

Sygn. akt: KIO 2953/13

Sygn. akt: KIO 2961/13

WYROK
z dnia 8 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 23 grudnia 2013 r. przez:

A. **"Philips Polska" Sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** (sygn. akt: KIO 2953/13),

B. **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** (sygn. akt: KIO 2961/13)

w postępowaniu prowadzonym **"Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., 50 – 117 Wrocław, ul. Igielna 13**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez "Philips Polska" Sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B (sygn. akt: KIO 2953/13) i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wezwanie Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa upoważniającego do potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentu Wyciągu ze spisu wyspecjalizowanych dostawców. Oddala odwołanie wniesione przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9 (sygn. akt: KIO 2961/13).**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego "Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., 50 – 117 Wrocław, ul. Igielna 13 oraz wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9, i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"Philips Polska" Sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** tytułem wpisu od odwołania;
 - B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **"Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., 50 – 117 Wrocław, ul. Igielna 13** na rzecz wykonawcy **"Philips Polska" Sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** na rzecz zamawiającego **"Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., 50 – 117 Wrocław, ul. Igielna 13** kwotę 4 151 zł 56 gr (słownie: cztery tysiące sto pięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt sześć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2953/13

Sygn. akt: KIO 2961/13

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa Systemu SPECT/CT”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2013 r. pod numerem 2013/S 183-315371.

Sygn. akt: KIO 2953/13

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienia przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wszystkie dokumenty wymagane na podstawie przepisów prawa oraz SIWZ zostały w terminie złożone i potwierdzały, że podmiot udostępniający swoje zasoby Odwołującemu (EDOMED a.s.) nie znajduje się w stanie upadłości ani likwidacji, a zatem Odwołujący wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niepodjęciu działań mających na celu wyjaśnienie kwestii umocowania Odwołującego do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów EDOMED a.s.,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego jego umocowanie do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących EDOMED a.s.
5. § 7 ust 2. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231 - dalej jako „rozporządzenie”), poprzez błędne uznanie, iż złożone w postępowaniu dokumenty dotyczące EDOMED a.s. nie mogły być poświadczone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego;
6. § 4 ust. 4 rozporządzenia w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu

wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego co do treści dokumentu potwierdzającego brak likwidacji oraz brak upadłości EDOMED a.s. poprzez zwrócenie się do właściwego organu kraju, w którym siedzibę ma EDOMED a.s. z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający całkowicie bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie mając jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawidłowości dokumentów złożonych w tym celu przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, złożone dokumenty potwierdzają bowiem, że w stosunku do EDOMED a.s. nie ogłoszono upadłości ani też nie otwarto likwidacji, zaś forma tych dokumentów jest zgodna z wymogami SIWZ oraz powoływanego rozporządzenia. Odwołujący wyjaśnił, że kierując się brzmieniem SIWZ, Odwołujący złożył „*Wyciąg ze spisu wyspecjalizowanych dostawców*” z dnia 25 października 2013 r. w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Grzegorza M. oraz Daniela O. z Philips. Zostali oni wcześniej upoważnieni przez EDOMED a.s. do wykonywania m. in. takich czynności w postępowaniu, mocą pełnomocnictwa z dnia 15 października 2013 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że dopuszczalność takiego przekazania uprawnienia do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem jest aprobowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1511/10).

Co jednak najbardziej istotne, jak podkreślił Odwołujący, możliwość poświadczania dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich przewidział również sam Zamawiający w SIWZ. Odwołujący działając zatem w zaufaniu do postanowień SIWZ, właśnie w takiej formie złożył wymagany dokument w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, iż w przypadku poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich przez inną osobą niż ten podmiot, będzie wymagał złożenia odpowiedniego pełnomocnictwa. Wymogu takiego nie ustanawia w szczególności ani rozdział 7 dział E SIWZ, ani też rozdział 13 ust. 5 SIWZ.

Jak wskazuje Odwołujący, Zamawiający uznał, że dokument złożony został w niezgodnej z przepisami formie. Zamawiający zaniechał jednak, zdaniem Odwołującego, zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia kwestii umocowania osób poświadczających dokument dotyczący EDOMED a.s. Wprawdzie, jak podaje Odwołujący,

Zamawiający wzywał Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jednakże ani razu nie żądał od Philips wyjaśnień odnośnie stosunku prawnego, na podstawie którego poświadczono dokument EDOMED a.s. Odwołujący stwierdza, iż pytania i polecenia formułowane w wezwaniach przez Zamawiającego miały przymiot pozorności, a Odwołujący pozbawiony został w istocie możliwości dokładnego wyjaśnienia zaistniałej sytuacji.

Co więcej, Odwołujący podniósł, że gdyby teoretycznie przyjąć, iż Odwołujący był zobowiązany w świetle rozdziału 7 dział B ust. 4 SIWZ do złożenia pełnomocnictwa, upoważniającego do poświadczania dokumentów w imieniu EDOMED a.s. (co jednak nie wynika z treści SIWZ), wówczas należałoby Zamawiającemu poczynić zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jeśli bowiem zdaniem Zamawiającego, Odwołujący był zobowiązany do złożenia takiego pełnomocnictwa, to Zamawiający wobec braku tego dokumentu powinien był wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia. Zamawiający w jakiegokolwiek korespondencji kierowanej w toku postępowania do Odwołującego nie poruszył kwestii umocowania do poświadczania dokumentów w imieniu EDOMED a.s. i nie wezwał Philips do uzupełnienia ewentualnego braku.

Co istotne, zdaniem Odwołującego, poświadczenie przez wykonawcę dokumentów dotyczących podmiotów trzecich za zgodność z oryginałem jest dopuszczalne niezależnie od istnienia w tym zakresie stosunku pełnomocnictwa między podmiotem trzecim a wykonawcą (lub osobami uprawnionymi do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu). Zgodnie bowiem z treścią § 7 ust. 2. powoływanego rozporządzenia, w przypadku podmiotów, na zasobach których wykonawca polega, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Wobec treści tego przepisu Odwołujący wskazuje po pierwsze, iż zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, sformułowanym w wyroku z dnia 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1545/10) *„użyta w § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów alternatywa łączna przesądza o możliwości dokonania tego poświadczenia zarówno przez wykonawcę jak i wystawcę dokumentu, a przeciwna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisu i nieuzasadniona względami celowości”*. Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku z dnia 20 lutego 2013 r. (sygn. akt: KIO 262/13), w którym Izba uznała, że *„określenie <te podmioty> (...) powinno dotyczyć zarówno wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjantów), jak i podmiotów trzecich. Dokumenty dotyczące konsorcjanta może poświadczyć zarówno konsorcjant, jak i pełnomocnik (lider konsorcjum), a dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego - ten podmiot trzeci oraz sam wykonawca”*. Odwołujący podkreślił, iż celem przepisu § 7 ust. 2 przedmiotowego rozporządzenia było uproszczenie i uelastycznienie obrotu, nie zaś jego zbędne utrudnienie. Przyjmując zatem przywołane stanowiska Izby

Odwołujący stwierdza, iż Philips poświadczając za zgodność z oryginałem dokumenty EDOMED a.s. postąpił zgodnie z dyspozycją rozporządzenia.

Dalej Odwołujący podniósł, że w trosce o zapewnienie zamawiającemu instrumentów do badania wiarygodności składanych mu dokumentów dotyczących podmiotów zagranicznych, przepis § 4 ust. 4 rzeczonoego rozporządzenia daje możliwość zwrócenia się do odpowiednich organów zagranicznych o udzielenie informacji na temat dokumentów, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tym samym, w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości i wiarygodności złożonego przez Philips dokumentu dotyczącego EDOMED a.s., Zamawiający mógł zwrócić się z odpowiednim wnioskiem do organu, który wydał ten dokument i w ten sposób zweryfikować, czy podane w nim informacje o braku upadłości i likwidacji EDOMED a.s. są prawdziwe.

Odwołujący podkreślił, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz służyć ma realizacji podstawowych zasad prawa zamówień publicznych (m.in. wyrok KIO z dnia 8 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2035/12). W opinii Odwołującego, Zamawiający dał jednak w postępowaniu wyraz skrajnie formalistycznemu podejściu do oceny złożonych ofert, które nijak się ma do oceny realnej zdolności Odwołującego do wykonania zamówienia. W rezultacie Zamawiający doprowadził do bezprawnego i bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, wobec bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania niesłusznie zastosowano art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako że oferta Philips nie podlegała odrzuceniu i powinna zostać oceniona, a wobec przywołanej już okoliczności odrzucenia oferty drugiego z wykonawców, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale 7 dział B SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym *„wykonawca wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu (opisanego w Rozdziale 6 ust. 2 SIWZ) może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) – w formie oryginału”* (ust. 1). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że *„jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunku opisanego w Rozdziale 6 ust. 2 SIWZ polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów (w formie oryginału lub kopii poświadczonej „za zgodność z oryginałem”):*

oświadczenia wskazanego w Rozdziale 7 dział A ust. 3 SIWZ oraz dokumentu wskazanego w Rozdziale 7 dział A ust. 4 SIWZ” (ust. 2). Zgodnie zaś z ust. 4 działu B Rozdziału 7: „W przypadku innych podmiotów, o których mowa w niniejszym dziele SIWZ, kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty, chyba że inny podmiot ustanowił do tych czynności pełnomocnika”.

Wśród dokumentów wymienionych w rozdziale 7 dział A w ust. 4 wskazany jest „aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”

W rozdziale 7 dział D ust. 2 Zamawiający zawarł postanowienie: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa: w dziale A ust. 4, ust. 5, ust. 6 oraz ust. 8 niniejszego Rozdziału SIWZ – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (...).”

Pismem z dnia 26 listopada 2013 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykonania zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że „Zamawiający w trakcie badania oferty zwrócił uwagę na rozbieżności w zakresie podwykonawstwa. Z oświadczenia zawartego w „Formularzu oferty” wynika, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany siłami własnymi, zaś w „Wykazie dostaw” spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ), wykazane jest poprzez doświadczenie podmiotu trzeciego. Zamawiający w Rozdziale 7 dział B ust. 3 SIWZ zawarł następujący wymóg: „Sytuacja, w której Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu i złoży w stosunku do tego w szczególności pisemne zobowiązanie, o którym mowa powyżej – oznacza obowiązkowy udział innego podmiotu w realizacji części zamówienia.” W związku z powyższym, w ofercie znalazły się dwa sprzeczne oświadczenia dotyczące powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale 6 ust. 2 SIWZ: 1. w sytuacji, gdy wykonawca potwierdzi, że w „Formularzu oferty” nastąpiła omyłka dotycząca podwykonawstwa, ponieważ przedmiot zamówienia Wykonawca będzie realizował przy udziale EDOMED a.s., wzywa do uzupełnienia następujących oświadczeń i dokumentów: 1) pisemne zobowiązanie EDOMED a.s. o oddaniu Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) – w formie

oryginału. Z dołączonego do oferty zobowiązania EDOMED a.s. nie wynika jednoznacznie, że EDOMED a.s. będzie brał czynny udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia jako podwykonawca. Ze zobowiązania wynika tylko to, że EDOMED a.s. zapewni wszelkie niezbędne zasoby, w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do montażu sprzętu. 2) dokumentu wskazanego w Rozdziale 7 dział A ust. 4 SIWZ – w formie oryginału lub kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez EDOMED a.s. Wykonawca nie załączył do oferty dokumentu odnoszącego się do EDOMED a.s., wystawionego w Republice Czeskiej, potwierdzającego odpowiednio, że w stosunku do EDOMED a.s. nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 2 grudnia 2013 r.) Odwołujący wyjaśnił, że „firma Edomed A.S. w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej będzie obowiązkowo brała udział w realizacji zadania.” Nadto, Odwołujący przedłożył „zobowiązanie pisemne EDOMED A.S. w formie oryginału wraz z tłumaczeniem na j. polski z dnia 15 października 2013 r.; „Wyciąg ze spisu wyspecjalizowanych dostawców” (wraz z tłumaczeniem) z dnia 25 października 2013 r. potwierdzający fakt, że w stosunku do firmy EDOMED a.s. nie otwarto likwidacji (strona 2 § 53 ust. 1 pkt e).” Rzeczony Wyciąg został potwierdzony „za zgodność z oryginałem” przez przedstawicieli Odwołującego.

Pismem z dnia 6 grudnia 2013 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia w szczególności „dokumentu wskazanego w Rozdziale 7 dział A ust. 4 SIWZ – w formie oryginału lub kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez EDOMED a.s. Zamawiający w trakcie badania uzupełnienia z dnia 03.12.2013 r. stwierdził, iż Wykonawca załączył ww. dokument w formie niezgodnej z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. w kopii potwierdzonej przez Wykonawcę, a nie EDOMED a.s., dlatego też wzywa do przedmiotowego uzupełnienia.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 10 grudnia 2013 r.) Odwołujący przedłożył „<<Odpis z Rejestru Handlowego przy sądzie Miejskim w Pradze>> z dnia 16 października 2013 r. (wraz z tłumaczeniem) – Odpis w j. czeskim w formie oryginału i potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia tłumaczenia.”

Pismem z dnia 13 grudnia 2013 r., Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, „wykluczył Wykonawcę z postępowania, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podczas badania dokumentów załączonych do oferty stwierdził, że Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, opisanego w rozdziale 6 ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), załączył do oferty „Wykaz dostaw”, z którego wynikało, że polega on na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu – EDOMED a.s. mającego siedzibę w Republice Czech, w Pradze. Zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawcy, którzy w celu spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale 6

ust. 2 SIWZ polegają na zasobach innych podmiotów, mieli obowiązek załączyć dokumenty wskazane w rozdziale 7 dział B SIWZ, w tym dokument wskazany w Rozdziale 7 dział A ust. 4 SIWZ tj.: aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale 7 dział D SIWZ wskazał, jakie dokumenty należy złożyć w sytuacji, gdy Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający w trakcie badania oferty nie odnalazł ww. dokumentu, dlatego w dniu 26.11.2013 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia między innymi o przedmiotowy dokument w formie zgodnej z zapisami SIWZ. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił przedmiotowego dokumentu w formie zgodnej z zapisami SIWZ, ponieważ dostarczona kopia dokumentu została podpisana „za zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę, a nie EDOMED a.s. Zamawiający w dniu 06.12.2013 r. ponownie wezwał Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, wskazując, że uzupełniony dokument został złożony w kopii, którą za zgodność z oryginałem podpisał niewłaściwy podmiot. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył wymaganego wezwaniem dokumentu i tym samym nie udowodnił, że EDOMED a.s. nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, opisanego w rozdziale 6 ust. 2 SIWZ, dlatego Zamawiający był zobowiązany wykluczyć Wykonawcę z udziału w postępowaniu.” Jednocześnie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że: „Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie nieograniczonym unieważnia się, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu od Wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W przedmiotowym postępowaniu w wyznaczonym terminie tj. do dnia 28.10.2013 r. godz. 11:00 nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu od Wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Powołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw, w sytuacji, w której oferta wykonawcy w tym przedmiocie jest wadliwa, a więc nie zawiera rzeczonych oświadczeń i dokumentów lub błędy w przedmiotowych oświadczeniach i dokumentach uniemożliwiają pozytywną ich weryfikację. Na potrzeby niniejszego postępowania należy dostrzec, że ustawodawca poza grupą dokumentów ściśle związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, objął obowiązkiem uzupełnienia dokument pełnomocnictwa, akcentując tym samym znaczenie regulacji art. 95 i n. k.c., a więc po pierwsze, że co do zasady czynności prawnej można dokonać przez przedstawiciela, po drugie zaś potrzeba skorzystania z rzeczonyj instytucji może mieć uzasadnienie zarówno w okolicznościach faktycznych, jak i prawnych. Jednocześnie brak w istocie ograniczeń w analizowanym przepisie co do obowiązku wzywania do uzupełnienia pełnomocnictwa powoduje, że wskazany obowiązek aktualizuje się na każdym etapie postępowania, co zostało już dostrzeżone w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2569/12). W tym miejscu wypada również zauważyć, że żaden przepis kodeksu cywilnego nie nakazuje ujawniania faktu działania w cudzym imieniu, jakkolwiek w doktrynie powszechnie akceptuje się obowiązywanie zasady jawności przedstawicielstwa (M. Pazdan (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. I, 2011, s. 459-460; S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz*, 2007, s. 412-413; J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek, *Komentarz*, 2011, s. 242). Oznacza to, że przedstawiciel powinien ujawnić fakt działania w cudzym imieniu, by czynność prawna wywołała skutki po stronie reprezentowanego. Jednakże nie należy zapominać, że może to nastąpić w sposób wyraźny (przez wyraźne oświadczenie, przedstawienie dokumentu, z którego wynika umocowanie) lub dorozumiany. Zagadnienie powyższe nie jest zaś uregulowane w ustawie Pzp, a więc z mocy art. 14 ustawy Pzp konieczne jest sięgnięcie do odpowiednich regulacji k.c.

Dodatkowo wskazać należy, że umocowanie będące podstawą działania w charakterze przedstawiciela dotyczy według art. 95 k.c. czynności prawnej bądź czynności prawnych. Jednakże należy przyjąć, że przedstawiciel może być również uprawniony do

dokonania innych czynności (czynów) zgodnych z prawem, niebędących czynnościami prawnymi, w szczególności dotyczy to przejawów woli podobnych do oświadczeń woli, np. wezwanie dłużnika do spełnienia świadczenia - art. 455 k.c., czy zawiadomień, np. zawiadomienie sprzedawcy o wadzie rzeczy - art. 563 k.c. (M. Pazdan (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. I, 2011, s. 459).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że jakkolwiek Zamawiający podjął próbę wykonania dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to jednak przedmiotowe działanie dotknięte jest wadą. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że już z powszechnie obowiązujących przepisów prawa wynika dla Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Co ważne, obowiązek ten aktualizuje się niezależnie od tego, czy z treści oferty wprost wynika, że dana czynność dokonywana jest w imieniu mocodawcy czy też mogą wskazywać na powyższe okoliczności sprawy. W ocenie Izby, poświadczenie „za zgodność z oryginałem” przez przedstawicieli Odwołującego „Wyciągu ze spisu wyspecjalizowanych dostawców”, dotyczącego podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji zamówienia mogło wskazywać, że Odwołujący w tym zakresie działa z upoważnienia EDOMED a.s. Dodatkowe wzmocnienie tej tezy stanowi postanowienie rozdziału VII działu B ust. 4 SIWZ, zgodnie z którym co do zasady dokumenty dotyczące podmiotów trzecich poświadczane są „za zgodność z oryginałem” przez te podmioty, wyjątek stanowi zaś sytuacja, w której podmiot trzeci ustanowi dla tej czynności pełnomocnika. Dostrzeżenie przez Zamawiającego możliwości działania przez pełnomocnika i wyartykułowanie tego uprawnienia wprost w treści SIWZ w odniesieniu do dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego winno stanowić dla Zamawiającego sygnał, że prawdopodobnie Odwołujący działa w charakterze pełnomocnika.

Powyższe jednak uszło uwadze Zamawiającego. Jakkolwiek Zamawiający prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie złożył odpowiedniego dokumentu podmiotowego, dotyczącego EDOMED a.s. i w związku z powyższym wezwał Odwołującego do przedłożenia rzeczonożego dokumentu, to czynność wezwania jest wadliwa z uwagi na fakt, że Zamawiający dopuścił możliwość przedłożenia brakującego dokumentu jedynie w formie oryginału lub kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przez EDOMED a.s. Zamawiający zatem wbrew obowiązującym przepisom prawa, ale także w kolizji z własnymi postanowieniami w tym przedmiocie, zawartymi w SIWZ, ograniczył uprawnienia Wykonawcy.

Zamawiający pomimo, że dokonał powtórnego wezwania Odwołującego w tym zakresie, to nawet pomijając, że nie miał do tego podstaw, swojego błędu nie skorygował również przy okazji tego ponownego wezwania. Dalej bowiem Zamawiający utrzymał ograniczenie co do formy składanych dokumentów. Tymczasem Zamawiający poza tymi

podstawowymi formami, w jakich dokument winien być złożony, miał obowiązek wskazać, że dopuszczalne jest poświadczenie przez pełnomocnika i jeśli miało to miejsce, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia dokumentu pełnomocnictwa.

Nie ma racji Zamawiający, że działanie przez pełnomocnika rodzi automatycznie obowiązek przedłożenia pełnomocnictwa. Brak podstaw do takiego twierdzenia w świetle obowiązujących przepisów prawa, jak i postanowień SIWZ. Niezależnie od tego nie można pomijać, że brak w tym zakresie podlega uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie budzi zaś wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy musi być sformułowane w sposób jednoznaczny, ze wskazaniem, iż chodzi o dokument pełnomocnictwa upoważniający pełnomocnika do dokonania określonej czynności. Wymogu tego nie spełnia, co zdaje się twierdzić Zamawiający, wezwanie, które dotyczy w istocie uzupełnienia dokumentu podmiotowego. Za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, że wezwanie musi być precyzyjne, a za takie nie można uznać wskazania na nieodpowiednią formę dokumentu. W ocenie Izby, wezwanie tej treści nie wskazuje nawet na intencję Zamawiającego, że oczekuje przedłożenia pełnomocnictwa, wręcz przeciwnie, przez ograniczenie formy dokumentu Zamawiający wykluczył możliwość działania pełnomocnika, a tym samym złożenia pełnomocnictwa.

W tym miejscu rację należy przyznać Odwołującemu, że jeśli Zamawiający analizując okoliczności niniejszej sprawy miał wątpliwości, czy przedstawiciele Odwołującego działają w charakterze pełnomocników EDOMED a.s. to z mocy przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp miał obowiązek powyższe ustalić na podstawie wyjaśnień Odwołującego.

Reasumując stwierdzić należy, że pominięcie przez Zamawiającego okoliczności, że podmiot trzeci może poświadczać „za zgodność z oryginałem” dokumenty jego dotyczące osobiście lub przez pełnomocnika doprowadziło po pierwsze, do zaniechania wyjaśnienia, w jakim charakterze działają przedstawiciele Odwołującego, a w konsekwencji do niewypełnienia obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa. Tym samym zarzut naruszenia przepisów art. 26 ust. 4 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Mając powyższe na uwadze należało uznać, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była wadliwa i doszło do naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Ustalenie powyższego powoduje zaś, że nie zaktualizowały się przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem czynność uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, wobec niewypełnienia obowiązków wynikających z przepisów art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp, nie miała oparcia w przepisach prawa. Jednocześnie wobec wskazanych zaniechań ze strony Zamawiającego, Izba nałożyła na Zamawiającego obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia

dokumentu pełnomocnictwa, upoważniającego przedstawicieli Odwołującego do potwierdzenia „za zgodność z oryginałem” dokumentu w postaci „Wyciągu ze spisu wyspecjalizowanych dostawców”, dotyczącego EDOMED a.s. Podkreślić należy, że fakt złożenia dokumentu pełnomocnictwa wraz z odwołaniem nie obliguje Izby do dokonania oceny czynności udzielenia pełnomocnictwa, bowiem w tym zakresie sam Zamawiający nie dokonywał oceny, a nie ulega wątpliwości, że przedmiotem badania Izby są czynności podjęte przez Zamawiającego lub fakt ich zaniechania (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Co więcej, postępowanie odwoławcze nie służy podejmowaniu czynności, które winny być dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem przedłożenie dokumentu pełnomocnictwa nie może być utożsamiane z realizacją obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją wezwania Odwołującego do uzupełnienia spornego dokumentu winna być, w przypadku jego uzupełnienia, ocena przedłożonego dokumentu, która ostatecznie wpłynie na weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

W ocenie Izby, nie znajduje zaś uzasadnienia zarzut naruszenia przepisu § 4 ust. 4 powoływanego rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu. Z całokształtu okoliczności sprawy nie wynika, że Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości w przedmiocie prawdziwości i autentyczności „Wyciągu ze spisu wyspecjalizowanych dostawców”. Wręcz przeciwnie, sam Odwołujący dostrzega, że kwestionowana jest jedynie forma rzeczoności dokumentu, zatem za całkowicie niezrozumiałe należy uznać stanowisko Odwołującego prezentowane w tym przedmiocie.

Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, że w niniejszej sprawie winien mieć zastosowanie przepis § 7 ust. 2 powoływanego rozporządzenia. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Zdaniem Izby, użycie przysłówka „odpowiednio” powoduje, że interpretacja spornego przepisu nie powinna budzić wątpliwości i może prowadzić jedynie do wniosku, że dokumenty dotyczące wykonawcy poświadczane

są „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę, zaś dokumenty odnoszące się do podmiotu trzeciego poświadczą ten podmiot.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że formalizm legł u podstaw prowadzonego postępowania. W ocenie Izby, podjęte przez Zamawiającego działania świadczą o woli Zamawiającego do sanowania błędów wykonawców (dwukrotne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu), zaś okoliczność, że Zamawiający starając się sprostać obowiązkom wynikającym z przepisów prawa popełnił błąd nie może być poczytywana jako przejaw formalizmu.

Końcowo dodać należy, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje podawana przez Odwołującego okoliczność, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przedmiotowa przesłana nie legła bowiem u podstaw czynności unieważnienia postępowania, rzeczona czynność w konsekwencji nie mogła być przedmiotem odwołania i z tych przyczyn nie podlega ocenie Izby (art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Sygn. akt: KIO 2961/13

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 58 ust. 3 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 ze zm.), a także innych przepisów podanych w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert nieodrzuconych oraz wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezłożenia (ani z ofertą ani w odpowiedzi na wezwanie do jej uzupełnienia) dokumentów, o których mowa w rozdziale 8 dział A ust. 11 SIWZ, tj. zgłoszenia wyrobu medycznego, jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje, do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania (zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami)).

Odwołujący podniósł, że w rozdziale 3 ust. 5 pkt 1 lit. d SIWZ zawarto wymóg, aby oferowany przedmiot dostawy był dopuszczony do obrotu i stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 ze zm.). Zarazem wśród dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ wymieniono m.in. zgłoszenie wyrobu medycznego, jeżeli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej „Prezes Urzędu”) o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania (zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami) - rozdział 8 dział A ust. 11 SIWZ. Jeśli chodzi o wprowadzenie do obrotu i używania wyrobów medycznych to, jak wyjaśnia Odwołujący, te kwestie reguluje rozdział 2 ustawy o wyrobach medycznych. Przepisy określają, że wyroby wprowadzane do obrotu i wprowadzane do używania powinny być oznakowane znakiem CE, po przeprowadzeniu odpowiednich procedur oceny zgodności, potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze. Przedstawiona przez Odwołującego deklaracja zgodności oraz certyfikat CE wystawiony przez jednostkę notyfikowaną stanowią potwierdzenie wymagania, aby przedmiot oferty w niniejszym postępowaniu był dopuszczony do obrotu i stosowania na terytorium RP.

Osobnym zagadnieniem, zdaniem Odwołującego, niezwiązanym bezpośrednio z wymaganiem w rozdziale 3 ust. 5 pkt 1 lit. d SIWZ pozostaje sprawa dokumentów wymienionych w rozdziale 8 dział A ust. 11 SIWZ. Jest tam mowa o zgłoszeniu wyrobu medycznego lub powiadomieniu Prezesa Urzędu. W tym przypadku odpowiednie przepisy zawiera rozdział 7 ustawy o wyrobach medycznych, a w szczególności art. 58. W ust. 1 art. 58 przewiduje się, że wytwórca i autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonują zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu, co najmniej na 14 dni przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu albo

przekazaniem do oceny działania. Natomiast ust. 3 stanowi, że dystrybutor i importer mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, którzy wprowadzili na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyrób przeznaczony do używania na tym terytorium, niezwłocznie powiadamiają o tym Prezesa Urzędu, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia wprowadzenia pierwszego wyrobu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący zwrócił uwagę, że obie regulacje mają innych adresatów. Pierwsza dotyczy wytwórcy i autoryzowanego przedstawiciela mających siedzibę na terytorium RP. W drugim przypadku chodzi o dystrybutora i importera. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy o wyrobach medycznych, importerem jest podmiot mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim, który wprowadza do obrotu wyrób spoza terytorium państw członkowskich. Do dystrybutora i importera ma zastosowanie również wiele innych przepisów, choćby art. 17 ust. 2 ww. ustawy, określający ich obowiązki przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu, tj. sprawdzenie, czy: 1) wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel przeprowadzili właściwą procedurę oceny zgodności wyrobu; 2) wytwórca wyznaczył autoryzowanego przedstawiciela dla wyrobu; 3) wyrób jest oznakowany znakiem CE, a także numerem identyfikacyjnym jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie zgodności, jeżeli jest wyrobem, o którym mowa w art. 29 ust. 5; 4) informacje dostarczane przez wytwórcę spełniają wymagania zasadnicze.

Odwołujący wyjaśnił, że ma status importera w rozumieniu ww. przepisów. Aparat Optima NM/CT 640 jest wytwarzany w Izraelu a Odwołujący zamierza wprowadzić go na terytorium państwa członkowskiego (RP). W tej sytuacji nie ma do niego zastosowania reguła określona w art. 58 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, czyli obowiązek uprzedniego zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu co najmniej na 14 dni przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu (Odwołujący nie jest wytwórcą ani jego autoryzowanym przedstawicielem, którymi są odpowiednio GE Medical Systems Israel oraz GE Medical Systems SCS we Francji - dane w Deklaracji zgodności). Zdaniem Odwołującego, taki scenariusz przewidział Zamawiający, gdyż zgłoszenie wyrobu medycznego nie było bezwzględnie wymagane. Zamawiający dopuścił bowiem przedstawienie dokumentu powiadomienia. Problem jednak w tym, że wykonawca będący importerem nie może legitymować się powiadomieniem Prezesa Urzędu, jeśli oferowany przez niego wyrób jeszcze nie był wprowadzony na terenie RP, jak to ma miejsce w odniesieniu do aparatu Optima NM/CT 640.

Odwołujący podniósł, że stanowiący podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zapis przewiduje, że wykonawcy mieli przedłożyć zgłoszenie wyrobu medycznego lub powiadomienie Prezesa Urzędu o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania – zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Nie powinno być więc wątpliwości, że wykładni tego postanowienia nie można dokonywać w oderwaniu od zasad

wynikających z ustawy o wyrobach medycznych. Powiadomienie, którego wymaga się w SIWZ następuje w terminie 7 dni od dnia wprowadzenia pierwszego wyrobu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zatem, jeśli nie miało to miejsca przed upływem terminu składania ofert, wykonawca nie mógł dysponować takim dokumentem. Nie można jednak uznać, w ocenie Odwołującego, że uniemożliwiało to złożenie oferty, bowiem ani na gruncie Prawa zamówień publicznych, ani ustawy o wyrobach medycznych nie było formalnych przeszkód, aby urządzenie Optima NM/CT 640 mogło być przedmiotem oferty dla polskiego użytkownika.

Odwołujący, jako importer wyrobu wytwarzanego spoza UE nie miał obowiązku składania zgłoszenia wyrobu. Z tym wariantem Zamawiający się liczył przewidując w SIWZ możliwość alternatywnie przedstawienia powiadomienia Prezesa Urzędu. Odwołujący uważa jednak, że pominięto scenariusz, w którym również powiadomienie nie jest niezbędne, aby legalnie zaoferować system SPECT/CT. Tak jest w szczególności w przypadku, gdy wyrób wcześniej nie był wprowadzany do obrotu na terytorium RP. W ocenie Odwołującego, tę lukę należy wypełnić kierując się wskazaniem, że o zakresie wymagania załączenia do oferty zgłoszenia lub powiadomienia decyduje, zgodnie zresztą z postanowieniami rozdziału 8 dział A ust. 11 SIWZ, ustawa o wyrobach medycznych. W tym kontekście to ta ustawa decyduje o tym, jaki dokument złożyć w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym zastosowanie obowiązku, o którym mowa w ww. postanowieniu SIWZ musi być „odpowiednie”. W literaturze i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że odpowiednie stosowanie przepisów prawa (tu SIWZ) oznacza bądź stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia, bądź stosowanie ich z pewnymi zmianami, bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 56/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 43).

W omawianej sprawie, ze względu na status Odwołującego oraz przedmiot jego oferty, jak podkreśla Odwołujący, nie było możliwości załączenia do niej zgłoszenia/powiadomienia Prezesa Urzędu, co ze względu na art. 58 ustawy o wyrobach medycznych nie może stanowić o niepotwierdzeniu wymagania postawionego w rozdziale 3 ust. 5 pkt 1 lit. d SIWZ - aby oferowany przedmiot dostawy był dopuszczony do obrotu i stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W przypadku oferty Odwołującego wystarczającym dokumentem potwierdzającym powyższe jest deklaracja zgodności i certyfikat CE.

Zdaniem Odwołującego, wszelkie postanowienia SIWZ należy interpretować z uwzględnieniem celu, któremu mają służyć. Zwłaszcza, że w myśl zasady określonej w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

postępowania. Jeśli w przypadku Odwołującego brak dokumentów, o których mowa w rozdziale 8 dział A ust. 11 SIWZ jest wynikiem braku możliwości ich posiadania ze względu na przepisy regulujące zasady ich tworzenia, to nie sposób uznać, że jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zwłaszcza, że ta SIWZ jednak zawiera odesłanie do ustawy o wyrobach medycznych w tym konkretnym punkcie, który Zamawiający uznał za niespełniony. W takiej sytuacji do odrzucenia oferty nie wystarczy powołanie tego postanowienia (rozdział 8 dział A ust. 11 SIWZ), należy jeszcze wykazać, że wykonawca powinien posiadać zgłoszenie/powiadomienie Prezesa Urzędu na gruncie ustawy o wyrobach medycznych. Bez takiej subsumcji zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy uznać za nieuprawnione.

Dalej Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie opowiadała się za niestosowaniem na etapie oceny ofert tych postanowień SIWZ, które formułowały oczekiwania względem wykonawców nie mające żadnego uzasadnienia z punktu widzenia oceny ich sytuacji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt: 1102/09 oraz wyrok KIO z dnia 2 marca 2012 r., sygn. akt: 339/12.

Odwołujący przyznaje, że wymagania zawarte w rozdziale 8 dział A ust. 11 przedmiotowej SIWZ trudno uznać za sprzeczne z ustawą o wyrobach medycznych, bo rzeczywiście dokumenty, o jakich tam jest mowa można uzyskać. Ta ustawa określa jednak, kiedy jest to możliwe. Zatem, działania wykonawcy w toku postępowania, także treść oferty w tym zakresie, należy poddać ocenie na zgodność z przepisami tej właśnie ustawy. Skoro Odwołującemu nie można przypisać zachowania niezgodnego z tymi regulacjami (posiadanie zgłoszenia/powiadomienia Prezesa Urzędu nie jest wymagane na obecnym etapie), to nie sposób uznać, że jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, również unieważnienie postępowania jest czynnością dokonaną nieprawidłowo, z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż w postępowaniu została złożona przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem 3 ust. 5 SIWZ lit. d SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedmiot dostawy *„dopuszczony był do obrotu i stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami)”*. W celu potwierdzenia, że oferowana odstawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w rozdziale 3 ust. 5 SIWZ, wykonawcy zostali zobowiązani do przedłożenia m.in. *„zgłoszenia wyrobu medycznego, jeśli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu*

Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do użytkowania (zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami)).”

Odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą przedmiotowego zgłoszenia ani powiadomienia. Natomiast dołączył m.in. Deklarację zgodności WE, z której wynika, że producentem urządzenia mającego stanowić przedmiot dostawy jest GE Medical Systems Israel z siedzibą w Izraelu, zaś upoważnionym przedstawicielem w UE jest GE Medical Systems SCS z siedzibą we Francji.

Pismem z dnia 26.11.2013 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia ww. dokumentów dla Systemu Spect/CT – Optima NM/CT 640.

W odpowiedzi (pismo z dnia 02.12.2013 r.) Odwołujący nie przedłożył wymaganych dokumentów. Udzielił zaś wyjaśnień następującej treści: *„Zgodnie z Państwa wezwaniem oraz odnośnym postanowieniem SIWZ (rozdział 8, pkt A ppkt 11) kwestie zgłoszenia lub powiadomienia Prezesa Urzędu należy oceniać zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych. W związku z powyższym wymóg SIWZ musi być odczytywany i interpretowany w połączeniu z obowiązkami wynikającymi z przepisów ww. ustawy. Należy również wspomnieć o istocie (celu) tak postawionego wymagania. Chodzi w nim bowiem o pewność Zamawiającego, że zaoferowane mu urządzenie będzie mogło być przez niego legalnie używane. GE Medical Systems Sp. z o.o. w przypadku aparatu Optima NM/CT 640 jest importerem i dystrybutorem. Zgodnie zatem z art. 17 ust. 2 ustawy o wyrobach medycznych przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu miała obowiązek dokonać stosownych sprawdzeń, co zostało uczynione. Co się zaś tyczy zgłoszeń lub powiadomień Prezesa Urzędu to zastosowanie w tym przypadku mają przepisy art. 58 ust. 3 ustawy o wyrobach medycznych, które przewidują, że dystrybutor i importer mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, którzy wprowadzili na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyrób przeznaczony do użytkowania na tym terytorium, niezwłocznie powiadamiają o tym Prezesa Urzędu, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia wprowadzenia pierwszego wyrobu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jak widać obowiązek powiadomienia (przez dystrybutora i importera) materializuje się dopiero po wprowadzeniu wyrobu medycznego na terytorium RP, co w przypadku aparatu Optima NM/CT 640 jeszcze nie miało miejsca. Zatem zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych GE Medical Systems Sp. z o.o. nie musiało powiadomić Prezesa Urzędu aby móc zaoferować Zamawiającemu ww. sprzęt. Konfrontując powyższe ustalenia z treścią SIWZ należy stwierdzić, że skoro w przedmiotowym punkcie specyfikacji jest mowa o zgłoszeniu/powiadomieniu zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych to działania wykonawcy w toku postępowania, także treść*

oferty w tym zakresie, należy poddać ocenie na zgodność z przepisami tej właśnie ustawy. Skoro wykonawcy nie można przypisać zachowania niezgodnego z tymi regulacjami (posiadanie zgłoszenia/powiadomienia Prezesa Urzędu nie jest wymagane na obecnym etapie), to nie sposób uznać, że jego oferta jest sprzeczna z SIWZ. W rezultacie wezwanie do uzupełnienia w ww. zakresie jest nieuzasadnione.”

Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: *„Zamawiający w treści SIWZ (Rozdział 3 ust. 5 lit. d) wymagał między innymi, aby oferowany przedmiot dostawy był dopuszczony do obrotu i stosowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami). Na potwierdzenie ww. wymogu, Wykonawca miał obowiązek dołączyć do swojej oferty, dokument wskazany w rozdziale 8 dział A ust. 11 SIWZ tj., zgłoszenie wyrobu medycznego, jeśli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania (zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami)). Zamawiający w trakcie badania oferty nie odnalazł ani zgłoszenia wyrobu medycznego, ani powiadomienia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dla urządzenia SPECT/CT. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 26.11.2013 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia między innymi o zgłoszenie wyrobu jeśli klasa wyrobu na to wskazuje do Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania (zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 z późniejszymi zmianami)) dla SPECT/CT. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie uzupełnił przedmiotowego dokumentu, dlatego Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż myli się Odwołujący twierdząc, iż postanowienia rozdziału 3 ust. 5 pkt 1 lit. d SIWZ nie pozostają w korelacji z postanowieniami zawartymi w rozdziale 8 dział A ust. 11 SIWZ. Wniosek przeciwny do stanowiska prezentowanego przez Odwołującego można wyciągnąć w wyniku analizy

powołanych postanowień SIWZ, dokonanej właśnie z uwzględnieniem regulacji ustawy o wyrobach medycznych. Zaś, twierdzenia Odwołującego, iż deklaracja zgodności oraz certyfikat CE stanowią o dopuszczeniu wyrobu do obrotu i stosowania na terytorium RP są nieuprawnione. W tym miejscu zauważyć należy, że Zamawiający formułując wymagania względem przedmiotu dostawy nie posługuje się nomenklaturą z ustawy o wyrobach medycznych. Powoływany przez Odwołującego rozdział 2. przedmiotowej ustawy stanowi o wprowadzeniu wyrobów do obrotu i do używania, stąd też mając na uwadze definicje legalne tych pojęć i treść rzeczzonego postanowienia rozdziału 3. nie sposób postawić pomiędzy nimi znaku równości. „Wprowadzenie do obrotu”, zgodnie z art. 2 pkt 31 przedmiotowej ustawy stanowi udostępnienie za opłatą lub nieodpłatnie, po raz pierwszy, wyrobu fabrycznie nowego lub całkowicie odtworzonego, innego niż wyrób do badań klinicznych i wyrób do oceny działania, w celu używania lub dystrybucji na terytorium państwa członkowskiego. Zaś pod pojęciem „wprowadzenia do używania” rozumie się pierwsze udostępnienie użytkownikowi na terytorium państwa członkowskiego wyrobu gotowego do użycia w celu jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem. Zatem, na tle wymagań Zamawiającego, żeby wyrób dopuszczony był do obrotu i stosowania na terenie RP, czego potwierdzeniem ma być odpowiednie zgłoszenie i powiadomienie, nie można twierdzić, że wystarczające jest przedstawienie deklaracji zgodności i certyfikatu CE. Nie należy bowiem pomijać, że przedmiotowe dokumenty służą potwierdzeniu spełniania przez wyrób medyczny wymagań zasadniczych (art. 2 pkt 8 i 11 ustawy o wyrobach medycznych), zaś sama procedura oceny zgodności dokonywana jest przed wprowadzeniem do obrotu (art. 13 ust. 1 powołanej ustawy). Z tych względów, na podstawie rzeczonych dokumentów nie można ustalić, że wyrób znajdował się już w obrocie na terenie RP.

W ocenie Izby, Odwołujący nie dostrzega, że wprowadzenie do obrotu i używania wiąże się z udostępnieniem wyrobu medycznego, tak więc nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający używając określeń „dopuszczenie do obrotu i stosowania na terenie RP” miał na myśli wprowadzenie do obrotu i używania, wskazując jednocześnie na obowiązek przedłożenia odpowiednich dokumentów, nie pozostawił wątpliwości, że oczekuje dostawy wyrobu już udostępnionego i to nie na terytorium jakiegokolwiek państwa członkowskiego, ale właśnie na terytorium RP. Dodatkowy argument przemawiający za prezentowanym stanowiskiem stanowi użycie przez Zamawiającego czasownika „był”, który wskazuje, że to udostępnienie miało już miejsce. Jeśli by zaś przyznać rację Odwołującemu, to Zamawiający musiałby użyć trybu warunkowego „może być” dopuszczony do obrotu i stosowania.

Wolą Zamawiającego było, aby fakt występowania w obrocie przedmiotu dostawy był potwierdzony dokumentem urzędowym, jakim jest zgłoszenie lub powiadomienie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Jednocześnie Zamawiający przyjmując, że oferent może mieć status wytwórcy, bądź

autoryzowanego przedstawiciela mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę na terenie RP albo dystrybutora bądź importera mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP wskazał na odpowiednie dokumenty, odwołując się do ustawy o wyrobach medycznych (art. 58 ust. 1 i 3 ustawy o wyrobach medycznych).

Zatem, Odwołujący mając status importera i siedzibę na terytorium RP powinien był wykazać, przy pomocy dokumentu powiadomienia, że przedmiot dostawy został już udostępniony na terenie RP.

Podkreślenia wymaga, że gdyby intencją Zamawiającego było uzyskanie od wykonawców deklaracji zgodności i certyfikatu CE Zamawiający poprzestałby jedynie na wskazaniu rzeczonych dokumentów. Tymczasem w rozdziale 8 dział A SIWZ obok rzeczonych dokumentów (pkt 10) wskazał na dokumenty zgłoszenia lub powiadomienia (pkt 11). Po drugie, Zamawiający sformułowałby jedynie wymogi odnośnie spełniania wymagań zasadniczych a nie wymóg, żeby wyrób był dopuszczony do obrotu i stosowania na terenie RP, co wskazuje na konieczność jego występowania na rynku polskim legalnie, a więc zgodnie z regulacjami ustawy o wyrobach medycznych.

Status Odwołującego, biorąc pod uwagę definicję legalną importera (art. 2 ust. 1 pkt 13 ustawy o wyrobach medycznych) przesądza o tym, że wyrób stanowiący przedmiot oferty nie był udostępniony na terytorium żadnego z krajów Unii Europejskiej, a więc również w Polsce, co w konsekwencji powoduje, że Odwołujący nie może legitymować się wymaganym zgłoszeniem. Jednakże powyższe nie stanowi podstaw do pominięcia przedmiotowego wymogu, którego zresztą Odwołujący nie kwestionował. Rację ma zatem Zamawiający, że Odwołujący przedmiotem oferty winien uczynić inny produkt, a mianowicie taki, który wprowadził na terytorium RP w celu jego używania. Z dokumentem powiadomienia ustawodawca wiąże bowiem wystąpienie wskazanych okoliczności (art. 58 ust. 3 ustawy o wyrobach medycznych).

Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący akcentuje konieczność przedłożenia spornych zgłoszeń bądź powiadomień o wprowadzeniu wyrobu medycznego do używania zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych. Jednakże argument ten pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Semantyczne brzmienie przedmiotowego wymogu w rozdziale 8 SIWZ jednoznacznie wskazuje, że chodzi o zgłoszenia lub powiadomienia dokonane zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych. Jednakże przedmiotem sporu nie jest ocena prawidłowości rzeczonych dokumentów w świetle powoływanej ustawy, stąd też stanowisko to nie ma znaczenia.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym, że w SIWZ jest jakaś luka, bowiem Zamawiający nie przewidział, że powiadomienie nie będzie niezbędne. Skoro Zamawiający wymagał, aby wyrób był udostępniony na terenie RP to adekwatne jest żądanie dokumentu powiadomienia od importera wyrobu medycznego. Zaaprobowanie stanowiska

Odwołującego prowadziłoby bowiem wprost do naruszenia postanowień SIWZ. Niedopuszczalne jest zaś oparcie się wyłącznie na regulacjach ustawy o wyrobach medycznych, bo to oznaczałoby, że jedynie status wykonawcy przesądza o rodzaju zgłoszeń i powiadomień bez uwzględnienia wymogów Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że obowiązek przedłożenia odpowiednich dokumentów Zamawiający powiązał z określonymi wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, co z kolei określa, mając na względzie status wykonawcy, rodzaj koniecznych dokumentów.

Odnosząc się do argumentu, że w orzecznictwie reprezentowany jest pogląd, iż nie stosuje się tych postanowień SIWZ, które formułują względem wykonawców wymagania niemające żadnego uzasadnienia, należy wskazać, że powołany na tę okoliczność wyrok Izby stanowiska tego nie potwierdza. Czym innym jest bowiem niezgodność postanowień SIWZ z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, która na etapie oceny ofert może i winna być brana pod uwagę, natomiast zupełnie odmienną jest sytuacja, w której Zamawiający sformułował względem wykonawców czy też przedmiotu zamówienia wymogi nieadekwatne. Wskazana okoliczność nie może być, zdaniem Izby, uwzględniana na etapie oceny ofert, bowiem podlega badaniu w ramach środków ochrony prawnej na etapie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie upatruje w obowiązku przedłożenia wymaganych dokumentów sprzeczności z treścią ustawy o wyrobach medycznych, zauważa wszakże, że wymogów tych nie może spełnić. Jednakowoż wystąpienie opisanej sytuacji nie może prowadzić do uchylecia przedmiotowych wymagań względem Odwołującego na tym etapie postępowania (w toku oceny ofert) a winno być kwestionowane wcześniej.

Myli się również Odwołujący, że skoro Odwołującemu nie można przypisać zachowania niezgodnego z regulacjami ustawy o wyrobach medycznych, to nie sposób uznać, że jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Podstawą odrzucenia oferty w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest bowiem niezgodność treści oferty z treścią określonej ustawy, ale niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a ta, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistniała.

Końcowo zauważyć należy, że jakkolwiek czynność unieważnienia postępowania nie znajduje podstaw, to nie z powodu tego, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, ale z przyczyn, które nie były przedmiotem niniejszego odwołania, w konsekwencji brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 551,56 zł.

Przewodniczący: