

WYROK

z dnia 11 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez **Konkret D.F. M.M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki w Poznaniu**, przy udziale wykonawcy **Ronomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Konkret D.F. M.M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt: KIO 1045/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Wojewódzki w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa wyposażenia Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego z Oddziałem Leczenia Uzależnień przy Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu wraz z wyposażeniem (7 zadań częściowych)” (znak postępowania SZW/SZP/22/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 040-086919.

W dniu 28 maja 2018 r. Konkret D.F. M.M. spółka jawna z siedzibą w Chełmnie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, w ramach części nr 2 - dostawa łóżek pacjenta wraz z szafkami przyłóżkowymi. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez akceptację zaproponowanego przez Ronomed sp. z o.o. sp.k. rozwiązania równoważnego oraz brak odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy zamawiający nie dopuścił w przedmiotowej sytuacji składania ofert równoważnych, a treść oferty Ronomed sp. z o.o. sp.k. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarazem nie podlega poprawieniu;
2. ewentualnie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez akceptację zaproponowanego przez Ronomed sp. z o.o. sp.k. rozwiązania równoważnego oraz brak odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy proponowane rozwiązanie nie ma charakteru równoważnego, a treść oferty Ronomed sp. z o.o. sp.k. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarazem nie podlega poprawieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w ramach części nr 2 postępowania oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie tej części,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w zakresie części nr 2 postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności zamawiającego spowodowałoby, iż jego oferta byłaby najkorzystniejsza w ramach części nr 2 postępowania.

Grożąca Odwołującemu szkoda to utracone korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, którego nie uzyskałby, gdyby w obrocie pozostały wadliwe czynności zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie Ronomed w sposób nieuprawniony powołał się na rozwiązania równoważne opisanym przez zamawiającego, a zamawiający takie działanie Ronomed zaakceptował. W ramach części nr 2 zamówienia - dostawa łóżek pacjenta wraz z szafkami przyłóżkowymi - zamawiający przewidział w pozycji nr 5 wymóg dostarczenia 143 szt. szafek przyłóżkowych.

W pkt 7 opisu przedmiotu zamówienia szafek przyłóżkowych zamawiający postawił poniższe wymaganie: Błat szafki oraz błat półki bocznej wykonany z płyty laminowanej, zakończony tworzywową oblamówką, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Błat półki bocznej wyposażony w tworzywowe ranty zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów.

W zakresie spornego materiału blatu półki bocznej jeden z wykonawców zadał pytanie o poniższej treści: „Czy Zamawiający dopuści błat szafki wykonany z wyprofilowanego beżowego tworzywa ABS, z uniesionymi i zaokrąglonymi bokami, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Błat półki bocznej wykonany z płyty HPL wyposażony w aluminiowe relingi zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów?”

Zamawiający wyraził zgodę na proponowaną zmianę. Tym samym zamawiający wymagał co do materiału, z którego został wykonany błat półki bocznej, by była to płyta laminowana lub płyta HPL.

Ronomed zaoferował zaś: „Błat szafki oraz błat półki bocznej wykonany z tworzywa ABS - parametr równoważny, zakończony tworzywową oblamówką, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Błat półki bocznej wyposażony w tworzywowe ranty zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów”.

W ten sposób Ronomed twierdzi, że:

- 1) możliwe jest zaproponowanie rozwiązań równoważnych w stosunku do wymaganego materiału, z którego miał zostać wykonany błat półki bocznej szafki,
- 2) błat półki bocznej wykonany z tworzywa ABS jest równoważny blatowi wykonanemu z płyty laminowanej.

Już to pierwsze twierdzenie jest błędne.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub równoważny”.

Zgodnie z art. 30 ust. 4 prawa zamówień publicznych: „Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy lub równoważne.”

Przepisy te wyraźnie określają sytuacje, w których zamawiający powinien dopuścić rozwiązania równoważne. W niniejszym postępowaniu zamawiający dopuścił takie rozwiązania za pomocą jednej formuły, która jednak odnosi się do tych samych sytuacji, co wskazane w ustawie. Zgodnie z pkt 3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli w treści dokumentacji przetargowej w opisie przedmiotu zamówienia użyto zapisów wskazujących na znaki towarowe, patenty, normy, ocen i specyfikacji technicznych, systemów referencji technicznych lub pochodzenie produktu, źródło lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, to należy je traktować wyłącznie jako przykładowe, w takim przypadku Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Przez ofertę równoważną należy rozumieć taką ofertę, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o co najmniej takich samych lub lepszych parametrach, jakie zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych np. innym znakiem towarowym, patentem, normą lub pochodzeniem. Ofertą równoważną są produkty lub rozwiązania, które odpowiadają lub przewyższają pod względem jakości i funkcjonalności produkty lub rozwiązania wskazane przez zamawiającego w SIWZ oraz ich nie obniżają. Na Wykonawcy składającym ofertę równoważną spoczywa obowiązek udowodnienia równoważność oferowanych produktów lub rozwiązań.

Jednocześnie w opisie każdej z części zamówienia w pkt 3.2. specyfikacji zamawiający wskazał pogrubioną czcionką: „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert równoważnych”. Tym samym zamawiający nie dopuścił szerszego stosowania rozwiązań równoważnych niż wyraźnie określono w pkt 3.3. specyfikacji.

Aby w ogóle możliwe było zaproponowanie rozwiązania równoważnego konieczne jest więc wystąpienie sytuacji, w której w opisie przedmiotu zamówienia wskazano na jedną z poniższych;

- a) znaki towarowe,
- b) patenty,
- c) normy,
- d) oceny i specyfikacje techniczne,
- e) systemy referencji technicznych,
- f) pochodzenie produktu,
- g) źródło lub szczególny proces charakteryzujący produkt.

Jednak żadna z tych sytuacji nie zachodzi w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie szafek przyłóżkowych.

Znaki towarowe, patenty i normy ewidentnie nie zostały wykorzystane przy opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wykorzystał również w opisie przedmiotu zamówienia europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych określonych w art. 30 ust. 4 prawa zamówień publicznych.

Przepis ten wprost odwołuje się do treści wcześniejszych ustępów art. 30, które wskazują na:

- a) Polskie Normy przenoszące normy europejskie,
- b) normy innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
- c) europejskie oceny techniczne, rozumiane jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG {Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.),
- d) wspólne specyfikacje techniczne, rozumiane jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r, w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję

Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12),

- e) normy międzynarodowe,
- f) specyfikacje techniczne, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- g) inne systemy referencji technicznych ustanowione przez europejskie organizacje normalizacyjne,
- h) Polskie Normy,
- i) polskie aprobaty techniczne;
- j) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;
- k) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1570).

Wszystkie te standardy odniesienia są niezależna od zamawiającego czy wykonawców i mają charakter harmonizujący. Zamawiający nie wskazał na żadne z nich przy opisie przedmiotu zamówienia na szafki przyłóżkowe.

Zamawiający nie odniósł się w opisie przedmiotu zamówienia także do pochodzenia produktu, czy źródła lub szczególnego procesu charakteryzującego produkt. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 806/16) wyjaśniono, iż „użyte w art. 29 ust. 3 pojęcie pochodzenia nie dotyczy pochodzenia od danego producenta, tylko kraju lub regionu pochodzenia, a więc jest oznaczeniem geograficznym, o którym mowa w art. 174 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1410)\".

Nie doszło również do opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie „szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę\". Ani płyta laminowana, ani płyta HPL nie powstają w wyniku „szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę\". Są to szeroko stosowane procesy wytwórcze, których wykorzystanie nie jest wyłączone np. patentami podmiotów trzecich.

Zgodnie z wyjaśnieniami Ronomed z 14 maja 2018 r. „zamawiający używając stwierdzenia blaty wykonane z płyty laminowanej opisał specyfikację techniczną jako szczególny proces charakteryzujący metodę wykonania blatów. Płyty laminowane są produktem wykonanym na bazie trójwarstwowej płyty wiórowej lub płyty MDF pokrytej

jednostronnie lub dwustronnie papierami nasyconymi żywicami termoutwardzanymi, co nadaje im ostateczne wykończenie płaszczyzn nie wymagających dla dalszej obróbki. Proces laminowania polega na zaprasowaniu filmu dekoracyjnego na płytę, przy jednoczesnym nadaniu struktury". Powyższe miałyby stanowić uzasadnienie dla zastosowania rozwiązania równoważnego. Pomimo pięknego opisu procesu powstawania płyty laminowanej nie da się ukryć, że podobnie można opisać każdy proces technologiczny w wytwórstwie. Czy to będzie stal nierdzewna, tworzywo ABS, płyta laminowana, pianka poliuretanowa czy lateks syntetyczny każdy materiał powstaje w wyniku jakiegoś procesu. Prawodawca, zarówno europejski jak i polski, wymaga dopuszczenia rozwiązań równoważnych jedynie w przypadku takiego procesu, który, po pierwsze, jest szczególnie, po drugie, charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Zamawiający w niniejszym postępowaniu skopiował te określenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wskazania okoliczności uprawniających wykonawców do zaoferowania produktów równoważnych. Tych wymogów proces powstawania płyty laminowanej nie spełnia. Płyty laminowane i płyty HPL to standardowo stosowane materiały w meblarstwie. Weźmy dla przykładu szafkę Handy produkcji Proma Reha s.r.o. dystrybuowaną przez Ronomed (warto w tym miejscu wskazać, iż w niniejszym postępowaniu Ronomed zaoferował zamawiającemu dostawę sprzętów właśnie tego producenta). Na stronie internetowej Ronomed widnieje następująca gama szafek przyłóżkowych typu NS: <https://www.ronomed.com/pl/pl/p/5zafki-przylozkowe-typu-NS/1199>.

Wydruk powyższej strony został załączony do odwołania jako dowód na okoliczność wykorzystywania kwestionowanych materiałów przy produkcji szafek przez wielu producentów, w tym przez producenta szafek, którego wyrób zaoferował w niniejszym postępowaniu Ronomed oraz na okoliczność możliwości dostosowania oferty do indywidualnych wymagań zamawiającego. W opisie szafki Handy wskazano: „Materiał konstrukcji: płyta laminowana, materiał blatu bocznego: HPL”.

Powyższe jasno prezentuje, iż wymagany materiał jest standardowy, a jego dostępność nie jest ograniczona procesem wytwórczym charakterystycznym dla konkretnego wykonawcy.

Co więcej, art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych zezwala na wykorzystanie w opisie przedmiotu zamówienia wskazania konkretnego znaku towarowego, pochodzenia itd. jedynie w sytuacji, kiedy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia właśnie przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń takich jak „blat szafki oraz blat półki bocznej wykonany z płyty laminowanej” - nie skorzystał z żadnej metody opisu przedmiotu zamówienia, która wiązałaby się z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych.

Jak potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1115/13): „Opis przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń powoduje, że nie istnieje cel równoważenia opisu przedmiotu zamówienia, tj. przywrócenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” oraz „to wola ustawodawcy przesądziła o tym, w jakiej sytuacji dopuszczenie ofert równoważnych jest celowe i konieczne. Brak zaistnienia okoliczności nakazujących dopuszczenie składania ofert równoważnych oznacza jednocześnie ich niedopuszczalność w każdym innym przypadku”.

Ten sam pogląd wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1823/11): „Jeżeli zamawiający sprecyzował specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego potrzebom bez odwoływania się przy opisie przedmiotu zamówienia do wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, nie zachodziła konieczność dopuszczenia rozwiązań równoważnych dla konkretnej kamery wskazanej przez użycie znaku towarowego, czy odniesienie do patentu lub pochodzenia, co obligowałoby jednocześnie zamawiającego do określenia granicznych parametrów pozwalających na dokonanie oceny, czy inny typ zaoferowanej kamery może być uznany za równoważny”.

Podsumowując, w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu nie zaszła żadna przesłanka stwarzająca możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych przez zamawiającego. Ronomed nie miał więc prawa zastosować innego materiału blatu bocznego szafki przyłóżkowej.

Warto też zwrócić uwagę, iż Ronomed zdawał sobie sprawę, iż proponowane przez niego rozwiązanie jest niezgodne z wymogami zamawiającego, i to właśnie dlatego podjął próbę wykazywania jego równoważności.

Oferta Ronomed w zakresie zaoferowanego materiału blatu bocznego szafki przyłóżkowej jest wprost niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

Oferta w tym zakresie nie podlega poprawieniu - Ronomed świadomie zaoferował rozwiązania odmienne od wymaganego, stąd nie może stanowić ono omyłki podlegającej poprawie. Ponadto zamawiający nie wiedziałby czy poprawić ofertę Ronomed przez zmianę materiału blatu na płytę laminowaną czy płytę HPL.

Ronomed, co wynika z wyjaśnień wykonawcy z 14 maja 2018 r. postrzega opis przedmiotu zamówienia szafek przyłóżkowych jako niekonkurencyjny, co nie znajduje potwierdzenia w opisie zmodyfikowanym przez pozytywne wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego.

Po wyjaśnieniach z 4 kwietnia 2018 r. zamawiający uwzględnił rozwiązania proponowane w 15 z 20 pytań dotyczących szafek przyłóżkowych.

Pytania dotyczące szafek zadawane były w pięciu miejscach udzielonych wyjaśnień, co sugeruje, że były one składane przez pięciu wykonawców. Zamawiający po wyjaśnieniach z 4 kwietnia 2018 r. udzielił pozytywnych odpowiedzi na wszystkie pytania trzem z tych pięciu wykonawców.

Co ważne, tylko w dwóch pytaniach prośba o modyfikację dotyczyła materiału, z którego wykonany miał być blat szafki oraz blat boczny. Widać więc, że nie była to dla wykonawców istotna przeszkoda w złożeniu oferty w postępowaniu. Na jedno z tych dwóch pytań zamawiający udzielił pozytywnej odpowiedzi (drugie zadał, jak wynika z udzielonych wyjaśnień, Ronomed).

Mając na uwadze powyższe dane trudno uznać, zdaniem Odwołującego, by płyta laminowana, według Ronomed stanowiąca „szczególny proces charakteryzujący metodę wykonania blatów” jak określa to ustawa oraz jak wymagał zamawiający dopuszczając równoważność charakteryzowała produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

Przede wszystkim jednak art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych nie uprawnia wykonawców do proponowania zamawiającym rozwiązań innych niż wymagane z uwagi na utrudnienie uczciwej konkurencji wynikające ze sposobu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.

Potwierdza to m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 806/16): „Okoliczność, czy cechy i funkcje, którymi zamawiający opisał przedmiot zamówienia będzie w stanie spełnić produkt tylko jednego producenta, nie zmienia sposobu opisu przedmiotu zamówienia, jakim zamawiający posłużył się w SIWZ. Nie oznacza, że zamawiający odstąpił od sposobu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), ani że opisał przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Argumentacja, że zbiór cech i funkcji jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia może ewentualnie zawężyć konkurencję do produktów jednego producenta mogła być podnoszona najpóźniej na etapie konstruowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 181 Prawa zamówień publicznych stanowiąc ewentualnie podstawę formułowania zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Natomiast na etapie badania ofert ocenie Izby może podlegać jedynie czynność zamawiającego polegająca na porównaniu treści oferty z treścią SIWZ, w takim brzmieniu, w jakim stała się ostateczna i wiążąca nie tylko dla zamawiającego ale i wszystkich wykonawców”.

W wyroku tym zwrócono uwagę na dwie ważne rzeczy. Po pierwsze, opis przedmiotu zamówienia odnoszący się do wymagań materiałowych, funkcjonalnych, wymaganych parametrów sprzętu jest czym innym niż opis odnoszący się do nazwy konkretnego

rozwiązania czy przywołania konkretnego standardu odniesienia. Tylko w tym drugim przypadku możliwe jest zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

Po drugie, właściwym sposobem postępowania, w przypadku niekonkurencyjnego opisu przedmiotu zamówienia jest jego zaskarżenie i poddanie ocenie Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca, który nie skorzystał ze swojego uprawnienia nie może następnie podważać go na etapie składania ofert twierdząc, że jest niekonkurencyjny, co jakoby daje mu prawo oferowania innych rozwiązań, nazwanych przez niego równoważnymi.

Tę drugą tezę potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 890/16): „Wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani „poprawiać” specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli uważają, że powinna ona brzmieć inaczej. Naczelną zasadą jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach - opisanych właśnie specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W przeciwnym wypadku - gdyby wykonawcy mogli sami zmieniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia - naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców”.

Rozumowanie Ronomed prowadzi wprost do wniosku, że każdy wykonawca którego propozycje modyfikacji specyfikacji zostały wprost odrzucone może następnie proponować je w ofercie jako rozwiązania równoważne.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt braku zgody zamawiającego na zaoferowanie szafki z oboma blatami wykonanymi z tworzywa ABS.

W wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2018 r. zamawiający na pytanie Ronomed „Czy Zamawiający w pkt. 7 dopuści blat szafki oraz blat półki bocznej wykonany z płyty tworzywowej ABS z zaokrąglonymi krawędziami zabezpieczającymi przedmioty przed upadkiem?” odpowiedział „Zgodnie z SIWZ”.

Tym samym zamawiający wprost wskazał, iż nie akceptuje takiego rozwiązania.

Wobec powyższego niezrozumiała jest dla Odwołującego decyzja Zamawiającego akceptująca rozwiązanie zaoferowane przez Ronomed. Zamawiający dopuszczając na etapie badania ofert rozwiązanie odrzucone na etapie przed terminem składania ofert narusza nie tylko swoje własne wymagania wyrażone w opisie przedmiotu zamówienia i wyjaśnieniach do niego, ale również zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji łamiąc zaufanie wykonawców co do złożonego w trakcie postępowania oświadczenia o nieakceptowaniu wykonania obu blatów szafki z tworzywa ABS.

Na wypadek nieuwzględnienia wcześniejszych argumentów przez Izbę Odwołujący podniósł, iż zaoferowane blaty ABS nie są równoważne w stosunku do blatów wykonanych z płyty laminowanej.

Zamawiający posłużył się ogólną formułą, iż: „Przez ofertę równoważną należy rozumieć taką ofertę, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o co najmniej takich samych lub lepszych parametrach, jakie zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych np. innym znakiem towarowym, patentem, normą lub pochodzeniem. Ofertą równoważną są produkty lub rozwiązania, które odpowiadają lub przewyższają pod względem jakości i funkcjonalności produkty lub rozwiązania wskazane przez zamawiającego w SIWZ oraz ich nie obniżają. Na Wykonawcy składającym ofertę równoważną spoczywa obowiązek udowodnienia. Jednocześnie jednak w pkt 7 opisu przedmiotu zamówienia szafka przyłóżkowej wskazał swoje wymagania co do blatów: „odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV”.

W złożonej przez Ronomed „tabeli równoważności” oświadczono m.in., że tworzywo ABS jest odporne na promieniowanie UV, co jest niezgodne z prawdą. Wszelki ogólnodostępne charakterystyki tworzywa ABS wskazują, że nie jest to materiał odporny na promieniowanie UV. Wydruki poniższych materiałów zostały załączone do odwołania jako dowód na okoliczność braku odporności tworzywa ABS na promieniowanie UV.

Poczynając od Wikipedii [[https://pl.wikipedia.org/wiki/ABS_\(tworzywo\)](https://pl.wikipedia.org/wiki/ABS_(tworzywo))]: „Brak odporności na działanie światła i promieniowania UV” poprzez strony produktowe producentów tego tworzywa [<http://plastpro.pl/oferta/tworzywo-abs>] „nie jest niestety odporny na działanie promieniowania UV” kończąc na naukowych badaniach rozmiaru tej wrażliwości. W artykule „Wpływ promieniowania UV na właściwości wybranych materiałów polimerowych stosowanych w budownictwie” autorstwa R. Gnatowskiej oraz A. Gnatowskiego opublikowanym w Zeszytach Naukowych Politechniki Rzeszowskiej Nr 283 Budownictwo I Inżynieria Środowiska zeszyt 59 (2/2012/II) tom I stwierdzono m.in.: „W przypadku ABS promieniowanie UV powoduje znaczne zmniejszenie wartości udarności”. „Charakter zmian wartości współrzędnych a i b badanych materiałów po procesie starzenia wskazuje na istotny wpływ promieniowania UV. Starzenie promieniowaniem UV akrylonitryl-butadienstyrenu spowodowało wzrost nasycenia odcieniem żółtym.” „Próbki badanych materiałów po procesie starzenia odznaczały się mniejszą udarnością, wytrzymałością na rozciąganie, połyskiem, większą chłonnością wody i inną barwą.”

Powyższe jasno wskazuje, iż tworzywo ABS nie jest odporne na promieniowanie UV, czego wprost wymagał zamawiający. Ronomed nie wykazał więc równoważności tworzywa ABS w stosunku do płyty laminowanej. Zgodnie zaś z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 651/10): „Wykonawca, powołując się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, ma obowiązek wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Przepisy ustawy nie przewidują w takiej sytuacji obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oferty o oświadczenia lub dokumenty, którymi może dysponować wykonawca

lub, które może dopiero uzyskać". Wykazanie powinno nastąpić wraz ze składaniem oferty, a więc nie jest już możliwa jego zmiana lub dodanie nowych argumentów przemawiających za równoważnością odmiennego rozwiązania Ronomed.

Ronomed dystrybuje produkowane przez Proma Reha s.r.o. szafki przyłóżkowe wykonane z płyty laminowanej, w tym szafkę Handy posiadającą blat boczny HPL - który to materiał został dopuszczony jako materiał blatu bocznego przez zamawiającego. Ronomed miał więc możliwość zaoferowania szafki wykonanej z materiałów wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Ronomed szeroko propaguje możliwość dostosowania oferowanych mebli i sprzętu do indywidualnych wymagań. Czyni to zarówno na stronie produktowej szafek przyłóżkowych typu NS (załączonej jako dowód) wskazując „parametry wyrobu mogą być zmienione przez producenta z uwagi na rozwój techniczny wyrobu, a także w celu spełnienia indywidualnych wymagań użytkowników” oraz w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Podobnie wykazywał jako odwołujący w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oznaczonym sygnaturę KIO 1276/16: „Na potwierdzenie spełniania wszystkich parametrów Odwołujący złożył w załączeniu do odwołania oświadczenie producenta. Zamawiający odrzucając ofertę powołał się na stronę internetową producenta, które to informacje, co jak zostało już wskazane w treści wyjaśnień, nie stanowią oferty handlowej. W treści złożonej oferty, w załączniku nr 10, Odwołujący jednoznacznie wskazał jakie parametry posiada oferowany produkt oraz potwierdził to za pomocą kart katalogowych. Odwołujący wyjaśnił, że jest autoryzowanym przedstawicielem producenta P. na terenie Polski, upoważnionym do składania oświadczeń co do paramentów technicznych oferowanego produktu. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Bezzasadność działań Zamawiającego wynika z faktu posiadania wiedzy wynikającej z treści oferty, załącznika nr 10, kart katalogowych zawierających opis oferowanych paramentów, jak również oświadczeń producenta. Ponadto, w ulotkach pdf na stronie internetowej producenta znajduje się adnotacja w języku czeskim i angielskim, że parametry techniczne mogą różnić się od podanych w zależności od konfiguracji łóżka”.

Reasumując, oparta na wadliwych podstawach - ocenie oferty Ronomed sp. z o.o, sp.k., choć podlega ona odrzuceniu - czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie może się ostać. Zasadne jest żądanie odwołania, by Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru, a w następstwie dokonanych ustaleń faktycznych, również nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty Ronomed sp. z o.o. sp.k.

W dniu 29 maja 2018 r. wykonawca Ronomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie po

stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

W dniu 30 maja wykonawca TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie Izby, a skład orzekający pogląd ten podziela, że okoliczność, iż cena oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie może stanowić o braku interesu we wniesieniu odwołania. Po pierwsze, należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zawsze może zwiększyć kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Po drugie, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Ronomed spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą we Wrocławiu (dalej:

Przystępujący) przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Izba stwierdziła, że nie zostało ono dokonane skutecznie z następujących powodów. Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z powyższego przepisu wynika, że w celu skutecznego zgłoszenia przystąpienia należy dochować 3 dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłoszenie musi zostać doręczone w tym terminie Prezesowi KIO, kopia tego zgłoszenia musi zostać doręczona odwołującemu i zamawiającemu, a także w zgłoszeniu należy wskazać stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Niewypełnienie powyższych przesłanek oznacza, że przystąpienie zostało zgłoszone w sposób wadliwy i jako takie nie może zostać uznane za skuteczne. Wykonawca TRONUS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokonując zgłoszenia przystąpienia nie wskazał strony, do której przystępuje, ani interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Powyższe jest brakiem formalnym zgłoszonego przystąpienia, które nie podlega uzupełnieniu. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania uregulowanej w treści art. 187 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści dokumentacji postępowania w treści OPZ „Szafka przyłóżkowa 143 szt.” w pkt 7 Zamawiający wskazał: „Błat szafki oraz blat półki bocznej wykonany z płyty laminowanej, zakończony tworzywową oblamówką, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Błat półki bocznej wyposażony w tworzywowe ranty zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów.”

Natomiast w pkt 3.3. SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Jeżeli w treści dokumentacji przetargowej w opisie przedmiotu zamówienia użyto zapisów wskazujących na znaki towarowe, patenty, normy, ocen i specyfikacji technicznych, systemów referencji technicznych lub pochodzenie produktu, źródło lub szczególnego

procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, to należy je traktować wyłącznie jako przykładowe, w takim przypadku Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Przez ofertę równoważną należy rozumieć taką ofertę, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o co najmniej takich samych lub lepszych parametrach, jakie zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych np. innym znakiem towarowym, patentem, normą lub pochodzeniem, Ofertą równoważną są produkty lub rozwiązania, które odpowiadają lub przewyższają pod względem jakości i funkcjonalności produkty lub rozwiązania wskazane przez zamawiającego w SI WZ oraz ich nie obniżają. Na Wykonawcy składającym ofertę równoważną spoczywa obowiązek udowodnienia równoważność oferowanych produktów lub rozwiązań.” Zamawiający zastrzegł, że powyższe postanowienie dotyczy wszystkich części postępowania.

Pismem z dnia 29 marca 2019 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na następujące pytania zadane przez wykonawców:

„Czy Zamawiający w pkt. 7 dopuści blat szafki oraz blat półki bocznej wykonany z płyty tworzywowej ABS z zaokrąglonymi krawędziami zabezpieczającymi przedmioty przed upadkiem? Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.”

oraz:

„Czy Zamawiający dopuści blat szafki wykonany z beżowego tworzywa ABS, z uniesionymi i zaokrąglonymi bokami, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Blat półki bocznej wykonany z płyty HPL wyposażony w aluminiowe relingi zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów?

Odpowiedź: zgodnie z SIWZ.”

Następnie pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r., Zamawiający zmodyfikował odpowiedź na pytanie: „Czy Zamawiający dopuści blat szafki wykonany z beżowego tworzywa ABS, z uniesionymi i zaokrąglonymi bokami, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Blat półki bocznej wykonany z płyty HPL wyposażony w aluminiowe relingi zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów?”, w następujący sposób: „Zamawiający dopuszcza proponowane rozwiązanie”.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

Zgodnie z treścią art. 30 ust. 4 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i

systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. W ocenie składu orzekającego powyższy przepis ustawy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w jego treści obowiązkiem zamawiającego jest dopuścić możliwość oferowania rozwiązań równoważnych do opisanych. Jednakże z przepisu tego nie sposób wywieść zakazu dopuszczenia takiej możliwości w sytuacji, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w inny sposób. W ocenie składu orzekającego zamawiający zawsze, w przypadkach innych niż wskazane w treści omawianego przepisu, ma prawo dopuścić możliwość oferowania rozwiązań równoważnych opisywanym.

Mając na uwadze treść postanowienia 3.3 SIWZ, Izba doszła do przekonania, że rzeczywiście Zamawiający dopuścił możliwość składania rozwiązań równoważnych tylko w sytuacji powołania się w OPZ na patenty, normy, pochodzenie, znak towarowy oceny i specyfikacje techniczne, systemy referencyjne techniczne lub pochodzenie produktu źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę. Zatem, aby uznać że zaoferowana przez Przystępującego szafka w której oba blaty zostały wykonane z materiału ABS, jest rozwiązaniem równoważnym opisywanemu, tj. płycie laminowanej, należało wykazać, że wskazując w OPZ na ten materiał, Zamawiający powołał się na patenty, normy, pochodzenie, znak towarowy oceny i specyfikacje techniczne, systemy referencyjne techniczne lub pochodzenie produktu źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje lub usługi dostarczone. Nie zostało to jednak wykazane ani przez Zamawiającego ani przez Przystępującego.

Powyższe nie ma w ocenie składu orzekającego znaczenia dla przedmiotowej sprawy, w szczególności nie może przesądzać o odrzuceniu oferty Przystępującego. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie o to „czy zamawiający dopuści blat szafki wykonany z wyprofilowanego beżowego tworzywa ABS z uniesionymi i zaokrąglonymi bokami, odporny na wilgoć, dezynfekcję oraz promieniowanie UV. Blat półki bocznej wykonany w płycie HPL wyposażony w aluminiowe relingi zabezpieczające min. dwie krawędzie przed zsuwaniem się przedmiotów”, wyjaśnił, że „dopuszcza proponowane rozwiązanie”. Powyższe było modyfikacją odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 29 marca 2018 r., w treści którego Zamawiający, w odpowiedzi na ww. pytanie, pierwotnie wyjaśnił „zgodnie z SIWZ”. Ponadto w piśmie z dnia 29 marca 2018 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie „Czy zamawiający w pkt 7 dopuści blat szafki oraz blat półki bocznej wykonany z płyty tworzywowej ABS z zaokrąglonymi krawędziami zabezpieczającymi przedmioty przed upadkiem?” Zamawiający odpowiedział „Zgodnie z SIWZ”. W ocenie Odwoływającego powyższe należy rozumieć w ten

sposób, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił możliwość zaoferowania szafki z blatem półki bocznej wykonanym z płyty laminowanej albo z tworzywa HPL i tym samym nie dopuścił możliwości zaoferowania szafki z blatem bocznym wykonanym z ABS.

W ocenie składu orzekającego z zaprezentowanym przez Odwołującego stanowiskiem nie sposób się zgodzić z następujących powodów. Przede wszystkim, w ślad za ustalonym orzecznictwem Izby, przypomnieć należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania postanowień w niej umieszczonych. Zgodnie z treścią art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie SIWZ jest wobec tego czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Powyższe odnosi się również do dokonywanej przez Zamawiającego w toku postępowania modyfikacji SIWZ, o jakiej mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a także do wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego w wyniku odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania do treści SIWZ.

W ocenie składu orzekającego przywołana wyżej odpowiedź na pytanie, zmodyfikowana w dniu 4 kwietnia 2018 r. jest właśnie takim wyjaśnieniem i doprecyzowaniem treści SIWZ, które stało się wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skład orzekający doszedł przy tym do przekonania, że okoliczność, iż Zamawiający dopuścił blat szafki z ABS należy traktować jako dopuszczenie możliwości zaoferowania blatów szafki wykonanych z tego materiału, natomiast rozróżnienie na blaty (tj. blat szafki i blat boczny szafki) ma charakter wtórny. Za takim rozumieniem przemawia również fakt, że zgodnie z pierwotnymi postanowieniami OPZ oba blaty miały być wykonane z jednego materiału, zatem jeśli Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania szafki, w której wykonano blaty z dwóch różnych materiałów, to tym bardziej uznać należy, że dopuszczona jest możliwość zaoferowania szafki, w której oba blaty zostały wykonane z tego samego materiału.

Odnosząc się natomiast do argumentu o braku odporności materiału ABS na promieniowanie UV, wskazać należy, że opisując przedmiot zamówienia i wskazując, że materiał z którego mają być wykonane blaty, tj. płyta laminowana, ma być odporny na

promieniowanie UV, Zamawiający nie doprecyzował tego parametru, tj. nie wskazał dokładnie jak dużej odporności wymaga. Natomiast jak okazało się w trakcie rozprawy, płyta laminowana pierwotnie wskazana przez Zamawiającego w treści OPZ, może być w różnym stopniu odporna na to promieniowanie, w zależności od technologii użytej to jej wytworzenia. W ocenie składu orzekającego, wobec tego należy przyjąć interpretację korzystną dla wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i dopuścić każde rozwiązanie cechujące się choć minimalną odpornością na promieniowanie UV. W przedmiotowej sprawie jest to jednak kwestia drugorzędna, ponieważ – jak już wskazano wcześniej – Zamawiający wprost dopuścił możliwość zaoferowania szafki, której blat jest wykonany materiału ABS.

Odnosząc się natomiast od złożonego w sprawie dowodu, tj. opinii w sprawie zgodności parametrów technicznych sprzętu podanych w SIWZ z parametrami technicznymi oferty złożonej przez Ronomed z dnia 12.04.2018 roku, sporządzonej przez Janusza Ostrowskiego dyplomowanego rzeczoznawcę, Izba wskazuje że dowód ten pozostaje bez większego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Autor opinii koncentruje się na wykazaniu, iż parametr ABS jest równoważny w stosunku do płyty laminowanej, o której pierwotnie była mowa w treści OPZ, jednak jak już wskazano wcześniej, wobec dopuszczenia przez Zamawiającego wprost możliwości oferowania szafek, których blaty zostały wykonane z tego materiału, kwestia równoważności jest bez znaczenia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: