

WYROK
z dnia 24 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, ul. Młyńska 10, 33-300 Nowy Sącz**

przy udziale **Wykonawcy Marcina Plichta, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Epic Medical Marcin Plichta, ul. Zakręt 5, 60-351 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **636 zł 00 gr** (słownie: sześćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) przez **Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, ul. Młyńska 10, 33-300 Nowy Sącz**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa szwów chirurgicznych i opatrunków specjalistycznych (w zakresie zadania nr 3). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2010 r., pod nr 2010/S 213-326736.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia i wyboru oferty najkorzystniejszej (w ramach zadania nr 3), złożonej przez Marcina Plichtę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EPIC Medical Marcin Plichta (dalej „Przystępujący”). Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 poprzez wybór oferty Przystępującego, pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania,
- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu, pomimo nieprzedstawienia przez tego wykonawcę, na żądanie Zamawiającego, próbek, mających na celu potwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a tym samym wykazania przez firmę EPIC Medical braku zdolności do wykonania zamówienia, a co za tym idzie, zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), poprzez dopuszczenie do końcowej oceny ofert, oferty Przystępującego, mimo niewykonania zobowiązań, do których wykonawca ten był zobligowany,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego,
- art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. uznanie za nieważne czynności Zamawiającego, polegających na dopuszczeniu do końcowej oceny ofert oferty Przystępującego,
2. uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu, postawione przez Zamawiającego,
3. nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności, polegających na

badaniu i ocenie ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu, dotyczących zadania nr 3,

4. nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w zakresie zadania nr 3,
5. nakazanie Zamawiającemu, aby odrzucił ofertę Przystępującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego,
6. nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego, dotyczącej zadania nr 3 jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu, z ofert prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z załączoną do niniejszego odwołania kopią faktury VAT.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnia, iż w pozycjach 39 i 40 oferta Przystępującego obejmowała asortyment, którego producentem i dystrybutorem na Polskę jest Odwołujący. Odwołujący ma zawarte umowy z podmiotami, które w imieniu Odwołującego dystrybuują asortyment medyczny. Wobec powyższego Zamawiający, chcąc mieć pewność co do faktycznych możliwości zrealizowania zadania nr 3, zgodnie z zapisami SIWZ, przez Odwołującego, pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. zwrócił się z prośbą o dostarczenie próbek kontrowersyjnych pozycji z zadania nr 3 (kod EL20L - pozycja 39, oraz kod ELW53 - pozycja 40). Odwołujący zaznacza, że Przystępujący w ogóle nie przedłożył przedmiotowych próbek, ponieważ w rzeczywistości nie miał takiej możliwości. Odwołujący wyjaśnia, że Przystępujący nie zawierał z Odwołującym żadnej umowy, która obejmowałaby zaoferowany przez tę firmę asortyment, którego producentem i dystrybutorem *de facto* jest Odwołujący. Nadto, Przystępujący nie posiada oryginalnych certyfikatów na przedmiotowy asortyment.

W odpowiedzi na wskazaną wyżej prośbę Zamawiającego, Przystępujący ograniczył się jedynie do lakonicznego twierdzenia, iż nie jest w stanie dostarczyć przedmiotowych próbek z winy Odwołującego, nie wnosząc nawet o przedłużenie terminu na ich przedłożenie. Przystępujący nie dostarczył w ogóle tych próbek, a co za tym idzie, potwierdził, iż nie jest w stanie wykonać zobowiązań wynikających ze swojej oferty w zakresie zadania nr 3.

Wyżej opisane działanie Przystępującego, polegające na nie przedłożeniu na wezwanie Zamawiającego próbek asortymentu, zdaniem Odwołującego, stoi w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, iż zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożą (...); oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań

określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Stosownie natomiast do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego - Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) lub zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, że art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zawiera odwołanie do przepisów wskazanego wyżej rozporządzenia. Norma statuowana w § 5 ust. 1 powołanego rozporządzenia przewiduje, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów lub fotografii (...). Powołuje się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zaprezentowane w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1321/10). Mianowicie Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie stwierdziła, iż „w pierwszej kolejności Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca spełnia postawiony przez niego (w ogłoszeniu i SIWZ) warunek udziału dotyczący np. wiedzy, doświadczenia (...). Zamawiający dopuszcza do udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy zdaniem Zamawiającego spełnili warunki udziału, a następnie Zamawiający dokonuje badania i oceny treści złożonej oferty. Jeśli wykonawca nie spełni warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę z postępowania a jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tj. ze względu na jej niezgodność z SIWZ) sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca zaproponował inny niż wymagany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia, w zakresie ilości świadczonych usług czy chociażby warunków jej realizacji. Odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ zdaniem Izby nie powinno następować w związku z badaniem przez Zamawiającego doświadczeniem (tj. stroną podmiotową). Na treść oferty składają się dokumenty, oświadczenia dotyczące istotnych postanowień przyszłej umowy, a więc głównie odnoszące się do przedmiotu zamówienia i jego ceny. Dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mają inny charakter, tj. służą weryfikacji czy wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia. Takie pojęcia jak przedmiot zamówienia, czy też odrzucenie oferty dotyczą co do zasady strony przedmiotowej, tj. zamówienia, które ma być świadczone w przyszłości przez wykonawcę.”

Odwołujący stwierdza, że Przystępujący nie był w stanie przedstawić próbek zaoferowanego asortymentu, albowiem nimi nie dysponował i nie miała takiej możliwości. Tym samym Przystępujący nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, a co za tym idzie, nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, Przystępujący nie dał

nawet Zamawiającemu możliwości dokonania weryfikacji, czy wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia. *A contrario* należy bezsprzecznie stwierdzić, że Przystępujący swoim działaniem potwierdził, iż nie jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego, dopuszczenie do końcowej oceny ofert, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, który *de facto* w postępowaniu wykazał jedynie brak możliwości wykonania zamówienia, jest całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego. Opisane działanie Zamawiającego stoi w rażącej sprzeczności z przepisami sformułowanymi w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 powoływanego rozporządzenia.

Nadto Odwołujący podnosi, że oferta Przystępującego obejmuje asortyment według cen niemożliwych do uzyskania. Odwołujący zaznacza, że ceny, które zaproponował Przystępujący są niższe od cen katalogowych odpowiednio w pozycji 39 - o 55%, a w pozycji 40 - o 59%. Odwołujący podkreśla, że ceny w takiej wysokości są niemożliwe do uzyskania dla jakiegokolwiek z dystrybutorów rozprowadzających asortyment Odwołującego. Odwołujący posiada w tym zakresie najlepszą wiedzę, albowiem jest producentem przedmiotowego asortymentu i jedynym legalnym dystrybutorem na Polskę. Przystępujący nie zawierał żadnej umowy z Odwołującym, dotyczącej przedmiotowego asortymentu, nie posiada oryginalnych certyfikatów na zaoferowany asortyment, a nadto nawet nie zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wycenę tego asortymentu. W tym stanie rzeczy przyjęcie, iż zaoferowane przez Przystępującego ceny niższe od producenta o blisko 40% są wiarygodne, jest niedopuszczalne.

Wnioski sformułowane w niniejszym odwołaniu znajdują, zdaniem Odwołującego, jednoznaczne potwierdzenie w ugruntowanych poglądach doktryny i orzecznictwa na ten temat. Dla przykładu przytacza tezy następujących orzeczeń:

- Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania do rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ oraz spełnia kryteria będące podstawą ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza. Poprzestanie jedynie na oświadczeniach Wykonawcy oraz działanie w zaufaniu do przedkładanych dokumentów, które dodatkowo zostały zakwestionowane w toku postępowania przez Odwołującego, prowadzić może do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Prawo Zamówień Publicznych (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06, LexPolonica nr 1938615);
- Ocena oferty, w tym również w zakresie zgodności parametrów technicznych oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego musi być dokonana przed wyborem oferty najkorzystniejszej (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1416/06, LexPolonica nr 1904393);

- Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-49/06, LexPolonica nr 407326).

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części II SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Przedmiotowe warunki dotyczyły posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Natomiast w części I SIWZ (str. 3) Zamawiający postanowił, iż *„na etapie badania i oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawców o dostarczenie próbek oferowanych wyrobów – towarów w celu sprawdzenia zgodności ich parametrów z opisem zawartym w SIWZ – dot. zadania nr 1-16. W celu umożliwienia oceny jakości oferowanych towarów Wykonawca winien załączyć do oferty przetargowej próbki dot. zadania nr 1-6, 8 – zgodnie z opisem zawartym w części IV „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty” SIWZ”.*

Przechodząc do regulacji zawartych w części IV znajdujemy postanowienie, zgodnie z którym *„każdy z Wykonawców na etapie złożenia oferty winien przedłożyć próbki zaoferowanego w ofercie towaru tj.: (...) w zadaniach nr 3 winny być przedstawione nici z poz. 8 nr 2/0 – 24 saszetki, z poz. 13 nr 2 – 24 saszetki, z poz. 34 2/0 na rolce – 1 rolka.”*

Niniejsze postanowienia wzbudziły wątpliwości wykonawców i stały się przedmiotem zapytań. I tak: *„Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawców o dostarczenie próbek oferowanych wyrobów – towarów w celu sprawdzenia zgodności ich parametrów z opisem zawartym w SIWZ – dot. zadania nr 1-16. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie czy Zamawiający formułując w/w zapis miał na celu dopuszczenie możliwości do wezwania Wykonawców o dostarczenie dodatkowych próbek, innych niż te wymienione w części IV SIWZ.”* Odpowiedź Zamawiającego, zawarta w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., brzmiała: *„Tak, w celu sprawdzenia parametrów oferowanego wyboru określonych w formularzu cenowym – załącznik nr 2 SIWZ (np. długość nitki, wielkość igły).”*

Jednocześnie wykonawca uczynił zastrzeżenie, że *„w przypadku odpowiedzi twierdzącej zwracamy się z prośbą o przedstawienie katalogu sytuacji w których mogą pojawić się u Zamawiającego wątpliwości co do zgodności zaproponowanych materiałów szewnych, skutkujące ewentualnym wezwaniem Wykonawców do złożenia dodatkowych wzorów. (...)”* Mając na względzie treść udzielonej wcześniej odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił dalej (w tym

samym, powołanym wcześniej piśmie), iż „w przypadku wezwania o przesłanie dodatkowych próbek Zamawiający będzie sprawdzał zgodność z opisem zawartym w SIWZ – formularz cenowy załącznik nr 2 (np. długość nitki, wielkość igły). Zamawiający wezwie wszystkich Wykonawców w danym zadaniu w przypadku wątpliwości, co do zaoferowanych towarów. Na etapie oceny próbki przesłane do oceny jakości wymienione w części IV SIWZ oceniane są nie tylko pod względem opisu zawartego w formularzu cenowym, ale również i w zakresie cech, które podlegają ocenie (wytrzymałość, zejście węzła – patrz IV część SIWZ).”

W ramach zadania nr 3 złożono dwie oferty (Odwołujący i Przystępujący). Obaj wykonawcy zaoferowali ten sam produkt.

Pismem z dnia 16 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał wskazanych wykonawców, w celu sprawdzenia zgodności zaoferowanego towaru z opisem zawartym w SIWZ, do dostarczenia, do dnia 28 grudnia 2010 r., w zakresie zadania nr 3, następujących próbek wyrobów: poz. 39 „pętla endoskopowa z aplikatorem” – 1 szt. (saszetka), poz. 40 „szew endoskopowy z aplikatorem” – 1 szt. (saszetka).

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił żądane próbki. Zaś, Przystępujący w piśmie z dnia 28 grudnia 2010 r. odwołał się do odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 listopada 2010 r., z których wynika, iż wezwanie do dostarczenia próbek będzie miało miejsce jedynie w sytuacji, w której pojawią się wątpliwości co do oferowanych towarów. Przystępujący wskazał, iż Zamawiający w wezwaniu nie określił „jakiej natury są jego wątpliwości co do zaoferowanych (...) wyrobów.” Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż jego oferta zawiera wszystkie niezbędne informacje, dotyczące parametrów oferowanych szwów tj. skład, profil wchłaniania, długość i typ igły, długość i grubość nici. Jak wskazuje Przystępujący, na stronach 23-78 oferty znajdują się „katalogi, zawierające pełne dane oferowanych materiałów. Informacje, dotyczące pętli endoskopowej z aplikatorem UPS:2-0 długość szwu 52 cm, znajdują się na stronie 58 oferty, natomiast informacje dotyczące szwu endoskopowego z aplikatorem: igła okrągła typu narta 23mm, długość nici 120 UPS:2/0 znajdują się na stronie 60 oferty. Dodatkowo na stronie 56 oferty Zamawiający może sprawdzić zgodność oferowanych w zadaniu nr 3 poz. 39 oraz 40 szwów co do składu oraz profilu wchłaniania. (...) Oferowane w pozycji 39 oraz 40 materiały szewne są w pełni zgodne z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego w formularzu cenowym. Z przedstawionych w ofercie materiałów informacyjnych jasno wynika, iż zaproponowane szwy w żadnym aspekcie nie różnią się od tych wymaganych przez Zamawiającego, tzn. nie ma żadnej rozbieżności odnośnie typu, długości igły, długości oraz grubości nici, jak i składu oraz profilu wchłaniania szwów. (...)”. Jednocześnie Przystępujący, wskazując na poważne wątpliwości co do zasadności wezwania, zwrócił się z prośbą o zawieszenie terminu na uzupełnienie oferty do momentu otrzymania od Zamawiającego odpowiedzi na przedmiotowe pismo.

Pismem z dnia 28 grudnia 2010 r. Zamawiający wyjaśnił, iż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w ramach zadania nr 3, zostali wezwani do złożenia dodatkowych próbek.

W odniesieniu do przedmiotowego pisma Przystępujący zauważył (pismo z dnia 5 stycznia 2010 r.), iż Zamawiający nadal nie wyjaśnił jakiego rodzaju wątpliwości budzą zaoferowane produkty. Zamawiający ograniczył się jedynie do wyjaśnienia, iż wszyscy wykonawcy występujący w zadaniu nr 3 zostali wezwani do złożenia dodatkowych próbek. Dalej Przystępujący podał, iż szwy zamówił „u dystrybutora produktów firmy Covidien ponad miesiąc temu, jednak zgodnie z informacjami przekazanymi dystrybutorowi przez pracownika firmy Covidien, od ponad miesiąca nie jest ona w stanie dostarczyć zamawianych szwów tłumacząc ten stan brakiem wyrobów w magazynie. Prawdopodobny termin dostawy to połowa stycznia 2011 r. W sytuacji, w której w danym pakiecie występują pozycje produkowane tylko przez jednego producenta a ten nie dostarcza ich dystrybutorom prowadzi do sytuacji, w której tylko on może wziąć udział w postępowaniu przetargowym.” Dodatkowo Przystępujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający podejmuje działania zmierzające do odrzucenia jego oferty, mimo, że z dołączonych do oferty katalogów jasno wynika fakt spełniania przez zaoferowane przez Przystępującego produkty wymagań Zamawiającego. Nadto zauważa, iż Zamawiający żądał dostarczenia próbek tylko szwów z poz. 39 i 40 mimo, iż pakiet w zadaniu nr 3 obejmował 40 pozycji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Hipotezą normy prawnej, zwartej we wskazanym przepisie, objęta jest okoliczność, w której wykonawca za pomocą dokumentów dołączonych do oferty i wymaganych przez zamawiającego, nie potwierdza, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotowa norma we wskazanych okolicznościach kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dla ustalenia, czy w konkretnym stanie faktycznym wskazana norma znajduje zastosowanie, konieczne jest zbadanie, jakie warunki zostały postawione w niniejszym postępowaniu i za pomocą jakich dokumentów lub oświadczeń należało je wykazać oraz, czy wykonawca sprostął wymaganiom zamawiającego, tj. złożył wraz z ofertą dokumenty wymagane przez zamawiającego, z których wynika, że postawione warunki spełnia.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż instytucja „warunków udziału w postępowaniu” służy weryfikacji potencjału wykonawcy. Oznacza to, iż zamawiający mając możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu, w istocie za pomocą tego instrumentu jest w stanie zbadać, czy konkretny wykonawca jest zdolny do wykonania danego zamówienia.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczą jedynie posiadanej przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia oraz jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W żadnym razie zaś nie dotyczą cech (parametrów) oferowanych produktów. Zresztą, w świetle przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu nie mogą nawet dotyczyć przedmiotu zamówienia. Stąd też, zaniechanie dostarczenia spornych próbek nie może być kwalifikowane jako niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc, hipotezą przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie są objęte okoliczności, na które wskazuje Odwołujący, oznacza to, iż przedmiotowy przepis w niniejszym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania, co w konsekwencji czyni podniesiony zarzut chybionym.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż przedmiotowy zarzut został sformułowany wadliwie i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Zauważyć bowiem należy, iż adresatem normy zawartej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest Zamawiający, który zważywszy na okoliczności objęte hipotezą wskazanej normy prawnej, może naruszyć przedmiotową normę w ten sposób, że albo zaniecha wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw albo też wezwie wykonawcę do ich uzupełnienia w sytuacji, w której brak podstaw do skierowania żądania w tym przedmiocie.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący podnosi, iż do naruszenia wskazanych przepisów doszło poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, „*pomimo faktu nie przedstawienia przez tego wykonawcę na żądanie Zamawiającego próbek (...)*.” Z powyższego wynika, że Odwołujący w istocie kwestionuje ocenę dokonaną przez Zamawiającego i to ocenę okoliczności, które miały miejsce po wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia rzeczonych próbek. Wskazane okoliczności, jak była mowa o tym wyżej, nie wchodzą w zakres analizowanej normy, odnoszą się bowiem do czynności stanowiących dalszy etap postępowania i są objęte regulacją innych przepisów ustawy Pzp.

Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia § 5 ust. 1 pkt 1 powoływanego rozporządzenia. Wskazany przepis w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego uprawnienie do żądania m.in. próbek, zaświadczeń, opisów urządzeń technicznych (katalog ten nie jest zamknięty), w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego. Kwestionowanie działań podejmowanych przez zamawiającego, w świetle powołanego przepisu, może mieć miejsce, po pierwsze, na etapie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po drugie może być skuteczne jedynie przez wykazanie, że albo żądane np. próbki nie służą wykazaniu cech, na które wskazał zamawiający, albo też nie są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący zaś, w świetle analizowanego przepisu, ocenia okoliczność dopuszczenia do końcowej oceny oferty Przystępującego, „*jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu*

postawione przez Zamawiającego, mimo nie dokonania zobowiązań, do których wykonawca ten był zobligowany.” Z powyższego wynika, iż nie tylko, że wskazana okoliczność nie mieści się w hipotezie przedmiotowej normy, nie mówiąc już o tym, iż próbki kwalifikuje Odwołujący jako dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. To dowodzi jedynie, że Odwołujący nie odróżnia dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w § 1 powoływanego rozporządzenia, od dokumentów, żądanych w celu potwierdzenia cech przedmiotu zamówienia. Z tych przyczyn omawiany zarzut należało uznać za bezzasadny.

Skoro więc, jak wyżej wskazano, brak dostarczenia próbek nie może być kwalifikowany jako podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, to pozostaje pytanie, czy wskazana okoliczność stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Przyczyn tak dokonanej oceny Izba upatruje w dwóch okolicznościach. Po pierwsze, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż przedmiotem wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą być dokumenty i oświadczenia, ewentualnie próbki, które wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty. Przedmiotem wezwania nie są bowiem „materiały”, których zamawiający nie uznał za niezbędne do zweryfikowania warunków udziału w postępowaniu czy też cech (parametrów) oferowanego produktu. Po drugie, zaniechanie uzupełnienia np. próbek, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, który Izba podziela, iż przesłanki odrzucenia oferty na podstawie powołanego przepisu związane są z przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że stwierdzenie przez zamawiającego, że zaoferowany produkt nie spełnia jego wymagań, określonych w SIWZ, rodzi po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty.

W niniejszym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia. Zauważyć bowiem należy, iż do oferty należało dołączyć, w ramach zadania nr 3, jedynie próbki dotyczące poz. 8, 13, 34. Natomiast, próbki produktów zaoferowanych w poz. 39 i 40, zgodnie z postanowieniami części I SIWZ i udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami, nie były wymagane na etapie składania ofert. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość ich żądania dopiero na etapie oceny ofert, w razie pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości w przedmiocie spełniania przez wymagane produkty wymagań Zamawiającego. Oznacza to, że Zamawiający na podstawie dołączonych przez wykonawcę katalogów, które w zakresie spornych pozycji, były jedynymi dokumentami, które należało dołączyć do oferty, prowadził ocenę produktu. Dopiero jeśli pojawiły się wątpliwości, których treść katalogów nie była w stanie rozwiać miał podstawy do wezwania do dostarczenia próbek. Jednakże możliwości tej nie można utożsamiać z wezwaniem kierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a odczytywać jako element

wyjaśnień, o które może zwrócić się zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Procedura wyjaśnień jest bowiem jedyną dopuszczalną procedurą, z której zamawiający może skorzystać w toku badania i oceny ofert, jeśli dokumenty wymagane, w celu potwierdzenia zgodności oferowanego wyrobu z SIWZ, nie dają jednoznacznej odpowiedzi, czy Odwołujący spełnia oczekiwania Zamawiającego w tym względzie. Zamawiający zasygnalizował jedynie, jaka może być ta formuła wyjaśnień, a więc że należy liczyć się z koniecznością dostarczenia próbek.

Konsekwencją niezłożenia wyjaśnień (próbek) nie jest automatyczne odrzucenie oferty tego wykonawcy. Wskazany przepis takiego rygoru nie przewiduje. Zaniechanie wyjaśnień może mieć jedynie ten skutek, że jeśli w konkretnym stanie faktycznym zamawiający nie będzie miał możliwości jednoznacznego rozstrzygnięcia, jaki produkt został zaoferowany, a w szczególności, czy jest to produkt, którego oczekiwał, konsekwencje takiego zaniechania obciążą wykonawcę. W większości przypadków właśnie z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia. Jednakże w niniejszym postępowaniu stan faktyczny jest o tyle nietypowy, iż obaj wykonawcy zaoferowali ten sam produkt, a Zamawiający dysponował próbką, na podstawie której mógł stwierdzić zgodność oferowanych produktów z treścią SIWZ. Stąd, w opinii Izby, nie może mieć rozstrzygającego znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego okoliczność, iż tylko jeden z wykonawców przedstawił próbki, żądane w toku badania i oceny ofert. W świetle bowiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązek zamawiającego do wykonania dyspozycji normy prawnej zawartej w tym przepisie zaktualizuje się w sytuacji, w której stwierdzi, iż produkt zaoferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ.

Zaś, w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający na podstawie dostarczonej próbki jest w stanie stwierdzić, czy zaoferowany produkt (ten sam przez obu wykonawców) spełnia jego wymagania. Zatem, nie jest możliwe w tych samych okolicznościach przyjęcie, iż oferta jednego z wykonawców podlega odrzuceniu, a drugiego zaś nie. Z całą mocą należy bowiem podkreślić, że zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty w sytuacji, w której stwierdza, że przedmiot zamówienia nie odpowiada jego wymaganiom wyartykułowanym w SIWZ albo, że nie ma możliwości stwierdzenia przedmiotowej okoliczności z powodu zaniechania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w tym przedmiocie. Jeśli zamawiający ma możliwość oceny i stwierdzenia, nawet na podstawie próbek dostarczonych przez innego wykonawcę, prawidłowości zaoferowanego produktu, to brak podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż zaaprobowanie takiego rozwiązania w istocie prowadziłoby do uzupełnienia oferty jednego wykonawcy za pomocą dokumentów dostarczonych przez innego wykonawcę. Jak była już bowiem o tym mowa wyżej, sporne próbki nie stanowiły elementu oferty *sensu largo* i z tych względów nie można mówić o ich uzupełnianiu.

W opinii Izby, odmienna ocena oferty Przystępującego nie dałaby się pogodzić z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oznacza, że nie jest możliwa odmienna ocena tego samego produktu, w zakresie jego cech. Dodatkowo, ocena taka nie jest możliwa w sytuacji, w której Odwołujący ogranicza dostęp do spornych produktów innym dystrybutorom. Po pierwsze, jak stwierdził Odwołujący, z tej przyczyny, że taka jest polityka firmy, przy czym Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż wymaga tego specyfika produktu. Zdaniem Izby, każdy profesjonalny dystrybutor będzie posiadał wiedzę w zakresie sposobu użytkowania tych produktów i w razie potrzeby przeprowadzi stosowne szkolenie, tym bardziej, iż nie są to produkty wysokospecjalistyczne w danej branży. Chodzi raczej o wykorzystywanie swojej pozycji przez Odwołującego jako producenta tych wyrobów. Po drugie, brak możliwości pozyskania tych produktów przez jednego z dystrybutorów produktów Odwołującego wskazuje, iż w czasie, w którym próbki były wymagane, dostęp do nich miał jedynie sam Odwołujący. Powyższe potwierdza oświadczenie Małgorzaty Weber z dnia 20 grudnia 2010 r.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny, gdyż nie stwierdzono i Odwołujący tego nie wykazał, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w istocie posłużył się innymi kryteriami ofert niż określone w SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, iż jakkolwiek okoliczności faktyczne podane przez Odwołującego mogą być uznane jako substrat zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Przystępującego, to brak podstaw do stwierdzenia jego zasadności. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż analiza ceny zaproponowanej przez wykonawcę nie może być podstawą do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Ocenę tę musi poprzedzać procedura udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę, co do którego zachodzi domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zaś, Odwołujący nie wskazał żadnych wiarygodnych podstaw, które uzasadniałyby wszczęcie takiej procedury. Odwołujący powołuje się bowiem na sobie tylko znane ceny katalogowe, które zresztą jak przyznaje, mają charakter ruchomy i kalkulowane są indywidualnie dla każdego klienta. Z twierdzenia Odwołującego, iż ceny te są niższe o blisko 40% od cen producenta wynika jedynie tyle, iż taka jest rozbieżność cen w niniejszym postępowaniu występuje, ale biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący jest producentem tych wyrobów i ich, jak stwierdza Odwołujący w odwołaniu, „*jedynym legalnym dystrybutorem na Polskę*” należy przyjąć, iż ceny zaoferowane przez Odwołującego są efektem wskazanego statusu Odwołującego w tym segmencie rynku. Nadto, wyciąg z oferty Odwołującego, złożonej dla szpitala w Lesznie potwierdza okoliczność przeciwną.

Zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny Izba pozostawiła bez rozpoznania, na podstawie przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, jako że nie został zawarty w odwołaniu.

Izba nie przeprowadziła dowodu zawnioskowanego przez Przystępującego na rozprawie uznając, iż bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż wyroby, których producentem jest Odwołujący, inne niż te wskazane w ofertach dla zadania nr 3 w poz. 39 i 40, są dostępne dla Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania wpis od odwołania w wysokości 15 000,00 zł oraz uzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem pełnomocnika na rozprawę w kwocie 636,00 zł. Jednocześnie Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, z uwagi na nieprzedstawienie do akt sprawy odpowiedniego rachunku, o którym mowa w § 3 pkt 2 lit. b powoływanego rozporządzenia. Z treści powołanego przepisu wynika bowiem jednoznacznie, iż wysokość poniesionych kosztów musi wynikać z przedłożonego do akt sprawy rachunku, określenie zaś w rachunku jedynie nakładu pracy tych wymagań nie spełnia.

Przewodniczący:

.....

