

WYROK
z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: B.M. Sp. z o.o.(...), P.G.F. SA(...), O. Sp. z o.o.(...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej Celestynów, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S.B.N., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **S.B.N., (...)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej pod nazwą „Dostawa produktów leczniczych, wyrobów medycznych i zestawów medycznych” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 105209493.

Wartość zamówienia przekraczała kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Konsorcjum B.M. Sp. z o.o., P.G.F. SA i O. Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 października 2017 r. wniosło odwołanie od dokonanych w dniu 9 października 2017 r. (informacja o sprostowaniu z 10 października 2017r.) czynności Zamawiającego w zakresie pakietów nr 23, 24, 27 i 29 polegających na:

1. w zakresie pakietu nr 23, 24 i 29 dokonaniu wyboru oferty nr 11 złożonej w tym postępowaniu przez N. B.S.;
2. w zakresie pakietu nr 27 - dokonaniu wyboru oferty nr 10 złożonej w tym postępowaniu przez M. spółkę z o.o.
3. zaniechaniu odrzucenia ofert tych Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art.14 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty N. i M. mimo, iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a de facto nie stanowiła w ogóle oferty, albowiem nie określała istotnego elementu przyszłej umowy, tj. nie wskazuje towaru który N. oraz M. zamierza dostarczyć. Odwołujący wskazał, że wbrew wymaganiom Zamawiającego wynikającym z

Załącznika nr 5 do Formularza Ofertowego, kolumna nr 3 tabeli - oferta nie zawiera nazwy handlowej komponentów oferowanych przez N./M., rozumianej przez Zamawiającego jako: „pełna nazwa handlowa tożsama z nazwą widniejącą na fakturze VAT wystawionej przez Wykonawcę oraz faktyczną nazwą widniejącą na opakowaniu”, a zawiera jedynie nazwę gatunkową bez wskazania konkretnego modelu i numeru katalogowego, a zatem Wykonawcy ci na obecnym etapie oferują bliżej niesprecyzowany, niezdefiniowany produkt, pozbawiając Zamawiającego możliwości weryfikacji jego zdolności do właściwego zrealizowania zamówienia. Również z kart katalogowych, które to Wykonawcy ci złożyli na wezwanie Zamawiającego nie wynikają nazwy handlowe większości oferowanych produktów.

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z następującymi przepisami SIWZ: rozdział IV pkt 1, 2, 5, 6, rozdział VI pkt 1, załącznik 5 do SIWZ w zakresie kolumny nr 3 tabeli w jakim Zamawiający wymagał podania pełnej nazwy handlowej oferowanego produktu poprzez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert powyższych Wykonawców, mimo, iż treść ich ofert nie odpowiadała treści SIWZ, a nie zachodziła sytuacja, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powyżej powoływanymi przepisami SIWZ poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert powyższych Wykonawców, mimo, iż złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

4. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zignorowanie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a tym samym umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawców niezdolnym do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazując na powyższe zarzuty wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego, polegających na wyborze:
 - a) w zakresie pakietu nr 23, 24 i 29 oferty nr 11 złożonej przez N. B.S.;
 - b) w zakresie pakietu nr 27 oferty nr 10 złożonej przez M. spółkę z o.o.,

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty nr 11 N. B.S. oraz oferty nr 10 M. spółka z o.o. i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia powyższych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zamówienie obejmowało zawarcie umowy ramowej, z kilkoma wykonawcami na dostawę produktów leczniczych, wyrobów medycznych i zestawów medycznych. Przedmiot zamówienia podzielony był na 27 pakietów. Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 4 w wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający miał zawrzeć umowę ramową z Wykonawcami, których oferty spełniają warunki określone w SIWZ. Po podpisaniu umowy ramowej Zamawiający miał udzielać zamówień zwanych dalej umowami realizacyjnymi (zamówieniami) - rozdział IV pkt 5. Wykonawca zamówienia realizacyjnego miał zostać wyłoniony po przeprowadzeniu negocjacji, gdy umowa ramowa zostałaby podpisana z jednym Wykonawcą lub składania ofert, jeśli umowa ramowa zostałaby podpisana z dwoma lub więcej Wykonawcami (rozdział IV pkt 6 SIWZ). W rozdziale VI pkt 1 Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, tj. na jeden, dwa lub wszystkie pakiety. Częścią zamówienia był każdy pakiet. Zamawiający nie ograniczył ilości pakietów, na które Wykonawca mógł złożyć ofertę. Każdy pakiet (część) był oceniany odrębnie. Szczegółowy opis pakietów przedstawiał załącznik nr 5 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia/ Formularz cenowy oraz 5a-5j do SIWZ (Wymagania Techniczno-Taktyczne; dalej również „WTT”).

Odwołujący wskazał, że w przetargu złożono m. in. następujące oferty:

- ofertę nr 1 - Konsorcjum Firm B.M. spółka z o.o. jako lider oraz P.G.F. SA jako uczestnik oraz O. spółka zoo jako uczestnik;
- oferta nr 2 - M. spółka zoo z siedzibą w Z.;
- oferta nr 10 - M. spółka zoo z siedzibą w Ł.;
- oferta nr 11 - N. B.S. z siedzibą w P..

Przedmiotem odwołania są czynności Zamawiającego dokonane w zakresie pakietów nr 23, 24, 27, 29.

Odwołujący wskazał, że:

- w pakiecie nr 23 ofertę złożyły wyłącznie B.M. spółka z o.o. oraz N. B.S..

KIO 2193/17

- w pakiecie nr 24 ofertę złożyły wyłącznie B.M., M. spółka z o.o. oraz N. B.S.
- w pakiecie nr 27 ofertę złożyli wyłącznie P.G.F. SA oraz M. sp. z o.o.,
- w pakiecie nr 29 ofertę złożyli wyłącznie B.M.sp. z o.o. oraz M. sp. z o.o. oraz N. B.S..

W dniu 9 października 2017 r. Zamawiający ogłosił o rozstrzygnięciu przetargu. W pkt I Zamawiający stwierdził brak podstaw do wykluczenia któregośkolwiek z Wykonawców w zakresie przedmiotowych pakietów, w pkt II brak podstaw do wykluczenia którejkolwiek z ofert w zakresie przedmiotowych pakietów. W pkt III Zamawiający dokonał wyboru wszystkich złożonych ofert, a zatem w pakiecie nr 27 wybrał m. in. ofertę M. sp. z o.o. (oferta nr 10), zaś w pakiecie nr 23, 24 i 29 - ofertę N. B.S. (oferta nr 11). Odwołujący wyjaśnił, że informacja o wyborze ofert z dnia 9 października 2017 r. nie zawiera informacji o wyborze oferty nr 11 N. w pakiecie nr 29, ale był to wynik omyłki pisarskiej Zamawiającego, który to sprostował informacją z 10 października 2017 r.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, iż SIWZ stanowiła, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 przedmiotem zamówienia była dostawa produktów leczniczych, wyrobów medycznych i zestawów medycznych w podziale na 27 pakietów. Zgodnie z pkt 2 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowiły Załącznik nr 5 do SIWZ oraz Załącznik nr 5a- 5j do SIWZ (Wymagania Techniczno-Taktyczne). Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4 w wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający zawrze umowę ramową z wykonawcami, których oferty spełniają warunki określone w niniejszej SIWZ. Niniejsze postępowanie było zatem postępowaniem o umowę ramową zgodnie z art. 99, art. 10 ust. 1 Pzp. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 5 po podpisaniu umowy ramowej Zamawiający będzie udział zamówień zwanych dalej zamówieniami realizacyjnymi. Wykonawca zamówienia realizacyjnego zostanie wyłoniony po przeprowadzeniu negocjacji w przypadku, gdy umowa ramowa zostanie podpisana z jednym Wykonawcą lub składania ofert, jeżeli umowa ramowa zostanie podpisana z dwoma lub więcej Wykonawcami. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ (rozdział IV pkt 6).

KIO 2193/17

Załącznik nr 5 do SIWZ zatytułowany „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy” zawierał szczegółowy wymienienie zestawu asortymentu wchodzącego w skład poszczególnych pakietów.

Przykładowo w skład pakietu nr 23 wchodziły następujące produkty, które to zamawiający opisał w pozycji 2 tabeli tj. „opis przedmiotu zamówienia”:

- pojemnik na mocz, sterylny, 100-120 ml;
- pojemnik na mocz, niesterylny, 100-120 ml;
- rękawiczki nitrylowe jednorazowego użytku, rozmiar L. op. a' 100 sztuk;
- igły;
- venflon szary 16G;
- venflon zielony 18G;
- strzykawka 2 ml a'100 sztuk;
- strzykawka 5 ml a' 100 sztuk; - strzykawka 10 ml a' 100 sztuk;
- strzykawka 20 ml a' 100 sztuk;
- strzykawka 50 ml z drenem infuzyjnym dla pomp strzykawkowych dren (Luer Lock), dł. 150 cm
- przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych.

Zamawiający wymagał od oferentów podania w kolumnie trzeciej tabeli nazwy handlowej, którą to zdefiniował (na końcu tabeli, str. 71 SIWZ) jako „pełna nazwa handlowa tożsama z nazwą widniejącą na fakturze vat wystawionej przez wykonawcę oraz faktyczną nazwą widniejącą na opakowaniu”. A zatem Zamawiający wymagał podania nazwy handlowej każdego elementu wchodzącego w skład poszczególnych pakietów. Dodatkowo podkreślono, iż chodzi o „pełną” nazwę handlową. Wykonawca winien podać zatem co najmniej konkretny model oraz numer katalogowy.

Tymczasem analiza treści ofert złożonych przez N. oraz M. pokazuje, iż firmy te nie wskazały pełnych nazw handlowych każdego z oferowanych wyrobów. Ograniczyły się jedynie do podania ogólnej (gatunkowej) nazwy produktu, zresztą praktycznie tożsamej z tym, co Zamawiający zawarł w kolumnie 2 tabeli Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zarówno N. jak i M. wskazali w

ofercie produkty, których w jakkolwiek sposób nie sprecyzowali. Zamawiając wezwał ich do złożenia kart katalogowych, jednak również z tych kart nie wynika, jaka jest nazwa handlowa znacznej części z oferowanych przez N. i M. produktów. A zatem oferty są niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Wykonawcy nie sprecyzowali, jakie dokładnie produkty zaoferowali.

Odwołujący analizując kartę katalogową załączoną przez N. wskazał, że:

w pakiecie nr 24 - pozycja 1. Zamawiający wskazał w kolumnie drugiej tabeli (strona 54 SIWZ) „opatrunek hemostatyczny”. W kolumnie trzeciej (nazwa handlowa) Zamawiający wymaga od Wykonawcy skonkretyzowania oznaczenia produktu, który oferuje. Gdyby było inaczej, kolumna 3 tabeli byłaby po prostu zbędna. Tymczasem firma N. w karcie katalogowej, pod nazwą pakiet 24 pozycja 1 opisuje produkt „GAZA HEMOSTATYCZNA” - opatrunek hemostatyczny stosowany w tamowaniu zagrażających życiu krwotoków o średniej i dużej intensywności krwawienia, w szczególności z ran głębokich. A zatem N. po prostu przepisała nazwę produktów z kolumny 2 do kolumny 3 (zmieniając jedynie „opatrunek hemostatyczny” na „gazę hemostatyczną”). Gaza hemostatyczna to w żadnym wypadku nie jest nazwa handlowa, Firma N. podała jedynie nazwę producenta (H.Z.F.M.D. C. L.), ale nie podała nazwy handlowej.

To samo dotyczy kolejnych pozycji — w karcie katalogowej N.uwskazano:

- poz. 2 - opaska zaciskowa (staza taktyczna),
- poz. 3 - opatrunek indywidualny wodoszczelny,
- poz. 4 - opatrunek osobisty,
- poz. 5 - opatrunek hydrożelowy,
- poz. 6 - gaza wypełniająca zrolowana sterylne,
- poz. 7 - opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej.

To samo dotyczy pakietu nr 29 - opakowanie zestawu I.M. - także nie wskazano nazw konkretnych produktów, a jedynie ich nazwy gatunkowe (rodzajowe), tj. - opatrunek osobisty;

- gaza hemostatyczna,
- opaska zaciskowa (staza taktyczna),

KIO 2193/17

- opatrunek na rany penetracyjne klatki piersiowej,
- gaza wypełniająca zrotowana sterylna; plaster jedwabny,
- rurka nosowo-gardłowa sterylna –lubrykant,
- nożyczki ratownicze.

Identyczne zastrzeżenia należy odnieść do produktów zaoferowanych przez M. w pakiecie 27. Zamawiający opisał 17 produktów, które miały być zaoferowane wymagając podania nazw handlowych. W karcie katalogowej złożonej przez M. dla pakietu nr 27, dla pierwszych dziewięciu produktów (objętych pozycjami 1-9) podano nazwy handlowe, wskazując na konkretny wyrób. Jednak już dla pozycji 10 wskazano jedynie „gaza hemostatyczna”, dla poz. 11 „opaska zaciskowa” (staza taktyczna), dla pozycji miniaturowa pompka ssąca - aspirator jadu”, dla poz. 4 opatrunek indywidualny wodoszczelny, dla poz. 17 jedynie „wodoszczelne opakowanie indywidualnego zestawu profilaktycznego” również bez podania nazwy handlowej.

Zdaniem Odwołującego, logiczne jest, iż tam gdzie Zamawiający wskazuje opatrunek indywidualny (kolumna druga) to w kolumnie trzeciej (nazwa handlowa) wymaga od wykonawcy skonkretyzowania oznaczenia produktu, który oferuje. Gdyby było inaczej, kolumna 3 tabeli byłaby po prostu zbędna. Tymczasem firma N. po prostu przepisała nazwy produktów z kolumny 2 do kolumny 3. Takie postępowanie jest ewidentnie sprzeczne z logiką i oczekiwaniami Zamawiającego. Gdyby Zamawiający uznał, iż wystarczającej jest podanie przez wykonawcę ogólnej nazwy komponentu („opatrunek indywidualny, opatrunek hemostatyczny”), to w ogóle nie wymagałby od Wykonawcy wypełnienia kolumny 3 tabeli poprzez podawanie nazwy handlowej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w sposób jasny wyraził swoje oczekiwania, dodatkowo wyjaśniając, co rozumie przez nazwę handlową komponentu. Natomiast N. ani M. w załączniku do oferty - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - nie wskazała konkretnych nazw handlowych modeli oferowanych produktów. Nie wynika to także z kart katalogowych załączonych przez tych Wykonawców na wezwanie Zamawiającego.

Brak podania konkretnego modelu (opatrunku, stazy, gazy) czy numeru katalogowego uniemożliwia identyfikację produktu, co oznacza, że nie wiadomo, jaki produkt został zaoferowany.

Należy podnieść, iż przedmiotem zamówienia są materiały medyczne dla jednostek wojskowych, przeznaczone dla żołnierzy, stosowane na polu walki. W takich warunkach konieczne jest stosowanie wyrobów pewnych i sprawdzonych. Tymczasem N. i M. zaoferowali bliżej niesprecyzowane, nieznanne i niezwyfikowane produkty, o niesprawdzonym działaniu, nieznanego pochodzenia. Nie gwarantują one skuteczności i niezawodności, w szczególności w zakresie takich zastosowań jak np. tamowanie silnych krwotoków, zagrażających życiu, w szczególności z ran głębokich. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w takiej sytuacji winien wezwać wykonawcę chociażby do przedłożenia badań klinicznych z tłumaczeniem przysięgłym, potwierdzonych przez zewnętrzną jednostkę badawczą, w zakresie bezpieczeństwa stosowania, tj. brak efektów ubocznych, ograniczona reakcja egzotermiczna itp.

Wpływ takiego naruszenia na wynik zamówienia publicznego jest bardzo istotny. Na skutek podania jedynie ogólnych nazw (gatunkowych) produktów a nie pełnych nazw handlowych nie ma możliwości zweryfikowania w żaden sposób, jakie produkty oferuje Wykonawca. Brak jest również jakichkolwiek numerów katalogowych. Zamawiający nie ma żadnej możliwości zweryfikowania, czy parametry oferowanych wyrobów są zgodne z SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający na etapie wyboru oferty tego Wykonawcy nie wie, jakie produkty kupić i jakie otrzyma.

Zdaniem Odwołującego, istnieje zatem uzasadniona wątpliwość co do faktycznej możliwości zrealizowania zamówienia przez N. i M..

Odwołujący wskazał ponadto, iż tak sformułowana oferta N. i M. - w zakresie wskazanych wyżej wyrobów, w istocie nie stanowi w ogóle oferty. Wyjaśnił, że ustawa Pzp nie ustaliła definicji własnej pojęcia "oferta", w związku z czym z mocy jej art. 14 Pzp zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy.

Bez wątplenia w przypadku umowy dostawy istotnymi postanowieniami są cena oraz towar. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga konkretnego wskazania

towaru poprzez podanie nie tylko jego ogólnej gatunkowej nazwy, takiej jak „opatrunek osobisty”, ale właśnie przez podanie pełnej nazwy handlowej. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego oświadczenie woli Wykonawcy N. / M. nie jest zatem ofertą, gdyż nie konkretyzuje w wystarczającym stopniu towaru mającego być przedmiotem umowy. Takie oświadczenie jest dla Zamawiającego w zasadzie bezwartościowe.

Zindywidualizowany przedmiot dostawy stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wskazania nazwy i modelu zaoferowanego urządzenia, uniemożliwia weryfikację oferty, co do zgodności z SIWZ, a nadto daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy, jeśli zważyć na fakt, iż oferta jest integralną częścią umowy.

Bez znaczenia dla weryfikacji oferty pozostaje tutaj możliwość polegania na samym oświadczeniu Wykonawcy, który to w WTT potwierdza spełnienia wymagań „wartości wymaganych” w kolumnie wartość oferowana (TAK), skoro nie podał (i nie ma możliwości weryfikacji), jaki produkt oferuje.

Również ewentualne wyjaśnienia treści oferty są w tej sytuacji niedopuszczalne, albowiem prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej oferty oznaczałyby konkretyzację wskazania oferowanego urządzenia, a zatem czynność, którą wykonawca powinien dokonać już na etapie konstruowania złożonej oferty.

Odwołujący stwierdził ponadto, że złożenie takiej oferty jak N.u i M.u stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a dokonanie wyboru takiej oferty stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której jeden wykonawca na etapie składania oferty musi dokładnie sprecyzować produkty, które oferuje (przez podanie ich nazw handlowych, co wpływa na inne parametry oferty, w tym cenę), a drugi może przestać jedynie na podaniu ogólnych nazw gatunkowych (rodzajowych).

Dodatkowo podkreślił, że choć celem prowadzonego postępowania było zawarcie jedynie umowy ramowej to w żadnym wypadku nie usprawiedliwia to faktu wyboru ofert Wykonawców, których to oferta ewidentnie nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w żadnym wypadku zasadna ewentualna argumentacja, iż weryfikacja

zaoferowanych produktów może odbyć się już na etapie udzielania zamówień realizacyjnych.

Zgodnie z art. 99 Pzp, Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednie przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z art. 100 ust. 1 umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym, że względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy. Zgodnie z ust. 4 Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji. Definicję umowy ramowej zawiera art. 2 pkt 9a) Pzp, należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba przewidywanych ilości.

Niemniej mimo ramowego charakteru umowy należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w SIWZ bardzo dokładnie opisał jej przedmiot, tj. jakiego przedmiotu oczekuje od Wykonawców. Załącznik nr 5a zawiera tzw. wymagania techniczno-taktyczne, zawierające bardzo precyzyjne informacje o szczegółowych parametrach, właściwościach i innych wymaganiach stawianych dostarczonym produktom. Zamawiający również wskazał, iż treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Kompleksowa analiza brzmienia Specyfikacji jak również załączników do niej nie pozostawia wątpliwości, iż intencją Zamawiającego było to, aby Wykonawcy od samego początku zaoferowali produkt zgodny ze Specyfikacją, spełniający wszystkie wymagania techniczno-taktyczne.

W przypadku postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej, procedura wyboru wykonawców, z jakimi zostaną zawarte umowy ramowe, nie odbiega w sposób zasadniczy od zwykłego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w jednym z trzech trybów wskazanych w art. 99 Pzp. Różnica sprowadza się do wyniku postępowania, w którym nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, a jedynie ustalenia warunków realizacji przyszłych zamówień, jakie zostaną udzielone w odrębnej procedurze. Skoro zatem w umowie ramowej, zgodnie z art. 2 pkt 9a Pzp, ustala się warunki dotyczące zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w dalszym okresie (w szczególności ceny i w razie potrzeby przewidywane ilości), konieczne jest uprzednie stwierdzenie, czy

wykonawca, z którym taka umowa miałyby być zawarta, jest zdolny do wykonania przedmiotu umowy wykonawczej. W tym celu w ramach spornego postępowania przetargowego Zamawiający w SIWZ określił jednoznaczne warunki podmiotowe i przedmiotowe, których spełnienie warunkowało wybór ofert wykonawców. Z powyższych warunków wywiązał się wyłącznie Odwołujący, co powinno skutkować wyborem wyłącznie jego oferty.

Zatem oferty Wykonawców winny zostać odrzucone jako niespełniające wymogów SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem całości odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – N. B.S., uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się z kolei do prawidłowości zgłoszonego przystąpienia przez M. sp. z o.o. Izba ustaliła w trakcie posiedzenia i ostatecznie w trakcie rozprawy, że w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum składające się z wykonawców P.G.F. SA, B.M. sp. z o.o. i O. sp. z o.o. złożyło oferty na pakiety 23, 24 i 29. Konsorcjum to

oprócz odwołania na czynności Zamawiającego dokonane w powyższych pakietach, wniosło odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 27, na którą ofertę złożył samodzielnie wykonawca P.G.F. SA (uczestnik konsorcjum). W związku z powyższym, Izba uznała, że nie zachodzi tożsamość pomiędzy Konsorcjum a P.G.F. w zakresie pakietu 27. Tym samym stwierdzić należało, że w zakresie pakietu nr 27 odwołanie nie zostało wniesione skutecznie, ponieważ brak było legitymacji do wniesienia odwołania przez Konsorcjum w postępowaniu, w którym ofertę złożył samodzielnie jeden z jego uczestników. Odwołanie w tym zakresie mogła wnieść tylko P.G.F. SA, która samodzielnego odwołania w tym zakresie nie wniosła. Nie jest dopuszczalna, aby wykonawca – członek konsorcjum kwestionował w ramach odwołania całego konsorcjum wybór oferty którą złożył samodzielnie jeden z jego uczestników. W związku z tym zachodziła przesłanka do odrzucenia odwołania w powyższym zakresie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże Izba uznała, że obecne uregulowania ustawy Pzp nie dają jednoznacznej możliwości częściowego odrzucenia odwołania biorąc pod uwagę brak legitymacji konsorcjum do podnoszenia zarzutów w tym zakresie, postanowiła uznać zarzuty odnoszące się do pakietu 27 jako niezasadne oddalając je bez ich merytorycznego rozpoznania.

Zauważyć należy także, iż oprócz P.G.F. SA, ofertę w pakiecie 27 złożyła także M. sp. z o.o., który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania i następnie wniósł sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania w tym zakresie.

Niewątpliwym jest, że wykonawca M. słusznie zakwestionował możliwość rozpoznawania przez Izbę zarzutu zawartego w odwołaniu Konsorcjum w zakresie pakietu nr 27. Jednak z przyczyn formalnych takie odwołanie należało uznać za podlegające odrzuceniu w zakresie dotyczącym P.G.F. SA na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Tym samym Izba uznaje przystąpienie do tego postępowania za nieskuteczne, co tym samym skutkowało niemożliwością zgłoszenia sprzeciwu i zasądzenia na rzecz wnoszącego sprzeciw kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Powyższa kwestia winna była doprowadzić do niedopuszczenia przystępującego do postępowania już na etapie posiedzenia przed KIO. Jednakże sprawa ta została wykazana niewątpliwie dopiero na etapie rozprawy, to tym samym kwestia ta została przez Izba rozstrzygnięta dopiero na etapie wyrokowania.

Odnosząc się następnie do wniosku Przystępującego odnośnie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, z uwagi na okoliczność, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Izba uznała powyższy wniosek za bezpodstawny.

Wskazać należy, że w trakcie postępowania Zamawiający nie zakwestionował skuteczności doręczenia mu kopii odwołania, a co więcej w ocenie Izby Zamawiający uwzględniając w dniu 6 listopada 2017 r. odwołanie w całości, potwierdził, iż otrzymał kopię odwołania.

Również nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, z uwagi na fakt, iż na pełnomocnictwie z dnia 7 października 2017 r. brak było wskazania wszystkich trzech konsorcjantów. Odwołujący na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nadesłał kopię pełnomocnictwa z dnia 19 października 2017 r. udzielonego przez Polską Grupę Farmaceutyczną S.A. (uczestnika konsorcjum) dla B.M. sp. z o.o., w którym zostali wskazani wszyscy konsorcjanci. Powyższe braki zostały uzupełnione w terminie wskazanym przez Prezesa KIO, a oryginały dokumentów niezwłocznie przekazano do Izby. W związku z powyższym brak było również podstaw do zwrotu odwołania w oparciu o przepis art. 187 ust. 4 Pzp, o co wnioskował na posiedzeniu Przystępujący.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania i jego zasadniczego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy N. B.S. z tego względu, iż treść oferty złożona przez tego wykonawcę była niezgodna z wymogami SIWZ, to Izba uznała, że zarzut braku wskazania przez ww. wykonawcę „pełnej nazwy handlowej tożsamej z nazwą widniejącą na fakturze VAT wystawionej przez Wykonawcę oraz faktyczną nazwą widniejącą na opakowaniu” nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt

2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący zarzucał, że oferta firmy N. jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem wbrew wymaganiom Zamawiającego wynikającego z Załącznika nr 5 do Formularza Ofertowego, kolumna nr 3 tabeli – oferta nie zawierała nazwy handlowej komponentów oferowanych przez ww. wykonawcę, a jedynie nazwę gatunkową bez wskazania konkretnego modelu i numeru katalogowego. Zdaniem Odwołującego również z kart katalogowych, które wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego nie wynikały nazwy handlowe większości oferowanych produktów.

W tym miejscu wskazać należy, że wykonawca N. w trakcie postępowania, na wezwanie Zamawiającego przedłożył karty katalogowe m.in. następujących produktów:

- nazwa: „GAZA HEMOSTATYCZNA”, producent „H.Z.F.M.D. C.L.”;
- nazwa: „OPASKA ZACISKOWA (STAZA TAKTYCZNA)”, producent „T.J.I.A.E.C.L.”;
- nazwa: „OPATRUNEK INDYWIDUALNY WODOSZCZELNY”, producent: „A.Y.M.P.C.L.”, Numer kat: 001;
- nazwa: „OPATRUNEK OSOBISTY”, producent: „A.Y.M.P.C.L.”;
- nazwa: „OPATRUNEK HYDROŻELOWY”, producent: „K.”,

KIO 2193/17

- nazwa: „GAZA WYPEŁNIAJĄCA ZROLOWANA STERYLNA”, producent: „T.X.M.M. C. L.”,
- nazwa: „OPATRUNEK NA RANY PENETRACYJNE KLATKI PIERSIOWEJ”, producent: „J. N.M. C. L.”;
- nazwa: „*Miniaturowa pompka ssąca - ASPIRATOR JADU*”, producent: „A.”;
- nazwa: „PLASTER JEDWABNY” , producent: „J. N.M. C. L.”;
- nazwa: „RURKA NOSOW-GARDŁOWA STERYLNA + LUBRYKANT”, producent rurki: H. F. M. D. C. L., producent lubrykantu: O. M. S.;
- nazwa: „NOŻYCHY RATOWNICZE”, producent: „T.J.I.A.E.C.L.”

Zdaniem Odwołującego takie opisanie, przez wykonawcę N., w kartach katalogowych oferowanych produktów było niewłaściwe, bowiem wykonawca ten nie podał nazw handlowej, tylko ich nazwy gatunkowe. Zdaniem Izby, powyższe stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe. Nie sposób bowiem zakwestionować, iż karty katalogowe złożone przez wykonawcę N. nie stanowią rzeczywistych i prawdziwych nazw handlowych oferowanych produktów przez wskazanych w nich producentów. Co istotne, Odwołujący nie wykazał, nie udowodnił, że wskazywane przez Przystępującego oznaczenia nazw handlowych nie są pełnymi nazwami handlowymi stosowanymi przez konkretnego producenta. Podkreślić należy, że Odwołujący miał wiedzę odnośniętego, kto jest producentem każdej rzeczy zakwestionowanych przez niego pozycjach, w związku z czym mógł ustalić, czy oznaczenia przedstawione przez powyższego wykonawcę faktycznie stanowiły, bądź nie stanowiły nazw handlowych. Odwołujący nie przedstawił jednak kart katalogowych tych konkretnych, wskazanym przez Przystępującego produktów wymienionego w karcie producenta, z których wynikałaby inna nazwa niż wskazana przez wykonawcę N.. Tym samym Odwołujący nie złożył skutecznego dowodu, który podważyłby powyższe ustalenie. Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zebrany materiał dowodowy uznała, że Odwołujący zobowiązany do udowodnienia stawianych zarzutów na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.), nie wykazał nie spełniania przez N. warunku wskazania w załączniku nr 5 do SIWZ nazwy handlowej.

Wskazać ponadto należy, że z przedłożonego na rozprawie dowodu, tj. oświadczenia firmy N. z dnia 2 listopada 2017 r. wynikało, że „B.S. prowadząca

działalność gospodarczą pod firmą: S.B.N. działająca jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w ww. postępowaniu oświadczyła, że wszystkie podane w kolumnie nr 3 (Nazwa handlowa) Załącznika nr 5 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz cenowy złożony w ofercie Wykonawcy na pakiety nr 23, 24, 29) oznaczenia stanowią pełne nazwy handlowe zaoferowanych przez Wykonawcę produktów”.

Zdaniem Izby powyższe ustalenia nie dają więc podstaw do stwierdzenia, że oferta firmy B.S. N., była niezgodna z SIWZ, co z kolei obligowałoby Zamawiającego do odrzucenia powyższej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła również naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wynikającej w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stawiając warunki udziału w postępowaniu nie różnicował wykonawców, a od wszystkich wykonawców wymagał złożenia wraz z ofertą takich samych dokumentów.

Izba za nieuzasadniony uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Niewątpliwym jest, iż jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej jednak należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *„Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

Odwołujący powyższym obowiązkom nie sprostał. Uzasadniając podniesiony zarzut wskazał jedynie, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a dokonanie wyboru takiej oferty stanowi naruszenie równego traktowania wykonawców. Takie zaś stwierdzenie, zdaniem Izby, nie wypełnia obowiązku uzasadnienia i udowodnienia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

KIO 2193/17

Mając na względzie powyższe, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 1 ustawy Pzp Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący: