

WYROK
z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. **kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Wojewódzkiego Szpitala im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu na rzecz wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa wyposażenia do nowobudowanego Ośrodka Radioterapii dla Wojewódzkiego Szpitala im. Zofii z Zamoyskich tarnowskiej w Tarnobrzegu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 maja 2019 r., nr 2019/S 095-229060.

19 czerwca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty i o unieważnieniu postępowania.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
 - 2) czynności unieważnienia postępowania,
 - 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 1 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) ze względu na rzekomą niezgodność treści oferty z SIWZ;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo iż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż nie podlegała ona odrzuceniu i jako jedyna była zgodna z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego z dnia 19 czerwca 2019 r. Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie wskazał w decyzji z dnia 19.06.2019 r. żadnego rzeczywistego powodu, dla którego ofertę odwołującego można byłoby uznać za niezgodną z treścią SIWZ. Zdaniem odwołującego decyzja ta jest podjęta bezpodstawnie, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający wywiódł zupełnie bezpodstawnie, iż z faktu zaoferowania kozetki lekarskiej (poz. 6) ze stawką podatku VAT 23%, wynika iż towar ten jest niezgodny z SIWZ, gdyż nie jest wyrobem medycznym. Fałsz wnioskowania zamawiającego wynika z tego, iż uznał on towar za niezgodny z SIWZ nie ze względu na jego cechy przedmiotowe, a jedynie ze względu na zastosowaną przez odwołującego w ofercie dla tego towaru stawkę podatku VAT. Zastosowana stawka podatku VAT ma charakter formalny i w żaden sposób nie przesądza tego jakie są fizyczne, funkcjonalne cechy oferowanego towaru. Odwołujący wywiódł, że oferowany przez niego towar jest towarem spełniającym wszystkie wymagania przedmiotowe określone w SIWZ.

Zdaniem odwołującego zastosowanie dla tego towaru stawki podstawowej VAT tj. 23% wyniknęło z tego, że w ten sam sposób były wyceniane przez niego wszystkie pozycje asortymentowe. Powołując się na swe wyjaśnienia z dnia 14.06.2019 r., odwołujący wskazał, że zastosowanie takiej stawki podatku VAT było dopuszczalne i prawidłowe z punktu widzenia przepisów prawa podatkowego. Tym samym nie mogło ono prowadzić do uznania oferty odwołującego za podlegającej odrzuceniu, w szczególności ze względu na niezgodność z SIWZ, czy też ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący podniósł, że w swych wyjaśnieniach wskazał, iż oferowany towar posiada deklarację zgodności CE, co oznacza, że spełnia on wymagania postawione przez zamawiającego dla tego towaru w SIWZ (formularz cenowy - załącznik nr 2, poz. 6, kol. 4). Zamawiający wymagał bowiem aby towar oferowany w poz. 6 posiadał m.in. następującą cechę: „Deklaracja zgodności CE lub zgłoszenie/wpis do rejestru wyrobów medycznych”. Według odwołującego użyty przez zamawiającego łącznik „lub” zgodnie z powszechnie stosowanymi zasadami interpretacyjnymi, oznacza, że dany towar musi posiadać co najmniej jedną z wymaganych cech.

Odwołujący wywiódł, że odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie spełnia merytorycznych wymagań SIWZ, które zostały w sposób jasny i precyzyjny sformułowane.

Według odwołującego powołanie się w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na oświadczenie, którego wzór został wskazany w załączniku nr 4 do SIWZ, jest również zupełnie bezpodstawne i niezrozumiałe. Odwołujący wywiódł, że zamawiający przedstawił w SIWZ dwa wzory oświadczeń w tym zakresie. Obok oświadczenia z załącznika nr 4 było

także oświadczenie w załączniku nr 5, którym wykonawcy mogli zadeklarować, że oferowane towary nie są kwalifikowane jako wyroby medyczne (zamawiający nie wskazywał, dla których pozycji asortymentowych wymagane jest oświadczenie z załącznika nr 4, a dla których z załącznika nr 5).

Odwołujący argumentował, że oświadczenia te zgodnie z rozdziałem III pkt 3 (w związku z pkt 2.1) SIWZ miały być złożone w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a więc dopiero na wezwanie zamawiającego. Odwołujący podniósł, że takiego wezwania do chwili obecnej nie otrzymał. Z SIWZ, ani z obowiązujących przepisów nie wynikał dla wykonawców obowiązek składania tych oświadczeń z ofertą. W konsekwencji wywiódł, że fakt ich niezłożenia z ofertą nie rodzi i nie może rodzić dla niego żadnych negatywnych skutków. Wskazał, że jego ocenie działanie było w tym zakresie zgodne z Pzp i z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

Odwołujący podniósł także, że w sytuacji zasadności podniesionych zarzutów związanych z bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty, zasadnym jest również zarzut nr 2, dotyczący bezprawnego unieważnienia postępowania w zakresie pakietu II. Podstawą tej decyzji zamawiającego był bowiem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania, jeżeli brak jest w nim ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący podniósł, że jeśli jego oferta została odrzucona bezpodstawnie i zasadne jest unieważnienie czynności jej odrzucenia, to tym samym nie zaszły w zakresie tego pakietu przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z tym unieważnienie postępowania w zakresie pakietu II zostało przez zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp mającym istotny wpływ na wynik postępowania.

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: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego 12 czerwca 2019 r., wyjaśnienia odwołującego z dnia 14 czerwca 2019 r., zawiadomienie o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z dnia 19 czerwca 2019 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony 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.

Oddalono wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie. W odpowiedzi zamawiający podniósł, że odwołujący przesłał mu kopię odwołania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na e-mail przetargi@szpitaltbg.pl jako skan dokumentu. Zamawiający wskazał, że powyższe miało być niezgodne z zasadami porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami opisanymi w części B pkt IV.3 SIWZ. W postanowieniu tym wskazano, że przekazywanie oświadczeń, wniosków i informacji odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnianego przez miniPortal.

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Stosownie zaś do art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Z powołanego przepisu art. 180 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp wynika, że przekazanie przez odwołującemu kopii odwołania zamawiającemu może nastąpić w dowolny sposób, byleby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący sprostował wymaganiom określonym w przywołanym przepisie. Jak przyznał sam zamawiający – wykonawca przesłał mu kopię odwołania w dniu 1 lipca 2019 r. (a więc przed upływem terminu do wniesienia odwołania) za pomocą poczty email na adres mailowy zamawiającego. Co więcej, dostrzeżenia wymagało, że przekazanie kopii odwołania nastąpiło za pomocą poczty elektronicznej, a więc środka komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 180 ust. 5 zd. 2 w zw. z art. 2 pkt 17 ustawy Pzp. W związku z powyższym na korzyść odwołującego działało dodatkowo domniemanie prawne z art. 180 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Domniemania tego zamawiający nie obalił, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś – w świetle kryteriów oceny ofert - może być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkować będzie koniecznością nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w części B pkt I. 1 SIWZ wskazał, że *Przedmiotem zamówienia jest dostawa wyposażenia do nowobudowanego Ośrodka Radioterapii wraz z montażem dla Wojewódzkiego Szpitala im. Zofii z Zamoyskich Tarnowskiej w Tarnobrzegu.* W części B w pkt II SIWZ zamawiający wskazał, że *szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 2 do SIWZ – Formularz cenowy.*

Ustalono także, że zgodnie z częścią C, pkt III pkt 3 SIWZ zgodnie z *zasadami określonymi w pkt 2.1) w celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego Wykonawca składa:*

1) Oświadczenie Wykonawcy, zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ - jeżeli dotyczy przedmiotowego postępowania, że:

a) oferowane produkty posiadają odpowiednie dokumenty i są one aktualne dla przedmiotowego postępowania oraz mogą być stosowane w służbie zdrowia zgodnie z Ustawą dla wyrobów kwalifikowanych jako wyroby medyczne zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.) (jeżeli prawo nakłada obowiązek posiadania takich dokumentów);

2) Jeżeli prawo nie nakłada obowiązku posiadania dokumentów określonych w ppkt a) Wykonawca składa stosowne oświadczenie - zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Ustalono, że w załączniku nr 2 do SIWZ – wzorzec formularza cenowego - w pozycji 6, zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest m.in.:

Kozetka lekarska, Rama wykonana ze stali węglowej pokrytej farbą proszkową, Leże pianką poliuretanową pokrytą z zewnątrz materiałem skóropodobnym, odpornym na załamania, ścieranie, przebarwienia, odpornym na środki dezynfekcyjne, Długość (łóżko złożone): 80 cm +/- 5 cm, Długość (łóżko rozłożone): 185 cm +/- 5 cm, Szerokość: 60 cm +/- 5 cm, Bezpieczne obciążenie robocze: min. 120 kg, Deklaracja zgodności CE lub zgłoszenie/wpis do rejestru wyrobów medycznych, 5 szt.

Ustalono ponadto, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę zamawiającemu złożył m.in. odwołujący.

Odwołujący załączył do swej oferty wypełniony formularz cenowy. W formularzu tym w poz. 6 zaferował zamawiającemu m.in.:

Kozetka lekarska, Rama wykonana ze stali węglowej pokrytej farbą proszkową, Leże pianką poliuretanową pokrytą z zewnątrz materiałem skóropodobnym, odpornym na załamania, ścieranie, przebarwienia, odpornym na środki dezynfekcyjne, Długość (łóżko złożone): 80 cm +/- 5 cm, Długość (łóżko rozłożone): 185 cm +/- 5 cm, Szerokość: 60 cm +/- 5 cm, Bezpieczne obciążenie robocze: min. 120 kg, Deklaracja zgodności CE lub zgłoszenie/wpis do rejestru wyrobów medycznych,

5 szt.

Cena jednostkowa netto 1.143,00 zł,

Wartość netto 5.715,00 zł,

Stawka VAT – 23%,

Wartość brutto 7.029,45 zł.

W dalszej części ustalono, że 12 czerwca 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do pozycji 6 formularza cenowego złożonego przez odwołującego (kozetka lekarska) zamawiający wskazał: *Wykonawca w kolumnie 9 wskazuje VAT 23%, natomiast Zamawiający wymaga, aby ww. przedmiot zamówienia był wyrobem medycznym.*

W związku z powyższą rozbieżnością Zamawiający wnosi o udzielenie wyjaśnień w/w zakresie.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 14 czerwca 2019 r. o następującej treści:

W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień otrzymane drogą elektroniczną w dniu 12.06.2019 r. informuję, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej możliwość zastosowania stawki preferencyjnej VAT (np. 8%) jest prawem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. W związku z tym Wykonawca zawsze może zastosować stawkę zwykłą (23%) i nie stanowi to błędu w obliczeniu ceny i nie daje podstawy do odrzucenia oferty. (...).

Jednocześnie informuję, że oferowany wyrób posiada Deklarację zgodności CE.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający w formularzu cenowym w pozycji 6 Kozetka lekarska wymaga cyt. „kozetka lekarska, Rama wykonana ze stali węglowej pokrytej farbą proszkową, Leże pianką poliuretanową pokrytą z zewnątrz materiałem skóropodobnym, odpornym na załamania, ścieranie, przebarwienia, odpornym na środki dezynfekcyjne, Długość (łóżko złożone): 80 cm +/- 5 cm, Długość (łóżko rozłożone): 185 cm +/- 5 cm, Szerokość: 60 cm +/- 5 cm, Bezpieczne obciążenie robocze: min. 120 kg, Deklaracja zgodności CE lub zgłoszenie/wpis do rejestru wyrobów medycznych.”.

Wykonawca: Tronus Polska Sp. z o. o., ul. Ordona 2A, 01 - 237 Warszawa jak i Kerro K. J. , ul. Czwartaków 1/1b, 20 045 Lublin, w kolumnie 9 wskazuje VAT 23%, natomiast Zamawiający wymaga, aby w.w przedmiot zamówienia był wyrobem medycznym.

Zamawiający na potwierdzenie powyższego dodatkowo wymagał od Wykonawców złożenia oświadczenia (Załącznik nr 4 do SIWZ), o następującej treści: cyt. „Oświadczamy, że oferowane produkty posiadają odpowiednie dokumenty i są one aktualne dla przedmiotowego postępowania oraz mogą być stosowane w służbie zdrowia zgodnie z Ustawą dla wyrobów kwalifikowanych jako wyroby medyczne zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.)”.

Zarówno Deklaracja zgodności CE jaki i zgłoszenie/wpis do rejestru wyrobów medycznych są dokumentami wymaganymi Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.). O znaku CE mówi art. 11 w Rozdziale 2, natomiast zasady zgłoszenia i powiadomienia dotyczące wyrobów określa Rozdział 7.

19 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował także odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym z przepisów, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zaś stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Jak wynikało, z uzasadnienia zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego (pismo zamawiającego z 19 czerwca 2019 r.) jedynym powodem odrzucenia tej oferty miała być niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Niezgodność ta miała polegać na tym, że zaoferowana przez wykonawcę kozetka lekarska miała nie być wyrobem medycznym.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odrzucenie oferty na tej podstawie wymaga w pierwszej kolejności dokonania prawidłowych ustaleń co do treści oferty i analogicznych ustaleń co do treści SIWZ.

Jeśli chodzi o treść oferty odwołującego to - jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia - zamawiający wyprowadził wniosek iż zaoferowana przez odwołującego kozetka nie jest wyrobem medycznym wyłącznie z faktu, że odwołujący w formularzu cenowym określił dla tego wyrobu stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Takie i wyłącznie takie stwierdzenie doprowadziło zamawiającego do wniosku, że zaoferowano mu kozetkę lekarską, niebędącą wyrobem medycznym.

Wnioskowanie zamawiającego okazało się nieprawidłowe. To, czy dany produkt jest wyrobem medycznym nie decyduje wskazana przez wykonawcę stawka podatkowa, ale właściwości danego towaru jak również dopełnione wymogi formalne wynikające z odrębnych przepisów. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że odwołujący zaoferował mu kozetkę lekarską niebędącą wyrobem medycznym.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający dokonał również błędnej wykładni treści SIWZ. W opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym kozetki lekarskiej (poz. 6 wzoru formularza cenowego – załącznik nr 2 do SIWZ) wskazano jedynie alternatywnie, że kozetka ta musi posiadać zgłoszenie / wpis do rejestru wyrobów medycznych lub deklarację zgodności CE. Na powyższe wskazywał użyty przez zamawiającego spójnik łączny „lub”, oznaczający alternatywę łączną. Powyższe prowadziło do wniosku, że zamawiający dopuścił w treści SIWZ aby kozetka lekarska posiadała tylko deklarację zgodności CE.

Za niezrozumiały uznano lakoniczny wywód o konieczności złożenia przez wykonawców oświadczenia na załączniku nr 4 do SIWZ, zamieszczony w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Rzeczywiście zgodnie z częścią C, pkt III pkt 3 SIWZ zamawiający

wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany złożyć m.in. oświadczenie, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ - jeżeli dotyczy przedmiotowego postępowania, że:

a) oferowane produkty posiadają odpowiednie dokumenty i są one aktualne dla przedmiotowego postępowania oraz mogą być stosowane w służbie zdrowia zgodnie z Ustawą dla wyrobów kwalifikowanych jako wyroby medyczne zgodnie z Ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.) (jeżeli prawo nakłada obowiązek posiadania takich dokumentów).

Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia nie rozwinął myśli, jaki wniosek należy wyprowadzić z faktu, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć omawiane oświadczenie. Uszło uwadze zamawiającego, że – jak wynika z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wykonawcy zobowiązani byli do złożenia zamawiającemu takiego dokumentu dopiero na wyraźne wezwanie skierowane w tym trybie. Nie było zaś sporne między stronami, że zamawiający nie wystosował takiego wezwania do odwołującego. Wobec powyższego wykonawca nie miał jeszcze obowiązku takiego dokumentu składać.

Po drugie, uszło uwadze zamawiającego, że wymóg złożenia oświadczenia zgodnego z załącznikiem nr 4 do SIWZ nie był absolutny. Zamawiający przewidział bowiem obowiązek złożenia omawianego oświadczenia tylko wtedy, „jeżeli dotyczy danego postępowania”. Zamawiający nie wykazał przy tym, że wymóg złożenia oświadczenia z załącznika nr 4 mógłby dotyczyć kozetki. Wątpliwość ta wynika z faktu, że – jak wynikało z wzoru formularza cenowego – oferowana kozetka nie musiała posiadać zgłoszenia / wpisu do rejestru wyrobów medycznych.

Po trzecie, wzięto pod uwagę, że zamawiający uregulował sytuację, w której wykonawcy zamiast oświadczenia z zał. nr 4 do SIWZ składają oświadczenie z załącznika nr 5 do SIWZ. Powyższe miało dotyczyć sytuacji, w których prawo nie nakłada obowiązku posiadania aktualnych dokumentów określonych w ppkt a. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że zamawiający nie wskazywał, dla których pozycji asortymentowych wymagane jest oświadczenie z załącznika nr 4, a dla których z załącznika nr 5.

Izba zobowiązana była pominąć przy wyrokowaniu drugą, nieznaną odwołującemu podstawę prawną i faktyczną odrzucenia jego oferty. Podstawa taka została zakomunikowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z przywołanym wcześniej przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego było poinformowanie odwołującego w stosownym terminie o odrzuceniu jego oferty wraz z podaniem przyczyn oraz uzasadnienia faktycznego i

prawnego. Wobec tak uzasadnionej czynności odrzucenia odwołujący wniósł odwołanie, w zawitym terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało także, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.*

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający dodatkowo zarzucił odwołującemu, że jego oferta podlegała odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to jest z powodu błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że błędem w obliczeniu ceny miało być podanie przez odwołującego ceny oferty z nieprawidłową stawką podatku VAT. Zamawiający wywiódł, że wykonawca taki błąd miał popełnić w pozycji dotyczącej kozetki lekarskiej, wskazując tam błędną stawkę VAT 23%. Jednocześnie zamawiający nadal nie sprecyzował, jaka jego zdaniem powinna być prawidłowa stawka podatkowa i dlaczego.

Izba stwierdziła, że takiej argumentacji próżno było szukać z uzasadnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 19 czerwca 2019 r. Jak wskazano wcześniej jedynym powodem odrzucenia oferty odwołującego miała być jej rzekoma niezgodność z SIWZ polegająca na tym, że zaoferowana przez wykonawcę kozetka lekarska miała nie być wyrobem medycznym. Tymczasem w odpowiedzi na odwołanie zamawiający zdawał się wywodzić wręcz odwrotnie. Skoro argumentował, że wykonawca wskazał błędną stawkę podatku VAT 23 %, to ostatecznie przyznał, że wykonawca zaoferował mu jednak wyrób medyczny.

Co do braku możliwości skutecznego rozszerzenia podstaw odrzucenia oferty w toku postępowania odwoławczego podzielono w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada*

równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który podkreślił doniosłą rolę uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wskazując, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Kierując się ww. rozważaniami, Izba nie rozstrzygała o zasadności dodatkowej podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Resumując Izba stwierdziła, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z przyczyn zakomunikowanych temu wykonawcy w piśmie zamawiającego z dnia 19 czerwca 2019 r.

W konsekwencji stwierdzono, że zamawiający naruszył także przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono mu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponieważ oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych w piśmie z 19 czerwca 2019 r., to nie

zachodziła sytuacja, w której wszystkie oferty odrzucono. Czynność unieważnienia postępowania okazała się zatem również nieprawidłowa.

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 uwzględnienia 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 rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

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*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego z powodów wskazanych w piśmie z dnia 19 czerwca 2019 r. i w konsekwencji bezzasadnie unieważnił przedmiotowe postępowanie, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 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*.

W niniejszej sprawie odwołanie okazało się zasadne w całości. Kosztami postępowania w całości obciążono zatem zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

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 przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: