

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę: Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Specjalistyczny Szpital im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu

przy udziale wykonawcy: bioMerieux Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Specjalistycznemu Szpitalowi im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu dokonanie zmiany postanowień zawartych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pakiet nr 1 tabela „Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych” punkt 11 oraz tabela „Wymogi graniczne dla podłoży do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem” punkt 6 poprzez przywrócenie ich brzmienia obowiązującego w dniu 1 sierpnia 2019 r.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę bioMerieux Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Becton Dickinson

Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy bioMerieux Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Becton Dickinson Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od wykonawcy bioMerieux Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Specjalistycznego Szpitala im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Świdnicy.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1563/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Specjalistyczny Szpital im. dra Alfreda Sokołowskiego w Wałbrzychu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa odczynników laboratoryjnych do mikrobiologii wraz z dzierżawą aparatów w zakresie mikrobiologii”, znak: Zp/35/PN-33/19 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 czerwca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 119-291370.

I. W dniu 12 sierpnia 2019 r. wykonawca Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność polegającą na zmianie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanej przez zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2019 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a w szczególności poprzez takie określenie katalogu dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, które ma celu wyłącznie sztuczne ograniczenie konkurencji i dopuszczenie do złożenia oferty wyłącznie [przez] z góry wybranego wykonawcę;

Odwołujący stwierdził, iż żądanie ściśle stypizowanych dokumentów, czego zamiarem i celem jest ograniczenie konkurencji, a nie rzeczywiste wykazanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, albowiem można byłoby to wykazać w takim samym stopniu także innymi oświadczeniami i dokumentami, stanowi także naruszenie wskazanych poniżej przepisów prawa:

- art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej potwierdzenia spełnienia postawionych wymogów w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym

traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej potwierdzenia spełnienia postawionych wymogów;

art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania oferty;

art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego; naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia — poprzez powrót do zapisów z dnia 1 sierpnia 2019 r. Jako żądanie alternatywne odwołujący wskazał unieważnienie Postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż wniesione odwołanie dotyczy zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej przez zamawiającego w dniu 2 sierpnia w zakresie postanowień zawartych w załączniku nr 1 do specyfikacji pakiet nr 1 tabela „Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych” [tabela pierwsza] punkt 11 oraz tabela „Wymogi graniczne dla podłoży do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem” [tabela trzecia] punkt 6. Stwierdził, że zmiana w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów nie została w jakikolwiek sposób połączona ze zmianą samego „merytorycznego” opisu przedmiotu zamówienia, a więc zawężenie katalogu dopuszczonych dokumentów miało na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji. Odwołujący stwierdził, iż jedynym wykonawcą, jaki może złożyć ofertę w Postępowaniu przy uwzględnieniu obecnie obowiązujących postanowień specyfikacji, jest wykonawca bioMerieux Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca bioMerieux Polska”).

W odniesieniu do wymogu zawartego w punkcie 11 pierwszej tabeli załącznika nr 1 do specyfikacji pakiet nr 1 odwołujący wskazał: „nie ma jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia aby ograniczyć potwierdzenie wymogu (jaki postawił Zamawiający) przez producenta do dokumentu, który będzie zatytułowany metodyką/instrukcja używania. Nadto tak nazwany dokument nie ma swojej legalnej definicji co formy i treści, tak samo jak nie ma uniwersalnej instrukcji, która będzie zawierać wszystkie możliwe dane jakie wymyślił sobie Zamawiający, akurat w jednym z wielu izolowanych postępowań przetargowych. Jeżeli zatem producent złoży oświadczenie na wymaganą okoliczność, to nie ma racjonalnego powodu jego kwestionowania i winno być ono tak samo na zasadzie równości traktowane jak rzeczona metodyka/instrukcja używania.”

W odniesieniu do wymogu zawartego w punkcie 6 trzeciej tabeli załącznika nr 1 do specyfikacji pakiet nr 1 odwołujący wskazał: „uzasadnienie jest tożsame z tym co napisano w zakresie pkt 11, nadto Zamawiający w zmianie SIWZ z dnia 02 sierpnia 2019 r. wprowadza stan niepewności dokonując nieostrego substytuowania i podmiany nazw, raz pisząc „instrukcja używania” aby w tym samym zdaniu napisać o instrukcji technicznej i nadal w tym samym zdaniu w sposób bezrefleksyjny i na zasadzie „zbitki pojęciowej dorzucić” „Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 12.01.2011 r. bez dookreślenia o jakie Rozporządzenie chodzi (brak wskazania miejsca publikacji), co z tego Rozporządzenia ma wynikać, jak je implementować, czy nawet o którym konkretnie przepisie jest mowa?! W naszej ocenie absolutnie wystarczającym byłoby wymaganie dokumentacji pochodzącej od producenta bez sztucznego ograniczenia do konkretnego z nazwy dokumentu.

Następnie odwołujący stwierdził, iż w świetle dotychczasowych rozważań postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 168 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie odwołującego wprowadzenie wymogów dotyczących potwierdzenia spełnienia wymogów w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, tj. naruszenie w szczególności przepisu art. 7 ust. 1 i art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z pozostałymi przepisami ustawy wskazanymi przez odwołującego stanowi czynność zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania. Odwołujący stwierdził, iż obecny opis przedmiotu zamówienia nie pozwala złożyć oferty wykonawcom, którzy są zdolni do

wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja katalogu wymaganych dokumentów” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Zdaniem odwołującego wadliwe sporządzenie specyfikacji, uniemożliwiające złożenie oferty, która zaspokoiłaby uzasadnione i obiektywne potrzeby zamawiającego, stanowi w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe. Odwołujący stwierdził również, iż nie ulega wątpliwości, że obecne postępowanie zamawiającego narusza zasady współzycia społecznego.

II. W dniu 22 sierpnia 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2019 r. zawierające oświadczenie o uwzględnieniu („uznaniu”) w całości zarzutów odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 13 sierpnia 2019 r. wykonawca bioMerieux Polska zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 20 sierpnia 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo wykonawcy bioMerieux Polska zawierające sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

W piśmie wniesionym w dniu 23 sierpnia 2019 r. wykonawca bioMerieux Polska przedstawił stanowisko w sprawie stwierdzając w szczególności, co następuje:

Wykonawca bioMerieux Polska wskazał, iż w przypadku zarzucanego przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp trudno mówić o zarzucie w rozumieniu art. 182 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak merytorycznego uzasadnienia potwierdzającego, że do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp doszło. Niezależnie od powyższego nie można mówić o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy obowiązek załączenia do wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro instrukcji używania wyrobu medycznego wynika z ustawy o wyrobach medycznych i aktów wykonawczych do niej, zaś zakres informacji, które muszą być zawarte w instrukcji używania wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro określony jest w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w szczególności w rozporządzeniu Ministra Zdrowia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca bioMerieux Polska stwierdził, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że instrukcje używania wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz że ich żądanie ma na celu sztuczne ograniczenie konkurencji. Wskazał, iż zgodnie z art. 14 ustawy o wyrobach medycznych wyroby medyczne muszą zostać w sposób właściwy oznakowane i zaopatrzone w stosowne instrukcje używania. Natomiast szczegółowe wymogi co do instrukcji używania zawarte są w aktach wykonawczych do ww. ustawy - w przypadku wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro jest to rozporządzenie Ministra Zdrowia z 12 stycznia 2011 roku w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro (dalej „Rozporządzenie Ministra Zdrowia”). Zakres merytoryczny instrukcji używania wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro został określony w pkt 8.7 załącznika numer 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia. Elementy wskazane w pkt 8.7 załącznika numer 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia stanowią ustawowe minimum, które musi być zawarte w instrukcji używania wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro. Wskazał, że konieczność zawarcia w instrukcji używania informacji odnośnie parametrów wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro stanowiących wymogi opisu przedmiotu zamówienia objęte zakresem odwołania wynika z następujących regulacji Rozporządzenia Ministra Zdrowia, tj.:

1) w przypadku pkt 11 tabeli numer 1 opisu przedmiotu zamówienia - podłoża do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowane wraz z aparatem, dzierżawa aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych - wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych - możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji) bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce/ instrukcji używania - w pkt. 8.7 ppkt 4,6,7,8 załącznika nr 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia;

2) w przypadku pkt 6 tabeli numer 3 opisu przedmiotu zamówienia - wymogi graniczne dla

podłoży do hodowali drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem - fakt prowadzenia hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych powinien jednoznacznie wynikać z treści instrukcji używania wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro, gdyż jest istotną właściwością wyrobu - służy do określenia przeznaczenia tegoż wyrobu. Jeżeli do uzyskania konkretnego efektu wymagane jest połączenie wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro z innym wyrobem, powinno być to wskazane w instrukcji używania podstawowego produktu medycznego. Wniosek taki płynie z literalnej analizy punktu 8.7 ppkt 4 i 13 załącznika numer 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca bioMerieux Polska stwierdził, że informacje jakich wymaga zamawiający zgodnie z treścią Rozporządzenia Ministra Zdrowia powinny wynikać z treści instrukcji używania. Dodatkowo wskazał, że zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców z 19 lipca 2019 r. dopuścił możliwość składania dodatkowych dokumentów na

potwierdzenie właściwości wyrobów medycznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. materiałów promocyjnych zgodnych z wzorami dostarczonymi do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w procesie rejestracji, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (w przypadku wymagania zawartego w pkt 6 tabeli trzeciej opisu przedmiotu zamówienia - odpowiedź na pytanie 32) oraz oryginalnych pism producenta zgodnie z wzorami dostarczonymi do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w procesie rejestracji, zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (w przypadku wymagania zawartego w pkt 11 tabeli pierwszej opisu przedmiotu zamówienia - odpowiedź na pytanie 30).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wykonawca bioMerieux Polska wskazał, że zarzut ten pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z art. 180 ust 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Z ostrożności dodał, że również w tym przypadku trudno mówić o zarzucie w rozumieniu 182 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem w uzasadnieniu odwołania zaniechano przedstawienia okoliczności faktycznych potwierdzających zarzucone naruszenie przepisów prawa.

Również w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. art. 14 ustawy Pzp wykonawca bioMerieux Polska wskazał na zaniechanie przedstawienia przez odwołującego uzasadnienia faktycznego zarzucanych zamawiającemu naruszeń.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykonawca bioMerieux Polska stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Między innymi wskazał na istniejącą możliwość zmodyfikowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czego wynika przedwczesny charakter podniesionego zarzutu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, co nie było sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonaną w dniu 2 sierpnia 2019 r. zamawiający nadał następujące brzmienie postanowieniom zawartym w punkcie 11 tabeli pierwszej („Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych”) oraz w punkcie 6 tabeli trzeciej („Wymogi graniczne dla podłoży do

hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem")
załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

„11. Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów, potwierdzone przez producenta w metodyce/instrukcji używania”

„6. Podłoża umożliwiają prowadzenie hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych; potwierdzone przez producenta instrukcją używania w języku polskim (rodzaj badanego materiału potwierdzony instrukcją techniczną zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 12-01-2011r)”.

Przed dokonaniem modyfikacji specyfikacji w dniu 2 sierpnia 2019 r. ww. postanowienia miały następujące brzmienie:

„11. Możliwość opóźnionego wkładania butelek do aparatu (po preinkubacji), bez negatywnego wpływu na detekcję drobnoustrojów; potwierdzone przez producenta w metodyce / instrukcji używania lub potwierdzone pismem producenta”

„6. Podłoża umożliwiają prowadzenie hodowli w warunkach tlenowych i beztlenowych krwi oraz innych jałowych płynów ustrojowych; potwierdzone przez producenta instrukcją używania w języku polskim lub potwierdzone innymi materiałami od producenta”.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie należy podzielić stanowisko przedstawione przez wykonawcę bioMerieux Polska, iż zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. Podstawa faktyczna stanowi opis okoliczności, na których odwołujący opiera odwołanie. W niniejszej sprawie zarzuty odwołania opierały się na tej samej okoliczności faktycznej, jaką było ustalenie przez zamawiającego treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyniku zmiany dokonanej w dniu 2 sierpnia 2019 r. - w odniesieniu do wymagania zawartego w załączniku nr 1 do specyfikacji pakiet nr 1 tabela „Wymogi graniczne dla aparatu do monitorowania posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych” punkt 11 oraz tabela „Wymogi graniczne dla podłoży do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych stosowanych wraz z aparatem” punkt 6, a dokładnie w odniesieniu do zakresu dokumentów żądanych przez zamawiającego celem potwierdzenia spełniania ww. wymagań. Ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym w odwołaniu, wskazującym na ograniczający konkurencję katalog dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania ww. wymagań, zgodził się zamawiający i uwzględnił odwołanie, czym zobowiązał się do dokonania zmiany postanowień specyfikacji, której skutkiem będzie szersze otwarcie Postępowania na konkurencję. Z takim stanowiskiem nie zgodził się natomiast wykonawca bioMerieux Polska domagając się pozostawienia postanowień specyfikacji skutkujących zawężeniem kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w Postępowaniu. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie wykonawca bioMerieux Polska powoływał się na przepisy ustawy o wyrobach medycznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. Należy w tym miejscu podkreślić, iż gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający. To zamawiający co do zasady decyduje o wymaganiach przedmiotu zamówienia i zakresie dokumentów żądanych celem wykazania spełniania tych wymagań. Na gruncie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych nie obowiązuje zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać na potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie zamawiający (uwzględniając odwołanie) uznał, iż wystarczającym dokumentem wymaganym na potwierdzenie wymagań przedmiotowych określonych w ww. punktach załącznika nr 1 do specyfikacji w zakresie pakietu nr 1 będzie „pismo producenta”/inne materiały od producenta”. Dokonywanie przez Izbę analizy czy w przedmiotowej sprawie zamawiający powinien ograniczyć krąg dopuszczalnych dokumentów na potwierdzenie ww. wymagań wyłącznie do takich dokumentów jak instrukcja używania czy metodyka wchodziłoby w zakres kompetencji zamawiającego jako gospodarza postępowania i wychodziłoby poza zakres kompetencji Izby uprawnionej do orzekania wyłącznie o niezgodności czynności i zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. W zakresie kognicji Izby nie wchodzi orzekanie o niezgodności działań zamawiającego wyłącznie z przepisami innych aktów prawnych. W świetle przepisów ustawy Pzp to od decyzji zamawiającego zależy zakres dokumentów żądanych na potwierdzenie wymagań przedmiotowych, pod warunkiem, że są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Żądanie dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, będzie stanowić naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a ponadto może jednocześnie naruszać podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę zachowania uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowe dokumenty w postaci „pisma producenta” (pkt 11) oraz „inne materiały od producenta” (pkt 6) nie mogą zostać uznane za dokumenty niebędące niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, skoro są żądane (alternatywnie) zamiast podstawowych dokumentów takich jak instrukcja używania lub metodyka, a nie obok nich. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, iż z przepisów przywołanych przez wykonawcę bioMerieux Polska wynika, iż wymagania określone w ww. punktach załącznika nr 1 do specyfikacji mogą być potwierdzone za pomocą instrukcji używania, która powinna zawierać odpowiednie w tym zakresie informacje. Z przepisów tych nie wynika jednak, iż ww. wymagania nie mogą zostać potwierdzone przez wykonawcę takimi dokumentami jak „pismo producenta” czy „inne materiały producenta”.

Mając na uwadze powyższe wniesiony przez wykonawcę bioMerieux Polska sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania Izba uznała za niezasadny, a odwołanie podlegało uwzględnieniu zgodnie z stanowiskami odwołującego i zamawiającego.

Dodatkowo należy zauważyć, iż odwołujący przedstawionym w odwołaniu okolicznościami faktycznym przyporządkował częściowo błędną podstawę prawną. Wywodzenie na gruncie zaistniałych okoliczności faktycznych podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest oczywiście niezasadne, skoro nie można mówić o ziszczeniu się przesłanki o naruszeniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji braku powiązania tych przepisów z odpowiednimi regulacjami ustawy Pzp. Jakkolwiek przepis art. 14 ust. 1 ustawy Pzp odsyła do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego, to jednak zgodnie z utrwalonym poglądem wyrażanym zarówno w orzecznictwie jak i przez doktrynę unormowanie art. 5 Kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowania, gdy określony cel można zrealizować powołując się na inne przepisy prawne. Z kolei w odniesieniu do wskazywanego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 i 10 ustawy Pzp odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia. Jednakże pozostałe przepisy ustawy Pzp przywołane przez odwołującego oraz przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne (podstawa faktyczna), przy uwzględnieniu stanowiska zajętego przez zamawiającego, zostały przez Izbę uznane za wystarczające do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Orzekając o kosztach postępowania uwzględniono prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, iż z uwagi na zawarcie w § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia spójnika „lub” regulacja ta stanowi podstawę zasądzenia kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2, zarówno na rzecz odwołującego jak i zamawiającego, w przypadku złożenia przez nich wniosków o zasądzenie tych kosztów wraz z odpowiednimi rachunkami (tak np. w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 8 listopada 2016 r. KIO 2022/16).

Przewodniczący: