

Sygn. akt: KIO 976/18

**WYROK**  
**z dnia 4 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2018 r. przez wykonawcę **Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu**,

przy udziale wykonawcy **Aero-Medika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Teleflex Poland Sp. z o.o.;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Aero-Medika Sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 7 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ww. oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
4. Kosztami postępowania obciąża Aero-Medika Sp. z o.o. i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 4.2. zasądza od Aero-Medika Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pn. *Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku*.

W dniu 17 maja 2018 r. wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert w zakresie części 7, zaniechania odrzucenia oferty Aero-Medika Sp. z o.o. i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty Teleflex Polska Sp. z o.o. i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 4

### Zarzuty dotyczące oferty Aero-Medika

Odwołujący wskazał, że w poz. 1 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania filtra mechanicznego, z harmonijkową membraną filtrującą oraz objętych certyfikatem zgodności lub deklaracją zgodności, tymczasem Aero-Medika przedstawiła deklarację zgodności nieobejmującą oferowanych filtrów ZF-059 w wersji mechanicznej (deklaracja dotyczy filtrów ZF-059 w wersji elektrostatycznej).

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez Aero-Medika filtry ZF-059 produkcji Rizhao Zhenfu Medical Device nie są filtrami mechanicznymi, ale filtrami elektrostatycznymi, co Odwołujący stwierdził na podstawie oględzin próbek filtrów ZF-059 dostarczanych przez Aero-Medika do Zamawiającego w ramach poprzedniej umowy zawartej w wyniku postępowania przetargowego o numerze 15/PNE/SW/2016/9. Wynika to z budowy filtra – filtr elektrostatyczny wyposażony jest w płaskie medium filtrujące wykonane z nietkanego tworzywa (zwykle z polipropylenu) o elektrostatycznym mechanizmie działania (przyciąganie ładunków różnoimiennych). Filtry mechaniczne z kolei wyposażone są w harmonijkową membranę z włókna szklanego (gęsty splot skutecznie wychwytyjący cząsteczki różnej wielkości – filtracja mechaniczna), gęste utkanie membrany wymusza zastosowanie dużej powierzchni filtracyjnej dla uzyskania niskiego oporu wdechowego i wydechowego. Dlatego też membrana filtrująca w filtrach mechanicznych jest zawsze plisowana, złożona na kształt harmonijki, ażeby ograniczyć pojemność wewnętrzną obudowy filtra. Filtry ZF-059 zaoferowane przez Aero-Medika posiadają płaską membranę filtrującą, co jest cechą typową dla filtrów elektrostatycznych.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie oględzin filtra ZF-059 i o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny anestezjologii i/lub intensywnej terapii albo z dziedziny budowy i działania filtrów oddechowych, na okoliczność ustalenia, czy filtry oferowane przez Aero-Medika są filtrami elektrostatycznymi czy mechanicznymi, a także czy są wyposażone w harmonijkową membranę filtrującą. Powołał się także na specyfikację filtra na stronie internetowej producenta (<https://zhenfumedical.en.ecplaza.net/oroducts/humidification-hme-filter-4266649>).

Odwołujący podniósł, że charakterystyka filtra jako mechanicznego lub elektrostatycznego ma kolosalne znaczenie z punktu widzenia zastosowania filtra. Filtry mechaniczne są przeznaczone przede wszystkim na potrzeby pacjentów intensywnej terapii, poddawanych długotrwałemu wspomaganemu respiratorowi. Cechy filtrów mechanicznych, w szczególności jego hydrofobowość, mają istotne znaczenie w terapii pacjentów przebywających na OIOM-ach, zwłaszcza w kontekście dużego ryzyka zapadania pacjentów na odrespiratorowe zapalenie płuc. Z kolei filtry elektrostatyczne są filtrami wykorzystywanymi głównie w zabiegach, czyli ich czas zastosowania jest nieporównywalnie krótszy od filtrów mechanicznych.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienie, które złożył wykonawca Aero-Medika, są niewystarczające. Przede wszystkim forma i treść złożonego oświadczenia producenta powinna wzbudzić poważne wątpliwości. Oświadczenie to nie zostało podpisane przez jakąkolwiek osobę. Aby rozpatrywać je w ogóle w kategoriach oświadczenia pochodzącego od producenta, powinno zostać podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania producenta. Na oświadczeniu widnieje okrągła pieczęć, która nie może być uznana za podpis w rozumieniu polskich przepisów. Co więcej, oświadczenie nie posiada żadnej daty, nie wiadomo zatem kiedy zostało wydane. Jedyna wskazówka pochodzi z dokumentu tłumaczenia przysięgłego oświadczenia producenta, które zostało sporządzone w dniu 13 maja 2016 r, co jednak nie przyznaje w żadnym stopniu temu oświadczeniu wiarygodności czy mocy dowodowej. Można jedynie stwierdzić, że oświadczenie producenta pochodzi sprzed dnia 14 maja 2016 r. Ponadto zapewnienia Aero-Medika, że wykonawca dokonał z producentem indywidualnych ustaleń co do parametrów technicznych filtra ZF-059, są całkowicie niewiarygodne. Doświadczenie życiowe nie pozwala bezkrytycznie zaakceptować wyjaśnienia, które stwierdza, że chiński producent będzie dostosowywał produkcję do indywidualnego zapotrzebowania odbiorcy. Produkcja w Chinach jest masowa i przy tak niedużym zamówieniu jak w niniejszej sprawie (15.600 sztuk) żadnemu producentowi zmiana procesu produkcyjnego pod takie zamówienie nie będzie się kalkulowała. Należy mieć na uwadze, że mowa jest o akcesoriach medycznych, a nie o dużym, skomplikowanym i drogim sprzęcie, dla którego produkcji pod indywidualne zapotrzebowanie zmiana

parametrów może być faktycznie opłacalna. Dodatkowo zupełnie niewiarygodne jest stwierdzenie, że dany wyrób medyczny, o konkretnym numerze katalogowym (ZF-059), występuje w dwóch wersjach, z czego jedna wersja to filtr elektrostatyczny, a druga wersja to filtr mechaniczny. Zakres zmian w procesie produkcji, które miałyby doprowadzić do modyfikacji charakteru filtrów, prowadzi do wniosku, że po zmianie mielibyśmy do czynienia z zupełnie innym filtrem niż ten, który jest standardowo produkowany przez danego producenta pod danym numerem katalogowym.

Odwołujący podniósł, że poważne zastrzeżenia budzi dokument deklaracji zgodności złożony przez Aero-Medika na potwierdzenie spełniania przez filtry ZF-059 wymagań zasadniczych. Dokument ten opatrzony jest datą 9 września 2013 r. Aero-Medika podnosi, że filtry ZF-059 w wersji mechanicznej produkowane są na potrzeby umowy zawartej z Zamawiającym w wyniku wygrania przetargu nr 15/PNE/SW/2016/9. Umowa ta została zawarta w maju 2016 r., co oznacza, że deklaracja zgodności z dnia 9 września 2013 r., wydana na blisko 3 lata przed zawarciem umowy z Zamawiającym, musi dotyczyć filtrów ZF-059 w ich podstawowej (elektrostatycznej) wersji. Zmiana tak istotnej cechy wyrobu medycznego jak jego budowa, struktura, zobowiązuje producenta do poddania wyrobu ponownej procedurze oceny zgodności i do wystawienia nowego dokumentu deklaracji zgodności. Zamawiający bezkrytycznie przyjął zaoferowaną deklarację zgodności z datą 9 września 2013 r., bez jakiegokolwiek refleksji na temat tego, do których filtrów oznaczonych numerem katalogowym ZF-059 się ona odnosi. To doprowadziło Zamawiającego do błędnych wniosków o zgodności oferty Aero-Medika z SIWZ.

W ocenie Odwołującego oferta Aero-Medika podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz na przepis art. 14 tej ustawy, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, w tym w szczególności rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji o wytwarzanych towarach. Zdaniem Odwołującego wskazanie przez Aero-Medika w ofercie na produkt, którego parametry w rzeczywistości są w zasadniczym zakresie zupełnie niezgodne z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wybór oferty, która zawiera produkty niespełniające wymagań określonych w SIWZ zagraża interesom innych wykonawców, ponieważ tracą oni możliwość uzyskania zamówienia, a Zamawiający jest narażony na szkodę.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca Aero-Medika podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w zakresie którego mieszczą się również działania podjęte przez wykonawcę celowo, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie Zamawiającego w błąd przejawia się w przedłożeniu przez Aero-Medika ulotki produktowej dotyczącej zaoferowanych w postępowaniu filtrów ZF-059, deklaracji zgodności dot. filtrów ZF-059, a także oświadczenia producenta, które w sposób niezgodny z rzeczywistością potwierdzają spełnianie kryteriów wyartykułowanych w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że dla wykluczenia wykonawcy z postępowania nie ma znaczenia czy zamiarem Aero-Medika było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, czy też stało się to przypadkowo. Od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będącego profesjonalistą, zasadnym jest wymaganie dochowania wysokiego poziomu staranności przy konstruowaniu oferty, przygotowywaniu i przedkładaniu dokumentów Zamawiającemu w celu potwierdzenia spełniania określonych kryteriów i wymagań zarówno dotyczących samego wykonawcy, jak i oferowanych przez niego wyrobów. Tym samym informacje potwierdzające wymagane przez SIWZ warunki zakwestionowane w niniejszym odwołaniu, niezależnie od tego czy przedstawione celowo, należy uznać za informacje wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Bez wątplenia informacje wynikające z ulotki produktowej miały bezpośredni wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w niniejszym postępowaniu. Zamawiający przyjął bowiem na ich podstawie, że filtry ZF-059 oferowane przez Aero-Medika będą spełniać wymagania SIWZ i wobec tego zdecydował o wyborze oferty Aero-Medika jako najkorzystniejszej w części nr 7, choć prawidłową decyzją Zamawiającego powinno być odrzucenie tej oferty. Gdyby Aero-Medika nie złożyła zapewnienia niezgodnego z rzeczywistością, Zamawiający nie miałby innego wyjścia jak odrzucić ofertę w związku z jej niezgodnością z treścią SIWZ.

#### Zarzuty dotyczące oferty Teleflex

Odwołujący wskazał, że w poz. 1 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania filtra posiadającego wydzieloną celulozową warstwę wymiennika ciepła i wilgoci z harmonijkową membraną filtrującą oraz posiadającego wydajność nawilżania co najmniej 30 mg/l.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowane przez Teleflex filtry 28001 produkcji Teleflex Medical nie posiadają wydzielonej celulozowej warstwy wymiennika ciepła i wilgoci. Ulotka zamieszczona na oficjalnej stronie internetowej producenta wyraźnie stwierdza, że filtr 28001 to *mechanical filter with HME properties*, tj. filtr mechaniczny z właściwościami wymiennika ciepła i wilgoci (HME). Jest to określenie adekwatne z tego względu, że filtr 28001 nie posiada wymaganego w SIWZ odrębnego celulozowego wymiennika ciepła i wilgoci (HME).

Funkcją odrębnej celulozowej warstwy wymiany ciepła i wilgoci jest kumulowanie ciepła i wilgoci w trakcie wydechu pacjenta i oddawanie ich pacjentowi w trakcie wdechu. W przypadku filtrów nr 28001 funkcję wymiany ciepła i wilgoci spełnia wyłącznie warstwa filtrująca (harmonijkowa membrana), której podstawowym jednak celem jest filtrowanie powietrza.

W ocenie Odwołującego, niespełnienie kryterium wydajności nawilżania potwierdza producent, który w ulotce produktowej zamieścił dane dotyczące oferowanych filtrów. Ulotka dotycząca filtrów 28001 została zamieszczona przez producenta Teleflex Medical na jego stronie internetowej.

Odwołujący podniósł, że oferta Teleflex Medical podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił w tym zakresie argumentację analogiczną do zaprezentowanej w odniesieniu do oferty Aero-Medika.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady poszanowania uczciwej konkurencji między nimi. Naruszenie to jest konsekwencją nieprawidłowego badania ofert Aero-Medika i Teleflex, zignorowania przez Zamawiającego dowodów przedstawionych przez Odwołującego potwierdzających niezgodność ofert Aero-Medika i Teleflex z SIWZ i przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, zaniechania odrzucenia ofert pomimo ich niezgodności z SIWZ i pomimo faktu, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także zaniechania wykluczenia Aero-Medika i Teleflex w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Wybór oferty Aero-Medika, która zaoferowała filtry niespełniające wszystkich wymogów SIWZ, skutkuje naruszeniem zasad uczciwego i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w niniejszej sprawie. Brak reakcji Zamawiającego w odniesieniu do oferty Teleflex prowadzi do takiego samego rezultatu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 7, powtórzenia badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Aero-Medika w zakresie części 7, względnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty Teleflex, względnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy i powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 7.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny anestezjologii i/lub intensywnej terapii albo z dziedziny budowy i działania filtrów oddechowych, na okoliczność ustalenia, czy filtry oferowane przez Aero-Medika są filtrami elektrostatycznymi czy mechanicznymi, a także czy są wyposażone w harmonijkową membranę filtrującą, a także czy filtry oferowane przez Teleflex posiadają wydzieloną celulozową warstwę wymiennika ciepła i wilgoci.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący 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 może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba – stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp – rozpoznała sprawę merytorycznie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Aero-Medika Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że wykonawca ten przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących jego oferty. Drugi z wykonawców, którego dotyczyły podniesione w odwołaniu zarzuty (Teleflex Poland Sp. z o.o.) nie przystąpił do postępowania odwoławczego, zatem postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Formularzu asortymentowo-cenowym (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający określił następujące wymaganie: *filtr oddechowy mechaniczny sterylny, antywirusowy, antibakteryjny, z wydzieloną celulozową warstwą wymiennika ciepła i wilgoci, z harmonijkową membraną filtrującą, z portem do kapnometrii. Wydajność nawilżania co najmniej 30 mg/1l.* Zamawiający wymagał podania w ofercie producenta i kodu produktu.

Przystępujący w kolumnie *Producent* podał: Rizhao Zhenfu Medical Device Co. Ltd., a w kolumnie *Kod produktu* wpisał ZF-059. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący pismem z 26 marca 2018 r. przedłożył wydruk katalogowej, w której podano: filtr mechaniczny z celulozowym wymiennikiem ciepła i wilgoci, harmonijkowa membrana



filtrująca. Przedłożył również deklarację zgodności Dyrektywy Rady 93/42/ECC wystawioną 9 września 2013 r. dla filtra ZF-059.

Pismem z 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że powziął informacje o potencjalnej niezgodności oferty z SIWZ przedstawionej przez jednego z pozostałych wykonawców, który opiera się na informacji ze strony internetowej producenta.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że zaoferowany filtr spełnia wszystkie wymogi SIWZ. Wskazał, że dostarcza Zamawiającemu w ramach umowy przetargowej nr 15/PNE/SW/2016/9 dokładnie ten sam model filtra, który ponownie został zaoferowany w obecnym postępowaniu. Przystępujący wyjaśnił, że dokonał indywidualnych ustaleń z producentem co do parametrów technicznych filtra ZF-059, materiałów i sposobu jego wykonania, dostosowując go do potrzeb Zamawiającego jeszcze do wcześniejszego postępowania przetargowej. Do wyjaśnień Przystępujący załączył oświadczenie producenta (opatrzone pieczęcią bez podpisu), w którym stwierdza się, że filtr ZF-059 jest filtrem mechanicznym, nie tylko elektrostatycznym i jest produkowany w dwóch wersjach, druga wersja jest produktem specjalnym dla Aeromedika.

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. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty oraz informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność nieodrżucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

Ocena zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ wymaga w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia – na podstawie treści oferty – jaki produkt został zaoferowany. Jak bowiem wynika ze stanowiska Przystępującego oraz przedłożonego przez niego oświadczenia producenta, pod oznaczeniem ZF-059 występują dwa rodzaje produktów.

Podkreślenia wymaga, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował jakie produkty oferuje, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s.).

Reasumując powyższe stanowisko stwierdzić należy, że treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu.

W rozpoznawanej sprawie Przystępujący zaoferował filtry producenta Rizhao Zhenfu Medical Device Co. Ltd., o kodzie produktu ZF-059, bez żadnych dodatkowych oznaczeń czy informacji, co wskazuje na zaoferowanie produktów występujących w standardowej ofercie tego producenta. Treść wpisana przez Przystępującego w Formularzu asortymentowo-cenowym nie pozwalała stwierdzić, że oferowane są filtry inne, niż występujące na rynku pod oznaczeniem ZF-059 oraz że są to filtry produkowane na indywidualne zamówienie Aero-Medika i dostosowane do potrzeb określonych postępowań przetargowych.

Odpowiadając podczas rozprawy na pytanie o konkretne zapisy oferty wskazujące na zaoferowanie produktów dedykowanych, innych niż standardowe, Odwołujący wskazał jedynie na kartę katalogową przedstawioną na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w której znajduje się informacja, że oferowany filtr ZF-059 jest filtrem mechanicznym z harmonijkową membraną filtrującą. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, że karta katalogowa,

na którą powołał się Przystępujący mogłaby być uznana jedynie za pośrednią informację, że oferowany jest produkt o innych cechach, niż występujący w powszechnej produkcji, lecz nie wynika to wprost z jej treści. Najistotniejsza jednak jest okoliczność, że informacje z tej karty nie tworzą treści oferty, karty katalogowe są bowiem dokumentami przedmiotowymi, składanymi na potwierdzenie zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego, które to produkty muszą być precyzyjnie określone w treści oferty i nie mogą być konkretyzowane po upływie składania ofert.

Nie zasługuje na uwzględnienie argument, że w opracowanym przez Zamawiającego wzorze Formularza asortymentowo-cenowego nie wymagano innych informacji i nie przewidziano na nie miejsca. Wykonawca, który chce zaoferować produkt o innych cechach niż standardowo występujący pod danym oznaczeniem, ma obowiązek wskazać na to w treści oferty, podając dodatkowe oznaczenie identyfikujące produkt czy też – przy braku takiego oznaczenia – zamieścić w ofercie informację o dostosowaniu produktu standardowego do indywidualnych potrzeb. Wzór Formularza nie może być w żadnej mierze uznany za stojący na przeszkodzie podaniu takiej informacji.

Informacja o tym, że oferowane są filtry indywidualnie dostosowane do oczekiwań Przystępującego wynikających z wymagań w konkretnych postępowaniach przetargowych, została Zamawiającemu przekazana dopiero w wyjaśnieniach złożonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co – z powodów wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia – należy uznać za niedopuszczalną zmianę treści oferty. W związku z tym Zamawiający, badając zgodność oferty z treścią SIWZ, nie był uprawniony do uwzględnienia takich cech filtra, które nie występują w produkcie standardowym, a charakteryzują produkt dedykowany. W tej sytuacji drugorzędne znaczenie ma kwestia poprawności oświadczenia producenta, które zostało opatrzone tylko pieczęcią, bez podpisu. Nawet gdyby przyjąć korzystną dla Przystępującego interpretację, że oświadczenie takie jest formalnie poprawnym i wiarygodnym dokumentem, to wynikające z niego informacje nie mogą poprawiać braków w treści oferty, prowadząc de facto do zmiany przedmiotu oferty.

Przy ocenie, jaki produkt zaoferował Przystępujący i czy jest on zgodny z SIWZ, bez znaczenia pozostaje wiedza Zamawiającego na temat cech filtra dostarczonego w ramach wcześniej zawartej umowy. Jeśli nie wynikało to z treści oferty, to Zamawiający nie miał ani prawa, ani obowiązku domyślać się, czy w ramach realizacji niniejszego zamówienia dostarczony zostanie filtr taki sam, jakiego dostarczał Przystępujący wcześniej. Przedmiot świadczenia w ramach zamówień publicznych nie może być przedmiotem żadnych domysłów.

Podsumowując, jeżeli celem Przystępującego było zaoferowanie produktów, które różnią się od produktów dostępnych pod tym samym symbolem w oficjalnej puli sprzedaży producenta, to powinno to wprost wynikać z treści oferty, a Zamawiający nie miał ani prawa, ani obowiązku domyślać się, że oferowany jest produkt zmodyfikowany.

Wobec powyższego, na podstawie treści oferty należało stwierdzić, że jej przedmiotem są dostępne standardowo filtry producenta Rizhao Zhenfu Medical Device Co. Ltd., oznaczone symbolem ZF-059. W związku z tym rozstrzygająca jest zgodność tych właśnie filtrów z wymaganiami Zamawiającego. Oceniając tę kwestię należy stwierdzić, że nie ma wątpliwości, iż filtry te nie odpowiadają treści SIWZ. Po pierwsze, sam Przystępujący przyznał, że filtry w wersji standardowej nie są wyposażone w harmonijkową membranę, co jest okolicznością wystarczającą do stwierdzenia ich niezgodności SIWZ. Ponadto zauważyć należy, że z przedłożonej przez Odwołującego ulotki produktowej wprost wynika, że filtr ZF-059 jest filtrem elektrostatycznym. Chociaż ww. dokument jest wydrukiem z platformy sprzedażowej, nie zaś ze strony internetowej producenta, to można go uznać za co najmniej uprawdopodobniający tę okoliczności, biorąc pod uwagę, że sam Przystępujący wskazał, że producent nie zamieszcza takich dokumentów na własnej stronie, natomiast wiarygodność wydruku z platformy sprzedażowej nie została przez niego podważona, a okoliczności przeciwne informacjom z tego wydruku nie zostały wykazane. Należy też zauważyć, że Przystępujący także nie przedstawił ulotki produktowej publikowanej przez producenta, ale dokument wytworzony przez siebie.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, jakoby podział filtrów na mechaniczne i elektrostatyczne nie był podziałem dychotomicznym, wobec czego mogą występować dwa mechanizmy filtrowania, stwierdzić należy, że twierdzenia te nie zostały wykazane, podczas gdy Odwołujący przedłożył publikację branżową, z której wynika zasadność takiego podziału, potwierdził to również wydrukami ze stron internetowych producentów, jak również katalogiem produktów dystrybuowanych przez Odwołującego. Przystępujący wskazywał, że o tym, że filtr jest mechaniczny ma świadczyć okoliczność, że jest wyposażony w celulozowy wymiennikiem ciepła i wilgoci, który dodatkowo pełni funkcje filtrujące. Zauważyć jednak należy, że Zamawiający odrębnie wymienił w SIWZ wymóg dotyczący wymiennika ciepła i wilgoci, a odrębnie wymóg dotyczący filtracji mechanicznej i harmonijkowej membrany, nieuprawnione jest zatem wywodzenie zgodności z SIWZ poprzez przypisanie funkcji filtracji mechanicznej innemu z elementów filtra. W ocenie Izby wymagania SIWZ należy interpretować w ten sposób, że funkcja filtracyjna ma być zasadniczo realizowana przez filtrację mechaniczną. Przyjmując nawet założenie zgodne z twierdzeniami Przystępującego (które jednak nie zostało wykazane), że filtr elektrostatyczny jest wyposażony w element (celulozowy wymiennik ciepła i wilgoci), który obok swojej zasadniczej funkcji dokonuje

również filtracji mechanicznej, to nie uprawnia to do wniosku, że taki filtr jest filtrem mechanicznym (główną technologią jest bowiem filtracja elektrostatyczna).

Odnosząc się do przywołanych przez Przystępującego wyroków Izby należy stwierdzić, że w sprawie o sygn. akt KIO 725/16 Izba oddaliła odwołanie ze względów dowodowych, stwierdzając, że Odwołujący nie wykazał się jakąkolwiek inicjatywą dowodową, w związku z tym nie można z tego orzeczenia wywodzić wniosków dla niniejszego postępowania odwoławczego. Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO 2438/16 spór dotyczył wyposażenia filtra w wymiennik ciepła i wilgoci wykonany z celulozy. Podkreślić również należy, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają przedłożone przez Przystępującego dowody w postaci umów i poświadczeń ich należytego wykonania, dotyczących filtra SK-203a, tj. innego, niż oferowany w niniejszym postępowaniu.

Wobec ustalenia, że z treści oferty nie wynika, że oferowany jest filtr inny niż standardowy, bezprzedmiotowa staje się ocena tak samo oznaczonego filtra, ale w wersji produkowanej indywidualnie dla Przystępującego. Należy stwierdzić, że produkt określony w treści oferty Przystępującego jest niezgodny z SIWZ, zatem zaniechanie odrzucenia tej oferty stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie w tym zakresie podlegało uwzględnieniu.

Izba nie dopatrzyła się natomiast podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nieprawidłowo przypisuje tym samym okolicznościom faktycznym kilka kwalifikacji prawnych. Nie można utożsamiać zaoferowania produktu niezgodnego z SIWZ z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji. Przyjmując tok rozumowania Odwołującego, należałoby stwierdzić, że każdy przypadek niezgodności oferty z treścią SIWZ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jednocześnie podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z czym nie sposób się zgodzić. Skutki zaoferowania produktu niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego określone są wprost w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i sankcją określoną tym właśnie przepisem należy uznać za wystarczającą.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp i § 5 ust. 2 pkt 2 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 (t.j. DZ. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....