

sygn. akt: KIO 1971/10

WYROK
z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.09.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13.09.2010 r. przez wykonawcę **Paramedica Polska Spółka z o.o., ul. Żołądy 11, 02-815 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa wyrobów medycznych, produktów leczniczych, plecaka ratownika – sanitariusza oraz tabletek do dezynfekcji wody” znak sprawy 63/2010.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Paramedica Polska Spółka z o.o.** w zakresie pakietu nr 16, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 16, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 16 z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę **Paramedica Polska Spółka z o.o.**

2. Kosztami postępowania w kwocie 18 600 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Paramedica Polska Spółka z o.o., ul. Żołą 11 02-815 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** na rzecz **Paramedica Polska Spółka z o.o., ul. Żołą 11 02-815 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa–Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 28 września 2010 r. o sygn. akt KIO 1971/10

Zamawiający – Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, **ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa wyrobów medycznych, produktów leczniczych, plecaka ratownika – sanitariusza oraz tabletek do dezynfekcji wody” - sprawa nr 63/2010. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.05.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędui Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 22.05.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 99-149589.

W dniu **03.09.2010 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 15 i 16.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **13.09.2010 r.** w odniesieniu do pakietu nr 15 oraz nr 16. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego stanowiącej odrzucenie jego oferty. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez swe działanie naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia jego ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadząc postępowanie na „*Dostawę wyrobów medycznych, produktów leczniczych, plecaka ratownika - sanitariusza oraz tabletek do dezynfekcji wody*” w dniu 30 lipca 2010 r. zawiadomił Odwołującego o wyborze jego ofert jako najkorzystniejszych w zakresie pakietu 15 i 16. W dniu 03.08.2010 r. Zamawiający przekazał informację o dokonaniu ponownej oceny ofert, w wyniku której Zamawiający

odrzuć ofertę Odwołującego w zakresie obydwu pakietów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako sprzecznych z wymaganiami SIWZ i nieważnych na mocy art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia w zakresie pakietu 15 i 16 podał, iż zawarł on w załączniku 4a do SIWZ (wymogi taktyczno techniczne) wymaganie stanowiące, że „*opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce powinien je chłodzić, łagodzić ból i chronić przed zanieczyszczeniem ran.*” Zamawiający wymagał też, aby opatrunek był „*łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C a także by posiadał „nadany numer NSN*”. Zamawiający wskazał jednocześnie, iż oferowane przez Odwołującą „*opatrunki hydrożelowe marki BURNSHIELD nie spełniają żadnego z powyższych wymagań*”.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty, Zamawiający w celu ustalenia prawdziwości swoich przypuszczeń nie skorzystał z przysługującego mu na mocy treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prawa do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie właściwości zaoferowanych opatrunków hydrożelowych. W związku z tym faktem Odwołujący nie miał wcześniej możliwości ustosunkowania się do postawionych zarzutów a Zamawiający nie mógł poznać jego argumentacji.

Co do zarzutu, dotyczącego rzekomego nie posiadania przez oferowane opatrunki nadanego numeru NSN Odwołujący wskazał, iż teza Zamawiającego jest bezpodstawną i niezgodną ze stanem rzeczywistym. Zaoferowane opatrunki hydrożelowe marki BURNSHIELD posiadają nadany numer NSN. Na dowód powyższego Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z dokumentu w postaci pisma producenta BURNSHIELD Ltd z dnia 19.08.2010 r. (wraz z tłumaczeniem przysięgłym) świadczące, że zaoferowane opatrunki hydrożelowe posiadają nadany numer NSN.

Odwołujący wskazał, iż nieprawdziwa jest także sformułowana przez Zamawiającego teza, iż oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie spełnia wymogu „*opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce powinien je chłodzić, łagodzić ból i chronić przed zanieczyszczeniem ran*”, gdyż opatrunek jest przeznaczony do natychmiastowego założenia bez konieczności wcześniejszego schładzania wodą, posiada właściwości chłodzące i łagodzące ból. Na dowód powyższego Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z dokumentu w postaci instrukcji obsługi opatrunku BURNSHIELD. Jak wskazał Odwołujący z powyższej instrukcji wyraźnie wynika sposób postępowania z opatrunkiem, który przedstawia się następująco :

- a. Otwórz opakowanie
- b. Wyjmij opatrunek
- c. Przyłóż w oparzone miejsce
- d. Owiń bandażem

Odwołujący wskazał, iż instrukcje w języku polskim są dokładnym odwzorowaniem oryginalnych oznaczeń na opakowaniu i są w wersji końcowej akceptowane przez wytwórcę. Ponadto wskazał, iż producent oraz publikacje potwierdzają właściwości chłodzące i łagodzące ww. opatrunku. Na dowód powyższego Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z dokumentu w postaci pisma producenta BURNSHIELD Ltd z załączoną publikacją (wraz z tłumaczeniem).

Wskazał ponadto, iż oferowane opatrunki hydrożelowe, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, stanowią zabezpieczenie przed zanieczyszczeniami. Ochrona ta jest uzyskiwana dzięki samej konstrukcji opatrunku. Składa się on z gęstej gazy nasączonej hydrożelem i foliowej bariery opatrunku niepozwalającej na przedostawanie się zanieczyszczeń. W ocenie Odwołującego zarzut Zamawiającego w powyższym zakresie jest pozbawiony podstaw faktycznych i niepoparty żadnymi dowodami.

Odwołujący podniósł, że nietrafny jest również zarzut Zamawiającego, iż opatrunek nie jest *łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C)*. Na dowód powyższego wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci informacji dotyczącej temperatury składowania pochodzącej od producenta BURNSHIELD Ltd. Wskazał ponadto, że zaoferowany opatrunek z uwagi na jego niewielkie rozmiary i wagę jest łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu oraz posiada również możliwość składowania w temperaturze od -5 do +35°C.

Mając na uwadze powyższe dowody Odwołujący wykazał, iż twierdzenia Zamawiającego są niesłuszne, co determinuje konieczność unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż złożył ofertę zgodną z wymogami organizatora przetargu i nie może zostać narażony na negatywne konsekwencje z powodu błędnej decyzji Zamawiającego.

W dniu 24.09.2010 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 23.09.2010 r. odpowiedź na odwołaniu w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Powyższe pismo zostało przekazane składowi orzekającemu Izby po zamknięciu rozprawy.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 15 i nr 16.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, oferta złożona przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 15 i 16, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowiska Odwołującego złożonego ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednakże Izba w oparciu o dokumentację postępowania stwierdziła, iż Zamawiający pismem z dnia 29.07.2010 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietów nr 1-28 oraz 30. W zakresie pakietu nr 15 i 16 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Paramedica Polska Spółka z o.o. W odniesieniu do pakietu nr 15 (opatrunek hydrożelowy na twarz) w dniu 09.08.2010 r. wykonawca BOXMED MEDICAL Spółka z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Paramedica Polska Spółka z o.o. w zakresie ww. pakietu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania odrzucenia oferty Paramedica Polska Spółka z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ (odwołanie o sygn. akt KIO 1693/10). Odwołujący – BOXMED MEDICAL Spółka z o.o. wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Paramedica na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz uznanie, iż najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył Odwołujący (BOXMED MEDICAL Spółka z o.o.). W

dniu 16.08.2010 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie i uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz postanowił dokonać w zakresie pakietu nr 15 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynności badania i oceny ofert oraz dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – zgodnie z żądaniem Odwołującego. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 17 sierpnia 2010 r. wydała postanowienie (sygn. akt KIO 1693/10) i postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1693/10 ustaliła ponadto, iż do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Jak wynika z ustaleń Izby poczynionych w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Zamawiający w dniu 03.09.2010 r. poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej w ramach pakietu nr 15 oferty wykonawcy BOXMED MEDICAL Spółka z o.o. oraz o odrzuceniu w ramach ww. pakietu oferty wykonawcy Paramedica Polska Spółka z o.o. Zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, która wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Biorąc pod uwagę fakt, iż ustawa Pzp nie przewiduje instytucji częściowego odrzucenia odwołania wobec powyższego Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie pozostawiła zarzuty w zakresie pakietu nr 15 bez rozpoznania.

Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 16, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazania powtórnego badania i oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 16, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Do postępowania odwoławczego, mimo wezwania przez zamawiającego, w zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Paramedica Polska Spółka z o.o., całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami

prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w treści odwołania oraz w toku rozprawy (dowodu z okazania sposobu użycia opatrunku Burnshield 100 x 100 mm), jak również stanowiska Odwołującego złożonego ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Paramedica Polska Spółka z o.o., całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w treści odwołania oraz w toku rozprawy (dowodu z okazania sposobu użycia opatrunku Burnshield 100 x 100 mm), jak również stanowiska Odwołującego złożonego ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający pismem z dnia 23.09.2010 r. (odpowieź na odwołanie) dostarczony składowi orzekającemu rozpatrującemu niniejsze odwołanie po zamknięciu rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz postanowił dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzyć badanie i ocenę ofert oraz dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej Izba nie znalazła podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, tj. instytucji upoważniającej do otwarcia na nowo rozprawy. Izba uznała, iż biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz wnioski Zamawiającego zawarty w odwołaniu dotyczący umorzenia postępowania odwoławczego brak jest wpływu powyższej okoliczności polegającej na uwzględnieniu odwołania na jego rozstrzygnięcie. Tym samym Izba uznała, iż nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 191 ust. 3 ustawy Pzp polegająca na ujawnieniu po zamknięciu rozprawy okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym należy wskazać, w odniesieniu do powyższego, iż postępowanie niniejsze zostało merytorycznie rozpoznane, zaś pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2010 r. zawierające uwzględnienie w całości zarzutów zawartych w odwołaniu zostało dostarczone składowi orzekającemu Izby po zamknięciu rozprawy i tym samym brak jest również podstaw do wydania postanowienia i umorzenia postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie pakietu nr 16 wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ w Rozdziale III zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2 wskazał, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawia załącznik nr 4. W załączniku nr 4 do SIWZ w pkt 16 został wskazany opatrunek hydrożelowy mały w ilości 108 szt. o nr CPV 33141110-4 z odniesieniem do załącznika nr 4a.

W załączniku 4a do SIWZ „Zestawienie wymagań taktyczno-technicznych dla wyrobów medycznych i produktów leczniczych” dla opatrunków hydrożelowych (opatrunek hydrożelowy mały o powierzchni 400 cm²) w zakresie pakietu nr 16 Zamawiający określił m. in.:

- opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je, łagodzi ból i chroni przed zanieczyszczeniem ran - pkt 2 kolumny nr 2;
- łatwy w transporcie, przechowywaniu i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35°C) – pkt 9 kolumny nr 2;
- nadany numer NSN - pkt 11 kolumny nr 2.

Izba ustaliła ponadto, że wykonawca Paramedica Polska Spółka z o.o. w złożonej ofercie w zakresie pakietu nr 16 zaoferował opatrunek hydrożelowy mały – hydrożel 20x20 (załącznik nr 3 – formularz cenowy). W ofercie wykonawcy Paramedica Polska Spółka z o.o. na str. 67-99 znajdują się dokumenty dotyczące hydrożelowych opatrunków na oparzenia termiczne i słoneczne produkcji Burnshield (PTY) Ltd (deklaracje zgodności, zgłoszenia do rejestru wyrobu medycznego oznaczonego znakiem zgodności CE, dla którego wystawiono deklarację zgodności) dotyczące opatrunku o rozmiarach 20x20. Ponadto na str. 159-161 oferty złożonej przez Odwołującego znajdują się specyfikacje opatrunków hydrożelowych na oparzenia produkcji Burnshield Ltd.

W ofercie Odwołującego w załączniku „Wymagania taktyczne – techniczne” w pkt 16 str. 40 i 41 oferty w kolumnie „Parametr” podano m. in. : „ (...) 2. opatrunek do natychmiastowego zastosowania po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je, łagodzi ból i

chroni przed zanieczyszczeniem ran (...) 9. łatwy w transporcie i użyciu (możliwość składowania w temperaturze -5/+35 st. C) (...) 11. nadany numer NSN". W tej samej tabeli w kolumnach „Wartość wymagana” i „Wartość oferowana” powyższe parametry zostały potwierdzone przez Odwołującego poprzez wpisanie słowa „TAK”.

Ponadto, w materiałach informacyjnych załączonych do oferty stwierdzono m. in.: „Preparaty działają chłodząco, zmniejszają obrzęk i ból oraz zabezpieczają rany przed zakażeniem. Zastosowane niezwłocznie po oparzeniu znacząco zmniejszają jego skutki. (...) Charakterystyczne cechy produktu: (...) silne działanie schładzające, skutecznie zmniejsza ból, sterylny, nietoksyczny, odporny na wysokie temperatury”.

Po drugie z ustaleń Izby poczynionych w ramach niniejszego postępowania odwoławczego wynika, iż Zamawiający w dniu 03.09.2010 r. poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MEDLINE Spółka z o.o. w ramach pakietu nr 16 oraz o odrzuceniu w ramach ww. pakietu oferty wykonawcy Paramedica Polska Spółka z o.o. Jak wynika z powyższej informacji powyższe rozstrzygnięcie nastąpiło na skutek po ponownej analizie ofert po unieważnieniu dotychczasowych czynności związanych z rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych wskutek uwzględnienia zarzutów w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1693/10.

Do odwołania Odwołujący załączył dowód z dokumentu w postaci kopii pisma zawierającego oświadczenie producenta opatrunków wraz z jego tłumaczeniem na język polski w którym potwierdzono, że numery NSN zostały nadane określonym produktom BURNSHIELD, w tym opatrunkom o wymiarach 20x20. Ponadto w instrukcji obsługi opatrunku na oparzenia z hydrożelem zostało stwierdzone m. in., że opatrunek przynosi ulgę w bólu. (...) Ma działanie lecznicze, nawilżające, chłodzące i łagodzące. Dodatkowo do odwołania Odwołujący dołączył dowód w postaci publikacji (z tłumaczeniem na język polski) z „Badań klinicznych żelu BURNSHIELD” na bazie Melaleuca Alternifolia nowego środka leczniczego na poparzenia o właściwościach chłodzących”. W publikacji zostały stwierdzone korzystne skutki chłodzenia oparzeń. Rany poddane chłodzeniu wykazywały znikome uszkodzenia i wysoki stopień wyleczenia. Wraz z odwołaniem Odwołujący przedłożył ponadto dowód w postaci kopii oświadczenia producenta opatrunków wraz z jego tłumaczeniem na język polski, w którym stwierdzono, że produkty BURNSHIELD zostały poddane testom, które potwierdziły, że mogą być one przechowywane w skrajnych temperaturach i warunki przechowywania produktów Burnshield są spełnione dla temperatur od -8°C do + 60°C.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje na wstępie, iż zgodnie z dyspozycją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym aby doszło do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność winna dotyczyć merytorycznej treści oferty.

Izba wskazuje, iż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawiera pełnego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający nie uzasadnił powodów uznania, iż oferowany przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 16 opatrunków hydrożelowy mały o powierzchni 400 cm² produkcji Burnshield Ltd nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Bez znaczenia w tym względzie jest fakt, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu (o sygn. akt KIO 1693/10) wniesionym przez innego wykonawcę w ramach przedmiotowego postępowania o dzielenie zamówienia publicznego i dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Paramadica Polska Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym względzie ustawa nie zawiera wyjątków od konieczności podania, zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla tej czynności. Samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ poprzez podanie określonych zapisów SIWZ, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił nawet, że treść oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 16 (opatrunków hydrożelowy mały) nie odpowiada treści SIWZ. Swoją decyzję Zamawiający pozostawił bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla dokonanej czynności.

Odnosząc się do zarzutu braku numerów NSN dla opatrunków hydrożelowych małych (pakiet nr 16) Izba dała wiarę przedłożonemu wraz z odwołaniem przez Odwołującego oświadczeniu producenta opatrunków BURNSHIELD Ltd, w którym jasno stwierdzono, iż ww. wyrób medyczny posiada nadany numer NSN. Wobec braku jakichkolwiek przeciwdowodów ze strony Zamawiającego w tym zakresie za nietrafne należy uznać odrzucenie oferty Paramedica w oparciu o powyższy zarzut.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do zarzutu właściwości chłodzących i łagodzących opatrunku (pakiet nr 16). W tej kwestii Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, który w sposób wystarczający wykazał, że zaoferowany przez niego produkt po nałożeniu na oparzone miejsce chłodzi je i łagodzi ból. Nie sposób nie zgodzić się z wnioskami płynącymi z przedstawionego przez Paramedica raportu z badań klinicznych, które w oczywisty sposób przyznają ww. opatrunkom wskazane powyżej cechy. Dodatkowo, zapisy instrukcji obsługi opatrunku przedłożonej przez Odwołującego potwierdzają, że opatrunek przynosi ulgę w bólu a także posiada właściwości lecznicze, nawilżające, chłodzące i łagodzące. Jak wyżej wskazano powyższe cechy zaoferowanego przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 16 produktu medycznego nie zostały skutecznie podważone przez Zamawiającego. Tym samym za nietrafne uznać należy odrzucenie oferty Paramedica w oparciu o powyższy zarzut.

Badając materiał dowodowy w zakresie temperatury przechowywania opatrunku (pakiet nr 16), Izba potwierdziła, że zakres temperatur przechowywania opatrunku BURNSHIELD mieści się w granicach określonych przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone przez producenta opatrunków w oświadczeniu w którym stwierdzono, że produkty BURNSHIELD zostały poddane testom, które potwierdziły, że mogą być one przechowywane w skrajnych temperaturach od -8°C do + 60°C.

Ponadto na rozprawie, po przeprowadzeniu dowodu z okazania przez Odwołującego opatrunku Burnshield 200x200, Izba potwierdziła, że ww. produkt, biorąc pod uwagę przede wszystkim rozmiar oraz wagę, nie powinien sprawiać żadnych trudności w transporcie i przechowywaniu. Także w zakresie ochrony przed zanieczyszczeniami w ramach okazania rozpakowanego opatrunku Burnshield 100x100 nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż nasączona żelem gaza stanowi ochronę przed zanieczyszczeniami. Ponadto zapisy instrukcji obsługi oraz materiałów informacyjnych załączonych do oferty Odwołującego potwierdzają, że produkt ten zapewnia dodatkową ochronę przed zanieczyszczeniami rany przy wykorzystaniu fabrycznego opakowania opatrunku.

Izba wskazuje, iż w przypadku powzięcia wątpliwości, co do cech oferowanego przez wykonawcę produktu uzasadnione jest zastosowanie przez Zamawiającego instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie do złożenia udokumentowanych wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej w postępowaniu. Odstąpienie od wyjaśnienia treści oferty i tym samym podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może zostać uznane za czynność zgodną z zasadami udzielania zamówień publicznych. Zamawiający jest obowiązany do wyczerpania wszelkich możliwych i dopuszczalnych w ustawie Pzp środków przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, gdyż czynność taką należy uznać za ostateczną. Odrzucenie oferty w ramach

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi bowiem znamienne skutki dla wykonawcy i nie może być podjęta bez dokonania ze strony Zamawiającego stosownych czynności wyjaśniających.

Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przesłanek faktycznych. Przesłanki faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego decydowały o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu powyższego zarzutu. Tym samym Izba poddała ocenie fakt, czy stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w ofercie Odwołującego powodują, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

W odniesieniu do powyższe wskazać należy, iż Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego m.in. w zakresie pakietu nr 16 poza wskazaniem, iż oferowany produkt nie spełnia poszczególnych wymogów określonych w SIWZ nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających swoją tezę.

Tym samym Izba uznała, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było czynnością przedwczesną i pozbawioną podstaw faktycznych.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp na skutek odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 16 Izba wskazuje, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Izba w pkt I niniejszego wyroku stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do pakietu nr 16. Wobec powyższego w każdym przypadku bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem takiej oferty dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, 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, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....