

WYROK

z dnia 17 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez wykonawcę Polmil sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ 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. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy Aero-Medika sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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

SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego i wielorazowego użytku (znak sprawy: 15/PNE/SW/2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2016 r. pod numerem 2016/S 023-036436.

W dniu 22 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 7 zamówienia, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Aero-Medika sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca AM”).

W dniu 2 maja 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Polmil sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie odrzucenia oferty najkorzystniejszej w części 7 zamówienia,
2. wybór oferty wykonawcy AM w części 7 zamówienia,
3. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego w części 7 zamówienia,

czym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, w zakresie części 7 zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy AM,
2. powtórzenia badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy AM w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
3. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród jedynie ważnie złożonych ofert, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i przepisami Pzp.

Odwołujący podkreślił, że opisane powyżej uchybienia Zamawiającego naruszyły jego interes prawny, gdyż pozbawiły go w sposób całkowicie bezprawny możliwości uzyskania zamówienia, mimo że złożył najkorzystniejszą ofertę w części 7 zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający oczekiwał w OPZ, aby zaofertowany w zakresie części Nr 7 zamówienia (poz. 1) filtr oddechowy był: mechaniczny, sterylny, antywirusowy, antybakteryjny, z wydzieloną celulozową warstwą wymiennika ciepła i wilgoci, z harmonijkową membraną filtrującą, z portem do kapnometrii o wydajności nawilżania co najmniej 30mg/1l. Wskazał, że zaofertowany przez Wykonawcę AM filtr Rizhao Zhenfu Medical Device Co. Ltd. o nr kat. ZF-059, jest filtrem elektrostatycznym a nie mechanicznym, posiada piankową warstwę wymiennika ciepła i wilgoci, zamiast wymaganej wydzielonej celulozowej warstwy wymiennika ciepła i wilgoci, a także nie posiada wymaganej harmonijkowej membrany filtrującej, zatem oferta Wykonawcy AM nie spełnia warunków jakie wyartykułował Zamawiający w treści SIWZ i tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Reasumując, zdaniem Odwołującego, w świetle przedstawionych przez niego faktów oraz obowiązujących przepisów prawa, zaskarżone działania i zaniechania Zamawiającego kwalifikują się do uznania za całkowicie nieuzasadnione, a tym samym nieuprawnione i naruszające interes prawny Odwołującego, którego oferta, w zakresie części 7 zamówienia, winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił przedstawione w nim zarzuty w całości, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca AM, wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca ten, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, złożył sprzeciw, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie informacje zawarte na wydrukach załączonych do odwołania nie dotyczą zaofertowanego przez niego produktu, a nadto nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Podkreślił, że filtr posiada wszystkie wymagane cechy określone w SIWZ i w Załączniku nr 1 do SIWZ, czyli jest filtrem oddechowym mechanicznym, sterylnym, antywirusowym, antybakteryjnym, z wydzieloną celulozową warstwą wymiennika ciepła i wilgoci oraz posiada harmonijkową membranę filtrującą i port do kapnometrii, a jego wydajność nawilżania to co najmniej 30mg/1l. Podał również, że złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia, w tym w szczególności oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu oraz oświadczenie wykonawcy, że zaofertowany produkt jest dopuszczony do obrotu i używania w Rzeczypospolitej Polskiej oraz że posiada na potwierdzenie powyższego wymagane przepisami prawa dokumenty, na podstawie których może być stosowany w placówkach ochrony zdrowia. Dodatkowo, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty, zgłaszający przystąpienie – za pismem z dnia 11 kwietnia 2016 r. – przedstawił wymagane

certyfikaty, deklaracje zgodności oraz opisy produktów zawierające specyfikację techniczno-użytkową. Wśród załączników znalazł się opis filtra nr ZF-059, w którym wymieniono następujące cechy produktu:

- filtr oddechowy mechaniczny z celulozowym wymiennikiem ciepła i wilgoci,
- harmonijkowa membrana filtrująca,
- objętość oddechowa 150-1500 ml,
- skuteczność bakteryjna 99,999%,
- skuteczność wirusowa 99,999%,
- wydajność nawilżania 32mg/l,
- port kapno umożliwia dogodny dostęp do gazów dróg oddechowych,
- standard ISO 15 mmF/22mmM pasuje do połączeń z systemami oddechowymi,
- sterylne,
- jednorazowego użytku.

Podkreślił, że Odwołujący na potwierdzenie prawdziwości swojego stanowiska zawartego w odwołaniu nie przedstawił żadnego dowodu, mimo że to na nim leży ciężar dowodu w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego Wykonawca AM oświadczył, że przygotowując ofertę dokonał indywidualnych ustaleń z producentem co do parametrów technicznych filtra nr ZF-059, materiałów i sposobu jego wykonania, dostosowując go do potrzeb Zamawiającego, w konsekwencji czego zaoferował produkt spełniający oczekiwania Zamawiającego. Po otrzymaniu informacji o złożonym odwołaniu, z ostrożności procesowej, zwrócił się do producenta o potwierdzenie powyższego faktu, czego dowodzi załączone do pisma oświadczenie.

Zgłaszający przystąpienie podał, że w postępowaniach o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych zamawiający może, a w postępowaniach powyżej tej kwoty – jest zobowiązany domagać się od wykonawców odpowiednich dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 25 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Mając na uwadze przepis art. 25 Pzp, należy stwierdzić, że zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu w ramach prowadzenia postępowania,

ale tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Rozporządzenie wymienia maksymalny zakres dokumentów jakich można żądać w ramach postępowania, niemniej to zamawiający w SIWZ w sposób ostateczny określa, które z nich jako niezbędne powinny być złożone przez wykonawców w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania przez nich warunków podmiotowych oraz przedmiotowych.

Niezależnie od treści zarzutów podniesionych w odwołaniu, które determinują zakres rozpoznania (art. 192 ust. 7 Pzp) Wykonawca AM, z ostrożności procesowej, celem wyczerpującego przedstawienia zaistniałego w sprawie stanu faktycznego i podstaw prawnych działania Zamawiającego stwierdził, że dokumenty, których zamawiający żąda na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie stanowią treści oferty. W przypadku braków lub błędów w tego rodzaju dokumentach zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Złożenie prawidłowych dokumentów nie prowadzi w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie powoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdza jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że Zamawiający w pkt 6.5 SIWZ, zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazał, iż celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom należy złożyć: (1) materiały (np. katalogi, specyfikacje techniczne, opisy merytoryczne itp.) w języku polskim, zawierające informacje o parametrach, cechach techniczno-użytkowych i charakterystyce oferowanych wyrobów, (2) deklaracje zgodności i (3) certyfikaty CE (lub inne), a także (4) oświadczenie wykonawcy, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest dopuszczony do obrotu i do używania w Rzeczypospolitej Polskiej, oraz że posiada na potwierdzenie powyższego wymagane przepisami prawa dokumenty, na podstawie których może być stosowany w placówkach ochrony zdrowia, które dostarczy do wglądu na żądanie Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający nie żądał przedstawienia ani próbek produktów, ani zaświadczeń producenta czy niezależnych podmiotów.

Do złożonej oferty Wykonawca AM załączył wszystkie wymagane od niego oświadczenia, w tym w szczególności oświadczenie, iż zaoferowany przedmiot zamówienia jest dopuszczony do obrotu i do używania w Rzeczypospolitej Polskiej, oraz że posiada na potwierdzenie powyższego wymagane przepisami prawa dokumenty, na podstawie których może być stosowany w placówkach ochrony zdrowia. Natomiast pozostałe dokumenty, o których mowa powyżej, zostały przedstawione Zamawiającemu na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgłaszający przystąpienie w wyznaczonym terminie, w załączeniu do pisma z dnia 11 kwietnia 2016 r., przedstawił wymagane materiały (m.in. ulotkę z opisem

filtra), deklaracje zgodności i certyfikaty, potwierdzające spełnienie przez zaoferowany produkt, wszystkich wymogów określonych w SIWZ i załączniku nr 1 do SIWZ. Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W ocenie Wykonawcy AM nie doszło także do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast zgodnie z pkt 13 SIWZ jako kryterium oceny podano cenę brutto (95% oceny) i termin realizacji zamówienia częściowego (5% oceny). Wśród kryteriów nie znalazły się natomiast parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia.

Zgłaszający przystąpienie podsumował, że mimo ciężaru dowodu określonego w art. 190 ust. 1 Pzp, który wprost wskazuje, iż strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, Odwołujący nie dopełnił tego wymogu, nie może bowiem takiego dowodu stanowić wydruk strony internetowej produktu, który nie stanowił przedmiotu oferty.

Wykonawca AM zasygnalizował również gotowość przedstawienia próbki oferowanego Zamawiającemu wyrobu, w razie uznania przez Izbę, że do rozstrzygnięcia sprawy konieczne jest dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin przedmiotu lub opinii biegłego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego i Wykonawcy AM zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym – sprzeciwie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę AM (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego – wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 7 kwietnia 2016 r., pisma Wykonawcy AM z dnia 11 kwietnia 2016 r. – odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wraz z załącznikami (ulotką informacyjną filtra ZF-059, certyfikatem EC z dnia 21 listopada 2013 r., deklaracją zgodności z dnia 9 września 2013 r. wraz z ich tłumaczeniem na język polski), zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wydruku ze strony internetowej

załączonego do odwołania, dokumentów załączonych do sprzeciwu – oświadczenia producenta filtra sporządzonego w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem na język polski) i w języku polskim.

Na ich podstawie ustalono, że w pkt 6.5.1-6.5.4 SIWZ Zamawiający sformułował wymogi w zakresie tzw. dokumentów przedmiotowych, oczekując załączenia do oferty: materiałów (np. katalogów, specyfikacji technicznych, opisów merytorycznych itp.) w języku polskim, zawierających informacje o parametrach, cechach techniczno-użytkowych i charakterystyce oferowanych wyrobów dla potwierdzenia i udokumentowania spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ, deklaracji zgodności, certyfikatów CE (lub innych) i oświadczenia wykonawcy (Rozdział II pkt 5 SIWZ.), iż zaoferowany przedmiot zamówienia jest dopuszczony do obrotu i do używania w Rzeczypospolitej Polskiej, oraz że posiada na potwierdzenie powyższego wymagane przepisami prawa dokumenty, na podstawie których może być stosowany w placówkach ochrony zdrowia, które dostarczy do wglądu na żądanie Zamawiającego.

Przystępujący złożył ofertę m.in. na część 7 zamówienia, w ramach której, w poz. 1 formularza asortymentowo-cenowego sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zaoferował filtr oddechowy mechaniczny, sterylny, antywirusowy, antibakteryjny, z wydzieloną celulozową warstwą wymiennika ciepła i wilgoci, z harmonijkową membraną filtrującą, z portem do kapnometrii o wydajności nawilżania co najmniej 30mg/1l producenta Rizhao Zhenfu Medical Devices Co. Ltd., oznaczony kodem ZF-059. Oprócz oświadczenia, o którym mowa w pkt 6.5.4 SIWZ Przystępujący nie załączył do oferty innych dokumentów przedmiotowych.

W konsekwencji Wykonawca AM – pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r. – został wezwany do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt 6.5.1-6.5.3 SIWZ.

W odpowiedzi Przystępujący – za pismem z dnia 11 kwietnia 2016 r. – przedstawił ulotkę informacyjną filtra ZF-059, z której treści wynika, że oferowany wyrób posiada następujące cechy: filtr oddechowy mechaniczny z celulozowym wymiennikiem ciepła i wilgoci, harmonijkowa membrana filtrująca, objętość oddechowa 150-1500 ml, skuteczność bakteryjna 99,999%, skuteczność wirusowa 99,999%, wydajność nawilżania 32mg/l, port kapno umożliwia dogodny dostęp do gazów dróg oddechowych, standard ISO 15 mmF/22mmM pasuje do połączeń z systemami oddechowymi, sterylny, jednorazowego użytku. Ponadto załączył do pisma certyfikat EC z dnia 21 listopada 2013 r. i deklarację zgodności z dnia 9 września 2013 r. wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

W konsekwencji powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy AM jako najkorzystniejszej w części 7 zamówienia.

Izba, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów odwołania, zważyła, że należało je oddalić z poniższych przyczyn.

Zdaniem składu orzekającego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie został przez Odwołującego udowodniony. Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, co przesądza treść przepisu art. 190 ust. 1 Pzp. Oznacza to, że ciężar instruowania postępowania dowodowego spoczywa na stronach/uczestnikach postępowania odwoławczego, natomiast przewidzianą w art. 190 ust. 2 Pzp możliwość ingerencji Izby w przebieg postępowania dowodowego traktować należy jak wyjątek od wspomnianej powyżej zasady, który musi być interpretowany ściśle. Oznacza to, że aktywność Izby w płaszczyźnie dowodzenia faktów ograniczona jest zasadniczo do sytuacji, w których przedmiotem dowodu są kwestie nadzwyczaj skomplikowane, bądź w szczególnych przypadkach, w których strona/uczestnik nie korzysta z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Odwołujący na poparcie twierdzeń o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ powołał się na informacje zawarte na stronie internetowej, tu cytat – „z produktami producenta”, przy czym – jak wynika z przywołanego w treści odwołania adresu tej strony (<http://zhenfu.en.alibaba.com>) nie jest to strona internetowa producenta wyrobu medycznego, a jedynie strona, na której mieści się platforma sprzedażowa, na której oferowane są m.in. jego produkty. W konsekwencji Izba odmówiła temu dowodowi wiarygodności i mocy stwierdzając, że prezentuje on informacje mające charakter *stricte* marketingowy. Ponadto, ze względu na miejsce zamieszczenia informacji o spornym produkcie, nie jest wiadome kto jest ich autorem oraz czy, a jeśli tak, to kto czuwa nad ich kompletnością i poprawnością.

Co zaś dotyczy argumentacji Odwołującego, jakoby dysponował ograniczonymi możliwościami dowodowymi skład orzekający wskazuje, że wniosek taki nie może się ostać z uwagi na przewidziany w przepisie art. 190 ust. 3 Pzp otwarty katalog środków dowodowych. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący, przykładowo, wystąpił do producenta oferowanego przez Przystępującego filtra o informację, czy istnieje taka jego wersja, która spełnia wymagania SIWZ. Mając dodatkowo na względzie fakt, że informacje o charakterystyce filtra zostały złożone w Postępowaniu i Odwołujący mógł się z nimi zapoznać nie sposób również twierdzić, że na przeszkodzie przedstawieniu dowodów potwierdzających stanowisko Odwołującego stały jakiegokolwiek okoliczności faktyczne

Lektura odwołania i przebieg postępowania odwoławczego prowadzą do wniosku, że Odwołujący nie tylko nie wykazał się w istocie jakąkolwiek inicjatywą dowodową, ale również sformułował zarzuty dotyczące uzupełnionego przez Wykonawcę AM dokumentu przedmiotowego (ulotki informacyjnej) dopiero na rozprawie. Działanie takie należy uznać za

spóźnione, wyjaśnić bowiem należy, że o konstrukcji zarzutu decyduje nie tylko treść przywołanego w jego podstawie przepisu (*ad casum* – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), ale również okoliczności faktyczne uzasadniające jego naruszenie. W przedmiotowej sprawie zarzut dotyczył wyłącznie określonych cech zaoferowanego przez Przystępującego wyrobu, nie zaś dokumentów przedmiotowych mających potwierdzać oczekiwane przez Zamawiającego właściwości.

Niezależnie od powyższego, zdaniem składu orzekającego, postanowienie pkt 6.5.1 SIWZ nie pozwala na wniosek, że wymienione w nim przykładowo dokumenty mają mieć określone pochodzenie (np. być sporządzone wyłącznie przez producenta danego urządzenia, nie zaś przez wykonawcę). Podkreślenia wymaga, że odnoszący się do dokumentów przedmiotowych przepis § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) ma charakter otwartego katalogu, co oznacza – po pierwsze – że zamawiający może żądać także niewymienionych w nich dokumentów, o ile są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania (zob. art. 25 ust. 1 Pzp), po drugie – że zamawiający może dokonać charakterystyki takich dokumentów, przykładowo przez wskazanie na źródło ich pochodzenia. Taka sytuacja nie miała miejsca w rozpatrywanej sprawie, wobec czego uznać należało, że Wykonawca AM posłużył się prawidłowym dokumentem.

Reasumując dotychczasowe rozważania uznać należało, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie potwierdził się, bowiem nie został udowodniony, co stanowi wystarczającą podstawę oddalenia całego odwołania. W przedmiotowej sprawie doszło bowiem do sytuacji, w której to nie Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, wykazywał niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, ale Wykonawca AM – przy biernej postawie Odwołującego – dowodził okoliczności przeciwnej, tj. braku niezgodności swojej oferty z SIWZ. Doszło zatem *de facto* do nieuprawnionego odwrócenia ciężaru dowodu.

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje zatem, że przeprowadzone z inicjatywy Przystępującego postępowanie dowodowe doprowadziło do wniosków przeciwnych twierdzeniom zawartym w odwołaniu.

Wykonawca AM już w toku Postępowania przedstawił na wezwanie Zamawiającego dokumenty umożliwiające pozytywną ocenę jego oferty w kontekście wymogów SIWZ. Z kolei do sprzeciwu załączono oświadczenie producenta, z którego wynika, że filtr oddechowy o kodzie ZF-059 jest produkowany w dwóch wersjach, z których jedna jest zgodna z SIWZ. Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności, a jedynie usiłował uczynić z niej podstawę niejako dodatkowego zarzutu, a to braku dostatecznego sprecyzowania przez Wykonawcę AM wersji oferowanego wyrobu. Odwołujący pominął jednak, że o tej

okoliczności nie może przesądzać wyłącznie kod filtra, a właściwości produktu, które zostały scharakteryzowane w ulotce złożonej w uzupełnieniu dokumentów.

Skład orzekający wskazuje, że nie sposób przy tym twierdzić, że treść oferty Wykonawcy AM ograniczona była wyłącznie do podania kod oferowanego wyrobu, skoro jego opis w formularzu asortymentowo-cenowym pochodził od Zamawiającego. Pomijając już nawet okoliczność znacznego upowszechnienia wśród zamawiających takiej praktyki, która generalnie nie budzi kontrowersji, Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że załącznik ten, będąc podpisanym przez Przystępującego i załączonym do oferty złożonej Zamawiającemu dokumentem, stanowi element oświadczenia woli wykonawcy.

Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, jakoby po upływie terminu składania ofert wykonawca związany miałby być wyłącznie treścią oferty, z pominięciem postanowień SIWZ, co doprowadziło go do wniosku, że Przystępujący w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego mógłby dostarczać dowolny filtr, o ile oznaczony byłby kodem ZF-059. Trzeba mieć bowiem na względzie, że – jak wspomniano – przedmiot świadczenia został scharakteryzowany w formularzu asortymentowo-cenowym nie tylko przez wskazanie kodu produktu, a nadto do oferty załączone zostały dokumenty odnoszące się do właściwości wyrobu, które służą ustaleniu zgodności oferty z SIWZ. Wykonawca AM, o ile uzyska zamówienie, nie będzie miał zatem możliwości dostarczania filtrów innych niż spełniające wymagania określone w SIWZ.

W pozostałym zakresie argumentacja Odwołującego sprowadzała się do wytykania niedostatków polskiego tłumaczenia załączonego do sprzeciwu oświadczenia producenta zaoferowanego przez Przystępującego filtra, z pominięciem okoliczności, że przedstawione zostało również stosowne oświadczenie w języku polskim oraz do kwestionowania treści ulotki informacyjnej, co – z przytoczonych powyżej względów – Izba uznała za działanie spóźnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: