

**WYROK**  
**z dnia 8 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                   **Emil Kawa**

**Protokolant:**                       **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez Odwołującego – Maimed Polska Sp. z o.o., ul. Nakielska 35, 42-600 Tarnowskie Góry, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa,

przy udziale wykonawcy - Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Maimed Polska Sp. z o.o., z Tarnowskich Gór, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Maimed Polska Sp. z o.o., z Tarnowskich Gór, tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący: .....

## **UZASADNIENIE**

Wojskowy Instytut Medyczny 04-141 Warszawa ul. Szaserów 128, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów włókienniczych, opatrunków, bielizny szpitalnej, odzieży medycznej i produktów z tworzyw sztucznych (w tym do użytku szpitalnego i na salach operacyjnych) oraz artykułów higienicznych i innych wyrobów medycznych - Sprawa Nr: 10/ZP/13- 9/Apteka/2013 ogłoszona w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2013/S 046-073976 z dnia 6.03.2013r.

Pismem z dnia 17 lipca 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców w tym również wykonawcę Maimed Polska Sp. z o.o., ul. Nakielska 35, 42-600 Tarnowskie Góry, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,. W odrzuceniu wskazał, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w brzmieniu ustalonym w wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 28 marca 2013 roku - pismo L.dz. 402/AZ/2013.

Od takiego stanowiska zamawiającego, odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- *art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada siwz, o ile nie zawiera ona omyłek niepowodujących istotnych zmian w jej treści, które winien poprawić Zamawiający, gdy tymczasem oferta Odwołującego odpowiada jej treści w pełni, a przedstawione wraz z nią próbki sterylnych serwet gazowych z pozycji nr 8 o symbolu „48537” i z pozycji nr 9 o symbolu „48538” posiadają brzegi bezpiecznie podwinięte do środka i nie zawierają luźnych nitki, co jednocześnie spełnia wymóg sprecyzowany w udzielonej przez Zamawiającego pismem z dnia 28 marca 2013 roku (l.dz. 402/AZ/2013) odpowiedzi na pytanie numer 5,*

a ponadto, że naruszył on:

- *art. 26 ust. 3 ustawy, który zobowiązuje Zamawiającego do wezwania oferentów celem złożenia wymaganych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, co Odwołującemu uniemożliwił anulując pismem z dnia 5 lipca 2013 roku (l.dz. 830/AZ/2013) swoje wezwanie w tym zakresie.*

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał iż oferowane serwety posiadają wszystkie wymagane przepisami prawa pozwolenia i dopuszczenia do obrotu. Ponadto te oferowane w tym postępowaniu serwety były już w oparciu o wcześniejsze postępowania dostarczane zamawiającemu i nie było w tym zakresie żadnych negatywnych uwag, a wręcz za wykonanie poprzednich zamówień, zamawiający wydał mu pozytywne referencje, z których

wynika, prawidłowość wykonania tych zamówień. Podnosi, iż zamawiającemu zostały zaoferowane obecnie jak i poprzednio takie same serwety, a więc były to serwety, które nie posiadały luźnych nitek, brzeg który nie był wykańczany fabrycznie, był podwinięty i spełniał wszystkie wymogi bezpieczeństwa.

Odnosząc się do odrzucenia oferty stwierdził, że jego zdaniem na odrzucenie jego oferty miała wpływ tylko i wyłącznie interpretacja odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego pismem z dnia 28 marca 2013 roku (l.dz. 402/AZ/2013), na pytanie nr 5, w której użył on sformułowania: „(...) *aby oferowany towar (wyrób) posiadał brzegi bezpiecznie podwinięte do środka, bez luźnych nitek*”, którą nieprawidłowo zamawiający odniósł do przedstawionych przez odwołującego próbek. Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez niego próbki posiadają brzegi podwinięte do środka w miejscach cięcia materiału w toku produkcji. Żaden zaś z brzegów tych serwet się nie strzępi i nie posiada luźnych nitek, co w ocenie odwołującego jest kluczowe dla bezpieczeństwa operowanego. Poza tym przedmiotowe serwety są zabezpieczone chipami lub nićmi radiologicznymi ułatwiającymi ich lokalizację w obszarze operowanym. Są one więc w pełni bezpieczne, a co za tym idzie z powodzeniem wykorzystywane w operacjach przeprowadzanych w innych szpitalach.

Nadto dodał, że podwijanie do środka brzegów oryginalnie zabezpieczonych przed strzępieniem się stanowiłoby wyraz nieekonomiczności produkcji i nie jest powszechnie stosowaną praktyką w produkcji materiałów opatrunkowych. Nie znany odwołującemu jest powód, aby brzegi te narażać na kolejną ingerencję związaną z ich podwijaniem, co mogłoby wpłynąć negatywnie na jakość końcową wyrobu.

Tym samym w ocenie Odwołującego, istotą rzeczonej serwety nie jest sam fakt podwinięcia jej brzegów, lecz to, że nie posiadają one żadnych luźnych nitek, a sam wyrób jest odpowiednio chłonny, co usprawnia prowadzenie operacji, czyniąc ją jedynie bezpieczną i prawidłowo wykonywaną.

Ponadto stwierdził iż według jego oceny przytoczona wyżej odpowiedź zamawiającego na pytanie sformułowane następująco: „Czy Zamawiający wymaga zaoferowania (...) serwet z brzegami bezpiecznie podwiniętymi do środka i bez luźnych nitek?”, nie daje jednoznacznej odpowiedzi, czy wymaga on wszystkich brzegów serwety podwiniętych do środka, tylko dla zasady, czy zaś wymaga, aby brzegi, których wykończenie mogłoby wpłynąć ujemnie na bezpieczeństwo operacji - czyli brzegi cięcia surowca, gazy - były podwinięte do środka w taki sposób, aby to bezpieczeństwo zapewnić. W ocenie odwołującego, sformułowanie zacytowanej wyżej odpowiedzi zamawiającego i użycie w niej słów „bezpiecznie” i „bez luźnych nitek” sugeruje raczej bezpieczeństwo samej operacji i operowanego, któremu mogłoby zagrozić strzępiące się nitki gazy z takiej serwety.

Stwierdził również - w zakresie zarzutu drugiego, że zamawiający nie dał możliwości odwołującemu poprzez wezwanie go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do odniesienia co do

zarzutów stawianych próbkom towarów o nie spełnianiu wymogu właściwego wykończenia brzegów serwety. Wskazał, że zamawiający w dniu 4 lipca 2013 roku wezwał odwołującego pismem z 4 lipca 2013 roku, l.dz. 795/AZ/2013) do uzupełnienia oferty w zakresie złożonych próbek, lecz następnie pismem z dnia 5 lipca 2013 roku (l.dz. 830/AZ/2013) anulował to wezwanie. Anulując to wezwanie zamawiający uniemożliwił odwołującemu przedstawienie takich próbek ponownie i złożenie stosownych wyjaśnień, które mogłyby wyjaśnić powstałe po stronie zamawiającego wątpliwości co do tego, czy faktycznie spełniają one wymogi SIWZ, a tym samym pokazałoby, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 do oferty Odwołującego było błędne. Stwierdził, że zamawiający anulując powyższe wezwanie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy nie dochowując wymogów w tym zakresie, a tym anulowaniem wezwania przekroczył przepisy ustawy Pzp w tym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie podniósł, że odwołanie wniesione przez odwołującego wykonawcę od wskazanej w nim czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu winno być oparte na konkretnej podstawie, a nie na dowolnej ocenie stanu faktycznego i prawnego dot. prowadzonego postępowania. Stwierdził, że zarzuty odwołującego przedstawione w wniesionym odwołaniu nie znajdują potwierdzenia (oparcia) w okolicznościach przedmiotowej sprawy oraz w ich obiektywnej analizie i ocenie. Zarzut odwołującego dotyczący rzekomego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest oparty na błędnym zinterpretowaniu treści SIWZ. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający wymagał „aby oferowany towar (wyrób posiadał brzegi bezpiecznie podwinięte do środka. bez luźnych nitki”, co oznacza, że wszystkie cztery brzegi winny być podwinięte do środka. Tak postawiony warunek miał na celu aby przez podwinięcie do środka wszystkich brzegów serwet i ich przeszycie na bokach zabezpieczało brzegi przed strzępieniem się i wysnuwaniem się nitki, a tym samym zapewniało bezpieczeństwo użytkowania. Natomiast zaoferowane przez odwołującego serwety posiadały jedynie trzy brzegi podwinięte do środka, a w złożonej - na potwierdzenie że oferowany produkt odpowiada wymaganiom jakościowym określonym przez zamawiającego - próbce widoczne były wystające pojedyncze luźne nitki. W tym stanie faktycznym, zdaniem zamawiającego nie było żadnych wątpliwości, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do ponownego złożenia próbek, stwierdził iż zamawiający może korygować swoje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w tym przypadku po wysłaniu pisma – wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbek, anulował to wezwanie uznając iż wezwanie to w okolicznościach sprawy było niezasadne.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca - Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że odwołujący zaoferował wyrób nie spełniający wymogu brzegów bezpiecznie podwiniętych do środka. Wynikło to zarówno z próbek złożonych przez odwołującego, jak również z treści samego odwołania, gdzie odwołujący stwierdził że oferowane przez niego serwety „*posiadają brzegi podwinięte do środka w miejscach cięcia materiału w toku produkcji, a poza tym jeden brzeg oryginalnego składania i jeden fabrycznego, bezpiecznego wykończenia materiałowego surowca*”. Z powyższego twierdzenia wynika, że oferowane serwety mają brzegi podwinięte do środka tylko w miejscach cięcia materiału w toku produkcji, a w pozostałych miejscach brzegi nie są podwinięte. Oznacza to, że serwety zaoferowane przez odwołującego w pakiecie X w pozycjach 8 i 9 nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia gdyż nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny – wysokość zaoferowanej ceny.

Również przystępujący do postępowania wykonawca Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., ul. Żółkiewskiego 20/26, 87-100 Toruń, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, wykazał interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest kwestia, czy przy tak opisanym przedmiocie zamówienia odwołujący miał możliwość zaoferowania serwet posiadających trzy brzegi podwinięte do środka, natomiast odnośnie czwartego brzegu - czy mógł być tylko w sposób fabryczny zabezpieczony przed wysuwaniem się luźnych nitek.

Przedstawiony przez strony stan faktyczny sprawy podany w pismach procesowych i

opisany w odwołaniu Izba uznała za pełny i wystarczający do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Na wstępie rozpatrywania zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ należy wskazać, że w zakresie wymagań dot. serwet istotne znaczenie dla oceny zasadności zarzutu ma odpowiedź zamawiającego z dnia 28 marca 2013 roku, na pytanie wykonawcy ( pyt. nr 5)- „*Czy zamawiający wymaga zaoferowania (...) serwet z brzegami bezpiecznie podwiniętymi do środka i bez luźnych nitek?*”. Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi iż – „*zamawiający wymaga, aby oferowany towar(wyrób) posiadał brzegi bezpiecznie podwinięte do środka, bez luźnych nitek*”. Zdaniem Izby, poddając wykładni językowej zarówno treść pytania jak i odpowiedź zamawiającego można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że zamawiający wymagał, aby brzegi serwet były **podwinięte** do środka i nie było luźnych nitek. Stanowisko odwołującego iż poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił ile brzegów serwet ma być podwinięte do środka nie znajduje żadnego uzasadnienia, gdyż mowa jest o serwecie i jej brzegach bez określenia ich ilości, a więc wymóg w tym zakresie dotyczył wszystkich brzegów.

Poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że odwołujący zaoferował serwety tylko z trzema podwiniętymi brzegami. Na rozprawie odwołujący stwierdził, że „*zaoferowane zostały serwety, gdzie trzy brzegi są podwinięte do środka, natomiast czwarty brzeg jest w sposób fabryczny zabezpieczony przed wysuwaniem się luźnych nitek*”. Tym samym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakwestionowanym przez zamawiającego elemencie jest niewątpliwa. Fakt ten uzasadniał odrzucenie oferty odwołującego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazać należy, że przedłożone wraz z oferta serwety należy traktować jako próbki oferowanych towarów, składanych w tym postępowaniu na potwierdzenie iż jakość oferowanych serwet jest zgodna z wymogami zamawiającego. Możliwość żądania przez zamawiającego złożenia przez wykonawcę próbek oferowanych towarów wynika z § 6 ust.1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Niewątpliwe jest, że załączane do oferty próbki winny być traktowane jako dokumenty przedmiotowe o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust 3 pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i

dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

. Powyższe zobowiązanie dla zamawiającego, odnosi się także do próbek, przy czym nie istotne jest użycie literalnie słowa: „próbki”, czy też innego określenia gdyż konieczne jest każdorazowe ustalenie celu jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny bowiem będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Wskazać należy, że wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do złożenia lub uzupełnienia złożonych dokumentów o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp nie może prowadzić do zmiany oferty o której mowa w art. 87 ust.1 zd. 2 ustawy Pzp, zależność w tym zakresie ww. przepisów wydaje się niewątpliwa.

Zaznaczyć należy, że wykonawca składając swoją ofertę dokonuje jej wyartykułowania w świetle wymagań SIWZ, Takie wyartykułowanie winno nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Tak złożoną ofertę wykonawca na wezwanie zamawiającego może uzupełnić, ale to uzupełnienie nie może dokonywać jej zmiany. Inne podejście wypaczałoby mechanizm konkurencji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przyjmując, że *próbka* jest również dokumentem przedmiotowym, to należy stwierdzić, że dokument przedmiotowy pokazuje zgodność oferowanego przedmiotu z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie, a więc służy do zaprezentowania treści oferty. Tym samym oferta powinna wskazywać zaoferowany przedmiot, a pokazywać go będzie złożona próbka- czyli nasz dokument przedmiotowy. Dla sprecyzowania zaoferowanego przedmiotu zamówienia, potrzebne były w tym postępowaniu dwie informacje- jedna stanowiąca oświadczenie woli, a druga wskazująca desygnat tego oświadczenia czyli próbki serwet, które miały wskazywać na spełnianie przez nie określonych w SIWZ wymagań jakościowych. Dlatego też samą próbkę czyli te serwety można by uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ale oświadczenia już nie. W tym postępowaniu odwołujący oświadczył, że zaoferował serwety tylko z podwiniętymi trzema bokami i w takiej sytuacji umożliwienie wykonawcy złożenia w trybie art. 26 ust.3 Pzp nowych serwet z podwiniętymi czterema bokami należy uznać za niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby to zmianę treści złożonej oferty. Takie stanowisko Izby wynika również z oświadczenia odwołującego, który na rozprawie stwierdził, że *„odwołujący jest producentem tego typu asortymentu środków medycznych i gdyby było wyraźne żądanie zamawiającego, iż oczekiwał aby wszystkie cztery brzożki serwety były podwinięte, to nie było by żadnych problemów, aby odwołujący taką serwetę wykonał i przedstawił odwołującemu”*. Czyli

niewątpliwe jest, że odwołujący dopiero na etapie realizacji wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp złożyłby serwety z czterema podwiniętymi brzegami, a więc inne od tych zaoferowanych pierwotnie w ofercie.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że przepisy o dokumentach przedmiotowych o których mowa w art. 25 ust. 1, oraz procedury ich uzupełnienia wedle art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów winny być stosowane przy uwzględnieniu specyfiki danego postępowania o zamówienie, oraz zaoferowanego w ofercie przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego możliwość ich uzupełniania nie może prowadzić do naruszania norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie.

Tym samym biorąc pod uwagę związane Izby zarzutami odwołania- zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba uznała iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się. Dlatego też odwołanie nie zostaje uwzględnione.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....