

sygn. akt: **KIO 1728/19**

## **WYROK**

**z dnia 18 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2019 r. przez wykonawcę **Boxmet Medical sp. z o.o., Piskorzów 51; 58-250 Pieszyce**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - 42 Baza Lotnictwa Szkolnego, ul. Sadków 9; 26-603 Radom**,

przy udziale wykonawcy **B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą NEOMED B. S. z siedzibą w Piasecznie, ul. Kajki 18; 05-501 Piaseczno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Boxmet Medical sp. z o.o., Piskorzów 51; 58-250 Pieszyce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Boxmet Medical sp. z o.o., Piskorzów 51; 58-250 Pieszyce**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – 42 Baza Lotnictwa Szkolnego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa Indywidualnych Pakietów Medycznych (IPMed) stanowiących podstawę osobistego wyposażenia medycznego żołnierza i pracownika resortu obrony narodowej na czas pokoju”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2019 roku, pod numerem 576945-N-2019.

Dnia 30 sierpnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 4 września 2019 roku wykonawca Boxmet Medical sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NEOMED, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty NEOMED za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu i dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu i jedyną spełniającą wymagania zawarte w s.i.w.z. jest oferta odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia oferty NEOMED, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż pomimo jednoznacznego wymogu znajdującego się w rozdz. XII „Opis sposobu przygotowania ofert”, pkt. 1 oraz 8 ppkt. 1, NEOMED nie wskazał w formularzu ofertowym „wszystkich informacji zawartych we wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z.”. Zamawiający jasno sformułował w kolumnie nr 3 formularza ofertowego wymóg co do podania „NAZWY PRODUCENTA I NAZWY HANDLOWEJ” oferowanego wyrobu. NEOMED natomiast w złożonej przez siebie ofercie nie wskazał nazw handlowych oferowanych wyrobów, a jedynie nazwy producentów tego asortymentu.

Odwołujący podniósł, iż brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy zgodnie z wymaganiami zamawiającego na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z s.i.w.z. polegającą również na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami s.i.w.z., opisie przedmiotu dostawy. Wykonawca nie podając w ofercie danych żądanych przez zamawiającego, tj. nazwy handlowej, może w rzeczywistości oferować asortyment nie spełniający wymagań zamawiającego. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania nazw handlowych oraz oznaczenia producentów oferowanego asortymentu, informacje takie bezspornie

stanowią treść oferty. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., polegająca na braku wskazania powyższych informacji nie może zostać wyeliminowana poprzez zastosowanie mechanizmów wskazanych w art. 87 ustawy Pzp, oferta podlega bezwzględniemu odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że złożył w postępowaniu ofertę, która jest zgodna z s.i.w.z. i nie podlega odrzuceniu, oferta uplasowała się na drugim miejscu. Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NEOMED, odwołujący nie może uzyskać zamówienia, przez co może ponieść szkodę.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą NEOMED B. S. z siedzibą w Piasecznie (dalej: „przystępujący”).

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż kwestionowana przez odwołującego wadliwość treści oferty przystępującego polegająca na nie wpisaniu w kolumnie nr 3 nazw handlowych oferowanych produktów, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia w sensie merytorycznym, a stanowi jedynie wadliwość oferty w płaszczyźnie formalnej, która z kolei nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stanowisko ugruntowane zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie wprost wskazuje, że aby można było ofertę (jej treść) uznać za nieodpowiadającą treści s.i.w.z. należy wskazać konkretnie na merytoryczne „ułomności” treści oferty, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą.

Okolicznością bezsporną, przyznaną przez strony postępowania oraz przystępującego jest fakt, iż przystępujący w formularzu ofertowym wpisał nazwę producenta oferowanych produktów jednocześnie nie wpisując nazwy handlowej oferowanych produktów.

Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego, iż przedmiot zamówienia jest na tyle charakterystyczny, iż na rynku producenci tego rodzaju produktów nie nadają konkretnych, dedykowanych nazw handlowych oferowanych asortymentów. Dla przykładu warto podać niektóre elementy składające się na przedmiot zamówienia, tj. opatrunek indywidualny, gaza wypełniająca, przylepiec do opatrunku, nożyczki ratownicze, rękawice ratownicze, które z racji swojego przeznaczenia opisywane są wprost tak jak opis dokonany przez zamawiającego. Powyższe potwierdzają karty katalogowe złożone na wezwanie zamawiającego, które również zawierają sformułowania ogólne, tj. opatrunek osobisty (k. 323), gaza wypełniająca (k. 332), przylepiec bez opatrunku (k. 333), nożyczki ratownicze (k. 336), rękawice nitrylowe (k. 337). Tym samym trudno uznać i przyjąć, że przystępujący złożył ofertę merytorycznie sprzeczną z treścią s.i.w.z. Skoro bowiem sam producent posługuje się w opisie produktu sformułowaniami ogólnymi, niejako funkcjonalnymi, to nie sposób stawiać przystępującemu zarzutu, iż poprzez niewpisanie nazwy produktu tożsamej z nazwą (opisem) podanym przez zamawiającego w s.i.w.z., dopuścił się merytorycznej wadliwości złożonej oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadliwość treści oferty przystępującego, mimo że faktycznie istniejąca, to nie wpływa ona na merytoryczną zawartość oferty złożonej przez tego wykonawcę, albowiem *de facto* wadliwość ta polegała jedynie na nie przepisaniu z kolumny nr 2 opisu przedmiotu zamówienia do kolumny nr 3 nazwa handlowa.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż zamawiający nie wymagał w s.i.w.z. podania w ofercie numerów katalogowych oferowanych produktów, a tylko takie ewentualne uchybienie, np. brak numeru katalogowego, mogłoby w konsekwencji powodować uznanie, że treść oferty sprzeczna jest z treścią s.i.w.z. Natomiast sam wymóg braku podania nazwy handlowej, w sytuacji kiedy producent takiej nazwy nie nadał, nie może wywołać skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo podnieść należy, iż odwołujący w treści odwołania, jak i na rozprawie, nie podważał wartości merytorycznej złożonej oferty, a jedynie jej błąd formalny, co musiało doprowadzić do uznania, iż odwołanie jest w całości bezzasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....