

Sygn. akt: KIO 439/16

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę: **Neomed Polska sp. z o.o. w Piasecznie (05-501), ul Orężna 6a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie (04-141), ul. Szaserów 128**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Neomed Polska sp. z o.o. w Piasecznie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Neomed Polska sp. z o.o. w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Neomed Polska sp. z o.o. w Piasecznie** na rzecz zamawiającego: **Wojskowego Instytutu Medycznego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa zestawów medycznych, bielizny szpitalnej, odzieży medycznej oraz różnych wyrobów i produktów medycznych” zostało wszczęte przez Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 30 marca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 208-377330) w dniu 27 października 2015 r.

W dniu 25 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Neomed Polska sp. z o.o. w Piasecznie, zwanego dalej Odwołującym. Odwołanie zostało złożone wobec unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu XVII i XXVI, a także wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na te właśnie pakiety zamówienia.

Odwołujący postawił Zamawiającemu:

- a) *„zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;
a także z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia próbek, w razie stwierdzenia, że złożone wraz z ofertą próbki nie spełniały wymagań Zamawiającego,*
- b) *zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt. 1) Ustawy poprzez bezpodstawne unieważnienie Postępowania w zakresie Pakietów Nr XVII i Nr XXVI, mimo, że Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ,*
- c) *zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w Pakietach Nr XVII i Nr XXVI,*
- d) *zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pov-Gol Sp. z o.o. z siedzibą w Głoskowie,*

ul. Traktorzystów 1 (dalej jako „POV- GOL”), pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ (z innych przyczyn niż wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15.03.2016 r. Ldz. 230/AZ/2016 - w zakresie Pakietów Nr XVII i Nr XXVI).”

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną przez niego ofertę na pakiety XVII i XXVI zamówienia, a w konsekwencji unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w ramach każdego z tych pakietów. Odnosząc się do poszczególnych pozycji arkusza asortymentowo-cenowego, do których Zamawiający ustalił niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Odwołujący twierdził co następuje:

- pakiet XVII, pozycja 25 – w ofercie zaoferował pokrowiec odpowiedni, wielokrotnie dostarczany do szpitali, przy czym podkreślał, że w SIWZ nie zostało sprecyzowane pojęcie grubości folii, choćby przez określenie jej gramatury, stąd rozstrzygnięcie Zamawiającego oparte zostało na subiektywnej i niesprawiedliwej jego ocenie. Odwołujący podnosił, że w protokole oceny ofert znalazła się adnotacja, że produkt oferowany przez Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego. Podnosił również Odwołujący, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu ten sam produkt, przy takich samych wymaganiach, nie wzbudził żadnych zastrzeżeń Zamawiającego;
- pakiet XVII, pozycja 26 – uznał, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 13 udzielonej w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. posłużył się pojęciem średnica, to musiał on odnosić się do otworu pokrowca (otwór ma kształt koła) – nieuzasadnionym było zatem uznanie za niespełniający wymagań pokrowca, którego otwór posiada średnicę 30 cm;
- pakiet XXVI, pozycja 4 i 6 – twierdził, że zaoferował Zamawiającemu próbki o mankietach bawełnianych, tak jak było to wymagane w SIWZ, a złożone wraz z ofertą próbki, są odzwierciedleniem treści oferty;
- pakiet XXVI, pozycja 12 – twierdził, że zaoferował Zamawiającemu koszule w dwóch różnych rozmiarach (M i L), różniących się długością, nie zaś tęgością, co do której w SIWZ nie sformułowano żadnych wymagań;
- pakiet XXVI, pozycja 14 – twierdził, że zaoferował Zamawiającemu majtki typu bokserki w dwóch różnych rozmiarach (XL i XXL) i takie też próbki przedstawił wraz z ofertą Zamawiającemu, a podjęcie odmiennych ustaleń przez Zamawiającego nie mogło zostać dokonane w oparciu o badanie próbek, albowiem te, do czasu uzyskania wglądu w dokumentację przez Odwołującego, już po otrzymaniu informacji o unieważnieniu postępowania, nie zostały przez Zamawiającego odpakowane.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazał, że nawet gdyby, którakolwiek ze podstaw odrzucenia złożonej przez niego oferty uznana została za uzasadnioną, to i tak Zamawiający winien był go wezwać na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych przez niego próbek w odpowiednim ku temu zakresie.

W ocenie Odwołującego, konsekwencją niezasadnego odrzucenia złożonej przez niego oferty na pakiety XVII i XXVI zamówienia, było również nieuzasadnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach każdego z tych pakietów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu wskazał na szereg okoliczności, które przesądzać miały o niezgodności z treścią SIWZ treści oferty złożonej przez wykonawcę Pov-Gol sp. z o.o. na pakiety XVII i XXVI zamówienia, których to okoliczności nie przywołał Zamawiający w piśmie z dnia 15 marca 2016 r. informującym m.in. o odrzuceniu powołanej oferty.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) *„unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w zakresie Pakietów Nr XVII i Nr XXVI,*
- b) *unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Postępowania w zakresie Pakietów Nr XVII i Nr XXVI,*
a w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że złożone wraz z ofertą próbki nie spełniały wymagań Zamawiającego - wezwanie do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy,
- c) *dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu w zakresie Pakietów Nr XVII i Nr XXVI z uwzględnieniem oferty Odwołującego,*
- d) *dokonanie czynności odrzucenia oferty POV-GOL jako nieodpowiadającej treści SIWZ, z innych przyczyn niż wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15.03.2016 r. Ldz. 230/AZ/2016 (dotyczy Pakietów Nr XVII i Nr XXVI),*
- e) *dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.”*

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że w pkt II.3 SIWZ zawarł informację, zgodnie z którą zamówienie miało być realizowane w częściach, zwanych w SIWZ „pakietami”. Zgodnie z pkt II.1 SIWZ wykaz towarów, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia, wraz z ich szczegółowym opisem, zawarty został w załączniku nr 3 do SIWZ – „*Arkuszu asortymentowo-cenowym*”. Zgodnie z pkt II.2 SIWZ oferowany przez wykonawcę towar powinien być zgodny z przedmiotem zamówienia i spełniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w „*Opisie kryteriów i sposobu oceny ofert*” (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz posiadać wymagane przepisami prawa dokumenty dopuszczające do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z pkt X.4 SIWZ na ofertę składały się m.in.: pkt X.4.1.b) wypełniony poprzez wpisanie wartości w wyróżnione pola „*Arkusza asortymentowo-cenowego*”; pkt X.4.1.f) dokumenty, o których mowa w pkt I.6-I.47 załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie dotyczącym Wykonawcy; pkt X.4.1.g) dokumenty (materiały) z dokładnym opisem oferowanego towaru potwierdzające zgodność z przedmiotem zamówienia i wymaganiami Zamawiającego; pkt X.4.3.j) próbki dla pakietu XVII – po 3 sztuki z każdej pozycji oraz koloru; X.4.3.p) próbki dla pakietu XXVI – pozycja 1-7 i pozycja 11-14 – po 3 sztuki z każdej pozycji oraz koloru, pozycja 8-10 – po 3 opakowania handlowe z każdej pozycji. W pkt X.4.4 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że podane przez Wykonawcę w „*Arkuszu asortymentowo-cenowym*” dane identyfikacyjne oferowanego towaru muszą znaleźć odzwierciedlenie na próbkach i we wszystkich dokumentach, co m.in. w trakcie oceny ofert miało umożliwić ich jednoznaczną identyfikację i potwierdzenie spełniania stawianych przez Zamawiającego wymagań.

W załączniku nr 3 do SIWZ („*Arkuszu asortymentowo-cenowym*”), w części odnoszącej się do pakietu XVII, w pozycji 25 w części tabeli zawierającej opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał „*pokrowiec nieprzemakalny na materac wykonany z grubej, niebieskiej, antypoślizgowej, nieprześwitującej folii – rozmiar 90x220 cm, obszyty dookoła gumą*”, zaś w pozycji 26, w analogicznej części tabeli, Zamawiający wymagał: „*pokrowiec na materac pod kończynę dolną lub górną, wykonany z włókniny polipropylenowej,*

nieprzemakalnej, z otworem w przedniej części węższego boku obszytym ściśniętą gumką fi 30 cm, tylna część zaszyta na ślepo, długość 100-110 cm, gramatura odpowiednia dla warstw 25gr/25gr”.

W załączniku nr 4 do SIWZ zawarty został opis kryteriów i sposobu oceny ofert. Wymagania tam zakreślone zapisane zostały w kolejnych wierszach tabeli, przyporządkowanych odpowiednio do pakietu zamówienia, do którego zostały przypisane. Do pakietu XVII odnosiły się wiersze od 10 do 16, przy czym pierwsze sześć kryteriów opisane zostało jako warunkowe, a jedynie ostatni miał służyć ocenie (za każdy kolor wykonawca mógł uzyskać 0,5 punktu).

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający udzielał wielokrotnie wyjaśnień odnoszących się do zapisów SIWZ. W piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 13: *„Czy Zamawiający ma na myśli pokrowiec taki jak na poniższym rysunku tj. taki, który przy średnicy 30 cm będzie miał obwód 94,20 cm tj. całkowita szerokość zużytego materiału będzie wynosić 94,20cm (zgodnie ze wzorem matematycznym $2\pi r \rightarrow 2 \times 3,14 \times 15\text{cm} = 94,20\text{cm}$ (+ ok 2 cm na ewentualne przeszycie) Czy Zamawiający dopuszcza jakąś tolerancję w rozmiarze?”* Zamawiający wyjaśnił: *„W opisie przedmiotu Zamówienia dla poz. 26 z Pakietu Nr XVII skreśla się słowa „węższego boku”. Określenie »fi 30 cm« dotyczy szerokości pokrowca na całej jego długości mierzonej po złożeniu na płasko. Dopuszczalna tolerancja w średnicy i długości: +/- 2cm.”*

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9.17 pisemnego protokołu postępowania, do Zamawiającego w pakiecie XVII wpłynęły 2 oferty, w tym złożona przez Odwołującego.

W sporządzonym w toku badania ofert protokole oceny ofert, odnoszącym się do oferty złożonej przez Odwołującego na pakiet XVII, w odniesieniu do m.in. produktu oferowanego w pozycji 25 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*” w wierszu zawierającym następująco sformułowane wymaganie: *„towar (wyrób) nie rwie się, nie pęka i nie rozchodzi na szwach”* wpisana została odręcznie sporządzona uwaga „spełnia”. Na drugiej stronie tego protokołu opisano dwie niezgodności w zakresie przedmiotu zamówienia, które następnie zostały opisane w piśmie skierowanym do Odwołującego.

Pismem z dnia 15 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu obu ofert złożonych mu w zakresie pakietów XVII i XXVI. W odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego na pakiet XVII Zamawiający przedstawił uzasadnienie dla stwierdzonych przez siebie dwóch niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – w odniesieniu do pozycji 25 i 26.

W ramach pozycji 25 Zamawiający wskazał, że wymagał w SIWZ dostawy pokrowca wykonanego z grubej folii, tymczasem Odwołujący zaoferował mu produkt, który jak wynika z badania załączonej do oferty próbki, wykonany jest z folii bardzo cienkiej. W odniesieniu do pozycji 26 Zamawiający przywołał odpowiedź na pytanie 13 udzielone w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. i ustaloną tam treść wymagań odnoszących się do produktu zamawianego w tej pozycji „*Arkusza asortymentowo-cenowego*”. W jego ocenie Odwołujący zaoferował mu pokrowiec, który nie spełniał tych wymagań, albowiem jak wynikało z badania przedstawionej wraz z ofertą próbki, ma on szerokość 48 cm.

Innym pismem z dnia 15 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu prowadzonego przez niego postępowania w zakresie m.in. pakietów XVII i XXVI na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, z uwag na fakt odrzucenia wszystkich złożonych mu ofert.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty odnoszące się do czynności podjętych przez Zamawiającego wobec oferty złożonej przez drugiego z wykonawców, tj. Pov-Gol sp. z o.o. Również w toku rozprawy przed Izbą, Odwołujący wycofał zarzuty odnoszące się do czynności Zamawiającego podjętych w ramach pakietu XXVI zamówienia. Tym samym wniesione przez siebie odwołanie, Odwołujący ostatecznie popierał jedynie w zakresie zarzutów odnoszących się do pakietu XVII zamówienia i jego oferty na ten pakiet złożonej.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, niemniej jednak samo rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające

formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 964), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego niezuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izłą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do teŕże właŕnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekŕcie bada zasadnoŕć tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności poszczególnych zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu i popieranym w toku postępowania odwoławczego. Okoliczności te były szczególnie doniosłe w przypadku zarzutu skierowanego wobec informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodnoŕć złożonej przez niego oferty z treŕcią SIWZ w zakresie wymagań opisanych w pozycji 25 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*”. W piŕmie z dnia 15 marca 2016 r., w kontekŕcie pozycji 25, Zamawiający wskazał jedynie na niespełnienie, według jego oceny, przez oferowany mu pokrowiec warunku wykonania go z grubej folii. Słusznnoŕć tego twierdzenia została w rozpoznawanym odwołaniu przez Odwołującego zakwestionowana w postawionym Zamawiającemu zarzucie. I tylko w tym zakresie Izba władna była oceniać to, czy Zamawiający prawidłowo zbadał ofertę Odwołującego w zakresie pozycji 25, w tym, czy naleŕzycie ocenił przedstawione mu próbki.

W piŕmie z dnia 15 marca 2016 r. Zamawiający nie zawarł żadnych zastrzeŕeń odnoszących się do pokrowca opisanego w pozycji 25, zgodnie z którymi pokrowiec ten miałyby zbyt łatwo się rwać i pękać, a tym samym nie spełniać jednego z kryteriów opisanych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia z pakietu XVII w załączniku nr 4 do SIWZ. Co istotne, a co podnosił Odwołujący, nawet w zawartym w dokumentacji postępowania i sporządzonym w toku badania ofert protokole oceny ofert, odnoszącym się do oferty złożonej przez Odwołującego na pakiet XVII, w odniesieniu do m.in. produktu oferowanego w pozycji 25 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*” w wierszu zawierającym następująco sformułowane wymaganie: „*towar (wyrób) nie rwie się, nie pęka i nie rozchodzi na szwach*” wpisana została odręcznie sporządzona uwaga „*spełnia*”. Twierdzenia takie Zamawiający zaczął formułować dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie, a rozwinął je w toku

rozprawy przed Izbą. W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego, na tym etapie postępowania, musiało zostać uznane za spóźnione. Jeśli Zamawiający uważał, że pokrowiec z pozycji 25 w pakiecie XVII oferowany mu przez Odwołującego nie spełnia powołanego wymagania opisanego w załączniku nr 4 do SIWZ, winien to w sposób wyraźny zakomunikować Odwołującemu już w piśmie z dnia 15 marca 2016 r. Z uwagi na fakt, że tego Zamawiający nie uczynił, Odwołujący, nie wiedząc o tak postawionym mu zarzucie, nie mógł podważyć jego słuszności we wniesionym przez siebie odwołaniu – nie mógł tak dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonej przez niego oferty objąć zarzutami zawartymi w odwołaniu. To z kolei wyłączało możliwość rozstrzygnięcia przez Izbę, czy twierdzenia Zamawiającego odwołujące się do wymagania opisanego w załączniku nr 4 do SIWZ formułowane były zasadnie. Z analizy pisma z dnia 15 marca 2016 r. prezentującego okoliczności faktyczne przemawiające za odrzuceniem oferty złożonej w ramach pakietu XVII przez Odwołującego nie wynika, aby Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego brał pod uwagę to, że folia, z której wykonany jest oferowany mu w pozycji 25 pokrowiec, rwie się, czy też pęka. Tymczasem w toku rozprawy przed Izbą, Zamawiający stwierdził wręcz, że mniej ważnym jest to, czy folia jest gruba, czy nie, a istotnym jest to, że się rwie przy większym nacisku. Co szczególnie istotne w kontekście zarzutu postawionego w odwołaniu, w granicach którego Izba była władna rozpoznać odwołanie, Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą przyznał, że gramatura dla folii w SIWZ nie została określona, a nadto dokonał on spostrzeżenia, że trudno jest odróżnić czym jest gruba folia.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest*

zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”

W tym kontekście szczególnie ważnym jest to w jaki sposób Zamawiający opisze wymagania postawione zamawianym przez siebie produktom. Jak to podnosił Odwołujący, w opisie przedmiotu w pozycji 25 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*” parametr grubości folii pozostał opisany w sposób niejednoznaczny – nie został opisany próg graniczny grubości – gramatury materiału, poniżej którego będzie oczywistym, że folia za grubą uznana już zostać nie może. Nadto sam Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że trudno jest ocenić, która folia jest gruba. W tak zaistniałych okolicznościach, nie sposób było uznać, że w oparciu o tak ogólnie sformułowany opis Zamawiający mógł wyciągać negatywne konsekwencje w stosunku do Odwołującego i zaoferowanego przez niego pokrowca. Przy czym uwzględnić tu należało również to, że na etapie informowania Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, Zamawiający nie podnosił, iż folia ta rwie się lub pęka, co zdaje się sugerować i potwierdzać informacje ujawnione w protokole oceny ofert, w którym to uznano produkt ten za spełniający w tym zakresie wymagania opisane w SIWZ.

Dlatego też w rozpoznawanej sytuacji, zasadnie, w ocenie Izby, podnosił Odwołujący, że w świetle przytoczonych w piśmie z dnia 15 marca 2016 r. okoliczności i podjętych w odniesieniu do nich ustaleń, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia złożonej przez Odwołującego w zakresie pakietu XVII oferty (z uwagi na cechy produktu oferowanego mu w pozycji 25), a tej właśnie czynności w oparciu o poczynione przez siebie ustalenia dokonał. Mając to na uwadze Izba uznała, że Zamawiający w tym zakresie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przytoczonych przez Odwołującego, w szczególności przepisu art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp. Stwierdzenie tego naruszenia nie mogło jednak, wobec niepotwierdzenia się zarzutu odnoszącego się do czynności podjętych przez Zamawiającego w kontekście produktu opisanego w pozycji 26 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*”, przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Niewykazanie przez Odwołującego słuszności zarzutu odnoszącego się do produktu z pozycji 26, czyniło naruszenia dokonane przy odrzuceniu oferty z powodu niezgodności w zakresie pozycji 25 odwołania takimi, które nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwalały na uwzględnienie odwołania przez Izbę. Ustalenie przez Zamawiającego w ramach jednego pakietu zamówienia, że choć jeden z oferowanych mu produktów nie odpowiada opisanym w SIWZ wymaganiom, jest dla niego podstawą do odrzucenia tak złożonej mu oferty. Dostrzeżenia wymaga w tym kontekście, że nawet w SIWZ, w pkt II.4.2, Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że nie dopuszcza dzielenia pakietów.

W kontekście zarzutu odnoszącego się do produktu z pozycji 26, dostrzeżenia wymaga to, że z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było wykazanie przez Odwołującego rzeczywistej treści złożonej przez niego oferty, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawzić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił ich zaistnienie Zamawiający i opisał je w piśmie z dnia 15 marca 2016 r., faktycznie nie miały miejsca.

Jak wyjaśnił Odwołujący w toku rozprawy przed Izłą, z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie 13 w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. wywiódł on, że Zamawiający oczekiwał, iż *„pokrowiec rozłożony na płasko będzie miał szerokość 47 cm przy zachowaniu średnicy koła 30 cm w przypadku, gdy otwór pokrowca jest rozłożony w kształt koła”*. Kierując się takim rozumieniem zaoferował on Zamawiającemu odpowiedni produkt, który został oznaczony odpowiednim numerem katalogowym (X060109225050 – wskazany na 128 stronie oferty).

W ocenie Izby Odwołujący nieprawidłowo odczytał wymagania stawiane przez Zamawiającego dla pokrowca zamawianego w pozycji 26 *„Arkusza asortymentowo-cenowego”*. O ile pierwotna treść SIWZ w zakresie opisu tej pozycji uzasadniałaby przyjęte przez Odwołującego rozumienie opisu wymagań stawianych pokrowcowi na materac pod kończynę, to już po uwzględnieniu odpowiedzi na pytanie nr 13 udzielonej w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. przyjęcie takiego kształtu tegoż wymagania za obowiązujące nie było uzasadnione. W odpowiedzi tej Zamawiający wyraźnie bowiem zdefiniował, na potrzeby tego konkretnego postępowania, użyte w pierwotnym opisie określenie *„fi 30cm”* wyjaśniając, że pojęcie to dotyczy *„szerokości pokrowca na całej jego długości mierzonej po złożeniu na płasko”*. Po udzieleniu tych wyjaśnień, w tym konkretnym postępowaniu, Zamawiający mógł oczekiwać, że oferowany mu pokrowiec będzie szeroki na 30 cm (przy dopuszczalnej tolerancji +/- 2 cm), a wielkość ta powinna być mierzona po złożeniu tegoż pokrowca na płasko wzdłuż jego długości. Jak wynika z badania przez Zamawiającego przedstawionej przez Odwołującego próbki (opisanej tym samym numerem katalogowym, co na stronie 128 oferty), szerokość zaoferowanego mu pokrowca wynosi 48 cm (tak podano w piśmie z dnia 15 marca 2016 r.). Odwołujący, co do istoty, nie przeczył tym ustaleniom – sam w toku rozprawy podał, że szerokość spornego pokrowca wynosić miała 47 cm. Jak to przyznał sam Odwołujący w toku rozprawy próbki, które przedstawił Zamawiającemu są tymi artykułami, które zaoferował Zamawiającemu i opisał w swej ofercie. Zgodnie z SIWZ

próbki musiały być oznaczone tymi samymi numerami katalogowymi, które podane zostały w ofercie. Nadto w toku rozprawy Strony zgodnie oświadczyły, że nie ma między nimi sporu, że przedstawione przez Odwołującemu próbki są tymi artykułami, które są opisane w treści oferty m.in. przez podanie numerów katalogowych.

W tak zaistniałych okolicznościach faktycznych, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał, że zaoferowany mu w pozycji 26 pokrowiec nie opowiada stawianym przez Zamawiającego wymaganiom. Nie było sporne między Stronami, że oferowany przez Odwołującego, konkretny pokrowiec, opisany swoim indywidualnym numerem katalogowym (taka jest istota numerów katalogowych – choćby z oferty Odwołującego wynika, że każdemu rozmiarowi tego samego produktu – np. fartuchów z pozycji 4 w pakiecie XXVI, strona 129 oferty – przypisał on inny numer katalogowy produktu), nie opowiada wymaganiom Zamawiającego, jeśli za prawidłowe przyjmie się ich rozumienie prezentowane przez Zamawiającego (tak właśnie uczyniła Izba). Konstatacja ta prowadziła do uznania, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ (ustalonej w tym zakresie odpowiedzią na pytanie nr 13 z pisma z dnia 18 listopada 2015 r.). Elementem rozstrzygającym o takiej, a nie innej, treści tejże oferty, było wyraźne wskazanie na stronie 128 oferty na numer katalogowy produktu, którego próbka została przedstawiona Zamawiającemu i który to numer rozstrzygał o przedmiocie, który Odwołujący zobowiązał się dostarczyć Zamawiającemu. W takim przypadku uzupełnienie próbki złożonej Zamawiającemu, o co postulował Odwołujący, nie byłoby możliwe, albowiem rodziłoby konieczność dokonania ingerencji w treść oferty Odwołującego i wskazanie innego numeru katalogowego produktu, który odpowiadałby rzeczywistym wymaganiom Zamawiającego, a nie takim warunkom, jakich brzmienie za prawidłowe przyjął Odwołujący. Samo złożenie nowej próbki nie mogłoby w tym przypadku uznane za wystarczające – treść oferty pozostałaby bowiem niezmieniona – wciąż odwoływałaby się ona do numeru katalogowego produktu, który wymagań Zamawiającego nie spełnia. Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Odwołujący nie podnosił, aby wskazanie na ten konkretny produkt powinno zostać uznane za omyłkę, wręcz przeciwnie, wyraźnie oświadczył, że próbki złożone Zamawiającemu są tymi artykułami, które zaoferował Zamawiającemu. Jak wynikało z prezentowanego przez niego stanowiska, zaoferował on Zamawiającemu świadomie produkt, którego szerokość wynosiła (przy rozłożeniu go na płasko) co najmniej 47 cm.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, że zarzut odnoszący się do pozycji 26 „*Arkusza asortymentowo-cenowego*” nie potwierdził się, a tym samym w toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, aby Zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną przez Odwołującego na pakiet XVII ofertę. To z kolei pozwoliło Izbie stwierdzić, że nie zostało wykazane również to, iż Zamawiający w ramach tego właśnie pakietu nie miał podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Przewodniczący: