaoferowana w zadaniu 35 oznaczona numerem katalogowym 8202 i 8225 przeznaczona dla dzieci małych i dzieci starszych posiada kanał gastryczny w rozmiarze 10F.

W rozmiarze 1 zaoferowaliśmy Państwu maskę krtaniową oznaczoną numerem katalogowym 8001 dla pacjentów o wadze od 2,5 kg - noworodków, zgodnie z wymogami SIWZ."

Zgodnie ze złożoną ofertą wykonawca PROMED S.A w pakiecie 35 w pozycji 2 dla rozmiaru 1 zaoferował maski krtaniowe o numerze katalogowym 8201, dla rozmiaru 1,5 zaoferowano maskę o numerze katalogowym 8215, dla rozmiaru 2 maskę zaoferowano maskę o numerze 8202, oraz dla rozmiaru 2,5 zaoferowano maskę o numerze katalogowym 8225. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 lutego 2013 r. wykonawca PROMED S.A literalnie i wprost poświadczył, iż zaoferowane maski krtaniowe o numerze katalogowym 8202 i 8225 posiadają kanał gastryczny w rozmiarze 10F, mimo to że nie było to przedmiotem wezwania do wyjaśnień. W odniesieniu do maski w rozmiarze 1 wykonawca nie potwierdził, że maski posiadają kanał gastryczny tak jak powyżej.

Zdaniem Odwołującego na uwagę zasługuje również fakt, iż w pierwotnie złożonej ofercie zaoferowano maskę krtaniową dla rozmiaru 1 o numerze katalogowym 8201, natomiast w wyjaśnieniach, wykonawca oświadczył, iż zaoferował maskę o numerze katalogowym 8001 zgodną z SIWZ.

Biorąc pod uwagę pierwotnie złożoną ofertę i wyjaśnienia z dnia 5 marca 2013r. należy stwierdzić, iż wykonawca PROMED S.A nie potwierdził, iż zaoferowana w formularzu cenowym maska krtaniowa o numerze katalogowym 8201 spełnia wymogi SIWZ, tj. posiada kanał gastryczny.

Reasumując, w świetle przedstawionych przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zarówno ww. działanie jak i zaniechanie działania Zamawiającego w zakresie czy to odrzucenia oferty Odwołującego jak i nieodrzućenia złożonej przez wykonawcę PROMED S.A. (oferta nr 4), w zakresie

zadania Nr 35 oraz wybór jej jako najkorzystniejszej, kwalifikują się do uznania jako całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes prawny Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o :

- 1) uznanie wniesionego odwołania za zasadne,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) dokonania w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne unieważnienia czynności odrzucenia, w zakresie zadania Nr 35, oferty Nr 16 złożonej przez Odwołującego;
 - b) dokonania w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne unieważnienia czynności wyboru w zakresie zadania Nr 35, jako oferty najkorzystniejszej oferty Nr 4 wykonawcy PROMED S.A.;
 - c) dokonania, w zakresie zadania Nr 35 w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne, powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
 - d) odrzucenia w zakresie zadania Nr 35 oferty Nr 4 złożonej przez PROMED S.A. i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych, ważnie złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Kopia odwołania została doręczona wraz z załącznikami Zamawiającemu dnia 22 marca 2013 r.

W dniu 22 marca 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 25 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy PROMED S.A. (dalej także jako "Przystępujący"), wnoszącego o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2013 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Ponadto, wnosił o zasądzenie od Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, na podstawie faktury, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego podnosił, co następuje.

W części nr 35 (zadanie nr 35) - której dotyczy odwołanie Odwołującego Zamawiający wymagał dostarczenia masek okołokrztaniowych, w tym między innymi masek krtaniowych dla dzieci w rozmiarach w przedziałach wagowych od 2,5 kg do 30 kg. Na potwierdzenie zaoferowania przez wykonawców wyrobów zgodnych z wymaganiami SIWZ, Zamawiający wymagał przedłożenia:

- a) Formularza cenowego (Opis Przedmiotu Zamówienia), w którym wykonawcy podać mieli numery katalogowe zaoferowanych wyrobów;
- b) opisu produktu (Zamawiający dopuszczał możliwość załączenia opisu produktu w postaci folderu) - wymaganie pkt III.1.2 ppkt 3) SIWZ. Z opisu produktu winno wynikać potwierdzenie spełniania przez oferowany wyrób wymagań SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 35, przedkładając wraz z ofertą formularz cenowy oraz opis produktu w postaci folderu. Jednak treść załączonego przez Odwołującego folderu w żaden sposób nie potwierdza, że oferowane przez niego maski krtaniowe mogą być stosowane w przypadku dzieci od 2,5 kg (dotyczy masek o nr katalogowym 175010, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 1 marca 2013 r.).

Jak wskazuje sam Odwołujący w treści odwołania *„Producent nie wskazuje w instrukcji użycia, iż maski w rozmiarze 1 nie mogą być stosowane u dzieci o wadze 2,5 kg. Producent pisząc, iż maska krtaniowa jest przeznaczona dla dzieci poniżej 5 kg zostawia decyzję o zastosowaniu maski w danym przypadku wagowym doświadczonemu personelowi medycznemu”*. Oznacza to zatem, że zaoferowane przez Odwołującego maski krtaniowe nie dają gwarancji ich zastosowania w przypadku dzieci o wadze 2,5 kg, a ich zastosowanie w takim przypadku jest możliwe dopiero wówczas, gdy w danych okolicznościach personel medyczny Zamawiającego zadecyduje, że inne okoliczności towarzyszące umożliwiają zastosowanie maski Odwołującego. Zgodnie z opisem produktu Odwołującego, oferowane maski mogą być stosowane w przypadku dzieci poniżej 5 kg. Sformułowanie to nie zawiera informacji, jaka jest najmniejsza dopuszczalna waga zastosowania maski w przypadku dzieci. Wymaganie Zamawiającego było inne. Wymagał on bowiem, aby wykonawca zaoferował mu maski krtaniowe, które dają gwarancję możliwości ich zastosowania u dzieci o wadze 2,5 kg w każdym przypadku, niezależnie od specyficznych okoliczności danej sytuacji. Dlatego też Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego w zadaniu nr 35 nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowania maski krtaniowej, która umożliwia jej zastosowanie w przypadku dzieci o wadze 2,5 kg. Stwierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu tylko potwierdza tę okoliczność.

W związku z powyższym, Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie wyboru oferty PROMED S.A. jako najkorzystniejszej Zamawiający wskazywał, co następuje.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi z formularzu cenowym (opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający wymagał, aby zaoferowane maski krtaniowe dla dzieci posiadały kanał gastryczny. Przystępujący - PROMED S.A. - zaoferował maski krtaniowe dla dzieci, w tym dla dzieci o wadze 2,5 kg (nr katalogowy 8201). W załączonym do oferty Przystępującego opisie przedmiotu zamówienia, wykonawca PROMED S.A. wyraźnie zadeklarował, że wszystkie zaoferowane przez niego maski krtaniowe posiadają kanał gastryczny, cyt: *„I-gel wyposażony jest w kanał do odsysania treści żołądkowej, z kodem kolorystycznym (identyfikacja rozmiaru na podstawie koloru)”*.

Ponadto, na wezwanie Zamawiającego do potwierdzenia, iż zaoferowane produkty spełniają wymagania SIWZ, wykonawca PROMED S.A. w piśmie z dnia 5 marca 2013 r. potwierdził, że zaoferowane maski krtaniowe spełniają wymagania SIWZ. Wobec deklaracji PROMED S.A., Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do uznania, iż treść merytoryczna oferty PROMED S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Zatem nie mógł odrzucić tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego domaga się Odwołujący.

Należy także zauważyć, iż podstawą odrzucenia oferty wykonawcy PROMED S.A. mogłoby być stwierdzenie niezgodności treści tej oferty z SIWZ, a nie jak podnosi Odwołujący, że PROMED S.A. *„nie potwierdził, iż zaoferowana w formularzu cenowym maska krtaniowa o numerze katalogowym 8201 spełnia wymogi SIWZ tj. posiada kanał gastryczny”* - takiej bowiem podstawy nie przewiduje ustawa Pzp. W ofercie wykonawcy PROMED S.A. jest zaś wyraźne potwierdzenie, że wszystkie oferowane maski krtaniowe posiadają kanał gastryczny. Dodatkowo, wbrew stwierdzeniu Odwołującego, oświadczenie PROMED S.A., że oferowane maski krtaniowe są zgodne z wymaganiami SIWZ nie może być interpretowane jako zaprzeczenie, że maski krtaniowe o nr katalogowym 8201 posiadają kanał gastryczny. Podstawą stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ jest jej treść, a nie inne informacje nie znajdujące się w ofercie np. instrukcje obsługi, które dostarczył Odwołujący, a których pochodzenie i aktualność nie jest wiadoma. Zgodnie z wyrokiem KIO w sprawie sygn. akt KIO 2584/11 *„postępowanie przed Izbą zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp sianowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają*

obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując się w tym zakresie na regulację art. 14 ustawy pzp dopuszczającą stosowanie w sprawach nieuregulowanych ustawą pzp przepisów kodeksu cywilnego, należy w oparciu o przepis art. 6 Kodeksu cywilnego stwierdzić, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Wskazany przepis kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne- na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza". W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał zaś jakiegokolwiek sprzeczności treści oferty PROMED S.A. z SIWZ i nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu.

Na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący opiera zarzut zaniechania odrzucenia oferty PROMED S.A. przez Zamawiającego na okoliczności, iż informacja podana w ofercie PROMED S.A. w zakresie wyposażenia masek krtaniowych w kanał gastryczny jest rzekomo sprzeczna z informacjami znajdującymi się w instrukcji obsługi załączonej do odwołania. Tym samym, Odwołujący zdaje się kwestionować prawdziwość informacji podanych przez PROMED S.A. i z tego powodu żąda odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Tymczasem, rzekome podanie nieprawdziwych informacji przez PROMED S.A., co w żadnym wypadku nie zostało udowodnione - może ewentualnie stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a nie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie podniósł jednak zarzutu zaniechania wykluczenia PROMED S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a więc wobec dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie winno zostać oddalone. Zgodnie bowiem z tym przepisem, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Podsumowując, Zamawiający stwierdzał, że żaden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty PROMED S.A. nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, który nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie podlega zaś uwzględnieniu jedynie wówczas, gdy wobec podniesionych przez Odwołującego zarzutów, Izba stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający stwierdzał, że w niniejszej sprawie nawet ewentualne stwierdzenie zgodności oferty Odwołującego z SIWZ nie miałoby jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania wobec zgodności treści oferty PROMED S.A. z SIWZ. Zamawiający zauważał, że oferta

PROMED S.A. zawiera niższą cenę od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a jedynym kryterium oceny ofert była najniższa cena. Tak więc wobec bezsprzecznej zgodności oferty PROMED S.A. z treścią SIWZ odwołanie winno zostać oddalone w całości (podobne rozstrzygnięcie KIO por. sygn. akt KIO 1720/12).

W świetle powyższego Zamawiający wnosił jak w petitum odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w zadaniu nr 35 "Maski okołokraniowe" w pozycji 2 formularza cenowego (opis przedmiotu zamówienia), stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ wymagał zaoferowania masek krtaniowych dla dzieci, formułując następujący wymóg - *"Maska krtaniowa dla dzieci, wykonana z miękkiego termoplastycznego tworzywa; posiadająca miękki mankiet uszczelniający, kanał gastryczny, anatomicznie wyprofilowany stabilizator położenia w jamie ustnej, zintegrowane zabezpieczenie przed przygryzieniem; dokładne oznaczenie rozmiaru na grzbiecie maski rozmiary: w przedziałach wagowych od 2,5 kg do 30kg".* W kolumnie trzeciej formularza cenowego należało podać nazwę producenta i numery katalogowe.

W pkt III. 1.2. SIWZ "Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia" Zamawiający wymagał, aby do oferty zostały załączone następujące dokumenty:

- 1) wypełniony i podpisany załącznik nr 2 - Opis przedmiotu zamówienia (formularz cenowy),
- 2) aktualne świadectwo rejestracji Ministerstwa Zdrowia lub świadectwo dopuszczenia do obrotu lub świadectwo jakości lub świadectwo dopuszczenia do stosowania lub pozytywną opinię o wyrobie medycznym lub deklarację zgodności lub oznaczone znakiem zgodności lub znakiem zgodności CE (zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych - Dz. U. z 2010 Nr 107, poz. 679), przy czym Wykonawca powinien oznaczyć ww. dokumenty, którego zadania i pozycji dotyczą,
- 3) opis produktów (Zamawiający dopuszczał możliwość załączenia opisu produktu w postaci folderu).

Odwołujący, składając ofertę w zadaniu nr 35 o wartości brutto (131 544 zł), w pozycji 2 formularza cenowego zaoferował maski krtaniowe dla dzieci, określając producenta i numer katalogowy w następujący sposób: „LMA/1750**”. Załączył także opis oferowanych masek i folder produktowy, z którego wynikało, iż oferta dotyczy masek LMA Supreme.

Wykonawca PROMED S.A. skierował do Zamawiającego pismo z 20 lutego 2013 r., w którym informował, że według ogólnodostępnej wiedzy maski LMA Supreme o najmniejszym rozmiarze oznakowane jako 1 o numerze katalogowym 175010 zaoferowane przez Odwołującego są przeznaczone dla noworodków pow. 5 kg, natomiast Zamawiający wymagał zaoferowania masek krtaniowych dla dzieci w przedziałach wagowych od 2,5 kg. Załączył folder produktowy w języku angielskim, gdzie w odniesieniu do przedziału wagowego dla rozmiaru 1 numer katalogowy 175010 wskazano „Neonates/infants up to 5kg”.

Zamawiający pismem z 28 lutego 2013 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust.1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp zażądał wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez podanie numerów katalogowych do formularza cenowego (opis przedmiotu zamówienia) m.in. w zakresie zadania nr 35 poz.1 i 2. Zamawiający wskazywał, że na podstawie przedstawionych wyjaśnień dokona poprawienia omyłki w treści oferty. Wyznaczono termin do 5 marca 2013 r.

Pismem z 1 marca 2013 r. Odwołujący przedstawił wymagane wyjaśnienia, wskazując w zadaniu nr 35 poz. 2 następujące numery katalogowe: rozmiar 1 - 175010, rozmiar 1,5 - 175015, rozmiar 2 - 175020, rozmiar 2,5 - 175025. Załączył dodatkowo opis produktu, kartę katalogową.

Ani z dokumentów złożonych wraz z ofertą ani z przedstawionych na skutek wezwania do wyjaśnień nie wynikał przedział wagowy dla maski krtaniowej LMA Supreme w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 175010.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazywał, że wymagał rozmiarów masek krtaniowych dla dzieci w przedziałach wagowych 2,5 - 30 kg. Odwołujący zaoferował maskę dla dzieci w przedziale wagowy od 5kg. Wobec powyższego produkt zaoferowany jest niezgodny z opisem przedmiotu.

Z kolei wykonawca PROMED S.A. w swojej ofercie na zadanie nr 35 (wartość brutto – 102 492 zł) w pozycji nr 2 zaoferował maski krtaniowe Intersurgical/Wielka Brytania Maski I-gel rozmiar 1 nr kat. 8201, rozmiar 1,5 - nr kat. 8215, rozmiar 2 - nr kat. 8202, rozmiar 2,5 - nr kat. 8225. Załączył także opis produktu określanego jako "I-GEL Maska nadkrtaniowa jednorazowego użytku Firmy INTERSURGICAL". W opisie wskazano: "*Jednorazowego użytku. Produkt sterylny. Urządzenie i-gel do zabezpieczenia drożności dróg oddechowych*

jest nowatorskim środkiem zapewniającym utrzymanie drożności dróg oddechowych, przeznaczonym do stosowania w przestrzeni nadgłośniowej wykonanym z medycznej jakości termoplastycznego, miękkiego przezroczystego elastomeru przypominającego żel. Konstrukcja i0gel zapewnia anatomiczne, bezciśnieniowe uszczelnienie struktur gardła i krtani oraz struktur przykrtaniowych, co pozwala na uniknięcie urazów tych tkanek w następstwie ucisku. I-gel wyposażony jest w kanał do odsysania treści żołądkowej, z kodem kolorystycznym (identyfikacja rozmiaru na podstawie koloru)". Wskazano też rozmiary, przedziały wagowe dla poszczególnych rozmiarów oraz numery katalogowe. W zakresie maski w rozmiarze 1 podano nr katalogowy - 8201. Opis zawierał także rysunek maski wraz z opisem poszczególnych części.

Pismem z 12 lutego 2013 r. Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż zaoferowana w zadaniu nr 35 przez PROMED S.A. maska krtaniowa I-gel firmy Intersurgical w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 8201 nie posiada kanału gastrycznego, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Wynika to z karty katalogowej, którą załączył (w języku angielskim, w jednej przetłumaczony był fragment – „Maska i-gel w rozmiarze 1 nie posiada kanału gastrycznego”).

Zamawiający pismem z 28 lutego 2013 r. wezwał wykonawcę PROMED S.A do złożenia wyjaśnień. W ww. piśmie Zamawiający żądał „*wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, poprzez potwierdzenie, że maska krtaniowa dla dzieci posiada kanał gastryczny w rozmiarze 1 (Zadanie 35)?*”. Wyzначył termin do 5 marca 2013 r.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 lutego 2013 r. PROMED S.A złożył do Zamawiającego wyjaśnienie z datą 5 marca 2013 r. o treści:

„W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 28.02.2013 r. wyjaśniamy:

Maska krtaniowa dla dzieci zaoferowana w zadaniu 35 oznaczona numerem katalogowym 8202 i 8225 przeznaczona dla dzieci małych i dzieci starszych posiada kanał gastryczny w rozmiarze 10F.

W rozmiarze 1 zaoferowaliśmy Państwu maskę krtaniową oznaczoną numerem katalogowym 8001 dla pacjentów o wadze od 2,5 kg - noworodków, zgodnie z wymogami SIWZ.”

Zamawiający poprzestał na powyższych wyjaśnieniach i dokonał wyboru oferty PROMED S.A. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 35 (pismo z 13 marca 2013 r.)

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył jedną z dwóch ofert w postępowaniu w zadaniu nr 35, przy czym cena jego oferty przewyższała cenę oferty Przystępującego (jedyne kryterium - cena). Oferta Odwołującego została odrzucona, a Przystępującego wybrana. Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących własnej oferty i oferty Przystępującego daje mu więc możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzuczanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu (Przystępujący nie stawiał się na rozprawie). Izba dopuściła dowód z dokumentu złożony przez Odwołującego wraz z odwołaniem: fragment instrukcji użycia maski I-gel, jak również przedłożone na rozprawie: zrzut z ekranu kadru filmu instruktażowego dotyczącego maski I-gel, w którym stwierdza się brak kanału gastrycznego w rozmiarze 1 (Izba nie uwzględniła żądania Zamawiającego co do pominięcia tego dowodu z uwagi na przetłumaczenie jedynie jednego zdania - z pozostawieniem pozostałej części nieprzetłumaczonej, uznając, że tłumaczenie w pozostałym zakresie jest zbędne dla przedmiotu sporu), fragment instrukcji użycia maski i-gel potwierdzający brak kanału gastrycznego w rozmiarze 1, folder produktowy maski LMA Supreme obejmujący przedział wagowy dla rozmiaru 1 numer katalogowy 175010 noworodek/niemowlę < 5 kg, referencję Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Olsztynie Oddział Intensywnej Terapii i Anestezjologii potwierdzającą stosowanie masek o przedziale wagowym < 5 kg u dzieci 2-2,5 kg.

Zgodnie z brzmieniem przepisu 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. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut wadliwej oceny oferty Odwołującego, tj. Zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że za podstawę faktyczną swojej czynności Zamawiający przyjął, iż Odwołujący zaoferował w pozycji 2 formularza cenowego w zadaniu nr 35 maski krtaniowe dla dzieci w przedziale wagowym od 5 kg. Wprawdzie na rozprawie Zamawiający podnosił, iż powyższe stwierdzenie stanowi omyłkę pisarską i faktyczną podstawą jest zaoferowanie masek krtaniowych od poniżej 5 kg (< 5 kg), co nie potwierdza dopuszczalności ich stosowania w

przedziale wagowym podanym przez Zamawiającego tj. od 2,5 kg, jednak nie wskazał żadnych okoliczności, które taką omyłkę pisarską w sposób przekonywający by uzasadniały. Należy zauważyć, iż Zamawiający zapytywany, w jaki sposób ustalił przedział wagowy dla zaoferowanej przez Odwołującego maski krtaniowej LMA Supreme w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 175010 (był to najmniejszy rozmiar i tylko tego rozmiaru mogła dotyczyć wątpliwość Zamawiającego), skoro w dokumentach produktowych złożonych wraz z ofertą oraz uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 (i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) nie znalazło się potwierdzenie przedziału wagowego dla powyższego rozmiaru, nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi. Źródłem wiedzy Zamawiającego mogły być np. informacje w tym zakresie poszukiwane samodzielnie w oparciu o analizę powszechnie dostępnych danych produktowych np. na stronach internetowych (jakkolwiek nie byłoby to zgodne z wymaganiami SIWZ, który nakazywał potwierdzenie wymagań przedmiotowych określonymi dokumentami przez wykonawcę), jednak Zamawiający nie wskazywał, aby czynność taką podejmował, ani nie przedstawiał na jej dokonywanie dowodów. Na marginesie można jedynie zauważyć, iż z dokumentacji postępowania wynika, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo z 20 lutego 2013 r., w którym informował, że według ogólnodostępnej wiedzy maski LMA Supreme o najmniejszym rozmiarze oznakowane jako 1 o numerze katalogowym 175010 zaoferowane przez Odwołującego są przeznaczone dla noworodków pow. 5 kg, natomiast Zamawiający wymagał zaoferowania masek krtaniowych dla dzieci w przedziałach wagowych od 2,5 kg. Do pisma załączone zostały fragmenty folderu produktowego w języku angielskim, z którego wynikać miało potwierdzenie stanowiska Przystępującego. Wprawdzie analiza treści folderu wskazuje, że podano w nim jako przedział wagowy nie "od 5 kg", lecz "do 5kg" (*ang. "up to 5 kg"*), co ewentualnie mogłoby służyć tezie o omyłce w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jednak Zamawiający na powyższe okoliczności się nie powoływał. Należy także zauważyć, iż podnoszona w uzasadnieniu okoliczność, że zaoferowano maskę krtaniową w przedziale wagowym od 5 kg w oczywisty sposób potwierdzała niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, natomiast zaoferowanie maski krtaniowej z przedziałem wagowym "od poniżej 5 kg" już takiej oczywistej pewności nie dawało. Zamawiający winien wówczas w sposób bardziej precyzyjny uzasadnić swoje stanowisko. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw wynikających z treści złożonych przez Odwołującego w toku postępowania dokumentów, aby ustalić przedział wagowy dla zaoferowanej przez Odwołującego maski krtaniowej w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 175010, w szczególności, aby potwierdzić, że przedział wagowy wynosi powyżej 5 kg. Zamawiający zaniechał nie tylko wyjaśnienia powyżej okoliczności (co uczynił odnośnie oferty Przystępującego, gdy Odwołujący w piśmie skierowanym do Zamawiającego informował, że zaoferowany przez Przystępującego produkt w rozmiarze 1

nr katalogowy 8201 nie posiada kanału gastrycznego), ale i nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ rozdział III. 1.2. ppkt 3, tj. *"opis produktów (Zamawiający dopuszcza możliwość załączenia opisu produktu w postaci folderu)"*. Zamawiający oczekiwał bowiem jednoznacznego potwierdzenia wszystkich określonych przez siebie wymagań dokumentami dotyczącymi produktu. Dokumenty złożone przez Odwołującego takiego potwierdzenia przedziału wagowego dla spornego rozmiaru 1 nie zawierały, toteż niedopuszczalnym było zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez uprzedniego wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy nie tylko warunków podmiotowych, ale i przedmiotowych (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), ustanawiając obligatoryjną procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdy te złożone nie potwierdzają postawionych wymagań co do przedmiotu zamówienia. Na konieczność zastosowania powyższej procedury wskazuje fakt, że z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania przed Izłą wynika, iż zaoferowany przez Odwołującego produkt - maska krtaniowa LMA Supreme w rozmiarze 1 numer katalogowy 175010 obejmuje przedział wagowy określony jako "<5kg". Stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty jest zatem w sposób oczywisty błędne. Co więcej, jak było to wskazane, sam Zamawiający nie podtrzymywał go ani w odpowiedzi na odwołania ani w toku postępowania przed Izłą, uznając, iż przedział wagowy dla ww. maski w rozmiarze 1 dotyczy "<5kg", tj. poniżej, a nie powyżej 5kg. Zamawiający uznawał jednak, iż z jego punktu widzenia nie ma to większego znaczenia, gdyż nadal Odwołujący nie potwierdził spełnienia wymogu wynikającego z SIWZ tj. możliwości zastosowania maski w przedziale wagowym od 2,5 kg. Zdaniem Izby stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w żaden sposób nie potwierdza, że mógł on zastosować wobec Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Określenie przedziału wagowego " <5kg" nie oznacza bowiem potwierdzenia, że maska krtaniowa nie może być stosowana w wymaganym przez Zamawiającego przedziale wagowym i że okoliczność ta nie budzi wątpliwości. Zdaniem Izby przedstawiony przez Odwołującego folder produktowy oraz referencja wskazują raczej na zgoła odmienny wniosek. W folderze produktowym wyraźnie wskazano, iż maska krtaniowa w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 175010 przeznaczona jest dla noworodków/niemowląt <5kg. Jest to także najmniejszy rozmiar będący w ofercie. Zgodnie z powszechną wiedzą i doświadczeniem życiowym waga noworodka (czyli dziecka po urodzeniu w pierwszych 4 tygodniach życia), a dla takich przeznaczona jest m.in. przedmiotowa maska zgodnie ze wskazaniem producenta, wynosi zwykle poniżej 5kg. Tym samym jej przeznaczenie dla najmniejszych dzieci oraz podany przedział wagowy nie wyłącza możliwości stosowania zgodnie z wymaganiem SIWZ - od 2,5 kg. Sam

Zamawiający nie prezentuje zresztą takiego stanowiska, wskazując jedynie, że treść oferty Odwołującego nie potwierdza spełnienia wymagania SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem jednoznacznej deklaracji odnośnie dolnego przedziału wagowego - od 2,5 kg, a w sformułowaniu "<5kg" brak jest określenia dolnej granicy stosowania maski wymaganej przez Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż rzeczywiście wymagał on, aby wykonawca potwierdził, iż zaoferowane produkty obejmują przedział wagowy od 2,5 kg. Sprecyzował dolną granicę wagi i oczekiwał jednoznacznego potwierdzenia takiego przedziału wagowego od wykonawców składających ofertę. Odwołujący argumentował, iż brak określenia dolnego przedziału wagowego oznacza, iż faktycznie przedział ten nie został ograniczony, tj. nie wskazano minimalnej wagi dziecka, dla której maska może być stosowana. Wskazywał, że odniósł się do pozostawienia decyzji o stosowaniu maski w danym przypadku personelowi medycznemu, gdyż niezależnie od wskazań producenta względy medyczne mogą decydować o niemożności zastosowania maski. Zdaniem Izby skoro wymaganie SIWZ było jednoznaczne i w sposób jasny i precyzyjny wskazywało na konieczność zadeklarowania przez wykonawcę dolnego przedziału wagowego, obowiązkiem wykonawcy było dostosowanie się do tego wymogu. Odwołujący nie może zatem przerzucać na Zamawiającego decyzji co do interpretacji przedziału wagowego określonego w oferowanej przez niego masce, skoro SIWZ na niego nakładała taki obowiązek. Tym samym to nie Zamawiający ma samodzielnie zdecydować, czy przedział wagowy "<5kg" mieści jako minimum 2,5 kg, lecz wykonawca, gdy oferowany przez niego produkt nie odnosi się wprost do wymagania postawionego przez Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom w zakresie potwierdzania wymaganych parametrów znaczną swobodę, skoro potwierdzenie może mieć formę opisu produktu dokonywanego przez samego wykonawcę. Tym samym Zamawiający dopuścił potwierdzanie wymagań mocą oświadczenia własnego wykonawcy, które to oświadczenie musi opierać się w sposób oczywisty na danych producenta. Odwołujący nie kwestionował sposobu sformułowania wymagania w zakresie przedziału wagowego, toteż na obecnym etapie postępowania pozostaje mu do tego wymagania się dostosować. Izba podkreśla, że Zamawiający nie był jednak uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego względu, że nie zawierała ona potwierdzenia wymagań przedmiotowych Zamawiającego, skoro Odwołujący nie był do takiego potwierdzenia wzywany, do czego służy obligatoryjny tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby w żadnym razie nie jest wykluczone, że Odwołujący takiego potwierdzenia wymagań Zamawiającego co do dolnego przedziału wagowego w oparciu o zaoferowany przez siebie produkt może skutecznie dokonać. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego została zatem dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie oferty Przystępującego PROMED S.A. należy zauważyć, iż zdaniem Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, opis produktu zawarty w ofercie tego wykonawcy wcale nie potwierdza w sposób jednoznaczny, jak tego wymagał Zamawiający w SIWZ, wszystkich wymaganych parametrów w odniesieniu do każdego z zaoferowanych rozmiarów masek. Przywoływany opis ma charakter ogólny, wskazuje charakterystykę produktu i posiadane przez niego cechy, ale nie odnosi ich do poszczególnych rozmiarów i nie potwierdza, że każdy produkt w danym rozmiarze spełnia tę charakterystykę w całości. W szczególności brak jest np. podania rozmiaru kanału gastrycznego w poszczególnych produktach, który w sposób oczywisty różni się w zależności od rozmiaru samej maski. Tym samym na podstawie powyższego opisu Zamawiający nie mógł w sposób niewątpliwy uzyskać potwierdzenia dla wymaganego przez siebie parametru, zwłaszcza w sytuacji gdy na skutek informacji otrzymanej od konkurenta - Odwołującego - powziął wątpliwość co do faktycznego spełnienia przez oferowany produkt wymogów SIWZ. Należy zauważyć, iż powyższa wątpliwość została wyartykułowana przez Zamawiającego w formie pisma skierowanego do Przystępującego PROMED S.A., w którym Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości żądał *"wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, poprzez potwierdzenie, że maska krtaniowa dla dzieci posiada kanał gastryczny w rozmiarze 1 (Zadanie 35)?"* Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby uzyskana odpowiedź mogła być uznana za satysfakcjonującą. Zdaniem Zamawiającego Przystępujący PROMED S.A. potwierdził, że zaoferowane produkty spełniają wymagania SIWZ, toteż Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych dla uznania, iż treść merytoryczna oferty PROMED S.A. nie odpowiada treści SIWZ (tak w odpowiedzi na odwołanie). Izba zauważa, iż powyższy pogląd w istocie abstrahuje od faktycznie uzyskanych od Przystępującego PROMED S.A. na skutek wezwania do wyjaśnień z 28 lutego 2013 r. informacji dotyczących wątpliwości podniesionej przez Zamawiającego. Przystępujący PROMED S.A. nie udzielił bowiem odpowiedzi na jednoznaczne pytanie Zamawiającego odnoszące się do maski dla dzieci w rozmiarze 1, czy posiada ona kanał gastryczny. Wskazał, że maski dla dzieci o numerach katalogowych 8202 i 8225 przeznaczone dla dzieci małych i dzieci starszych posiadają kanał gastryczny w rozmiarze 10F, co w ogóle nie było przedmiotem zapytania Zamawiającego. Z kolei w odniesieniu do spornej maski w rozmiarze 1 wskazał, że zaoferował w tym rozmiarze maskę krtaniową oznaczoną numerem katalogowym 8001 dla pacjentów o wadze od 2,5 kg - noworodków, zgodnie z wymogami SIWZ. Z treści powyższej odpowiedzi nie tylko nie wynika żądane przez Zamawiającego potwierdzenie, że maska w rozmiarze 1 posiada kanał gastryczny, ale Przystępujący PROMED S.A. podał numer katalogowy maski, który nie występuje w jego ofercie złożonej dla zadania nr 35. Wynika bowiem z niej jednoznacznie, iż w rozmiarze 1 zaoferował on maskę o numerze katalogowym 8201. Odpowiedź powyższa jest zatem całkowicie

nieadekwatna do żądania Zamawiającego. W ocenie Izby za całkowicie nieuprawnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego prezentowane na rozprawie, iż Przystępujący PROMED S.A. zapewne w przedmiotowych wyjaśnieniach omyłkowo podał inny numer katalogowy, lecz że faktycznie wyjaśnienie odnosi się do numeru katalogowego 8201. Należy zauważyć, iż jest to jedynie przypuszczenie Zamawiającego, które nie zostało z Przystępującym PROMED S.A. wyjaśnione. Zamawiający nie wykazał, aby oferta produktowa Przystępującego PROMED S.A. była mu na tyle znana, aby bezspornie uznać, że produkt o takim numerze katalogowym nie jest przez Przystępującego PROMED S.A. oferowany, a zatem, że nie ma wątpliwości co do omyłkowego charakteru podanych wyjaśnień co do produktu zaoferowanego w rozmiarze 1 (jak było to wskazane - w ofercie podano jednoznacznie maskę krtaniową o numerze katalogowym 8201, a nie 8001). Zdaniem Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony pominął okoliczność, iż nie uzyskał żądanych przez siebie wyjaśnień. Nie sposób także uznać, aby żądanie wyjaśnień było w tym przypadku nadmierne czy nieuzasadnione. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawcy dotyczących treści złożonej przez niego oferty (Zamawiający wprawdzie podał art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jako podstawę prawną, lecz nie ma to istotnego znaczenia), z którego to uprawnienia Zamawiający w niniejszym postępowaniu skorzystał. Wezwanie związane było z okolicznościami podnoszonymi w piśmie Odwołującego z dnia 12 lutego 2013 r. o braku spełnienia wymagania SIWZ przez zaoferowaną przez Przystępującego PROMED S.A. maskę krtaniową dla dzieci w rozmiarze 1 poparte załączonymi informacjami produktowymi (w jęz. angielskim z częściowo przetłumaczonym fragmentem potwierdzającym brak kanału gastrycznego w rozmiarze 1), które Zamawiający uznał za na tyle wiarygodne, aby skutkowały powzięciem wątpliwości co do spełnienia przez oferowany produkt wymagań SIWZ. Zamawiający wadliwie zatem dokonał wyboru oferty Przystępującego PROMED S.A., pomimo że oferta tego wykonawcy nie zawierała jednoznacznego potwierdzenia wymogu, którego spełnienie budziło wątpliwości Zamawiającego (opis produktu nie zawierał jednoznacznej deklaracji o istnieniu kanału gastrycznego w każdym rozmiarze maski, w tym rozmiarze 1 o numerze katalogowym 8201) i o którego wyjaśnienie zwrócił się pisemnie do Przystępującego PROMED S.A. Zamawiający swoje twierdzenia o niezasadności zarzutu Odwołującego względem wyboru oferty Przystępującego PROMED S.A. opiera na stanowisku, iż podstawą stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ jest jej treść a nie inne informacje nie znajdujące się w ofercie np. instrukcje obsługi dostarczone przez Odwołującego, a których pochodzenie i aktualność nie jest wiadoma. Zamawiający zdaje się tym samym pomijać własne wymagania wynikające z rozdziału III pkt 1.2 ppkt 3) SIWZ, zgodnie z którymi wykonawca miał obowiązek dla potwierdzenia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia przedstawić opis produktu (z dopuszczeniem folderu produktowego) potwierdzający wymagania SIWZ. Takim

wymaganiem było wyposażenie maski dla dzieci w każdym rozmiarze w kanał gastryczny. Tym samym wykonawca, który w swojej ofercie nie zawarł takiego potwierdzenia (i nie uzupełnił dokumentów na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby było ono wystosowane), ponosił ryzyko zastosowania wobec niego sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak wymaganego przez Zamawiającego SIWZ dokumentu potwierdzającego warunek przedmiotowy także uzasadnia odrzucenie oferty jako sprzecznej w treścią SIWZ. Zdaniem Izby Odwołujący w wystarczający sposób uprawdopodobnił wątpliwości dotyczące spełnienia przez zaoferowany przez Przystępującego PROMED S.A. produkt o numerze katalogowym 8201 wymagania Zamawiającego odnośnie posiadania kanału gastrycznego. Za wiarygodne uznał je także sam Zamawiający, skoro zwrócił się do Przystępującego PROMED S.A. w toku postępowania o potwierdzenie kwestionowanego parametru. Całkowicie niezrozumiała jest zmiana stanowiska Zamawiającego wobec nieuzyskania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących podnoszonych przez siebie wątpliwości wobec braku jednoznacznej informacji w tym zakresie w ofercie. Równocześnie jednak Izba zgadza się z Zamawiającym, iż dowody przedstawione przez Odwołującego nie pozwalają na stwierdzenie bez wszelkich wątpliwości, że istotnie maska krtaniowa dla dzieci I-gel produkcji Intersurgical w rozmiarze 1 o numerze katalogowym 8201 nie posiada kanału gastrycznego. Nie zawierają one bowiem jednoznacznego wskazania powyższego numeru katalogowego, odnosząc się ogólnie do masek krtaniowych I-gel. Tym samym choć w wiarygodny i wystarczający sposób uprawdopodobniają wątpliwości względem zgodności oferty Przystępującego PROMED S.A. z treścią SIWZ, nie pozwalają na całkowite przesądzenie tej niezgodności, co czyniłoby wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sporny warunek przedmiotowy zbytecznym. Odrzucenie oferty Przystępującego PROMED S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez uprzedniego wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należałoby zatem uznać za przedwczesne. Przepis ten przewiduje obowiązkową czynność Zamawiającego, której w niniejszej sprawie zaniechał. Zdaniem Izby wobec braku potwierdzenia w ofercie Przystępującego PROMED S.A., jak i w wyjaśnieniach na żądanie Zamawiającego spełnienia spornego wymogu, wezwanie takie jest konieczne, gdyż dopiero w jego wyniku możliwe będzie ostateczne rozstrzygnięcie co do zgodności oferty Przystępującego PROMED S.A. z SIWZ i ewentualne jej odrzucenie, gdyby wykonawca nie potwierdził spełnienia przez oferowany produkt wymagania SIWZ. Tym samym koniecznym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie ponownie czynności badania i oceny ofert. Powyższe uzasadnia uwzględnienie odwołania. Odnośnie stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż Odwołujący de facto podnosi zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i tego względu żąda odrzucenia oferty Przystępującego PROMED S.A., a taki zarzut nie został zawarty w treści odwołania,

zauważyć należy, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ obejmująca także zadeklarowanie przez oferowany produkt parametru wymaganego SIWZ, który faktycznie produkt nie posiada (podobnie jak i niepotwierdzenie spełnienia wymagania przedmiotowego pomimo takiego obowiązku wynikającego z SIWZ) jest samodzielną przesłanką odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a równocześnie podnoszenie tego zarzutu wystarcza dla ewentualnego uwzględnienia odwołania. Nie jest zatem niezbędne dodatkowe wskazanie zarzutu nieprawdziwych informacji i zaniechania wykluczenia wykonawcy z tego względu. Odwołujący samodzielnie decyduje o zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, a Izba związana art. 192 ust. 7 ustawy Pzp tylko o takich zarzutach orzeka. Przedmiotem rozważań Izby nie było zatem naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż taki zarzut nie był objęty odwołaniem. Pozostaje to jednak bez wpływu na możliwość uwzględnienia odwołania z uwagi na potwierdzenie się innych zawartych tam zarzutów.

Tym samym skoro potwierdziła się wadliwa ocena obu ofert, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co uzasadnia uwzględnienie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego oceny oferty Przystępującego PROMED S.A. argumentacja Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie o braku takiego wpływu nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący: