

WYROK
z dnia 15 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 października 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 września 2014 r.** przez wykonawcę **R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: W.P.H.U.P. AMP R. R., ul. Lipowa 2, 62-040 Puszczykowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej – Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: W.P.H.U.P. AMP R. R., ul. Lipowa 2, 62-040 Puszczykowo i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: W.P.H.U.P. AMP R. R., ul. Lipowa 2, 62-040 Puszczykowo** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: W.P.H.U.P. AMP R. R., ul. Lipowa 2, 62-040 Puszczykowo** na rzecz **Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej – Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych pod nazwą: „Dostawa skrzyń do zestawów medycznych TYP A1, C1”- sprawa nr 63/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 129-230510 dnia 09.07.2014 r., przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej – Celestynów w Celestynowie, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 18.09.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu 2: CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J., choć *de facto* (co zostało potwierdzone na posiedzeniu przez Zamawiającego) wybrano: Konsorcjum Firm: 1) CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. (lider), 2) Ha3o K. H., ul. Wigury 2, 05-119 Legionowo (partner), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Brzozowa 8, 55-300 Gałów zwana dalej: „Konsorcjum CASTELIOR- Ha3o”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w zadaniu 2 zajęła firma: R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: W.P.H.U.P. AMP R. R., ul. Lipowa 2, 62-040 Puszczykowo zwana dalej: „W.P.H.U.P. AMP R. R.” albo „Odwołującym”.

W dniu 29.09.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) W.P.H.U.P. AMP R. R. wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie na w/w czynności w zakresie zadania nr 2. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.09.2014 r. (e-mailem). Dotyczącego dostawy skrzyni do zestawów medycznych TYP C1: wym. 1200 mm x 750 x 450 mm). Polegających na:

- 1) Nieodrzczeniu oferty nr 3 Castelior A. G. i Wspólnicy sp. j. (w zakresie zadania nr 2); mimo, iż nie odpowiadała ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) i nie zachodziły przesłanki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
- 2) Niewybraniu jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez Odwołującego (w zakresie zadania nr 2), tj. W.P.H.U.P. AMP R. R., mimo, iż oferta ta była (przy nieuwzględnieniu oferty nr 3 firmy Casterlior) najkorzystniejsza z punktu widzenia wymagań SIWZ (tj. najkorzystniejsza cenowo);
- 3) Wyborze w zakresie zadania nr 2 najkorzystniejszej oferty nr 3 A. G. i Wspólnicy sp. j. i tym samym udzieleniu zamówienia publicznego temu podmiotowi

w zakresie zadania nr 2, mimo, iż oferta ta nie odpowiadała treści SIWZ i winna zostać odrzucona. Zarzucił naruszenie:

1) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z Rozdz. III, pkt 1, 2, 4 SIWZ w zw. z Zał. nr 7 do SIWZ - Wymagania Taktyczno - Techniczne, pkt 2 (Konstrukcja) poprzez jego niezastosowanie i brak odrzucenia oferty nr 3 Castelior A. G. i Wspólnicy sp. j., mimo, iż nie odpowiadała ona: a. treści SIWZ, a konkretnie wymogom taktyczno - technicznym co do konstrukcji (pkt 2 Zał. nr 7 do SIWZ - Wymagania Taktyczno - Techniczne) w zakresie:

i. Kształtu powierzchni wklęsło- wypukłych (zamiast wymaganych kwadratów o boku 75 mm w oferowanej przez Castelior skrzyni są okręgi z wystającymi wypustkami o różnych kształtach);

ii. Jednolitej wysokości tych wypustków (wystąpień) (zamiast wymaganych 10 mm w oferowanej przez Castelior skrzyni jest od 11 mm do 15 mm);

iii. Konieczności posiadania przez uchwyty do przenoszenia ograniczników odchylenia do poziomu oraz pokrycia ich miękką plastyczną gumą (uchwyty w skrzyni oferowanej przez Castelior w ogóle takich ograniczników nie posiadają).

Zwłaszcza, iż wymogi te zostały jednoznacznie podtrzymane w odpowiedzi Zamawiającego na zapytanie w sprawie SIWZ - pytanie nr 2

„Czy Zamawiający dopuszcza inne wymiary powierzchni wklęsło - wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SIWZ zał. nr 7)”

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. - *Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie. W sytuacji gdy treść SIWZ co do wymagań techniczno - taktycznych nie uległa zmianie;*

b. Oczekiwaniom Zamawiającego - nawet gdyby uznać, iż były odmienne niż literalnie sformułowane w treści SIWZ (dokonując rozszerzającej, funkcjonalnej wykładni SIWZ), Zamawiający dał się zwieść finezyjnie formułowanym pytaniom Casteliora i jeszcze bardziej finezyjnej interpretacji jego odpowiedzi i przez to wybrał ofertę dostarczenia skrzyń, która w ogóle nie odpowiada jego wymaganiom,

i. Co do możliwości bezpiecznego ustawienia skrzyń na stosie ze skrzyniami dotychczas stosowanymi (wymóg „kompatybilności”) - skrzynie Casteliora nie będą dały ustawić się bezpiecznie w stosie jedna na drugiej i to zarówno ze skrzyniami dotychczas stosowanymi (z powodu odmiennego kształtu i wysokości powierzchni wklęsło - wypukłych) jak i nawet z samymi skrzyniami oferowanymi przez Castelior (z powodu zróżnicowanej wysokości tych powierzchni - od 11 do 15 mm);

ii. Co do możliwości łatwego i bezproblemowego przenoszenia skrzyń w warunkach wojennych czy warunkach kataklizmu - skrzynie Casteliora nie zawierają uchwytów uchylnych, z ogranicznikiem ich odchyłu do poziomu oraz nie są pokryte miękką plastyczną gumą

2. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający

- uczciwej konkurencji oraz
- równego traktowania Wykonawców
- równych szans i
- równego startu

poprzez doprowadzenie na etapie udzielenia odpowiedzi na zapytania do SIWZ przez

- swoje nielogiczne wyjaśnienia do SIWZ,
- wycofywanie się z wyjaśnień,
- używanie sformułowań dwuznacznych
- wewnętrzną sprzeczność w treści wyjaśnień

do tego, iż Odwołujący, stosownie do ostatniej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. (gdzie jednoznacznie wskazano, że Zamawiający w zakresie wymiarów powierzchni wkłęśło - wypukłych podtrzymuje wymagania SIWZ), kierując się zasadą zaufania do niego oraz chcąc, by jego oferta była zgodna z treścią SIWZ musiał zaoferować skrzynie odmienną niż konkurent (Castelior), który nie zastosował się do treści tych wymagań, co spowodowało różnice w cenie zaproponowanych skrzyń. Zamawiający zaś dopuścił taką ofertę, niezgodną z wymaganiami SIWZ, mimo jednoznacznego swojego stanowiska, iż wymagania te podtrzymuje, a więc zaprzeczył sam sobie (zasada *non concedit venire contra factum proprium*). Dopuścił więc ofertę niespełniającą wszystkich wyraźnie zakreślonych i jednoznacznych wymagań taktyczno- technicznych i 'przez to tańsza, co dyskryminowało Skarżącego jako wykonawcę, który od początku miał zamiar zaoferować skrzynie, która bezspornie spełniała wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w Zał. nr 7 - wymagania taktyczno - techniczne i taka też skrzynie zaoferował.

3. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób odbiegający od jakichkolwiek standardów; Zamawiający zachowywał się w sposób nieczytelny, niekonsekwentny, nielogiczny oraz wewnętrznie sprzeczny, bowiem:

- najpierw jednoznacznie sformułował wymagania taktyczno - techniczne co do konstrukcji dla obu skrzyń (A1 i C1),
- następnie udzielał wewnętrznie sprzecznych odpowiedzi co do tego, jakich skrzyń oczekuje, mówiąc o „kompatybilności”,
- by potem wycofać się ze swojego stanowiska w odpowiedzi z dnia 25.08.2014 r. na pytanie 2, gdzie powrócił do wymagań SIWZ,
- by wreszcie na etapie rozstrzygnięcia ofert:
 - uznać ofertę Casteliora w zakresie skrzyń C1 za zgodną z wymogami SIWZ

- a ofertę w zakresie skrzyń A1 za niezgodną z wymogami SIWZ.

mimo, iż wymogi co do konstrukcji przewidziane przez SIWZ dla obu skrzyń były identyczne (skrzyżki nie różniły się tylko wymiarami), a Castelior w obu ofertach zaoferował skrzynie o identycznej konstrukcji, różniące się tylko wymiarami (i wymiary te były zgodne z SIWZ).

4. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty, która w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą, mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w SIWZ; *co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, ponieważ doprowadziło do uznania oferty Castelior za najkorzystniejszą, wyboru jej i niewybraniu oferty Odwołującego, która w rzeczywistości była najkorzystniejsza. Wnosił o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
2. unieważnienie skarżonych czynności Zamawiającego, polegających na wyborze w zakresie zadania nr 2 najkorzystniejszej oferty nr 3 A. G. i Wspólnicy sp. j. i tym samym udzieleniu zamówienia publicznego temu podmiotowi w zakresie zadania nr 2;

3. nakazanie Zamawiającemu:

- a. *powtórzenia czynności oceny ofert* złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę skrzyń do zestawów medycznych typu A1, C1, prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, dla zadania nr 2 obejmującego dostawę skrzyń do zestawów medycznych TYP C1, wym: 1200 mm x 750 mm x 450 mm złożonych przez Castelior (oferta nr 3) oraz Odwołującego (oferta nr 1)

- b. *odrzucenia oferty nr 3* złożonej w powyższym postępowaniu dla zadania nr 2 przez Castelior:

- c. wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej w powyższym postępowaniu dla zadania nr 2 przez Odwołującego i udzielenia zamówienia publicznego Odwołującemu w tym zakresie.

4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym równowartości wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

W dniu 09.07.2014 r. Zamawiający ogłosił przedmiotowe postępowanie. Został podzielony na dwa zadania:

1. Zadanie Nr 1 - obejmowało dostawę 150 skrzyń do zestawów medycznych TYP A1 - wym. 750 mm x 600 mm x 500 mm; (tzw. „mniejszych skrzyń”)
2. Zadanie nr 2 - obejmowało dostawę 150 skrzyń do zestawów medycznych TYP C1: wym. 1200 mm x 750 mm x 450 mm (tzw. „większych skrzyń”).

W przetargu tym oferty złożyli:

1. Odwołujący;
2. Castelior A. G. i Wspólnicy sp. j.
3. Boxmet Medical sp. z o.o.

Podmioty te złożyły następujące oferty:

1. W zakresie Zadania nr 1 - ofertę złożyły Boxmet oraz Casterlior
2. W zakresie Zadania nr 2 - ofertę złożyły Castelior oraz Skarżący

W dniu 18.09.2014 r. Zamawiający ogłosił o wyborze najkorzystniejszych ofert. Zgodnie z jego treścią: W zakresie Zadania nr 1 (tzw. „mniejsze skrzynie”). Odrzucił on ofertę Castelior na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, uzasadniając to faktem, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; Wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Boxmet. W zakresie Zadania nr 2 - (tzw. „większe skrzynie”) wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Castelior. W pkt III wskazał, iż wybrane oferty spełniają wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ oraz uzyskały największą ilość punktów w kryterium oceny ofert, tj. cena. Liczbę uzyskanych punktów przedstawiał załącznik nr 1 do zawiadomienia. Przedmiotem odwołania są niezgodne z prawem czynności Zamawiającego, w szczególności rozstrzygnięcie przetargu w zakresie Zadania nr 2 (aczkolwiek zdarzenia dotyczące Zadania nr 1 mają istotne znaczenia dla treści niniejszego Odwołania, stąd zostały one także przywołane). Zdaniem Odwołującego w zakresie nr 2 oferta Castelior winna zostać odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), nie zachodziły warunki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponieważ oferta Skarżącego była po ofercie Casterlior drugą w kolejności (i jedyną pozostałą), to w przypadku odrzucenia tej oferty, oferta Skarżącego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i to jemu Zamawiający udzieliłby zamówienia publicznego.

- Sposób opisanie przedmiotu zamówienia - wymagania konstrukcyjne skrzyń
Zgodnie z Rozdz. III SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiał zał. nr 6 oraz zał. nr 7: Wymagania taktyczno - techniczne (pkt 2). Zgodnie z pkt 4 oferowane wyroby musiały zostać wykonane i ukompletowane według aktualnej dokumentacji technicznej producenta oraz zgodnie z wymaganiami zawartymi w WT-T (Wymagania taktyczno - techniczne). W zał. nr 6 określono, iż przedmiotem zadania nr 1 jest dostawa skrzyni do wyrobów medycznych TYP A1, o wymiarach 750 mm x 600 mm x 500 mm w ilości 150 sztuk. Określono także, iż przedmiotem zadania nr 2 jest skrzynia do zestawów medycznych TYP C1: wym. 1200 mm x 750 mm x 450 mm. Załącznik nr 7 - Wymagania Taktyczno - Techniczne (dalej: „WIT”) zawierał szczegółowy opis skrzyń oraz określenie ich parametrów. Co istotne, dla obu skrzyń, zarówno „mniejszych skrzyń” (zadanie nr 1) jak i „większych skrzyń” (zadanie nr 2) określono identyczne wymogi co do konstrukcji, różniły się one jedynie wymiarami. W pkt 2 WTT – „Konstrukcja” wskazano, iż:
„Skrzynia powinna być wykonana z polietylenu barwionego. Na wieku oraz na spodzie powinny znajdować się powierzchnie wklęsło - wypukłe (kwadrat o boku 75 mm) umożliwiające bezpieczne ustawianie skrzyń w stosie, wysokość tych wystąpień ma wynosić 10 mm. Zamki, zawiasy wykonać z metalu odpornego na korozję (w przypadku uchwytów

dopuszcza się wykonanie ich z tworzywa sztucznego) umieszczone w profilowanych wnękach konstrukcyjnych. Uchwyty do przenoszenia muszą posiadać ogranicznik odchylenia do poziomu oraz powinny być pokryte miękką plastyczną gumą. Wszystkie okucia powinny być nitowane do korpusu skrzyni. Kolory okuć - wojskowy, zielony lub czarny.”.

W pkt 3 - Wymiary zdefiniowano wymiary (długość x szerokość x wysokość) skrzyń:

Typ A1 - 750 mm x 600 mm x 500 mm Typ C1 - 1200 mm x 750 mm x 450 mm

Zatem przedmiotem zamówienia była skrzynia, która miała spełniać m. in. następujące cechy:

1. Na jej wieku oraz na jej spodzie powinny znajdować się powierzchnie *wklęsło - wypukłe* (kwadrat o boku 75 mm) umożliwiające bezpieczne ustawianie skrzyń w stosie;
2. Wysokość tych wystąpień miała wynosić 10 mm;
3. Uchwyty do przenoszenia [skrzyń] musiały posiadać ogranicznik odchylenia do poziomu oraz powinny być pokryte miękką plastyczną gumą.

Dodatkowo, do WTT załączono rysunki ilustrujące skrzynię. Na rysunku widać wyraźnie zaznaczenie uchwyty do przenoszenia skrzyni oraz powierzchnie *wklęsło - wypukłe* w kształcie kwadratu.

Przykład wykonania skrzyni spełniającej wymogi SIWZ znajduje się na załączonych przez Odwołującego zdjęciach (jest to skrzynia marki AMAZON - takie skrzynie wcześniej zamawiał Zamawiający). Zostaną one omówione szczegółowo na rozprawie. Istotne jest to, iż

1. Po pierwsze - **skrzynie są ustawiane jedna na drugiej („na stosie”)**. I właśnie po to, **by umożliwić bezpieczne ustawienie jednej skrzyni na drugiej**, na jej wieku oraz na jej spodzie muszą znajdować się powierzchnie *wklęsło - wypukłe*. Umożliwiają one „umocowanie” jednej skrzyni na drugiej. Ponieważ Zamawiający wcześniej zamawiał skrzynie właśnie posiadające powierzchnie *wklęsło - wypukłe* w kształcie kwadratu o boku 75 mm, o wysokości ok. 10 mm, to logiczne, iż obecnie zamawiane skrzynie **musiały mieć takie same powierzchni wklęsło - wypukłe, o takim samym kształcie, takim samym boku i o takiej samej wysokości, gdyż inaczej nie byłoby możliwości ułożenia na dotychczas zamawianych skrzyniach** (o czym także w dalszej części odwołania) - Zdjęcie 1 2, 4 ilustruje sposób ułożenia skrzyń na sobie, zdjęcie nr 3 - folder reklamowy - przykłady wykonania takich skrzyń

2. Po drugie - skrzynie te są **noszone przez żołnierzy**, którzy chwytają za uchwyty do przenoszenia. Uchwyty te znajdują się na węższym boku skrzyni (750 mm) i znajdują się one standardowo w płaszczyźnie równoległej do płaszczyzny wysokości skrzyni.

W momencie noszenia żołnierz łapie za uchwyt (**pokryty miękką plastyczną gumą** - w celu ułatwienia chwytu) i **odchyła uchwyt, tak aby pewnie chwycić skrzynię**, przy czym

maksymalny kąt odchylenia uchwytu wynosi 90 stopni (stąd ogranicznik odchylenia do poziomu). Gdyby uchwyt przesuwiał się dalej (w górę) to wówczas mogłoby to spowodować utratę pewności chwytu i wypadnięcie skrzyni.

Wymóg ten nie jest przypadkowy, gdyż skrzynie służą do przechowywania i transportowania określonych ilości medycznych i weterynaryjnych środków materiałów, ukompletowanych w formie zestawów medycznych, przeznaczonych do udzielenia pomocy medycznej na określonym poziomie w warunkach polowych. wojennych klęsk żywiołowych oraz bieżącej działalności jednostek wojskowych (pkt 1 WTT - Zastosowanie). Jest to ważne, **gdź jak widać - jednym z podstawowych sposób wykorzystywania skrzyń jest transport materiałów medycznych i weterynaryjnych.** Skrzynie te będą więc używane do transportu takich materiałów przez żołnierzy w warunkach polowych, np. w czasie powodzi, kataklizmu itp., a to oznacza, iż muszą one być skonstruowane tak, by zapewniać ich bezproblemowe przenoszenie.

Zdjęcie nr 5 i 6 ilustruje mechanizm działania uchwytu - na zdjęciu nr 5 uchwyt w pozycji standardowej, na zdjęciu nr 6 uchwyt z odchyleniem do poziomu - w takiej pozycji, w jakiej znajduje się on w momencie noszenia skrzyni.

Podniósł, że jak widać, wymagania taktyczno - techniczne miały głębsze uzasadnienie. Celem takiego a nie innego opisanie przedmiotu zamówienia było:

1. Po pierwsze - zapewnienie kompatybilności skrzyń ze skrzyniami dotychczas stosowanymi przez Zamawiającego; co oznaczało, iż skrzynie zamawiane musiały dać ułożyć się na stosie ze skrzyniami dotychczas zamawianymi i to w sposób stabilny i bezpieczny:

2. Po drugie - zapewnienie możliwości bezpiecznego i pewnego noszenia przenoszenia skrzyń przez żołnierzy w warunkach polowych, podczas powodzi, działań wojennych czy kataklizmu, poprzez ograniczenie odchyłu uchwytu i wyposażenie go w miękką plastyczną gumę; Nie było więc wątpliwości, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób jasny, wyczerpujący i nie pozostawiał żadnych wątpliwości co do tego, i jakie skrzynie będą spełniać wymagania SIWZ.

- Korespondencja Odwołującego Wykonawcy i Castelior z Zamawiającym w trybie zapytań w sprawie SIWZ i wyjaśnień

Tymczasem firma Castelior zadała - w trybie prośby o wyjaśnienie zapisu SIWZ następujące pytanie:

Czy Zamawiający dopuści produkt o niżej wskazanych parametrach:

2 Konstrukcja

a) Skrzynia wykonana jest z polietylenu barwionego. Na wieku oraz na spodzie znajdują się okrągłe powierzchnie wklęsło - wypukłe umożliwiające bezpieczne ustawianie skrzyń

w stosie. Wysokość tych wystąpień, dla zapewnienia równej powierzchni oraz pewnego blokowania, wynosi od 11 do 15 mm.

c) uchwyty do przenoszenia (po dwa na każdym jej boku) stanowią integralną i ergonomiczną całość, z konstrukcją skrzyni, co zdecydowanie zwiększa ich wytrzymałość przy transporcie i przenoszeniu.

3 Wymiary (dł. Xszer. Xwys.) - TYP C1: 1200 mm x 800 mm x 450 mm.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż:

Zamawiający zgadza się na zaproponowany opis, pod warunkiem, że skrzynia będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawić w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami opisywanymi w załączniku nr 7 do SIWZ (WTT) o wymiarach 1200 mm x 750 mm x 450 mm. Skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200 mm x 800 mm x 450 mm uniemożliwi ustawienie ich w stosie ze skrzyniami opisywanymi w zał. nr 7 do SIWZ (WTT)

W dniu 18.08.2014 r. Zamawiający uzupełnił odpowiedź na powyższe pytanie w ten sposób, iż:

Zamawiający zgadza się na zaproponowany opis pod warunkiem, że skrzynia typu C1 będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami dotychczas kupowanymi przez WOFiTM, tj. firmy AMAZON CASES o wymiarach 1200 x 750 x 450. Skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200 x 800 x 450 uniemożliwi ustawianie ich w stosie ze skrzyniami dotychczas kupowanymi

Widać, iż stanowisko Zamawiającego jest nielogiczne, niespójne i wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony wskazał, iż „zgadza się na zaproponowany opis skrzyni”, „pod warunkiem, iż skrzynia będzie kompatybilna z dotychczas kupowanymi skrzyniami przez WOFiTM firmy AMAZON”. Z drugiej strony wskazał, iż skrzynia o zaproponowanych wymiarach (szer. 800 mm) uniemożliwi ustawianie ich w stosie ze skrzyniami dotychczas kupowanymi. Powód tego jest taki, iż po pierwsze, skrzynia ta jest szersza (800 mm) niż dotychczasowe (750 mm), po drugie - co istotne, skrzynie nie miałyby takich samych powierzchni wklęsło - wypukłych o takim samym kształcie i takich samych wymiarach. Dotychczas kupowane skrzynie (i takie wymogi określono także w Zał. nr 7) miały powierzchnie wklęsło - wypukłe kwadratowe o wysokości 10 mm, natomiast skrzynia zaproponowana przez Castelior o wym. 1200 mm x 800 mm x 450 mm miała powierzchnie wklęsło - wypukłe okrągłe o wysokości 11-15 mm. Skrzynie zatem „nie pasowałyby do siebie” nie tylko ze względu na różnicę szerokości, ale także ze względu na całkowicie inny kształt powierzchni wklęsło - wypukłych oraz co istotne - ich inny wymiar (11-15 mm zamiast oczekiwanych 10 mm)

Niemniej, firma CASTELIOR dokonała finezyjnej interpretacji wypowiedzi Zamawiającego i zadała także w trybie prośby o wyjaśnienie zapisu SIWZ kolejne pytanie oznaczone nr 1:

Czy zgoda Zamawiającego dotycząca skrzyni typu C1 dotyczy również skrzyni typu A1, o ile spełni ona wymagania Zamawiającego w zakresie wymiarów (750 mm x 600 mm x 500 mm) oraz kompatybilności składowania ze skrzyniami używanymi przez Zamawiającego (Amazon) przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych parametrów taktyczno - technicznych, zawartych w zał. nr 7 do SIWZ?

Zamawiający odpowiedział

Skrzynie typu A1 i C1 powinny spełniać wymazania taktyczno — techniczne określone przez Zamawiającego. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r. oraz uzupełnienia z dnia 18.08.2014 r. dopuszczone zostały skrzynie typu C1 o wymiarach 1200 x 800 x 450 mm, przy zachowaniu wszystkich pozostałych wymagań taktyczno — technicznych, w szczególności dotyczących kompatybilności w zakresie możliwości ustawienia skrzyń w stosie (jedna na drugiej) z dotychczas pozyskanymi skrzyniami przez WOFiTM na potrzeby służby zdrowia SZ RP. W przypadku skrzyń typu A1 dopuszczalne są skrzynie spełniające wszystkie wymagania taktyczno - techniczne

Treść tej odpowiedzi znów była niezrozumiała. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r. oraz uzupełnienia z dnia 18.08.2014 r. nie dopuścił on skrzyni typu C1 o wymiarach 1200x800x 450. Bowiem wskazał przecież w tej odpowiedzi i uzupełnieniu, iż

„skrzynia o zaproponowanych wymiarach uniemożliwi ustawianie ich w stosie ze skrzyniami dotychczas kupowanymi”
danie wcześniej wskazał, iż

zgadza się na zaproponowany opis pod warunkiem, że skrzynia typu C1 będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami dotychczas kupowanymi przez WOFiTM.

Dodatkowo, z treści odpowiedzi wynikało, iż muszą być zachowane wszystkie pozostałe wymagania taktyczno - techniczne, a więc także wymagania (pierwotne) co do wymiarów wystąpień (10 mm) oraz konieczności posiadania przez uchwyty do przenoszenia ogranicznika odchylenia do poziomu oraz pokrycia ich miękka plastyczna guma.

Przy tak niejasnych i nieściślych i wewnętrznie sprzecznych odpowiedziach Odwołujący - również w trybie prośby o wyjaśnienia SIWZ - zadał Zamawiającemu następujące pytania

Pytanie nr 1

Czy skrzynie innego producenta po ustawieniu w stos wraz ze skrzyniami aktualnie posiadanyymi przez WOFiTM muszą tworzyć równy krawędziowo blok transportowy - tzn. skrzynie nie mogą wystawiać jedna poza drugą?

Odpowiedź Zamawiającego:

Skrzynie muszą tworzyć równy krawędziowo blok transportowy

Pytanie nr 3

Czy powierzchnie wklęsło — wypukłe skrzyń innego producenta na wieku i spodzie skrzyni muszą zazębiać się z powierzchniami wklęsło - wypukłymi skrzyń aktualnie posiadanymi przez WOFiTM

Odpowiedź Zamawiającego:

Powierzchnie wklęsło - wypukłe na wieku i spodzie ustawionych w stosie (jedna na drugiej) muszą się zazębiać

W dniu 18.08.2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, jednakże jedynie w zakresie zmiany terminu otwarcia ofert (na 01.09.2014 r.). Była to jedyna modyfikacja SIWZ, innych nie było.

Dla Odwołującego wniosek był zatem oczywisty – Zamawiający, gdyby chciał dokonać tak istotnej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, to zmieniłby także wymagania taktyczno - techniczne w trybie zmiany SIWZ, tym bardziej, iż miał ku temu okazję dokonując zmiany SIWZ, 18.08.2014 r. Skoro tego nie zrobił, to znaczy, iż jego intencja co do pierwotnych wymagań pozostała niezmieniona. Tym bardziej, iż w ostatecznym stanowisku (z dnia 25.08.2014 r. Zamawiający - w wyjaśnieniach, jednoznacznie wskazał, iż podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie (tj. w zakresie wymiarów powierzchni wklęsło - wypukłych). Po otwarciu ofert okazało się, iż firma CASTELIOR zaoferowała skrzynię firmy AEGIS, którą ma przerobić na *"kompatybilną do składowania ze skrzyniami CP Amazon"*.

Przykład Skrzyni AEGIS w wersji pierwotnej - załącznik nr 10 (str. 58 oferty CASTELIOR). Widać tutaj, iż powierzchnie wklęsło - wypukłe są okrągłe. Na str. 56 i 57 59 oferty przedstawiono zmodyfikowane powierzchnie wklęsło — wypukłe w kształcie okręgów z dodanymi dodatkowymi elementami, które to mają pozwalać na *„ryglowanie się elementów wklęsło - wypukłych skrzyń CP Amazon oraz AEGIS”*. Załączono także rysunki ilustrujące rzekome ułożenie skrzyń AEGIS na skrzyniach CP Amazon (str. 61-66 oferty). Co istotne, skrzynie te - **o takiej samej konstrukcji** (tyle że w różnych rozmiarach) CASTELIOR zaoferował dla obu zadań - tj. w zadaniu nr 1 (mniejsza skrzynia) i w zadaniu nr 2 - większa skrzynia. Jednocześnie Wykonawca wszedł w posiadanie zdjęć ilustrujących skrzynie, które zamierza dostarczyć Castelior. Już na zdjęciach widać, że

1. Po pierwsze - skrzynie te mają elementy wklęsło - wypukłe **okrągłe**. Ich przerobienie - tak jak to pokazuje CASTELIOR na str. 56, 57, 59 i 60 oferty wydaje się bardzo mało prawdopodobne i nie ma zresztą nawet prawdopodobieństwa, iż zapewni to kompatybilność

2. Po drugie - skrzynie **te w ogóle nie mają uchwytów, takie jak wymagane przez Zamawiającego w WTT**, brak bowiem ogranicznika w ogóle, tym bardziej brak miękkiej plastycznej gumy

Dodatkowo, jak wskazano, Zamawiający podzieli zamówienie na dwa zadania.

Przedmiotem obu zadań były skrzynie **o identycznej konstrukcji, różniły się tylko i wyłącznie wymiarami** (długością, wysokością i szerokością). Zadanie nr 1 obejmowało mniejszą skrzynię, zadanie nr 2 - większą. W obu zadaniach Casterlior **zaoferował identycznie skonstruowaną skrzynię firmy AEGIS** (różniły się jedynie wymiarami, zgodnie z zadaniami). Co niezrozumiałe

1. Dla zadania - nr 1 Zamawiający odrzucił ofertę Castelior twierdząc, iż „nie odpowiada ona treści SIWZ”;
2. Dla zadania nr 2- Zamawiający uznał ofertę Castelior twierdząc, iż „spełnia ona wymagania SIWZ”. Mimo, iż z wyjątkiem wymiarów dla obu skrzyń wymogi konstrukcyjne były identyczne i dla obu zadań Castelior zaoferował identyczne skrzynie o identycznej konstrukcji (różniące się tylko i wyłącznie wymiarami).

Uzasadnienie zarzutów odwołania rozpoczął od fundamentalnego stwierdzenia, iż niewątpliwie celem każdego postępowania przetargowego jest umożliwienia otrzymania przez Zamawiającego produktu (usługi), która odpowiada jego oczekiwaniom i wymaganiom. Oczekiwania i wymagania te winny znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ poprzez ich sformułowanie w sposób jednoznaczny i umożliwiający jasne i bezproblemowe odczytanie intencji Zamawiającego. Wykonawca zatem musi mieć możliwość bezproblemowego zdekodowania, jakiego dokładnie przedmiotu oczekuje Zamawiający. Zamawiający zaś oraz Wysoka Izba, a następnie Sąd musi mieć natomiast możliwość skontrolowania, czy oferowany produkt spełnia wymagania SIWZ czy też ich nie spełnia. Należyte wyważenie interesów Zamawiającego (który chce uzyskać produkt odpowiadający jak najlepiej jego oczekiwaniom) oraz Wykonawcy (który te oczekiwania dekoduje z treści SIWZ i w ten sposób dobiera oferowane produkty i ustala cenę) winno być naczelną zasadą kontroli postępowań o zamówienie publiczne. Określenie wymagań Zamawiającego w sposób niejasny, nielogiczny lub wewnętrznie sprzeczny (czy to na etapie formułowania Specyfikacji czy też na etapie składania wyjaśnień do tej Specyfikacji) uniemożliwia Wykonawcy odczytanie, jakiego tak naprawdę produktu (o jakich parametrach) oczekuje Zamawiający, co rzutuje na cenę jego oferty (gdyż niewielka różnica w zakresie np. parametrów a nawet jednego parametru urządzenia może czasem bardzo istotnie wpływać na koszty jego produkcji, a zatem i cenę). Izbie zaś i Sądowi uniemożliwia ocenę, czy oferta składana przez dany podmiot spełnia czy też nie spełnia niejednoznaczne wymagania Zamawiającego. Wreszcie, składanie wyjaśnień nielogicznych i niespójnych, może doprowadzić do sytuacji, w których Zamawiający uzyskuje produkt, który w rzeczywistości nie odpowiada jego wymaganiom i oczekiwaniom (których nie potrafił jednoznacznie sformułować).

Granice wymagań co do przedmiotu zamówienia wyznacza Specyfikacja. Wyjaśnienia do jej treści nie mogą prowadzić do jej zmiany, mogą jedynie prowadzić do doprecyzowania oczekiwań Zamawiającego, są zatem wykładnią (interpretacją) SIWZ. Nie mogą natomiast

niczego dodawać ani niczego ujmować w stosunku do treści SIWZ. Jeśli Zamawiający chce dokonać zmian swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, winien to uczynić w trybie zmiany Specyfikacji.

Odnosząc te ogólne rozważania do opisywanego stanu faktycznego, bezsporne wydaje się to, iż:

1. Zamawiający w sposób bardzo czytelny, jednoznaczny i niebudzący wątpliwości określił swojego wymagania co do konstrukcji skrzyni w SIWZ - Zał. 7 Wymagania taktyczno - techniczne oraz to, iż:

2. Skrzynia oferowana przez Castelior tych wymagań nie spełnia co do:

a. Kształtu powierzchni wklęsło- wypukłych (zamiast wymaganych kwadratów o boku 75 mm są okręgi z wystającymi wypustkami o różnych kształtach);

b. Jednolitej wysokości tych wypustków (wystąpień) (zamiast wymaganych 10 mm jest od 11 mm do 15 mm);

c. Konieczności posiadania przez uchwyty do przenoszenia ograniczników odchylenia do poziomu oraz pokrycia ich miękką plastyczną gumą (uchwyty w skrzyni oferowanej w ogóle takich ograniczników nie posiadają).

Literalna interpretacja WTT i porównanie tych Wymagań z treścią oferty Casteliora nie pozostawia żadnych wątpliwości co do niezgodności oferty z wymaganiami. Istotne jest też to, iż w powyższym wypadku Zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ w zakresie wymagań taktyczno - technicznych, mimo, iż przecież miał ku temu okazję zmieniając SIWZ w dniu 18.08.2014 r. w innym zakresie (terminu otwarcia ofert). Dla racjonalnie myślącego Wykonawcy był to jasny i jednoznaczny sygnał, iż wymagania taktyczno - technicznie nie ulegają zmianie. Jak bowiem wskazuje się w literaturze: w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść SIWZ w każdym momencie przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający z własnej inicjatywy może dokonać modyfikacji, kiedy spostrzeże, że zapisy SIWZ nie odpowiadają w pełni jego zamierzeniom (nie oddają a jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały) albo w wyniku zadanych pytań: (M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz, Wolters Kluwer business, W-wa 2012 , s. 251). Skoro zatem Zamawiający - mimo zadanych pytań nie zmienił SIWZ. to oznaczało to, iż uznał, iż sposób sformułowania wymogów konstrukcyjnych w tej Specyfikacji jednoznacznie określa jego wymagania. Potwierdzeniem tego była jego ostatnia odpowiedź z 25.08.2014 r. pyt. 2 („Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie”).

Tak jednoznaczny obraz wymagań określonych przez Zamawiającego został jednak (na początku) zaburzony na skutek finezyjnych i sugerujących Zamawiającemu odpowiedzi pytań formułowanych przez Castelior.

Na skutek tego (i również braku precyzji Zamawiającego), odpowiedzi

Zamawiającego na pytania - pierwsze z 12.08.2014 r., uzupełnienie z 18.08.2014 r. i drugie z 22.08.2014 r. były nielogiczne, niespójne i nieczytelne. Wykonawca na podstawie takiej treści wyjaśnień nie był w stanie ocenić, czy dana skrzynia spełnia oczekiwania Zamawiającego (sprecyzowane w Wyjaśnieniach) czy też nie i tym bardziej nie byłaby w stanie tego dokonać Izba, co już dyskwalifikuje sposób postępowania Zamawiającego i skutkować winno unieważnieniem skarżonych czynności. Analiza odpowiedzi Zamawiającego nie jest w stanie dać jednoznacznej odpowiedzi, co chciał on zakomunikować oferentom.

W pierwszym zapytaniu Castelior zapytał o to, czy skrzynia posiadająca m. in.

a. następujące odmienności konstrukcyjne

- odmienny kształt powierzchni wklęsło — wypukłych (okrągłe zamiast kwadratów)
- odmienną wysokość powyższych powierzchni (wystąpień) (11 mm do 15 mm) zamiast 10 mm
- odmienne uchwyty (bez ograniczników odchylenia i bez pokrycia ich miękką elastyczną gumą)

b. następujące odmienności co do wymiarów (szerokość 800 mm zamiast 450 mm) zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż „zgadza się na zaproponowany opis, pod warunkiem, że skrzynia będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami opisywanymi w zał. nr 7 do SIWZ (WTT) o wymiarach 1200 mm x 750 mm x 450 mm. Przy czym w uzupełnieniu z 18.08.2014 r. wskazał, iż skrzynia ma być kompatybilna ze skrzyniami dotychczas kupowanymi przez WOFiTM (tj. firmy AMAZON Cases) o wymiarach 1200 mm x 750 mm x 450 mm.

Jednakże jednocześnie Zamawiający wskazał, iż skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200 mm x **800 mm x 450 mm** uniemożliwi ustawienie ich w stosie ze skrzyniami dotychczas kupowanymi. Nie wiadomo, jak interpretować takie stwierdzenie Zamawiającego - z jakich powodów uznał on skrzynię proponowaną przez Castelior za „niekompatybilną”

- Czy z powodu odmiennej szerokości (800 mm zamiast 750 mm)
- Czy także z powodu odmiennego kształtu powierzchni wklęsło - wypukłych (okrągłe zamiast kwadratów)?
- Czy także z powodu odmiennej wysokości tych powierzchni (11 do 15 mm zamiast jednolitej wysokości 10 mm).

Tych wątpliwości nie rozwiewały także kolejne wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 22 sierpnia. Zamawiający rozpoczął je zdaniem:

Skrzynie typu A1 i C1 powinny spełniać wymagania taktyczno- techniczne określone przez Zamawiającego - a więc wymagania taktyczno - techniczne określone w SIWZ.

Dalej:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r. oraz uzupełnienia z dnia 18.08.2014 r. dopuszczone zostały skrzynie typu C1 o wymiarach 1200 x 800 x 450, przy zachowaniu wszystkich POZOSTAŁYCH wymagań taktyczno - technicznych, w szczególności dotyczących kompatybilności w zakresie możliwości ustawienia skrzyń w stosie (jedna na drugiej) z dotychczas pozyskanymi skrzyniami przez WOFiTM na potrzeby służby zdrowia SZ RP.

Twierdzenie to jest tymczasem wewnątrznie sprzeczne.

- Z jednej strony Zamawiający wskazuje, iż „zostały dopuszczone skrzynie typu C1 o wymiarach 1200 x 800 x 450 przy zachowaniu wszystkich pozostałych wymagań taktyczno - technicznych” - w sytuacji kiedy przecież z odpowiedzi z 12 sierpnia, uzupełnionej 18 sierpnia, wynikało, iż Zamawiający **nie dopuszcza skrzyń o takich wymiarach (800 m szerokości)** - wszak taka skrzynia nie dałaby się ułożyć na stosie ze skrzynia o szerokości 750 m. **Zamawiający w ogóle więc nie dopuścił skrzyń o takich wymiarach**
- Z drugiej strony Zamawiający wskazuje, iż skrzynię o takich wymiarach zaakceptował przy zachowaniu wszystkich POZOSTAŁYCH wymagań taktyczno - technicznych, w szczególności dotyczących **kompatybilności** ze skrzyniami dotychczas stosowanymi. Tymczasem z samego opisu skrzyni zaproponowanej przez Casterlior **(okrągłe wypustki zamiast kwadratowych, odmienna wysokość - 11 do 15 mm zamiast 10 mm)** **wynikało, iż nie jest ona kompatybilna**

W momencie zatem, gdy Odwołujący otrzymał odpowiedzi z dnia 22.08.2014 r. nie sposób było w jakikolwiek sposób dociec, o co chodziło Zamawiającemu. Taki sposób prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne jest absolutnie niedopuszczalny.

Niemniej, **ostatnia odpowiedź Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. była już czytelna.** Odwołujący wobec tego, iż Zamawiający udzielał odpowiedzi nielogicznych, niespójnych i wewnątrznie sprzecznych przy jednoczesnej jasności i klarowności wymagań taktyczno - technicznych określonych w SIWZ chciał wreszcie uzyskać od Zamawiającego jednoznaczną odpowiedź, **jaki produkt tak naprawdę Zamawiający chce otrzymać.** **W tym celu zadał pytanie: „czy Zamawiający dopuszcza inne wymiary powierzchni wklęsło — wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SFWZ zał. nr 7”**

Odpowiedź Zamawiającego była tym razem jednoznaczna; Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie.

Zatem odpowiedzi Zamawiającego można było interpretować w sposób następujący:

- WTT - „oczekuję skrzyni o konstrukcji X”
- Odpowiedź na pierwsze i drugie zapytanie (12, 18 i 22.08.2014 r.): - „oczekuję skrzyni kompatybilnej ze skrzynia X”
- Odpowiedź na trzecie zapytanie (25.08.2014 r.) - jednak chce mieć skrzynie o konstrukcji

X. - Zamawiający wycofuje się ze swoich wcześniejszych niejasnych i nielogicznych odpowiedzi.

Komunikat był zatem jasny - Zamawiający oczekiwał skrzyni o takiej konstrukcji, jak określił w pkt 2 WTT - na wieku oraz na spodzie miały znajdować się powierzchnie wklęsło - wypukłe (kwadrat o boku 75 mm) umożliwiające bezpieczne ustawianie skrzyń w stosie, wysokość tych wystąpień ma wynosić 10 mm. Zamawiający nie wskazał tutaj, że powierzchnie wklęsło-wypukłe mają być „kompatybilne” z powierzchniami dotychczas stosowanymi, a więc, że dopuszcza inne kształty i inne ich wymiar. Wręcz przeciwnie - każdy rozsądnie myślący Wykonawca zinterpretować musiał stanowisko Zamawiającego w ten sposób, iż akceptowane będą tylko skrzynie o powierzchniach wklęsło - wypukłych w kształcie kwadratu i o wymiarach 10 mm. A zaoferowanie innych skrzyń, o innym kształcie i wymiarach wypustków, spowoduje odrzucenie oferty. Bezsporne jest to, iż oferowana przez Castelior skrzynia nie spełniała tych wymagań.

Zamawiający rozstrzygając postępowanie zaprzeczył więc sam sobie. Zgodnie z zasadą *non concedit venire contra factum proprium*, Zamawiający nie miał prawa zaakceptować skrzyń o wysokości wypustków innej niż 10 mm, skoro kilka dni wcześniej, wprost wskazał, iż ich wysokość ma właśnie tyle wynosić i to w odpowiedzi na jednoznacznie sformułowane pytanie, czy dopuszcza inne wymiary tych wypustków (powierzchni wklęsło - wypukłych).

Jednakże, nawet gdyby przyjąć bardzo liberalną, funkcjonalną, rozszerzającą wykładnię wymagań konstrukcyjnych sformułowanych WTT i pominąć ostatnie odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2014 r. (choć zdaniem Skarżącego taka wykładania jest niedopuszczana, gdyż prowadzi w istocie do zmiany SIWZ), to i tak prowadzi to do wniosku, iż oferta Casteliora nie spełniała oczekiwań Zamawiającego z co najmniej dwóch powodów:

Analiza odpowiedzi Zamawiającego z 12, 18 i 22.08.2014 r. wskazuje, iż skrzynie miały być „kompatybilne” z dotychczas kupowanymi. Kompatybilność oznaczała, iż skrzynia zamawiana musiała dać ustawić się na stosie z skrzynią dotychczas kupowaną (jedna na drugiej). Z tego wynikało, iż:

1. Po pierwsze - skrzynie oferowane musiały mieć identyczne wymiary, jak skrzynie dotychczas kupowane;
2. Po drugie - powierzchnie wklęsło wypukłe skrzyń oferowanych musiały mieć taki kształt oraz taką wysokość, aby skrzynia stała na drugiej w sposób bezpieczny i stabilny. Nie tylko zatem skrzynie musiały dopasować się do siebie, ale dopasowanie to musiało być bezpieczne i pewne. Trzeba podkreślić, iż z pkt 9 WTT wynikało, iż skrzynie mogą być składowane aż na 4 poziomach. Nadto, z pkt 2 WTT wynikało, iż powierzchnie wklęsło-wypukłe mają umożliwiać BEZPIECZNE ustawianie skrzyń w stosie. O ile ostatecznie zaoferowana przez Castelior skrzynia ma identyczne wymiary co skrzynie dotychczas stosowane, to ich konstrukcja oczekiwanej kompatybilności nie zapewnia. Na skutek tego.

Zamawiający nabędzie skrzynie, które nie odpowiadają jego oczekiwaniom, nawet gdyby oczekiwania te interpretować bardzo szeroko, w sposób mocno wykraczający poza ich sprecyzowanie w treści Specyfikacji, gdyż:

1. Wysoce wątpliwe jest, czy taki kształt wypustków umożliwi dopasowanie skrzyń;
2. Nawet jeśli tak jest, to wypustki w oferowanej przez Casteliór skrzyni są mocno pocienione - znajdują się ona na kółku, i są one niezwykle wąskie, wskutek czego łatwo mogą ulec starciu i zniszczeniu. Żywotność tego typu wypustków jest zdecydowanie krótsza i na skutek swoich niewielkich rozmiarów mogą się urwać. Przy szybkim zużyciu tego typu wypustek, ulec mogą one szybko zniszczeniu, co uniemożliwi ustawianie skrzyń na sobie;
3. Dodatkowo, zwrócić należy uwagę na kwestię wysokości wypustków. Da się sprowadzić to dwóch punktów, po pierwsze, Zamawiający wymagał, aby wypustki miały wysokość 10 mm, po drugie by wysokość tych wypustków (wszystkich) była jednolita. W skrzyni Casterliora wypustki mają wysokość 11-15 mm i wysokość ta może być różna (każdy wypustek może mieć różną wysokość). Nie trzeba specjalnej wiedzy z zakresu mechaniki, aby zorientować się, iż takie różnice w wysokości wypustków zmniejszają powierzchnie zazębienia z 10 mm do 5 mm. Jeżeli jedno wystąpienie ma 15 mm, a drugie 11 mm, to skrzynia będzie stała niestabilnie i krzywo. Ustawienie takich skrzyń będzie niemożliwe, w przypadku bowiem nierównomiernej wysokości wystąpień nie da się ułożyć jednej skrzyni na drugiej. A nawet jeśli się da, to skrzynia stoi „krzywo”, a zatem ułożenie kolejnej skrzyni (pamiętajmy, że skrzynie, zgodnie z pkt 9 WTT) miały być ustawiane w stosach po cztery, spowoduje przewrócenie się całego stosu.

Oznacza to, iż jeśli stara skrzynia ma wysokość wypustków 10 mm, a nowa od 11 mm do 15 mm, to nowa skrzynia będzie „wisieć” na starej. A dodatkowo, rozbieżność w wysokości wypustków od 11 do 15 mm będzie powodować w większości przypadków przy specyficznym rozłożeniu tolerancji przechyłanie się skrzyni i niemożność ustawienia ich w stosie.

Podsumowując - jeśli Zamawiający chciał zamówić skrzynie kompatybilne z dotychczas stosowanymi, to skrzynia Castelióra nie jest kompatybilna. Skrzynia ta nie będzie dawała się ustawiać w stosie ze względu na zbyt wysokie wypusty o zróżnicowanej wysokości (11 mm do 15 mm). Warto wskazać, iż orzecznictwo KIO jest dość jednoznaczne jeśli chodzi o odrzucanie ofert, które nie spełniała oczekiwanych przez Zamawiającego wprost oczekiwanych parametrów, sprecyzowanych za pomocą konkretnych wartości liczbowych. Powołał wyrok KIO z 05.11.2010 r., sygn. akt: KIO/2310/10 - str. 9-10 uzasadnienia:

W powyższym wypadku niemniej, z ostatniej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. jednoznacznie wynikało, iż Zamawiający nie dopuszcza innych wymiarów powierzchni wklęsło - wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SIWZ zał. nr 7

(„Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie’)

SIWZ - WTT pkt 2 wskazywał: *wysokość tych wystąpień ma wynosić 10 mm.*

Nieco w cieniu głównego sporu na temat wypustków i kompatybilności pozostaje jeszcze kwestia uchwytów do skrzyń. W WTT Zamawiający wskazał, iż „uchwyty do przenoszenia muszą posiadać ogranicznik odchylenia do poziomu oraz powinny być pokryte miękką plastyczną gumą” W skrzyni oferowanej przez Castelior uchwyty do przenoszenia nie posiadają ogranicznika odchylenia do poziomu. Zamiast tego posiadają „uchwyty do przenoszenia (po dwa na każdym jej boku), stanowiące *„integralną i ergonomiczną całość z konstrukcją skrzyni, co zdecydowanie zwiększa ich wytrzymałość przy transporcie i przenoszeniu”*. W pierwszym zapytaniu Castelior wskazał na taką cechę skrzyni. Z odpowiedzi z 12 i 18.08.2014 r. nie dało się jednoznacznie wywnioskować, czy Zamawiający zaakceptował taką cechę czy też nie. Jednakże w odpowiedzi na drugie zapytanie (z 22.08.2014 r.) Wyraźnie wskazał, iż „skrzynie typu C1 powinny spełniać wymagania taktyczno-techniczne określone przez Zamawiającego (...) Dopuszczone zostały skrzynie typu C1 o wymiarach 1200 x 800 x 450 przy zachowaniu wszystkich pozostałych wymagań taktyczno - technicznych. A więc również wymagań dotyczących uchwytów.

Również ten wymóg miał swoje głębsze uzasadnienie. Uchwyty proponowane w skrzyni Casteliora są niewygodne i zmuszają do tego, by łapać skrzynie. Uchwyt nigdy się nie odchyła, dodatkowo jego chwyt jest niewygodny i niepewny, brak jest gumowej rączki wymaganej przez Zamawiającego. Specyfikacja pisząc o ograniczniku odchylenia sugerowała, iż Zamawiającemu chodziło o uchwyty UCHYLNE (tylko takie mogą bowiem posiadać ogranicznik odchylenia). W skrzyni Casteliora natomiast mamy UCHWYTY STALE, zupełnie nie spełniające swojej funkcji. Przenoszenie takiej skrzyni jest dużo trudniejsze, przy uchylnym, ruchomym uchwycie ręka chwytająca uchwyt ma bardzo dużą ruchomość w obu płaszczyznach, co w warunkach polowych może mieć kluczowe znaczenie dla szybkiego przeniesienia skrzyni w celu błyskawicznego transportu przenoszonych w niej materiałów medycznych.

Podsumowując - Zamawiający, zapewne dał się zwieść finezyjnie sformułowanym pytaniom Casteliora i jeszcze bardziej finezyjnej interpretacji jego odpowiedzi i przez to wybrał ofertę dostarczenia skrzyń, która w ogóle nie odpowiada jego wymaganiom:

- Skrzynie Casteliora nie będą dały się ustawić bezpiecznie w stosie jedna na drugiej, i to zarówno ze skrzyniami dotychczas stosowanymi (z powodu odmiennego kształtu i wysokości wypustków) iak i nawet ze skrzyniami oferowanymi przez Castelior (z powodu zróżnicowanej wysokości wypustków);
- Skrzynie Casteliora nie będą dały się w sposób łatwy i bezproblemowy przenosić w warunkach wojennych czy warunkach kataklizmu, gdzie liczy się szybkość.

Art. 7 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Analiza korespondencji Zamawiającego z Wykonawcami, w świetle treści zapytań oraz wyjaśnień do SIWZ z dnia 12, 18 oraz 25.08.2014 r. oraz rozstrzygnięcie przetargu wskazuje, iż Zamawiający nie uczynił zadość tymże wymogom. Zamawiający najpierw bowiem sformułował w SIWZ jednoznaczne wymagania taktyczno - techniczne dotyczące skrzyń co do ich konstrukcji, w tym zakresie kształtu powierzchni wklęsło - wypukłych, wymiarów wypustków oraz co do posiadania przez uchwyty ograniczenia odchylenia i pokrycia ich miękką plastyczną gumą. Następnie zaczął sugerować w swoich odpowiedziach na pytania Castelier (z 12, 18, 22.08.2014 r.), iż jednak dopuszcza skrzynie niespełniające tych wymogów, sugerując iż wystarczające jest, aby oferowane skrzynie były kompatybilne z dotychczas stosowanymi. Niemniej w odpowiedzi na pytanie Skarżącego (z 25.08.2014 r.) wskazał, iż nie dopuszcza innych wymiarów powierzchni wklęsło - wypukłych (i jak wynika z tego, również kształtów) niż określone w SIWZ. Ilustruje to wręcz dyskryminację w traktowaniu Wykonawców. W odpowiedzi na pytania jednego Wykonawcy pisze on, iż dopuszcza skrzynię o kształcie i wymiarach powierzchni wklęsło - wypukłych niż wskazane w SIWZ. W odpowiedzi na pytanie drugiego Wykonawcy pisze on, iż **takich skrzyń nie dopuszcza („podtrzymuję wymagania SIWZ w tym zakresie”)**. W tej sytuacji dochodzi do ewidentnego naruszenia reguł konkurencji.

Odwołujący po uzyskaniu ostatniej odpowiedzi, jednoznacznie (jakby mogło się wydawać) przesądzającej kwestię kształtu i wymiarów wypustków, działał w zaufaniu do Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie wskazał, iż oczekuje wymiarów (i tym samym kształtów) takich jak w SIWZ, **Skarżący mógłby zaoferować inną skrzynię (choćby zbliżoną do skrzyni oferowanej przez Castelier), po znacznie niższej cenie. Dlaczego?** Otóż wykonanie powierzchni wklęsło - wypukłych w kształcie kwadratu jest trudniejsze niż wykonanie powierzchni okrągłych. Na cenę skrzyni ma także wpływ konieczność przestrzegania jednolitej wysokości wypustków - 10 mm. Z zapytania Casteliora wynikało tymczasem, iż chce on zaoferować skrzynię o dopuszczalnym rozrzucie wysokości wypustków aż 5 mm (od 11 do 15 mm). Można więc wnioskować, iż niższa cena zaoferowanej skrzyni wynikało właśnie z niedbałego wykonania wypustków o **niejednorodnym wymiarze, na co rzekomo Zamawiający miał wyrazić (wg Casteliora zgodę). Skarżący, gdyby nie przestrzegał rygorystycznych wymogów SIWZ co do jednolitej wysokości wypustków, złożyłby ofertę tańszą od oferty Castelior.**

To samo dotyczyło także uchwytów - wykonanie uchwytów uchylnych, zaopatrzonych w miękką plastyczną gumę jest dużo droższe niż uchwytów stałych, zintegrowanych z całością konstrukcji skrzyni. Konieczne jest bowiem wykonanie odrębnego uchwytu, stworzenie mechanizmu ograniczającego odchył oraz poniesienie kosztu materiałów zapewniających bezpieczny chwyt.

Z porównania oferty Castelier oraz Skarżącego wynika, iż **różnica w cenie jednej skrzyni wynosi ok. 800 zł na sztuce. Ta różnica wynika właśnie z tego, iż skrzynie Casteliora nie spełniają wymagań konstrukcyjnych określonych w pkt 7 WTT.** Gdyby Skarżący wiedział, iż Zamawiający zaakceptuje takie skrzynie, to też zaoferowałby skrzynie z uchwytemi stałymi, z nieregularnymi wypukłościami i wklęsłościami, co znacznie obniżyłoby koszty i oferowaną cenę. Takie postawienie sprawy przez Zamawiającego *nie dało Wykonawcom równego startu.* Dodatkowo Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji już na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców poprzez:

1. Nielogiczne wyjaśnienia;
2. Wycofywanie się z wyjaśnień;
3. Używanie sformułowań dwuznacznych;
4. Wewnętrzna sprzeczność w treści wyjaśnień. Doprowadziło to do tego, iż Odwołujący chciał zaoferować skrzynię zgodną z wymaganiami SIWZ, stosownie do ostatniej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. (gdzie jednoznacznie wskazano, że Zamawiający w zakresie wymiarów powierzchni wklęsło - wypukłych podtrzymuje wymagania SIWZ), kierując się zasadą zaufania do niego oraz chcąc, by jego oferta była zgodna z treścią SIWZ **musiał zaoferować skrzynie odmienna niż konkurent (Castelier), który nie zastosował się do treści tych wymagań, co spowodowało różnice w cenie zaproponowanych skrzyń.** Produkt Castelier ma bowiem dzięki odmiennościom konstrukcyjnym niższą cenę, ale jest mniej użyteczny, gdyż:

1. Trudniej go przenosić w wąskich pomieszczeniach przez obecność uchwytów stałych, a nie uchylnych;
2. Istnieją trudności w ustawieniu skrzyń na stosie zarówno ze skrzyniami dotychczas stosowanymi jak i nawet trudności w ustawieniu samych skrzyń Casteliora na stosie;

Doszło zatem do naruszenia zasady równych szans, równego startu, uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ, tym bardziej wobec ostatecznego jednoznacznego stanowiska Zamawiającego, niespełniającej wszystkich wyraźnie zakreślonych i jednoznacznych wymagań taktyczno - technicznych i przez to tańszej. Dyskryminowało to Skarżącego jako wykonawcę, który od początku miał zamiar zaoferować skrzynie, która bezspornie spełniała wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w zał. nr 7 - WTT.

W ramach ostatniego argument.

Wymogi co do konstrukcji te były identyczne dla obu skrzyń (mniejszej - zadanie nr 1 i większej - zadanie nr 2), dla obu zadań Castelier zaoferował skrzynie o takiej samej konstrukcji, (a różniące się tylko wymiarami), i w zakresie zadania nr 1 oferta Castelier została odrzucona jako niespełniająca wymagań SIWZ, a w zakresie zadania nr 2 oferta

Castelior została uznana za niespełniająca wymogi SIWZ. Zamawiający więc przez całe postępowanie (pomijając kwestię jednoznacznie sformułowanych WTT) zachowywał się w sposób nieczytelny, nielogiczny, niekonsekwentny oraz wewnętrznie sprzeczny. Zamawiający:

- najpierw jednoznacznie sformułował wymagania taktyczno - techniczne co do konstrukcji dla obu skrzyń (A1 i C1),
- następnie udzielał wewnętrznie sprzecznych odpowiedzi co do tego, jakich skrzyń oczekuje, mówiąc o „kompatybilności”,
- by potem wycofać się ze swojego stanowiska w odpowiedzi z dnia 25.08.2014 r. na pytanie 2, gdzie powrócił w do wymagań SIWZ,
- by wreszcie na etapie rozstrzygnięcia ofert:

o uznać ofertę Casteliora w zakresie skrzyń C1 za zgodna z wymogami SIWZ

o a ofertę w zakresie skrzyń A1 za niezgodna z wymogami SIWZ,

mimo, iż wymogi co do konstrukcji przewidziane przez SIWZ dla obu skrzyń były identyczne (skrzynie różniły się tylko wymiarami), a Castelior w obu ofertach zaoferował skrzynie o identycznej konstrukcji, różniące się tylko wymiarami (i wymiary te były zgodne z SIWZ).

Mając na uwadze opisany stan faktyczny i wszystkie wyżej opisane uchybienia bezspornym jest, że zaskarżone postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy. Nie ulega także wątpliwości, że opisane wyżej naruszenia dotyczyły zarówno sfery ustawowej jak i umownej. To uniemożliwiło wybranie w zaskarżonym postępowaniu oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp, co jest głównym celem postępowania w zakresie zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 01.10.2014 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.10.2014 r. (faxem), a 07.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J., ul. Brzozowa 8, 55-300 Gałów zwana dalej: „CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J.” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze zgłoszenie było nieskuteczne, pełne uzasadnienie w dalszej części orzeczenia.

W dniu 07.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) W.P.H.U.P. AMP R. R. złożył pismo procesowe Odwołującego w ramach którego zakwestionował skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Kopia pisma procesowego Odwołującego została przekazana Zamawiającemu oraz CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J.

W dniu 08.10.2014 r. (faxem) CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. złożył pismo procesowe stanowiące odpowiedź na pismo procesowe Odwołującego. Kopia pisma procesowego CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 10.10.2014 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Odnośnie zarzutu 1. Zamawiający ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 4.07.2014 r. i na zapytanie z dnia 25.07.2014 r. od jednego z potencjalnych Wykonawcy - firmy Castelior A. G. i Wspólnicy sp.j. dotyczące możliwości zaoferowania produktu równoważnego o wskazanych w piśmie parametrach 2Wrócił się z takim zapytaniem do Gestora - Inspektoratu Rodzajów Wojsk Dowództwa Generalnego Rodzaju Sił Zbrojnych. Zgodnie z uzyskaną odpowiedzią w dniu 12.08.2014 r. (oraz uzupełnieniu do niej z dnia 18.08.2014 r.) udzielił odpowiedzi na zapytanie w sprawie SIWZ dopuszczając możliwość zaoferowania takiej skrzyni C1, pod warunkiem kompatybilności (możliwości ustawienia jej w stosie z posiadanymi już przez Zamawiającego skrzyniami firmy Amazon Cases o wymiarach 1200 x 750 x 450. Jednocześnie zwrócił uwagę, że skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200 x 800 x 450 uniemożliwi takie ustawienie - oznaczało to, że nawet przy spełnieniu wszystkich pozostałych zaproponowanych parametrów potencjalna oferta na skrzynię C1 o szerokości 800 mm zostanie odrzucona, Tym samym wysyłając takie odpowiedzi Zamawiający zaakceptował odmienny kształt powierzchni wklęsło wypukłych, zaproponowaną wysokość wypustek oraz odmiennie uchwyty stanowiące integralną całość z konstrukcją skrzyni. Takie stanowisko potwierdza szerokie orzecznictwo KIO np. orzeczenie z dnia 15.05.2013 r., sygn. akt: KIO 977/13 mówiące, iż informacje przekazane wykonawcom w ramach wyjaśnień postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stają się częścią SIWZ i z ich uwzględnieniem zamawiający jest zobligowany dokonać badania i oceny ofert.

Odnośnie zarzutu 2. Zamawiający postrzegał zasad obowiązujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego a ponadto starał się rozwiązać wszelkie wątpliwości np. odpowiadając na wszystkie zapytania Wykonawców (nawet po terminie wynikającym z artykułu 38 ust, 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający podkreśla iż w całym toku postępowania kieruje się interesem publicznym między innymi poprzez zwiększenie konkurencji pomiędzy potencjalnymi wykonawcami zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a ewentualne wątpliwości w interpretacji SIWZ Zamawiający rozstrzyga na korzyść Wykonawcy.

Odnośnie zarzutu 3. Nieporozumieniem jest odwoływanie się przez firmę W.P.H.U.P. AMP R. R. do zadania nr 1, na które nie złożyła nawet oferty a wybór oferty najkorzystniejszej już się uprawomocnił. Wszyscy uczestnicy ubiegający się o udzielenie tamtego zadania doskonale zrozumieli oczekiwania i wyjaśnienia Zamawiającego. Przedmiotem odwołania i ewentualnego sporu powinien być tylko wybór w zakresie zadania nr 2. Odnosząc się do zarzutu wycofania ze swego stanowiska w odpowiedzi z dnia 25.08.2014 r, Zamawiający stwierdza, że nic takiego nie miało miejsca i jest to tylko interpretacja Odwołującego. Jedynie Odwołujący nie rozumie lub nie chce zrozumieć i ma wątpliwości w tym zakresie, że Zamawiający pisząc o podtrzymaniu wymagań SIWZ odniósł się również do kwestii udzielonych już wyjaśnień, które stały się częścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu 4. Zaoferowana skrzynia C1 przez firmę Castelier A. G. i Wspólnicy sp.j. w pakiecie nr 2 została złożona i przyjęta jako oferta spełniająca wszystkie wymogi Zamawiającego, gdyż Zamawiający poprzez odpowiedzi z dnia 12.08 i 18.08.2014 r. będące integralną częścią SIWZ wyraził zgodę na zaoferowanie produktu równoważnego nie zgadzając się jednocześnie na inne wymiary zewnętrzne. W zakresie w jakim nie stanowi to przeszkody w eksploatacji przedmiotu zamówienia zamawiający dopuszcza rozwiązania alternatywne, wzmacniające konkurencję. Wykonawca w złożonej ofercie uwzględnił zastrzeżenie Zamawiającego i zaoferował wymiar skrzyni zgodny z oczekiwaniami (1200x750x450). Ponadto, niezależnie od Komisji Przetargowej biegły powołany w tej sprawie - pan T. B. potwierdził kompatybilność i zgodność z wymogami oferowanej przez firmę Castelier A. G. i Wspólnicy sp.j skrzyni C1. Nie bez znaczenia jest fakt, że do załączonego do oferty „Wykazu wykonanych zamówień” firma posiada znaczące już doświadczenie w dostawach dla wojska i żandarmerii wojskowej. Wobec powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o przyjęte kryteria ocen ofert tj. cenę i wybrał w zadania nr 2 ofertę tańszą o 109 039,50 zł. Nadmieniał, że odwołanie firmy W.P.H.U.P. AMP R. R. zawiera wiele nieścisłości, niezgodności oraz dowolnej interpretacji procesu przebiegu postępowania. W odwołaniu w wielu miejscach podnoszone jest, że odwołujący kierował pytania do Zamawiającego (i uzyskiwał odpowiedzi), otóż na 5 zadanych pytań przez 3 firmy, żadne nie zostało wysłane przez W.P.H.U.P. AMP.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert dla zadania 2 (Cena -100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej dla zadania 2, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zgłoszonego przystąpienia CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J., Izba wskazuje na następujące okoliczności. Z uwagi na niedotrzymania 3 dniowego terminu, niniejsze zgłoszenie Izba uznała za nieskuteczne. Należy stwierdzić, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faksem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie - po upływie 3 dniowego terminu. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Obowiązek złożenia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w ustawowym terminie wynika z dyspozycji art. 185 ust. 2 Pzp. Z treści powyższego uregulowania wynika, iż wykonawca składa przystąpienie do odwołania do Prezesa UZP w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, a kopię przystąpienia przesyła Zamawiającemu oraz wnoszącemu odwołanie również w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Świadczy o tym konstrukcja przepisu, który w zdaniu pierwszym określa termin na przystąpienie, a w zdaniu drugim wskazuje formę oraz sposób przesłania przystąpienia dla stron postępowania odwoławczego. Jednocześnie też niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) stanowiąc, że za wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne. Podobnie w wyroku KIO z dnia 09.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2734/13, wyroku KIO z dnia 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 896/13, wyroku KIO z dnia 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2839/12, wyroku KIO z dnia 21.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1192/12, wyroku KIO z dnia 20.01.2011 r., sygn. akt: KIO/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11, sygn. akt: KIO/9/11, czy też wyroku KIO z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2256/10.

Izba ustaliła także, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane także umocowanie dla pana A. G. /osoba niniejsza została zidentyfikowana na

podstawie informacji wynikającej z pisma procesowego CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. z dnia 08.10.2014 r. – data wpływu/, z uwagi na powyższe okoliczności, Izba dodatkowo uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13.

Dodatkowo należy również uznać za zasadne, stanowisko Odwołującego, że zgłoszenie przystąpienia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie miało miejsce w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. członków konsorcjum, tzn. Konsorcjum Firm: 1) CASTELIOR A. G. i Wspólnicy Sp. J. (lider), 2) Ha3o K. H., ul. Wigury 2, 05-119 Legionowo (partner), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Brzozowa 8, 55-300 Gałów, które złożyło ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zostało wybrane przez Zamawiającego, ale tylko przez jednego z jej członków, który złożył przystąpienie samodzielnie. Z żadnego fragmentu zgłoszonego przystąpienia nie wynika inaczej, brak jest także jakiegokolwiek dokumentu uprawniającego do reprezentacji w imieniu całego konsorcjum. Nie wskazano nawet, że podmiot działa jako lider Konsorcjum firm. Powyższe także czyni zgłoszone przystąpienie nieskutecznym.

Izba wskazuje także za postanowieniem KIO z 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1509/11, że: „(...) Wskazane w art. 185 ust. 2 Pzp pozostałe przesłanki w postaci: zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia, formy oświadczenia oraz obowiązku przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu i zamawiającemu, mimo, że warunkują one skuteczność zgłoszenia przystąpienia i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, nie mogą stać się, w aktualnym stanie prawnym, podstawą opozycji. O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba orzeka w formie postanowienia na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 4 Pzp. Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia.(...) Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia.”.

Podsumowując, w konsekwencji Izba ponownie stwierdza, że z uwagi na zaistniałe wszystkie okoliczności przywołane powyżej, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. postanowień SIWZ, w tym w szczególności zał. nr 6 i 7, odpowiedzi Zamawiającego z 12, 18, 22 oraz 25.08.2014 r., jak i pytania z 25.07.2014 r. oraz 19.08.2014 r., wyjaśnieniami i modyfikacją SIWZ z 18.08.2014 r., pisma Odwołującego z 05.09.2014 r. wraz z załącznikami, wezwania z 04.09.2014 r., stosownej odpowiedzi z 08.09.2014 r., protokołu Komisji Przetargowej z 11.09.2014 r., ofertę Odwołującego i Konsorcjum CASTELIOR - Ha3o, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 1 i 2 z 18.09.2014 r., odwołania wraz z następującymi załącznikami (1. Wymagania Taktyczno – Techniczne /WTT/ - załącznik nr 7 do SIWZ - załącznik nr 3 do odwołania, w tym także rysunki stanowiące załącznik do WTT; 2. Zdjęcia ilustrujące przykład wykonania skrzyni spełniającej wymogi SIWZ - załącznik nr 4 do odwołania, w tym Zdjęcie nr 1, 2, 4 /ilustrujące sposób ułożenia skrzyń na sobie/, Zdjęcie nr 3 /folder reklamowy – przykłady wykonania takich skrzyń/, Zdjęcie 5 i 6 /ilustruje mechanizm działania uchwytu – na zdjęciu nr 5 uchwyt w pozycji standardowej, na zdjęciu nr 6 uchwyt z odchyleniem do poziomu – w takiej pozycji, w jakiej znajduje się on w momencie noszenia skrzyń/, str. 56 - 65 oferty Konsorcjum CASTELIOR - Ha3o - załącznik nr 10 do odwołania /str. 58 – wersja pierwotna zaoferowanej skrzyni, str. 56, 57, 59 – wersja zmodyfikowana na potrzeby Zamawiającego, str. 61-66 rysunki ilustrujące ułożenie skrzyń typu AEGIS na skrzyniach typu AMAZON z przedstawieniem systemu blokowania skrzyń;/ Zdjęcia skrzyni AEGIS nr 11a-11g- Załącznik nr 11 do odwołania/ Zdjęcie 11a – folder reklamowy skrzyń AEGIS, Zdjęcie 11 b - wydruk ze strony internetowej producenta z zaznaczonymi elementami odmiennymi niż w WTT, Zdjęcia 11c i 11d – wydruki ze strony internetowej producenta ilustrujące widoczny brak uchwytów takich jak w WTT/, przystąpienia, pisma procesowego Odwołującego, pisma procesowego zgłaszającego przystąpienie, jak i odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także

przywołane postanowienia SIWZ, jak i odpowiedzi Zamawiającego z 12,18, 22 oraz 25.08.2014 r. oraz oferty Wykonawcy wybranego.

Izba w szczególności przywołuje:

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r.:

„Pytanie 1. Czy Zamawiający dopuści produkt o niżej wskazanych parametrach?

Skrzynia Typ C1:

1. *Zastosowanie - Przechowywanie i transportowanie określonych ilości medycznych i weterynaryjnych środków materiałowych ukompletowanych w formie zestawów medycznych, przeznaczonych do udzielenia pomocy medycznej na określonym poziomie w warunkach polowych, wojennych, klęsk żywiołowych oraz bieżącej działalności jednostek wojskowych.*

2. *Konstrukcja:*

a) *Skrzynia wykonana jest z polietylenu barwionego. Na wieku oraz spodzie znajdują się okrągłe powierzchnie wklęsło-wypukłe umożliwiające bezpieczne ustawianie skrzyń w stosie. Wysokość tych wystąpień, dla zapewnienia równej powierzchni oraz pewnego blokowania, wynosi od 11mm do 15mm.*

b) *Zamki, zawiasy wykonane są z metalu odpornego na korozję umieszczone w profilowanych wnękach konstrukcyjnych.*

c) *Uchwyty do przenoszenia (po dwa na każdym jej boku) stanowią integralną i ergonomiczną całość z konstrukcją skrzyni co zdecydowanie zwiększa ich wytrzymałość przy transporcie i przenoszeniu.*

d) *Ponadto skrzynia, standardowo posiada technologiczne przepusty, dzięki którym może być ona w prosty sposób transportowana za pomocą dźwigu.*

e) *Wszelkie metalowe elementy i okucia są mocowane do korpusu skrzyni za pośrednictwem nitów.*

f) *Kolory okuć- wojskowy zielony lub czarny.*

3. *Wymiary (dł. x szer. x wys.) – TYP C1; 1200mm x 800mm x 450mm.*

4. *Materiał - Polietylen, bezzapachowy, grubość ścianki 4 mm (+/- 2mm) wg potrzeb konstrukcyjnych.*

5. *Barwa ścian zewnętrznych – kolor wojskowy zielony (khaki RAL 6003 lub olive drap) .*

6. *Wymogi dotyczące warunków stosowania- konstrukcja wodoszczelna zgodnie z IP65, odporna na warunki atmosferyczne i działanie agresywnego środowiska (działanie oparów kwasów, soli morskiej, promieniowania UV, itp).*

7. *Przewidywany zakres temperatury eksploatacji skrzyń zestawowych- 40C ÷ 70C*

8. *Wytrzymałość na upadek wraz z zawartością- z wysokości co najmniej 1 metra.*

9. *Rodzaj składowania- wysokie składowanie, zastawienie 4 poziomów skrzyń.*

10. Zamknięcie skrzyni- ograniczniki otwarcia wieka do ok. 95° montowane wewnątrz skrzyni, możliwość plombowania i zamknięcia skrzyni na kłódkę.

11. Dodatkowe wyposażenie- skrzynia posiada:

a) dwustronny automatyczny, ciśnieniowo-próżniowy zawór bezpieczeństwa regulujący ciśnienie wewnątrz jak i na zewnątrz skrzyni, zawór ten powinien posiadać możliwość ręcznej blokady pracy, z możliwością zamiany na otwór wentylacyjny z membraną zabezpieczającą przed przedostaniem się wody, piasku, kurzu

b) wskaźnik wilgotności z wymiennym środkiem osuszającym

c) skrzynia posiada demontowalne wpuszczane kółka ułatwiające jej przemieszczanie, kółka nie przeszkadzają w ułożeniu skrzyń w stosy i przechowywaniu

12. Dokumentacja – skrzynia umożliwia przechowywanie w nich sprzętu medycznego oraz leków i nadaje się do transportu lotniczego oraz morskiego.

Stanowisko (wyjaśnienia) Zamawiającego w przedmiotowej kwestii jest następujące:

Odp. 1. Zamawiający zgadza się na zaproponowany opis pod warunkiem, że skrzynia będzie kompatybilna tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami opisywanymi w załączniku nr 7 do SIWZ (WTT) o wymiarach 1200 mm x 750 mm x 450 mm. Skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200 mm x 800 mm x 450 mm uniemożliwi ustawienie ich w stosie ze skrzyniami opisywanymi w załączniku nr 7 do SIWZ (WTT).”

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 18.08.2014 r.:

„Uprzejmie informujemy, iż w uzupełnieniu do odpowiedzi z dnia 12.08.2014 r. dotyczącej prośby o wyjaśnienie zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (...)

Treść wspomnianego uzupełnienia jest następująca:

Uzupełnienie: Zamawiający zgadza się na zaproponowany opis pod warunkiem, że skrzynia typu C1 będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami dotychczas kupowanymi przez WOFiTM, tj. firmy AMAZON CASES o wymiarach 1200x750x450. Skrzynia o zaproponowanych wymiarach 1200x800x450 uniemożliwi ustawianie ich w stosie ze skrzyniami dotychczas kupowanymi”.

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 22.08.2014 r.:

„Pytanie 1.

Czy zgoda Zamawiającego dotycząca skrzyni typu C1 dotyczy również skrzyni typu A1 o ile spełni ona wymagania Zamawiającego w zakresie wymiarów (750mm x 600mm x 500mm) oraz kompatybilności składowania ze skrzyniami używanymi przez Zamawiającego (Amazon), przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych parametrów taktyczno – technicznych zawartych w zał. nr 7 do SIWZ? (...)

Stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej kwestii jest następujące:

Odp. 1. oraz uzupełnienie

Skrzynie typu A1 i C1 powinny spełniać wymagania taktyczno-techniczne określone przez Zamawiającego. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego z dnia 12.08.2014 r. oraz uzupełnienia z dnia 18.08.2014 r. dopuszczone zostały skrzynie typu C1 o wymiarach 1200x800x450, przy zachowaniu wszystkich pozostałych wymagań taktyczno-technicznych, w szczególności dotyczących kompatybilności w zakresie możliwości ustawienia skrzyń w stosie (jedna na drugiej) z dotychczas pozyskanymi skrzyniami przez WOFiTM na potrzeby służby zdrowia SZ RP. W przypadku skrzyń typu A1 dopuszczalne są skrzynie spełniające wszystkie wymagania taktyczno-techniczne. (...)

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r.:

„Pytanie 1.

Czy skrzynie innego producenta po ustawieniu w stos wraz ze skrzyniami aktualnie posiadanymi przez WOFiTM muszą tworzyć równy krawędziowo blok transportowy – tzn. skrzynie nie mogą wystawać jedna poza drugą?

Pytanie 2.

Czy Zamawiający dopuszcza inne wymiary powierzchni wklęsło – wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SIWZ zał. Nr 7?

Pytanie 3.

Czy powierzchnie wklęsło - wypukłe skrzyń innego producenta na wieku i spodzie skrzyni muszą zazębiać się z powierzchniami wklęsło-wypukłymi skrzyń aktualnie posiadanymi przez WOFiTM?

Stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej kwestii jest następujące:

Odp. 1.

Skrzynie muszą tworzyć równy krawędziowo blok transportowy.

Odp. 2.

Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie.

Odp. 3.

Powierzchnie wklęsło-wypukłe na wieku i spodzie ustawionych w stosie (jedna na drugiej) muszą się zazębiać.”

Zamawiający celem potwierdzenia zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ wymagał jedynie złożenia stosownego oświadczenia na formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SIWZ), który należało złożyć zgodnie z Rozdz. VI ust.10 SIWZ. Wykonawca wybrany załączył formularz ofertowy (str. 2 -3 oferty), jak i oddzielne oświadczenie z 25.08.2014 r., gdzie stwierdził, że przedmiot postępowania przetargowego jest zgodny z zapisami zawartymi w wymaganiach taktyczno-technicznych dla skrzyń do zestawów medycznych oraz z pozostałymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami ogłoszonymi przez Zamawiającego i umieszczonymi na jego stronie internetowej (str. 12 oferty) oraz

załączył WTT (str. 13 oferty), jako dokumentację zdjęciową i rysunkową oferowanego produktu (str. 56-66 oferty), a także deklaracje producenta (str. 67 oferty).

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował w dowołaniu następujące zarzuty:

1) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z Rozdz. III, pkt 1, 2, 4 SIWZ w zw. z Zał. nr 7 do SIWZ - Wymagania Taktyczno - Techniczne, pkt 2 (Konstrukcja) poprzez jego niezastosowanie i brak odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, mimo, iż nie odpowiadała:

a. treści SIWZ, a konkretnie wymogom taktyczno - technicznym co do konstrukcji (pkt 2 Zał. nr 7 do SIWZ - Wymagania Taktyczno - Techniczne) w zakresie:

i. Kształtu powierzchni wklęsło- wypukłych (zamiast wymaganych kwadratów o boku 75 mm w oferowanej przez Wykonawcę wybranego skrzyni są okręgi z wystającymi wypustkami o różnych kształtach);

ii. Jednolitej wysokości tych wypustków (wystąpień) (zamiast wymaganych 10 mm w oferowanej przez Wykonawcę wybranego skrzyni jest od 11 mm do 15 mm);

iii. Konieczności posiadania przez uchwyty do przenoszenia ograniczników odchylenia do poziomu oraz pokrycia ich miękką plastyczną gumą (uchwyty w skrzyni oferowanej przez Wykonawcę wybranego w ogóle takich ograniczników nie posiadają).

Zwłaszcza, iż wymogi te zostały jednoznacznie podtrzymane w odpowiedzi Zamawiającego na zapytanie w sprawie SIWZ - pytanie nr 2: „Czy_Zamawiający dopuszcza inne wymiary powierzchni wklęsło - wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SIWZ zał. nr 7)”. Odpowiedź Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. - *Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie. W sytuacji gdy treść SIWZ co do wymagań techniczno - taktycznych nie uległa zmianie.*

b. Oczekiwaniom Zamawiającego - nawet gdyby uznać, iż były odmienne niż literalnie sformułowane w treści SIWZ (dokonując rozszerzającej, funkcjonalnej wykładni SIWZ), Zamawiający dał się zwięźć finezyjnie sformułowanym pytaniom Wykonawcę wybranego i jeszcze bardziej finezyjnej interpretacji jego odpowiedzi i przez to wybrał ofertę dostarczenia skrzyń, która w ogóle nie odpowiada jego wymaganiom,

i. Co do możliwości bezpiecznego ustawienia skrzyń na stosie ze skrzyniami dotychczas stosowanymi (wymóg „kompatybilności”) - skrzynie Wykonawcę wybranego nie będą dały ustawić się bezpiecznie w stosie jedna na drugiej i to zarówno ze skrzyniami dotychczas stosowanymi (z powodu odmiennego kształtu i wysokości powierzchni wklęsło - wypukłych) jak i nawet z samymi skrzyniami oferowanymi przez

Wykonawcę wybranego (z powodu zróżnicowanej wysokości tych powierzchni - od 11 do 15 mm);

ii. Co do możliwości łatwego i bezproblemowego przenoszenia skrzyń w warunkach wojennych czy warunkach kataklizmu - skrzynie Wykonawcę wybranego nie zawierają uchwytów uchylnych, z ogranicznikiem ich odchyłu do poziomu oraz nie są pokryte miękką plastyczną gumą

2) Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający

- uczciwej konkurencji oraz
- równego traktowania Wykonawców
- równych szans i
- równego startu

poprzez doprowadzenie na etapie udzielenia odpowiedzi na zapytania do SIWZ przez

- swoje nielogiczne wyjaśnienia do SIWZ,
- wycofywanie się z wyjaśnień,
- używanie sformułowań dwuznacznych
- wewnętrzną sprzeczność w treści wyjaśnień

do tego, iż Odwołujący, stosownie do ostatniej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 25.08.2014 r. (gdzie jednoznacznie wskazano, że Zamawiający w zakresie wymiarów powierzchni wklęsło - wypukłych podtrzymuje wymagania SIWZ), kierując się zasadą zaufania do niego oraz chcąc, by jego oferta była zgodna z treścią SIWZ musiał zaoferować skrzynie odmienną niż konkurent (Wykonawcę wybranego), który nie zastosował się do treści tych wymagań, co spowodowało różnice w cenie zaproponowanych skrzyń. Zamawiający zaś dopuścił taką ofertę, niezgodną z wymaganiami SIWZ, mimo jednoznacznego swojego stanowiska, iż wymagania te podtrzymuje, a więc zaprzeczył sam sobie (zasada *non concedit venire contra factum proprium*). Dopuścił więc ofertę niespełniającą wszystkich wyraźnie zakreślonych i jednoznacznych wymagań taktyczno-technicznych i przez to tańsza, co dyskryminowało Skarżącego jako wykonawcę, który od początku miał zamiar zaoferować skrzynie, która bezspornie spełniała wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w Zał. nr 7 - wymagania taktyczno - techniczne i taka też skrzynie zaoferował.

3) Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób odbiegający od jakichkolwiek standardów; Zamawiający zachowywał się w sposób nieczytelny, niekonsekwentny, nielogiczny oraz wewnętrznie sprzeczny, bowiem:

- najpierw jednoznacznie sformułował wymagania taktyczno - techniczne co do konstrukcji dla obu skrzyń (A1 i C1),

- następnie udzielał wewnętrznie sprzecznych odpowiedzi co do tego, jakich skrzyń oczekuje, mówiąc o „kompatybilności”,
- by potem wycofać się ze swojego stanowiska w odpowiedzi z dnia 25.08.2014 r. na pytanie 2, gdzie powrócił do wymagań SIWZ,
- by wreszcie na etapie rozstrzygnięcia ofert:
 - uznać ofertę Wykonawcę wybranego w zakresie skrzyń C1 za zgodną z wymogami SIWZ
 - a ofertę w zakresie skrzyń A1 za niezgodną z wymogami SIWZ.

mimo, iż wymogi co do konstrukcji przewidziane przez SIWZ dla obu skrzyń były identyczne (skrzyż nie różniły się tylko wymiarami), a Wykonawcę wybranego w obu ofertach zaoferował skrzynie o identycznej konstrukcji, różniące się tylko wymiarami fi wymiary te były zgodne z SIWZ).

4) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty, która w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą, mając na uwadze kryteria oceny ofert określone w SIWZ; co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ doprowadziło do uznania oferty Wykonawcę wybranego za najkorzystniejszą, wyboru jej i niewybraniu oferty Odwołującego, która w rzeczywistości była najkorzystniejsza.

Odnosnie zarzutu pierwszego, tak w zakresie pierwszej, jak i drugiej części Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu.

W kwestii zarzutu pierwszego, części pierwszej.

Należy zauważyć, że utrwaloną w orzecznictwie zasadą jest, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W ocenie Izby, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Niewątpliwie bowiem w wyniku udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego w dniu 12 oraz 18.08.2014 r. została dopuszczony produkt równoważny, tzn. na pytanie wraz z załączonym opisem z dnia 25.07.2014 r.: „Czy Zamawiający dopuści produkt o niżej wskazanych parametrach ? (...)”, padła odpowiedź twierdząca: „Zamawiający zgadza się na zaproponowany opis (...)”. Powyższe także potwierdziła odpowiedź z 18.08.2014 r. stanowiąca uzupełnienie do odpowiedzi z dnia 12.08.2014 r. Przy czym, odpowiedź na pytanie 1 z 22.08.2014 r., w ocenie Izby, odmiennie od stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, odnosiła się nie tylko do zadania 1, które nie jest przedmiotem odwołania, ale również do zadania 2. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Odwołującego co do dwuznaczności tej odpowiedzi i jej niejednoznacznego charakteru. W tym zakresie, w ocenie Izby, Wykonawca miał prawo do wniesienia środka ochrony prawnej, w połączeniu nawet z zadaniem pytaniem. Przedmiotem odwołania jest bowiem

każda czynność i zaniechanie Zamawiającego, okoliczność braku modyfikacji postanowień SIWZ, nie stanowiła elementu, który wykluczał możliwość wniesienia odwołania. Odpowiedzi Zamawiającego udzielone w dniu 25.08.2014 r., a ściśle kluczowa odpowiedź na pytanie 2, w ocenie Izby, nadal jest niejednoznaczna w kontekście wszystkich wcześniejszych odpowiedzi Zamawiającego. Pytanie 2 - *Czy Zamawiający dopuszcza inne wymiary powierzchni wklęsło - wypukłych na wieku i spodzie skrzyni niż wskazane w SIWZ zał. nr 7)*”. Odpowiedź - *Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ w tym zakresie*. Izba nie może przychylić się do stanowiska Odwołującego, że w jej konsekwencji Zamawiający *de facto* przywrócił pierwotne postanowienia SIWZ i wcześniejsze odpowiedzi należy uznać, za niewiążące. Stanowisko Zamawiającego z rozprawy, że udzieloną odpowiedź należy odczytywać nie tylko w kontekście pierwotnych postanowień SIWZ, ale wcześniejszych odpowiedzi, jest do przyjęcia i nie można z góry jego wykluczyć. Przy czym, kluczowe jest, że charakter udzielonej odpowiedzi był tego rodzaju, że dalej budził wiele pytań, stąd w ocenie Izby, Odwołujący mógł ostatecznie na tym etapie wnieść odwołanie, aby sprowokować Zamawiającego do użycia jednoznacznych sformułowań i usunięcia dwuznaczności. Z tych względów Izba nie uznała niezgodności oferty z treścią SIWZ, a konkretnie wymogom taktyczno - technicznym co do konstrukcji (pkt 2 Zał. nr 7 do SIWZ - Wymagania Taktyczno - Techniczne) w zakresie:

- i. Kształtu powierzchni wklęsło-wypukłych (zamiast wymaganych kwadratów o boku 75 mm w oferowanej przez Wykonawcę wybranego skrzyni są okręgi z wystającymi wypustkami o różnych kształtach);
- ii. Jednolitej wysokości tych wypustków (wystąpień) (zamiast wymaganych 10 mm w oferowanej przez Wykonawcę wybranego skrzyni jest od 11 mm do 15 mm), albowiem Zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne, a dokładnie brak jest wystarczających podstaw w udzielonych odpowiedziach /są zbyt niejednoznaczne/, że ostatecznie cofnął zgodę z dnia 12 oraz 18.08.2014 r. na możliwość zaoferowanie odmiennych niż pierwotnie wymagań skrzyń typu C1.

Względem uchwytów, ma miejsce identyczna sytuacja, przy czym w tym wypadku, brak było jakichkolwiek odpowiedzi dotyczących tej kwestii – 25.08.2014 r., jak i pytań w tym zakresie. W rezultacie wobec zgody na „inne uchwyty” z 12 oraz 18.08.2014 r., jak i niejednoznacznej odpowiedzi z dnia 22.08.2014 r. brak jest podstaw do kwestionowania oferty Wykonawcy wybranego w tej materii. Odpowiedź z dnia 22.08.2014 r. w kontekście wcześniejszych odpowiedzi jest tak wieloznaczna, że przyjęcie za jedynie słuszną opinii Odwołującego byłoby niedopuszczalne i naruszałoby zasadę, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców. Powyższe potwierdza, także w ocenie Izby korespondencja między Zamawiającym (pismo z dnia 04.09.2014 r.), a Wykonawca wybranym (pismo z dnia 08.09.2014 r.). Z tych względów zarzut pierwszy,

w części pierwszej został oddalony.

W kwestii zarzutu pierwszego, części drugiej.

Wyrażona przez Zamawiającego zgoda z dnia 12, 18.08.2014 r. wskazywała, aby: „(...) skrzynia typu C1 będzie kompatybilna, tzn. będzie można ją ustawiać w stosie (jedna na drugiej) ze skrzyniami dotychczas kupowanymi przez (...)”. Inaczej mówiąc określała poziom równoważności, przy jednoczesnym dopuszczeniu zaproponowanego opisu technicznego. Odpowiedzi z dnia 25.08.2014 r. na pytanie 1 – uściślił niewątpliwie, że mają być to skrzynie o określonych pierwotnie wymiarach – tworzące równy krawędziowo blok transportowy. Zaś, na pytanie 3 – uściślił, że powierzchnie wklęsło – wypukłe na wierzchu i spodzie skrzyń ustawionych w stosie (jedna na drugiej) muszą się zazębiać. W rezultacie, Wykonawca był zobowiązany osiągnąć funkcjonalność kompatybilności ułożenia na stos (w 4 poziomach). Wykonawca wybrany przedstawił ofertę ze skrzyniami, które jak zadeklarował będą tą funkcjonalność spełniały, Zamawiający nie zastrzegł, że mają być to produkty gotowe na etapie składania ofert i nie mogą być produkty dedykowane dla Zamawiającego. Przy czym, Odwołujący nie udowodnił, że mamy do czynienia z produktem nie istniejącym, jedynie wykazał (poprzez złożoną dokumentację zdjęciową wraz odwołaniem), że nie jest to produkt standardowy. Należy zauważyć, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia jakichkolwiek dokumentów dodatkowy celem potwierdzenia opisu przedmiotu zamówienia, w tym zakresie jedynie istniał wymóg przedłożenia formularza ofertowego ze stosownym oświadczeniem, co Wykonawca wybrany uczynił. Izba także wskazuje, że w ramach oferty Wykonawca wybrany przedłożył także oświadczenie 25.08.2014 r., gdzie stwierdził, że przedmiot postępowania przetargowego jest zgodny z zapisami zawartymi w wymaganiach taktyczno-technicznych dla skrzyń do zestawów medycznych oraz z pozostałymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami ogłoszonymi przez Zamawiającego i umieszczonymi na jego stronie internetowej, czyli również w zakresie kompatybilności (str. 12 oferty) oraz załączył WTT (str. 13 oferty), jak i dokumentację zdjęciową i rysunkową oferowanego produktu (str. 56-66 oferty), a także deklarację producenta (str. 67 oferty) /w jej ramach niewątpliwie jest deklaracja producenta, co do rozmiarów skrzyń/. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zaoferowane skrzynie nie będą się zazębiać, czy też nie będą się dopasowywać z wierzchu i na spodzie, tudzież, że wypustki (tzn. powierzchnie wklęsło - wypukłe) będą się „wyrabiały”. Nie udowodnił także, że zmniejszać się będzie powierzchnia zazębienia, czy też skrzynie ustawione „na stos” będą stały krzywo, czy też „wisieć jedna na drugiej”. Odnośnie z kolei kwestii „innych uchwytów”, to również w tej materii Odwołujący nie udowodnił ich wad utrudniających użytkowanie w czasie działań zbrojnych lub klęsk żywiołowych. Przy czym, Izba ponawia, że tego typu skrzynie zostały dopuszczone wprost na mocy odpowiedzi z dnia 12 i 18.08.2014 r.,

a odpowiedzi z dnia 22.08.2014 r. są na tyle wieloznaczne, że nie mogą działać na szkodę Wykonawcy wybranego.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie złożył wniosku o powołanie dowodów z opinii biegłego, a dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym kopia oferty Wykonawcy wybranego potwierdzają zaoferowanie skrzyń równoważnych, które spełniają wymóg kompatybilności. Izba przypomina także, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czemu Odwołujący, zdaniem Izby, nie sprostał. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: *„w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”*. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, ocenie Izby, w analiza całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego daje podstawy do jego oddalenia. Przy czym, w ocenie Izby, zarzut jest spóźniony, gdyż dotyczy de facto udzielania niejednoznacznych odpowiedzi na zadawane pytania, taki zarzut winien zostać sformułowany na wcześniejszym etapie postępowania, nie zaś po wyborze oferty najkorzystniejszej. Argumentacja przedstawiona w ramach zarzutu nie zmieniła stanowiska, Izby w tym zakresie, tym bardziej, że zaoferowanie rozwiązania równoważnego (Odwołujący nie udowodnił, że jest inaczej) nie może stanowić naruszenia art. 7 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, ocenie Izby, powyższy zarzut jest *de facto* powtórzeniem poprzedniego zarzutu, z nieco odmiennym rozłożeniem akcentów, w rezultacie, także w tym wypadków należy uznać, że jest spóźniony. Względem braku konsekwencji Zamawiającego między zadaniem 1 i zadaniem 2, to wyjaśnienie tej kwestii znajduje się w protokole Komisji Przetargowej z dnia 11.09.2014 r. Izba zastrzega, że odwołanie nie dotyczy zadania 1, zaś samo odwołanie, jak i zarzut nie dotyczy braku upublicznienia pełnego uzasadnienia odrzucenia danego Wykonawcy w zadaniu 1. Z tej przyczyny, mimo naruszenia obowiązujących przepisów przez Zamawiającego w tym zakresie, Izba nie mogła powyższej kwestii uwzględnić. W konsekwencji, oddalając zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, wobec oddalenia wcześniejszych zarzutów, Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 i 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp za niepotwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....