

Sygn. akt: KIO 1116/15

WYROK
z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2015 r. przez **wykonawcę MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Działdowie, ul. Leśna 1**

przy udziale **wykonawcy Abook Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1116/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Działdowie, ul. Leśna 1 i :**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Działdowie, ul. Leśna 1 na rzecz MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30 kwotę 8001 zł. 00 gr**

(słownie : osiem tysięcy jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów wpisu, opłat od pełnomocnictw oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Elblągu**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę rękawic do Apteki Szpitalnej zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Działdowie, ul. Leśna 1 ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 maja 2015r. za numerem 2015-63247.

W dniu 22 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Abook sp. zo.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22 oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2013r. poz. 907 z późn. zm. – dalej ustawy) wykonawcy MERCATOR Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30 – dalej odwołującego. Zamawiający wskazał, że faktycznym powodem odrzucenia oferty odwołującego jest to, że w poz. 3 zamawiający wymagał rękawic diagnostycznych, nitrylowych, niejałowych, bezpudrowych, z rolowanym mankietem, AQL 1,5, zaś po sprawdzeniu okazało się, że rękawice zaoferowane przez odwołującego posiadają poziom szczelności 1,0, z tego powodu zamawiający uznał ofertę odwołującego za niezgodną w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 27 maja 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 26 maja 2015r. – drogą elektroniczną.

Odwołujący zaskarżył następujące czynności i zaniechania zamawiającego tj.:

1. odrzucenie oferty odwołującego, mimo że treść jego oferty odpowiada treści siwz, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
2. wybór oferty wykonawcy Abook sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy,
3. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
3. powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły mu uzyskanie zamówienia, gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, to zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą. Skutkiem odrzucenia oferty jest w ocenie odwołującego powstanie po jego stronie szkody.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w zakresie zadania 1 poz. 3 zamawiający wymagał zaoferowania rękawic diagnostycznych, nitrylowych, niejałowych, bezpudrowych, z rolowanym mankietem, AQL 1,5, z jednorodną teksturą na całej powierzchni dłoni i płaców, spełniające normy EN 455:1-2-3-4, przebadanie zgodnie z normą 374-3 (na przenikanie związków chemicznych) oraz odpornych na przenikanie wirusów ASTM F 1671). Długość min. 240 mm. Rozmiar S, M, L. Opakowanie a`100 szt.

Odwołujący podniósł, że poziom AQL (Acceptable Quality Level – wymagany poziom jakości) określa maksymalną ilość wadliwych produktów w danej partii w oparciu o ISO 2859-1 oraz normę 455-1. Im niższy poziom AQL, tym mniejsza wadliwość produktów. Wytyczne dotyczące poziomu AQL zawarte SA w normie EN 455-1 (EN 455 to norma odnosząca się do rękawic medycznych jednorazowego użytku, EN 455-1 wymagania i badania na nieobecność dziur). Norma jednoznacznie wskazuje, że za wymagany poziom szczelności należy przyjąć AQL 1,5. Producent jest zobligowany do wytwarzania partii o jakości równej lub lepszej od wymaganego AQL. Zgodnie z wytycznymi ISO 2859-1 im niższy poziom AQL tym lepiej. Produkt osiągający niższy poziom AQL cechuje się wyższą szczelnością, jest lepszej jakości, czyli posiada znacznie mniejszą ilość ubytków, „dziur”, zniekształceń niż przyjęto w normie EN 455 -1. Lepszy (bardziej restrykcyjny) poziom kontroli jakości AQL =1.0 wypełnia wszystkie wymagania EN 455 oraz odpowiada wymaganiom określonym w Dyrektywie Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993r. (z późniejszymi zmianami) dotyczącej wyrobów medycznych. Odwołujący stwierdził, że jeżeli produkt posiada poziom szczelności w wysokości 1,0, to równocześnie spełnia wymóg poziomu szczelności AQL=1.5. Niższy poziom AQL to wyłącznie pozytywny wpływ na jakość rękawic oraz nie ma żadnego negatywnego wpływu na pozostałe parametry techniczne oraz walory użytkowe produktu. Odwołujący podkreślił, że niższy poziom AQL zapewnia użytkownikom większą barierowość produktu, a co za tym idzie wyższe bezpieczeństwo. Według odwołującego błędna jest interpretacja zamawiającego, gdyż prowadzi do wniosku, że mimo tego, że produkt spełnia wymóg AQL =1.5, to oferta odwołującego podlega odrzuceniu tylko dlatego, że zaoferowane rękawice cechują się wyższą szczelnością oraz mniejszą ilością defektów, zapewniając lepszą jakość produktu jak i większą barierę ochrony użytkownikom. Odwołujący uważa, że nie może być powodem odrzucenia oferty zaoferowanie rozwiązań, co do których nie ma wątpliwości, że są lepsze od tych, których oczekiwał zamawiający. W świetle powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że zaoferowane przez niego rękawice marki Nitrylex PF odpowiadają siwz.

W dniu 26 maja 2015r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 maja 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Abook sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest korzystniejsza od oferty odwołującego. Na skutek uwzględnienia odwołania odwołującego zgłaszający może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i niezastługującego na uwzględnienie. Podniósł, że zamawiający prawidłowo ocenił, że treści oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu zgłaszającego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 maja 2015r. odpowiednio faksem i drogą elektroniczną.

W dniu 10 czerwca 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania. Zamawiający podniósł, że w dniu 12 maja 2015r. udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące zadania nr 1 poz. 3 o treści: „Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem czy w zadaniu nr 1 pozycji nr 3 dopuści rękawice diagnostyczne, nitrylowe, niejałowe bezpudrowe z rolowanym mankietem, AQL \leq 1,5; z teksturą na końcach palców, spełniające normy EN 455:1-2-3-4, przebadane zgodnie z normą EN 374-3 (na przenikanie związków chemicznych) oraz odpornych na przenikanie wirusów (ASTM F 1671), długość min 240mm, rozmiar S,M,L, opakowanie a' 100szt?

Odpowiedź: NIE.” Zamawiający stoi zatem na stanowisku, że odpowiadając na to pytanie nie dopuścił rękawic diagnostycznych o AQL \leq 1,5, a zatem oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz. Zamawiający nie wskazał bowiem, że dopuszcza poziom AQL minimum 1,5, ale konkretnie wymagał rękawic o AQL=1,5. Odwołujący nie wniósł odwołania od treści siwz. Odwołujący wiedział, że oferowane przez niego rękawice nie spełniają wymagań zamawiającego i dlatego zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem. Do pytania odwołujący dołączył karton próbek rękawic Nitrylex PF w rozmiarze L- na kartonie widniał zapis AQL1,0. Zamawiający będąc w posiadaniu tych rękawic i zapoznając się opisami parametrów widniejącymi na opakowaniu oraz kierując się normą EN 455, z której wynika akceptowalny poziom AQL =1,5, podjął decyzję o niedopuszczeniu oferowania rękawic o nazwie Nitrylex PF z poziomem AQL 1,0.

Odwołujący składając odwołanie powołał się na inną normę tj. ISO 2859-1, twierdząc, że wynika z niej, że nim niższe AQL tym lepiej. Zamawiający wszczynając postępowanie powołał się wyłącznie na normę EN 455, do której wytycznych musi się dostosować. Odwołujący zadając pytanie nie pytał o normę ISO 2859-1 i dopiero po odrzuceniu

wspomniał o dodatkowych normach. Czas na informowanie zamawiającego czy AQL 1,0 jest lepsze niż AQL 1,5 zdaniem zamawiającego minął przed upływem terminu składania ofert, po tym terminie trwa wyłącznie sprawdzanie i ocena ofert pod względem ich zgodności z siwz. Odwołujący złożył ofertę na rękawice Nitrylex PF załączając karton próbek w rozmiarze M na którym widniał ten sam parametr tj. AQL 1,0, którego zamawiający nie dopuścił podczas odpowiedzi na pytania. Zamawiający podkreślił, że zamawiane rękawice muszą mieć AQL 1,5, gdyż taki parametr został określony w siwz, a oferta odwołującego tego nie spełnia. Odpowiedź została podpisana przez dyrektora SP ZOZ ujawnionego w KRS, którego odpis załączono.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikiem nr 1 oraz wyjaśnienia treści siwz z dnia 12 maja 2015r., sprostowanie wyjaśnień z dnia 13 maja 2015r., ofertę odwołującego, informację o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, wyciągu ze str. 1 i 3 normy PN EN 455-1, wyciągu ze str. 26 i 27 PN ISO 2859-1:2003, raportu z badań kontroli przedwysyłkowej, data zakończenia badań: 2 marzec 2015 r. i raportu z badań kontroli przedwysyłkowej, data zakończenia badań: 11 czerwca 2014 r.

W załączniku nr 1 do siwz w poz. 3 zamawiający wymagał zaoferowania rękawic diagnostycznych, nitrylowych, niejałowych bezpydrowych z rolowanym mankietem, AQL 1,5; z jednorodną teksturą na całej powierzchni dłoni i palców, spełniających normy EN 455:1-2-3-4, przebadanych zgodnie z normą EN 374-3 (na przenikanie związków chemicznych) oraz opornych na przenikanie wirusów (ASTM F 1671). Długość min 240mm. Rozmiar S,M,L. Opakowanie a' 100szt.

Izba ustaliła, że w poz. 2 zamawiający wskazał na AQL=1,5, w poz. 6 na AQL nie większy niż 1,5, w poz. 8 na AQL poniżej 1,5 w pozostałych pozycjach bezpośrednio po AQL następowała liczba.

W wyjaśnieniach do treści siwz z dnia 12 maja 2015r. w zakresie spornej poz. 3 załącznika nr 1 do siwz zamawiający udzielił następujących wyjaśnień :

Pozycja 3

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie rękawic z teksturą na opuszkach palców?

Odpowiedź: NIE.

1.Dotyczy Zadania nr 1 poz.3

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o dopuszczenie rękawic nitrylowych, lekko tekstuowanych z dodatkową teksturą na końcach palców, spełniające pozostałe wymogi SIWZ

Odpowiedź: TAK.

Zwracamy się do Zamawiającego z pytaniem czy w zadaniu nr 1 pozycji nr 3 dopuści rękawice diagnostyczne, nitylowe, niejałowe bezpydrowe z rolowanym mankietem, AQL≤ 1,5; z teksturą na końcach palców, spełniające normy EN 455:1-2-3-4, przebadane zgodnie z normą EN 374-3 (na przenikanie związków chemicznych) oraz odpornych na przenikanie wirusów (ASTM F 1671), długość min 240mm, rozmiar S,M,L, opakowanie a' 100szt?

Odpowiedź: NIE.

Zadanie nr 1, poz. 3

Prosimy o dopuszczenie rękawic teksturowanych na końcach palców.

Odpowiedź: NIE, zgodnie z siwz.

Zadanie 1 poz.3

1. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie rękawic z dodatkową teksturą na palcach co zwiększa chwytność rękawicy.

Odpowiedź: NIE.

2. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie rękawic pakowanych w opakowania po 200 szt. z odpowiednim przeliczeniem ilości w formularzu cenowym.

Odpowiedź: NIE.

3. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie rękawic teksturowanych na palcach co zwiększa chwytność rękawicy.

Odpowiedź: NIE.

W dniu 13 maja 2015r. zamawiający sprostował udzielone wyjaśnienia informując, że w zadaniu nr 1 poz. 3 dopuszcza się zaoferowanie rękawic z teksturą na opuszkach palców.

Pomiędzy stronami było bezsporne, że odwołujący zaoferował rękawice o AQL=1.0, co wynika z przedłożonej próbki, a w formularzu cenowym załączniku nr 1 poz. 3 odwołujący podał AQL 1,5.

Z wyciągu ze str. 1 i 3 normy PN EN 455-1 wynika, że do każdej partii należy zastosować kontrolę wrywkową, zgodną z pierwszym poziomem kontroli 2859-1.

Z wyciągu ze str. 26 i 27 PN ISO 2859-1:2003 wynika, że dla ilości partii 500 000 sztuk i więcej w pierwszym ogólnym poziomie kontroli mieści się lit. N, tj. znak literowy liczności próbki, który nakazuje przebadać 500szt. rękawic, wśród których dla poziomu AQL 1,0 maksymalnie może być nieszczelnych 10, a niedopuszczalne jest osiągnięcie poziomu 11 sztuk, zaś dla AQL 1,5 maksymalnie może być nieszczelnych 14, a niedopuszczalne jest osiągnięcie poziomu 15 sztuk.

Z raportu z badań kontroli przedwysyłkowej, data zakończenia badań: 2 marzec 2015 r. wynika, że dla numeru serii 0213160315M, dla której wyprodukowano 1 842 000 sztuk i dla próby 500 sztuk 3 sztuki w teście wodoszczelności wykazały defekt. Z raportu z badań kontroli przedwysyłkowej, data zakończenia badań: 11 czerwca 2014 r. wynika, że dla serii 0213370614M dla próby 500szt. 6 sztuk w teście wodoszczelności wykazało defekt.

Izba ustaliła na podstawie powyższych dowodów, że zamawiający z załącznika nr 1 poz. 3 nie użył ani znaku równości, ani nie wskazał, że AQL ma być równe 1,5. Również Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że udzielając w odpowiedzi „NIE” na pytanie odwołującego z dnia 12 maja 2015r. nie wyraził zgody na wszystkie parametry opisane przez odwołującego w zapytaniu, w tym na parametr $AQL \leq 1,5$. Gdyby odpowiedź „NIE” miała się odnosić do każdego z parametrów wymienionych w pytaniu, a nie tylko tego parametru przez odwołującego podkreślonego „z teksturą na końcach palców”, to zamawiający zaprzeczył by także dopuszczalności oferowania parametrów, które sam określił, jak wymóg spełniania norm, czy rodzaj rękawic. Przyjęcie zatem tego toku rozumowania jest nielogiczne i nie można go racjonalnie przyjąć. Ponadto w zapytaniu sam odwołujący wskazał na element, co do którego odpowiedzi oczekuje tj. czy zamawiający dopuści rękawice z teksturą na końcach palców, dlatego odpowiedź nie miał prawo odnosić tylko do tego parametru następnie sprostowanego przez zamawiającego w dniu 13 maja 2015r. Jeżeli zatem zamawiający miał zamiar udzielić odpowiedzi szerszej tj. obejmującej także wymaganie $AQL \leq 1,5$, to z udzielonego wyjaśnienia ten fakt nie wynika i mógł wprowadzić odwołującego w błąd, co do tego, że zamawiający dopuszcza $AQL \leq 1,5$. W ocenie Izby Z zestawienia postanowień załącznika nr 1 poz. 3 do siwz oraz udzielonej odpowiedzi na pytanie wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego nie da się jednoznacznie ustalić, czy zamawiający wymagał ściśle określonego parametru $AQL = 1,5$, czy też podane $AQL 1,5$ należy rozumieć tak jak chciał tego odwołujący jako wartość maksymalną. Wątpliwości tych nie usunęło także udzielone wyjaśnienie, gdyż zamawiający odpowiedział jedynie ogólnikowo „NIE”, co mogło odnosić się tak do wszystkich parametrów (teza absurdalna), jak tylko podkreślonego (z teksturą na końcach palców - tak jak rozumiał to odwołujący), jak i tylko tych parametrów ($AQL \leq 1,5$ i z teksturą na końcach palców), które odwołujący podał w zapytaniu inaczej niż w załączniku nr 1 poz. 3 zamawiający (tak rozumiał to zamawiający). W świetle powyższego Izba ustaliła, że na gruncie przedmiotowej siwz można było skutecznie wywodzić dwa poglądy, że $AQL 1,5$ to $AQL = 1,5$ jak i że $AQL 1,5$ to $AQL \leq 1,5$. O tym, że możliwe było jednoznaczne opisanie powyższego parametru w poz. 3 świadczą poz. 2, 6 i 8 załącznika nr 1 do siwz.

Izba nie dopuściła dowodów z wyciągu z siwz, ogłoszenia, oferty odwołującego oraz informacji o wyniku postępowania na dostawę rękawic diagnostycznych zamawiającego Caritas Archidiecezji Warszawskiej oraz siwz, ogłoszenia, oferty odwołującego oraz informacji o wyniku postępowania na dostawę wyrobów medycznych (rękawice, kaniule, neurokompresy) zamawiającego Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” sp. z o.o. z uwagi na to, że nie dowodzą one okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, przede wszystkim z uwagi na fakt, że wyciągi z siwz nie obejmują wymagań

zamawiających związanych z AQL rękawic diagnostycznych, parametry rękawic wynikają jedynie z wyciągów z ofert odwołującego, co nie pozwala na zbadanie adekwatności stanu faktycznego do stanu niniejszej sprawy, a w konsekwencji ustalenie praktyki zamawiającego rynku dostaw rękawic diagnostycznych, jak chciałby tego odwołujący.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniała, że odwołujący wykazał istnienie przesłanek materialno prawnych wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że treść jego oferty odpowiada treści siwz

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli treści tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z uwagi na to, że odwołujący nie podnosi zaniechania poprawy jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie jedynie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się bezpośrednio do skutku odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego poczynionych przez Izbę na podstawie siwz oraz wyjaśnień treści siwz nie da się w sposób jednoznaczny ustalić treści siwz, nie można bowiem przesądzić czy wartość 1,5 jest jedyną wartością jaką ma przyjąć poziom AQL, czy też jest to wartość graniczna maksymalna, zamawiający w tym zakresie nie posłużył się wystarczająco jednoznacznymi sformułowaniami, nie udzielił w tym zakresie także dostatecznych wyjaśnień. Brak możliwości ustalenia bezspornej treści siwz powoduje, że nie da się stwierdzić czy ustalona przez zamawiającego wartość AQL 1,0 zaoferowana w ofercie odwołującego odpowiada treści siwz czy też nie. W tym stanie rzeczy Izba podtrzymuje stanowisko Izby wyrażone jednolicie w orzecznictwie, iż wszelkie niejasności siwz należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ustalił stan faktyczny tj. przyjął jednoznaczność wymagania AQL 1,5 jako AQL=1,5 i w konsekwencji błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przyjmując, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez wybór oferty wykonawcy Abook sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza oraz przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Zaś zasadą wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy jest to, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z normą art. 7 ust. 3 ustawy zamawiający udziela zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Cytowane powyżej normy należy sprowadzić na potrzeby niniejszej sprawy do nakazu skierowanego do zamawiającego, że zamawiający ma obowiązek dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród tych wszystkich ofert, które nie podlegały odrzuceniu. Tym samym skoro Izba w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego dopatryła się nieprawidłowego odrzucenia odwołującego w niniejszym postępowaniu, to należało stwierdzić, że zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert, które takiej ocenie obowiązany był poddać. W tym stanie rzeczy dokonany przez zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej naruszał art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 lit. a i 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. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania i nakazując zamawiającemu dokonanie ich zwrotu na rzecz odwołującego w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania, kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocników - trzech opłat skarbowych od przedłożonych pełnomocnictw, poniesionych kosztów dojazdu na rozprawę do wysokości udowodnionej złożonymi rachunkami.

Przewodniczący: