

Sygn. akt: KIO 2255/16

WYROK
z dnia 14 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2016 r. przez wykonawcę **Alchem Grupa sp. z o.o. w Toruniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Ekologii Terenów Uprzemysłowionych w Katowicach**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alchem Grupa sp. z o.o. w Toruniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Alchem Grupa sp. z o.o. w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Alchem Grupa sp. z o.o. w Toruniu** na rzecz **Instytutu Ekologii Terenów Uprzemysłowionych w Katowicach** kwotę **3.919 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewiętnaście złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz zwrotu opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Ekologii Terenów Uprzemysłowionych w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa komory laminarnej wraz z adaptacją stanowiska pracy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 października 2016 r., poz.333488.

24 listopada 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Alchem Grupa sp. z o.o. w Toruniu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia własnej oferty, odwołujący wniósł 29 listopada 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 a i 1b ustawy Pzp i art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający powziął lub powinien był powziąć wątpliwości dotyczące treści oferty złożonej w postępowaniu lub złożonych wraz z nią dokumentów;
- 2) art. 22 ust. 1a i 1b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przedwczesne uznanie, że odwołujący nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie parametrów technicznych komory mających zagwarantować laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej komory, z pominięciem etapu wezwania wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na niespełnienie wymagań określonych w SIWZ i załączniku nr 1.1. specyfikacja techniczno - cenowa, w sytuacji gdy urządzenie zaoferowane przez wykonawcę posiada parametry techniczne wymagane przez zamawiającego, w szczególności gwarantujące laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej komory;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, w sposób prowadzący do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, a przez to ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami i w dalszej konsekwencji - uniemożliwienia zamawiającemu uzyskania najbardziej korzystnych warunków udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jego oferta została odrzucona pomimo niewyczerpania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Tryb ten ma charakter obligatoryjny, a jego zaniechanie stanowi naruszenie przepisów Pzp. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do parametrów oferowanej przez odwołującego specjalistycznej aparatury, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wywiódł, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia, co eliminuje uznaniowość i dowolność, a tym samym zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przepisów Pzp. Uznanie, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu jest możliwe dopiero, gdy pomimo podjętych przez zamawiającego odpowiednich działań, braki lub wątpliwości nie zostaną przez wykonawcę usunięte. Przez odpowiednie działania zamawiającego należy rozumieć działania, w ramach których zamawiający precyzyjnie formułuje wymagania co do dokumentów i okoliczności podlegających wyjaśnieniu, jakich domaga się od wykonawcy oraz które dotyczą wszystkich powstałych wątpliwości. Takie wymogi nie zostały w dochowane przez zamawiającego. Naruszenie przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, skutkowało bezpodstawnym uznaniem, że parametry komory laminarnej oferowanej przez odwołującego nie spełniają wymogów określonych w SIWZ i załączniku nr 1.1. Specyfikacja techniczno-cenowa.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że niezależnie od zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych oświadczeń i dokumentów, brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z treścią pkt. 14.4 SIWZ komora laminarna stanowiąca przedmiot zamówienia miała spełniać wymagania normy PN-EN 12469 lub równoważnej. Poza spełnieniem normy PN-EN 12469 zamawiający postawił dodatkowy warunek, aby filtr HEPA był w układzie prostopadłym do ściany tylnej oraz okna frontowego, gwarantując laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej. Argumentował, że w złożonej w ofercie odwołujący wyraźnie wskazał, że oferuje komorę z laminarnym przepływem powietrza o parametrach spełniających wymagania zamawiającego. Powołał się na informacje, jakie zamieścił na stronie 4 złożonej oferty (tabela parametrów technicznych). Wywiódł, że

zaoferował urządzenie zapewniające laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej, co zostało potwierdzone certyfikatem niezależnej jednostki certyfikującej, lecz z filtrem umieszczonym pod kątem rozwartym w stosunku do okna frontowego, a nie jak przyjął zamawiający pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory. Zamawiający uznał, że nie może zaakceptować sprzętu o takich parametrach i odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił możliwość zastosowania filtrów położonych skośnie. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie umieszczenie filtra pod kątem prostym do ściany tylnej i rozwartym do przedniej powoduje tzw. martwy punkt na tylnej części blatu roboczego. Zamawiający wskazał jednocześnie, że komory spełniające ten warunek są oferowane przynajmniej przez kilku dystrybutorów w Polsce, a więc nie jest to cecha unikalna proponowana tylko przez jedną firmę i nie prowadzi przez to do ograniczenia konkurencji. Odwołujący argumentował, że stanowisko zamawiającego jest bezzasadne. Podnosił, że wskazane przez zamawiającego dodatkowe parametry techniczne komory miały na celu zapewnienie laminarnego przepływu powietrza w całej przestrzeni roboczej komory. Ten dodatkowy warunek został przez odwołującego spełniony, gdyż oferowane przez odwołującego urządzenie gwarantowało laminarny przepływ powietrza, co zostało potwierdzone wymaganym przez zamawiającego certyfikatem niezależnego akredytowanego laboratorium TUV Rheinland dotyczącym spełniania normy PN-EN 12469 „Biotechnologia - Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej”. Argumentował, że norma nie wskazuje na sposób konstrukcji, tylko na abstrakty normy czyli minimalne kryteria działania komory, w tym również wskazany w SIWZ wymóg dotyczący gwarancji prawidłowego laminarnego przepływu powietrza w całej przestrzeni roboczej. Innymi słowy posiadanie certyfikatu zgodności z normą PN-EN 12469 oznacza, że komora gwarantuje laminarny przepływ powietrza. Skoro oferowana przez odwołującego komora spełnia wymóg zgodności z normą PN-EN 12469 zapewniając prawidłowe przepływy laminarne, brak jest podstaw do twierdzenia, że pomimo nieco innej konstrukcji komory, kryteria SIWZ nie zostały przez wykonawcę spełnione. Co więcej, zgodność z kryteriami postawionymi przez zamawiającego została potwierdzona za pomocą złożonych przez odwołującego certyfikatów wydanych przez akredytowane laboratoria.

W końcowej części odwołania odwołujący wywiódł, iż odrzucenie oferty przez zamawiającego, sprzeczne z przepisami PZP, stanowi naruszenie jednej z naczelných zasad prawa zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji. Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w sposób przejrzysty i maksymalnie efektywny. Cel ten pozwala osiągnąć sformalizowana procedura, która z jednej strony umożliwia szerokiemu gronu potencjalnych wykonawców wziąć udział w postępowaniu, np. przez preferowanie procedury przetargu nieograniczonego, z drugiej strony - ma za zadanie zapewnić równe warunki

udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców. Niezgodne z przepisami odrzucenie ofert wykonawców prowadzi do zawężenia kręgu podmiotów biorących udział w postępowaniu, a przez to powoduje ograniczenie konkurencyjności składanych ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wyjaśnienia treści SIWZ z 3 listopada 2016 r., wyjaśnienia treści SIWZ z 4 listopada 2016 r., ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 10 listopada 2016 r. skierowane do odwołującego, pismo odwołującego z 14 listopada 2016 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 24 listopada 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *dostawa komory laminarnej wraz z adaptacją stanowiska pracy*. Zamawiający wskazał także, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 1.1 specyfikacja techniczno-cenowa. Wykonawca

zobowiązany jest do wypełnienia kolumny 3 tabeli parametrów technicznych w zakresie nazwy proponowanego urządzenia oraz potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalności oferowanego urządzenia. (pkt 14.3 SIWZ).

W pkt 14.13 SIWZ wskazano, że *zapropozowanie produktu o innych cechach niż określone w SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzecznej z SIWZ.*

W pkt 19.1 SIWZ zamawiający wskazał, że *zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, na pisemne wezwanie Zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp powinien przedłożyć następujące dokumenty:*

19.1.1. szczegółową specyfikację techniczną, karty katalogowe, foldery, opisy, lub inne dokumenty, jednoznacznie potwierdzające, że oferowane urządzenia zapewniają uzyskanie nie gorszych parametrów technicznych od założonych w niniejszej SIWZ wskazane w załączniku nr 1.1. Specyfikacja techniczno – cenowa

W załączniku nr 1.1 do SIWZ - specyfikacja techniczno-cenowa, zamawiający wymagał podania przez wykonawców następujących informacji: *Nazwa / producent / typ / model oferowanego sprzętu/urządzenia.*

W tej samej specyfikacji techniczno-cenowej pkt 1.1. w odniesieniu do komory laminarnej wskazał m.in. na następujący wymagany minimalny parametr techniczny: *Filtr główny HEPA umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory oraz okna frontowego gwarantując laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej.* Zamawiający oczekiwał od wykonawców potwierdzenia, czy oferowane urządzenie spełnia wymagane minimalne parametry techniczne przez podanie słowa „TAK” lub „NIE”. W specyfikacji techniczno-cenowej wskazano także, że *„wszystkie ww. warunki są warunkami koniecznymi”.*

Ustalono także, że w odpowiedzi na pytanie odwołującego o treści: *„Uprzejmie prosimy o informację, czy zamawiający dopuszcza komorę laminarną, której filtr główny HEPA umieszczony jest pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory oraz kątem rozwartym w stosunku do okna frontowego. Takie rozwiązanie gwarantuje laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej co zostało potwierdzone certyfikatem niezależnego akredytowanego laboratorium dotyczącym spełnienia normy PN-EN 12469 (...)* (...)” 3 listopada 2016 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, że *„podtrzymuje zapisy SIWZ i wymaga, aby filtr główny HEPA umieszczony był pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory oraz okna frontowego, gdyż takie rozwiązanie gwarantuje laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej komory (brak kątów rozwartych) i minimalizuje ryzyko*

powstawania zawirowań powietrza przy blacie roboczym oraz wystąpienie kontaminacji krzyżowych (...).

Dodatkowo w piśmie z 4 listopada 2016 r. zamawiający wyjaśnił, że *„kierując się doborem parametrów technicznych komory laminarnej postawiliśmy jednak dodatkowy warunek poza spełnieniem normy PN-EN 12469, aby filtr HEPA był w układzie prostopadłym do ściany tylnej oraz okna frontowego, gdyż według naszej wiedzy jest to rozwiązanie zapewniające najlepsze obniżenie ryzyka wystąpienia kontaminacji krzyżowych, co jest istotne w prowadzonych przez nas badaniach mikrobiologicznych (...)*. Wskazał także, że podtrzymuje zapisy SIWZ dotyczące wymogów technicznych stawianych komorze laminarnej.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący wskazał w wypełnionej specyfikacji techniczno-cenowej, że oferuje komorę laminarną firmy Alchem Grupa sp. z o.o. model BioTectum 1.2 wg specyfikacji zamieszczonej w tabeli. W tabeli w tej samej specyfikacji techniczno-cenowej na str. 4 oferty odwołujący wskazał, że *„główny filtr HEPA umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej i kątem rozwartym do okna frontowego Konstrukcja taka gwarantuje laminarny przepływ powietrza całej przestrzeni roboczej co zostało potwierdzone certyfikatem niezależnej jednostki certyfikującej TUV Rheinland, że wyrób jest zgodny z wymaganiami normy PN-EN 12469:2002 (...)*. Do oferty załączono certyfikat dla urządzenia komora bezpiecznej pracy mikrobiologicznej BioTectum 1.2 o zgodności z ww. normą.

Ustalono także, że zamawiający 10 listopada 2016 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego m.in. do złożenia szczegółowej specyfikacji technicznej, kart katalogowych, folderów, opisów lub innych dokumentów jednoznacznie potwierdzających, że oferowane urządzenia zapewniają uzyskanie nie gorszych parametrów technicznych od założonych w SIWZ wskazanych w załączniku nr 1.1 specyfikacja techniczno-cenowa.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył pismo z 14 listopada 2016 r. do którego załączył kartę katalogową urządzenia komora laminarna BioTectum 1.2. W treści tej karty wskazano m.in., że *główny filtr HEPA umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej i kątem rozwartym do okna frontowego. Konstrukcja taka gwarantuje laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej co zostało potwierdzone certyfikatem niezależnej jednostki certyfikującej (...)*.

Następnie ustalono, że zamawiający 24 listopada 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagania „filtr główny HEPA

umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory oraz okna frontowego gwarantując laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni roboczej. Wskazał, że na str. 4 oferty odwołującego znalazł się dopisek *główny filtr HEPA umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej i kątem rozwartym do okna frontowego Konstrukcja taka gwarantuje laminarny przepływ powietrza całej przestrzeni roboczej co zostało potwierdzone certyfikatem niezależnej jednostki certyfikującej TUV Rheinland, że wyrób jest zgodny z wymaganiami normy PN-EN 12469:2002 (...)*. Zamawiający wskazał także, że kierując się doborem parametrów technicznych komory laminarnej postawił warunek, aby filtr HEPA był w układzie prostopadłym do ściany tylnej oraz okna frontowego, (...). Zamawiający nie przyjął wyjaśnień wykonawcy i odrzucił możliwość zastosowania filtrów położonych skośnie (...).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.*

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający określił w SIWZ swe wymagania co do zamawianego przedmiotu zamówienia, w tym również wymagania minimalne co do parametrów technicznych komory laminarnej.

Jednym z wymogów zamawiającego było to, aby *filtr główny HEPA był umieszczony pod kątem prostym w stosunku do ściany tylnej komory oraz okna frontowego gwarantując laminarny przepływ powietrza w całej przestrzeni*. Słowo „oraz” użyte w tym wymaganiu oznaczało, że konieczne było zachowanie kąta prosta zarówno pomiędzy filtrem HEPA a ścianą tylną, jak i pomiędzy tym filtrem a oknem frontowym.

Wbrew stanowisku odwołującego wymóg określony przez zamawiającego nie ograniczał się jedynie do konieczności zapewnienia laminarności czy zgodności z normą przywoływaną w odwołaniu, ale dotyczył także zachowania określonej konstrukcji. Jeżeli odwołujący uważał, że taki opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny z prawem to przysługiwało mu prawo do jego zakwestionowania w zawitym terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w terminie tym nie zakwestionował postanowień SIWZ, co - jak słusznie wskazał zamawiający - oznaczało, że postanowienia SIWZ stały się ostateczne i wiążące zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Kwestionowanie zasadności wymogów SIWZ na obecnym etapie było zatem niedopuszczalne, zaś przedmiotem oceny Izby mogła być tylko zgodność treści oferty odwołującego z ostateczną treścią SIWZ.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający wymagał od wykonawców, aby dokładnie określili jakie urządzenie oferują, podając ich nazwę oraz producenta. Odwołujący uczynił temu zadość precyzując w ofercie, że oferuje urządzenie BioTectum 1.2., którego jest producentem. W ofercie odwołujący ujawnił również, że w urządzeniu tym główny filtr HEPA jest umieszczony w stosunku do okna frontowego pod kątem rozwartym, a nie pod kątem prostym, jak wymagano w SIWZ. Potwierdzeniem tej okoliczności był także karta katalogowa urządzenia, którą odwołujący złożył zamawiającemu przy piśmie z 14 listopada 2016 r. Zatem sprzeczność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ była oczywista i prawidłowo została dostrzeżona przez zamawiającego.

Niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*. Natomiast art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1*.

W ocenie Izby nie została wypełniona dyspozycja żadnego z tych przepisów. Odwołujący w odwołaniu upatrywał ich naruszenia w tym, że jego zdaniem jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do właściwości oferowanego urządzenia, to powinien wezwać odwołującego do wyjaśnienia dokumentów złożonych przez odwołującego, które odnosiły się do przedmiotu oferty. Jednakże w analizowanej sprawie nie było żadnych podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości przez zamawiającego, gdyż treść oferty odwołującego była jasna. Oferta odwołującego pozostawała niezgodna z omawianym wymogiem zamawiającego, co odwołujący potwierdził własnym oświadczeniem znajdującym się na str. 4 oferty i co również wprost wynikało ze złożonej przez niego karty katalogowej. W obu dokumentach była ewidentnie mowa o kącie rozwartym. Odwołujący nie kwestionował tych ustaleń także w treści odwołania.

Brak było również podstaw do tego, aby zamawiający wzywał odwołującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący w specyfikacji cenowej załączonej do formularza oferty, na żądanie zamawiającego jednoznacznie określił, jaki produkt oferuje a mianowicie urządzenie BioTectum 1.2. swojej produkcji. Produkt ten

ewidentnie nie spełniał omawianego wymogu zamawiającego, co wynikało z treści samej oferty oraz złożonej karty katalogowej.

W tej sytuacji doprowadzenie treści oferty odwołującego do treści SIWZ musiałoby polegać de facto na zaoferowaniu nowego urządzenia i przedstawienia dla niego kart katalogowych potwierdzających spełnienie oferowanego wymogu. Powyższe jest jednak niedopuszczalne, gdyż oznaczałoby konieczność przyjęcia przez zamawiającego od odwołującego całkowicie nowej oferty, co nastąpiłoby po terminie składania ofert wyznaczonym w SIWZ. Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) *nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.* Orzeczenie to dotyczyło poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, ale nie ulega wątpliwości, że zachowało swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści ofert (z zastrzeżeniem wyjątków z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp), które nie dotyczą omawianej sytuacji. W analizowanej sprawie usunięcie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wymagałoby de facto przedstawienia przez odwołującego nowego, innego urządzenia, które zapewniłoby istnienie wymaganego kąta prostego między filtrem HEPA a oknem frontowym, gdyż ewidentnie zaoferowane urządzenie tego wymogu nie spełniało. Powyższe oznaczałoby jednak niedopuszczalną zmianę oferty, której zamawiający nie mógł przyjąć. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okazał się niezasadny.

Za chybione uznano także zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1a i 1b ustawy Pzp. Pierwszy z przepisów przywołanych przez odwołującego stanowi, iż *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* Z kolei zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1b ustawy Pzp *warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Obydwa przepisy - jak słusznie wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy - dotyczyły sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a nie strony przedmiotowej tego zamówienia. Zamawiający nie kwestionował spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a jedynie spełnienie wymagań przedmiotowych przez zaoferowane urządzenie, a zatem nie mógł naruszyć przytoczonych wyżej przepisów.

W ocenie Izby zamawiający nie naruszył także przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to jest zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Wręcz przeciwnie w sytuacji gdy treść SIWZ nie została zakwestionowana, uznanie za prawidłową oferty odwołującego sprzecznej z wymaganiami zamawiającego godziłoby w te zasady. Zasada ta wyraża się bowiem również w tym, aby wszyscy wykonawcy byli traktowani równo względem wymagań wyrażonych w SIWZ, które stały się ostateczne i wiążące dla wszystkich stron tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę czynność odrzucenia oferty odwołującego należało uznać za prawidłową. Izba stwierdziła bowiem, że treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. W konsekwencji uznano, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu.

Przy wyrokowaniu pominięto, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, dowody ze złożonych przez zamawiającego kart katalogowych, które miały dowodzić tego, że wymagania wyrażone w SIWZ nie ograniczały uczciwej konkurencji w postępowaniu. Okoliczności te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż - jak wyjaśniono wcześniej - na obecnym etapie postępowania kwestionowanie zasadności postanowień SIWZ jest niedopuszczalne jako spóźnione.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz

wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w łącznej wysokości 3.598,98zł, koszty dojazdu w wysokości 270 zł, koszty zwrotu opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw w wysokości 51 zł na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: