Sygn. akt: KIO 883/20

WYROK

z dnia 19 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Aesculap Chifa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Bialmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego dokonania wyboru oferty Bialmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 pomimo niezłożenia przez tego wykonawcę wszystkich żądanych próbek i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku w części 4 oraz odwołującego Aesculap Chifa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu w części 4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku na rzecz odwołującego Aesculap Chifa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 883/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów szewnych (nr ref. 13/2020/PN). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 marca 2020 r. pod numerem 521368-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 kwietnia 2020 r. wykonawca Aesculap Chifa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Tomyślu (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty Bialmed Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Bialmed") w zakresie zadania nr 2, pomimo niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, tj. pomimo niezłożenia przez Bialmed wszystkich żądanych przez Zamawiającego próbek,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Bialmed w zakresie zadania nr 2, pomimo niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, tj. pomimo zaoferowania przez Bialmed, w pozycji nr 23 w zadaniu nr 2, produktu niezgodnego z wymogami określonymi w SIWZ,

3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bialmed w zakresie zadania 2, pomimo niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, tj. pomimo niezłożenia przez Bialmed wszystkich żądanych przez Zamawiającego próbek,

4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bialmed w zakresie zadania 2, pomimo niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, tj. pomimo zaoferowania przez Bialmed, w pozycji nr 23 w zadaniu nr 2, produktu niezgodnego z wymogami określonymi w SIWZ.

Odwołujący wskazał na naruszenie art.7 ust.3, art.82 ust.2 oraz art. 89 ust. 1. pkt 2 ustawy Pzp oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Bialmed jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Bialmed jako niezgodnej z treścią SIWZ, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybór oferty Odwołującego, a także zasądzenie przez Izbę zwrotu kosztów niniejszego postępowania na rzecz Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzutu Odwołujący opisał przebieg postępowania, podkreślając, że wniosek Bialmed o wydłużenie terminu na złożenie próbek, jaki i argumentacja Bialmed dotycząca „wycofania zamówienia" i „powrotu próbek do obrotu" po pierwotnym odrzuceniu oferty nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zauważył, że wykonawca Bialmed jako profesjonalista działający na rynku powinien zdawać sobie sprawę, że ogłoszenie wyniku postępowania nie kończy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tym bardziej, że złożył od tego wyniku odwołanie. Powinien utrzymywać w posiadaniu wymagane próbki, skoro Zamawiający, zgodnie z SIWZ miał prawo wezwać do ich złożenia w toku badania ofert, a żądaniem odwołania Bialmed był miedzy innymi powrót Zamawiającego do etapu badania ofert w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający słusznie w żaden sposób nie zareagował na wniosek o przedłużenie terminu złożenia próbek, utrzymując tym samym wymóg ich złożenia do dnia 14 kwietnia 2020 r. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Bialmed jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 jest niezgodna z przepisami ustawy, gdyż oferta Bialmed, wobec nieuzupełnienia dokumentów (próbek) na wezwanie, winna być uznana za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu, że oferta Bialmed w zakresie zadania nr 2 była niezgodna z SIWZ z powodu zaoferowania w pozycji nr 23 w zadaniu nr 2, produktu niezgodnego z wymogami określonymi w SIWZ Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał

zaoferowania „Igły haczykowatej okrągłej z zakończeniem krótkim tnącym". Wykonawca Bialmed zaoferował nici o kodzie G280131J6P gdzie przedostatnia cyfra „6" wg przewodnika po kodzie produktu zawartego w dołączonym do oferty katalogu, to rodzaj oferowanej igły i oznacza igłę okrągło-tnącą, która nie jest tożsama z igłą z zakończeniem krótkim tnącym. Wymagana przez Zamawiającego igła znajduje się w katalogu z oznaczeniem CC - oznaczoną w kodzie cyfrą „22". Różnice między tymi igłami wskazuje sam producent w specyfikacji technicznej typów igieł zawartej w katalogu. W świetle powyższego zdaniem Odwołującego oferta Bialmed nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasada powoduje, że unieważnienie wadliwej czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty lub nieodrzucenie oferty pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, może być zweryfikowane przez zamawiającego w każdym czasie, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał, że zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jeśli zatem Zamawiający ma wątpliwości co do spełniania wymogów (zgodności) SIWZ przez zaoferowane w postępowaniu produkty, badając, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ, ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub przedłożenia dokumentów (w tym wypadku: poprzez przedłożenie próbek) na tę okoliczność. Gdy wykonawca takich dokumentów (próbek) we wskazanym terminie nie dostarczy, Zamawiający ma obowiązek uznać, że oferta takiego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 5 sierpnia 2019 r. w sprawie KIO 1416/19.

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2020 r. złożył pismo, w którym opisał przebieg czynności podjętych w postępowaniu w okresie od dnia 24 marca 2020 r. do 24 kwietnia 2020 r. Dodatkowo, wyjaśniając kwestię dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazał, iż przeanalizował wyjaśnienia i dokumenty przedstawione przez Bialmed w dniu 9 kwietnia 2020 r. i uznał za wystraczające oględziny 4 z 7 wymaganych próbek przyjmując argumenty przedstawione przez wykonawcę. Nadmienił, że próbki nici nie były wymagane na etapie składania ofert, ich ocena nie była brana pod uwagę, jako kryterium oceny oferty. Na podstawie przedstawionych próbek Zamawiający potwierdził, iż wykonawca jest w stanie dostarczyć nici o wymaganych parametrach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Bialmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego wraz z załącznikami, informacji z dnia 24 marca 2020 r. o odrzuceniu oferty Przystępującego i wyborze oferty Odwołującego w zadaniu nr 2, informacji z dnia 7 kwietnia 2020 r. o unieważnieniu ww. czynności, wezwań skierowanych do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz udzielonych przez Przystępującego w odpowiedzi wyjaśnień i złożonych dokumentów, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 z dnia 20 kwietnia 2020 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Przystępującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 czerwca 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. korespondencji mailowej prowadzonej z Zamawiającym oraz wyciągu z dokumentacji produktów firm DemeTech, Ethicon, B. Braun. Natomiast złożony przez Przystępującego rysunek pomocniczy, jako rysunek własny, nie stanowił dowodu, lecz wyłącznie uzupełnienie stanowiska Przystępującego prezentowanego na rozprawie, podobnie jak naniesione na nim adnotacje Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów szewnych (Rozdział 2 SIWZ). Zamówienie zostało podzielona na 10 części (Rozdział 3 SIWZ). W Rozdziale 11 Zamawiający wskazał wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, że dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Oferta zawierać miała m.in. następujące elementy: formularz „Oferta", formularze asortymentowo - cenowe, materiały informacyjne opisujące przedmiot zamówienia będące oficjalnymi katalogami, folderami, ulotkami reklamowymi itp., potwierdzające zgodność deklarowanych parametrów przedmiotu zamówienia ze stanem faktycznym (z danymi wytwórcy) oraz opisem przedmiotu zamówienia dokonanym przez Zamawiającego. W Rozdziale 11 pkt 2 SIWZ wskazano, iż w toku badania ofert Zamawiający może zażądać od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, złożenia próbek lub katalogu produktów w celu potwierdzenia zgodności oferty ze SIWZ.

We wzorze formularza asortymentowo - cenowego (załącznik nr 1 do SIWZ - „Zapotrzebowanie") Zamawiający wskazał opis asortymentu dla poszczególnych pozycji, w tym m.in. dla zadania nr 2:

Poz. 4 - 1/2 koła stożkowa, śr. 35 - 37 mm, długość 70-75 cm, grubość 2-0;

Poz 6 - 1/2 koła stożkowa, śr. 35 - 37 mm, długość 70-75 cm, grubość 2;

Poz 10 - 1/2 koła stożkowa, śr. 35 - 37 mm, długość 70-75 cm, grubość 1;

Poz 16 - długość 5x70 cm, grubość 3-0;

Poz 19 - długość 5x70 cm, grubość 2-0;

Poz 23 - igła haczyk, śr. 30 - 32 mm z zakończeniem krótkim, tnącym, długość 70-75 cm, grubość 1;

Poz 24 - 1/2 koła okrągła, tępa, śr. 50 mm, długość 90 cm, grubość 1.

W zakresie zadania nr 2 złożone zostały dwie oferty - Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący w poz. 23 formularza asortymentowo - cenowego zaoferował produkty firmy DemeCRYL/DemeTECH o następujących oznaczeniach: G282037BOP (poz. 4); G280237BOP (poz. 6); G280137BOP (poz. 10); G5x11830 (poz.16); G5x11820 (poz. 19); G280131J6P (poz. 23); G1080150B16P (poz. 24).

W dniu 24 marca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2, jak również o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie poz. 1-24, podnosząc, że zgodnie z ogólnie dostępnymi materiałami informacyjnymi producenta, oferowane nici są powlekane poliglaktyną 370 i stearynianem wapnia, co potwierdza dołączona do oferty kopia katalogu producenta nici DemeTECH, podczas, gdy w tym zadaniu Zamawiający wymagał zaoferowania nici powleczonych kopolimerem glikolidu i l-laktydu (50%), Poli (glikolid i l-laktyd 35/65) oraz stearynianem wapnia (50%). Zamawiający w udzielonych w dn. 12.03.2020 r odpowiedziach na pytania zadane przez Wykonawców nie dopuścił takiego rozwiązania, potwierdzając tym samym swoje początkowe wymagania. Ponadto wskazał, że zgodnie z ogólnie dostępnymi materiałami informacyjnymi producenta nici DemeTECH, szwy nie są dostępne z igłami silikonizowanymi o zwiększonej odporności. Zaoferowanie w zadaniu nr 2 takiego właśnie rodzaju igieł było wymagane w SIWZ. W odniesieniu do poz. 16 i 19 Zamawiający wskazał, iż godnie z ogólnie dostępnymi materiałami informacyjnymi producenta nici DemeTECH, wyroby oznaczone nr katalogowymi: G5x11830 (poz. 16) i G5x11820 (poz. 19) nie występują. Potwierdzają to ogólnie dostępne katalogi producenta nici DemeTECH. Szwy podwiązkowe w odcinkach 5 x 70 cm nie są przez tę firmę produkowane. W odniesieniu do poz. 4, 6, i 10 Zamawiający wskazał, iż zgodnie z ogólnie dostępnymi materiałami informacyjnymi producenta nici DemeTECH, wyroby oznaczone nr katalogowymi: G282037B0P (poz. 4), G280237B0P (poz. 6) i G280137B0P (poz. 10) nie występują. Potwierdzają to ogólnie dostępne katalogi producenta nici DemeTECH. Szwy z igłą w rozmiarze 37 mm są przez tę firmę produkowane. W odniesieniu do poz. 23 Zamawiający wskazał, iż zgodnie z ogólnie dostępnymi materiałami informacyjnymi producenta nici DemeTECH, wyrób oznaczony nr katalogowym: G280131J6P (poz. 23) nie spełnia wymogów. Zaoferowane nici oznaczone tym nr katalogowym występują z igłą okrągło - tnącą typu haczyk (J). Potwierdzają to ogólnie dostępne katalogi producenta nici DemeTECH. Zaoferowana przez Wykonawcę igła okrągło - tnąca typu haczyk nie jest tym samym co wymagana w SIWZ igła haczyk z zakończeniem krótkim tnącym.

W dniu 7 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 2.

W dniu 8 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów w kilku aspektach, w tym m.in. w pkt 3 wezwania wskazał, iż w związku z powziętymi wątpliwościami co do zgodności zaoferowanego asortymentu z wymogami zawartymi w SIWZ, Zamawiający wymaga przedstawienia dokumentu w postaci oryginalnego katalogu producenta nici Deme CRYL, z którego jasno będzie wynikać, iż nici zaoferowane przez wykonawcę w zakresie zadania nr 2 w pozycjach 4, 6, 10, 16, 19, 23 i 24 spełniają wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. Ponadto, powołując się na Rozdział 11 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga dostarczenia próbek w ilości po 2 saszetki (oryginalnie zamkniętych) asortymentu zaoferowanego w tych pozycjach, oznaczonego nr katalogowymi: G282037BOP (poz. 4); G280237BOP (poz. 6); G280137BOP (poz. 10); G5x11830 (poz.16); G5x11820 (poz. 19); G280131J6P (poz. 23); G1080150B16P (poz. 24). Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia, dokumenty oraz próbki oferowanych produktów należy dostarczyć do dnia 14.04.2020 . włącznie.

W dniu 9 kwietnia 2020 r. Przystępujący złożył pismo, w którym wskazał m.in., iż przedstawił na etapie składania ofert ulotkę prezentująca kody, które nie znalazły się w oryginalnym katalogu. Wyjaśnił, że ulotki informacyjne przygotowywane są przez producenta nici firmę DemeTech, w przypadku gdy kody produktów oferowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie występują w oryginalnym katalogu. Ujęcie kodów wszystkich produkowanych przez producenta szwów w ogólnym katalogu nie jest możliwe ze względu na bardzo szeroka ofertę. Katalog producenta został przez niego przygotowany w taki sposób, by Zamawiający z łatwością zapoznał się z ofermą najbardziej popularnych produktów i odpowiadającym im kodom (katalog zawiera ok 25000 kodów produktów i liczy 156 stron). Natomiast zamieszczenie w katalogu wszystkich możliwych kodów produkowanych przez producenta wyrobów byłoby praktycznie niewykonalne. Skoro kodów takich jest ok 2 500 000, a obejmujący je katalog musiałby liczyć ok. 150 000 stron. Przystępujący wskazał, iż ulotka potwierdza, że nici zaoferowane przez wykonawcę z zakresie zadania nr 2 w pozycjach nr 4, 6, 10, 16, 19, 23 i 24 spełniając wszystkie wymogi zawarte przez Zamawiający w SIWZ i jest oficjalną ulotką reklamową. Ulotkę stanowi załącznik nr 4. Kod z poz. 23 tj. G280131J6P zamieszczony jest w oryginalnym katalogu na stronie 53, który Przystępujący dołączył. W zakresie dostarczenia próbek, Przystępujący przekazał próbki dla 4 kodów - poz. 4, 10, 23 i 24. W kwestii dostarczenia brakujących trzech kodów, Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu na dostarczenie próbek do 30 kwietni 2020 r. z uwagi na sytuację epidemiologiczną w Polsce oraz w kraju producenta, tj. USA. Po pierwotnym odrzucenia oferty Przystępującego, wycofał on zamówienie, a posiadane wówczas próbki produktów wróciły do obrotu i są aktualnie nieodstępne „od ręki". Przystępujący wskazał, iż złożył ponowne zamówienie w trybie ekspresowym brakujących kodów, ale w związku z COVID-19, tj. z uwagi na obostrzenia związane z sytuacją w USA, prognozowany termin dostawy jest wydłużony. Dodatkowo Przystępujący wskazał, iż aby zapewnić Zamawiającemu potwierdzenie, że istnieje możliwość produkcji nici 70 cm, wykonawca może dla przykładu przekazać szwy o innych parametrach, ale w przedmiotowej długości.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei zgodnie z ust.3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do respektowania naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak zaś stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego dokonania wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 pomimo niezłożenia przez tego wykonawcę wszystkich żądanych przez Zamawiającego próbek oferowanego asortymentu.

W ocenie Izby Zamawiający, odstępując od weryfikacji zgodności oferty Przystępującego z wymaganiami wynikającymi z SIWZ w zakresie trzech pozycji asortymentowych, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga od Zamawiającego, aby na każdym etapie postępowania traktował wykonawców jednakowo, bez uprzywilejowania i dyskryminowania pozycji któregokolwiek z nich. Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C 324/14 Partner A. D.). Istotne jest przy tym zapewnienie każdemu z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejsze dokonywanie badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu lub SIWZ, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wywodzone jest bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób nieznajdujący uzasadnienia w postawionych wcześniej wymaganiach lub przepisach prawa, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych (tak m.in. M. Jaworska [w:] M. Jaworska (red.) „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", wyd. 11,2020 r. C.H. Beck). Zamawiający co do zasady nie powinien faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu, w tym odstępować od przyjętych przez siebie uprzednio założeń i wykorzystywać własnej wiedzy nie dysponując wymaganymi informacjami czy dokumentami od wykonawców.

Z zasadą równego traktowania wykonawców ściśle wiąże się także zasada przejrzystości postępowania. Jak wskazał TSUE m.in. w postanowieniu z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. akt C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z zasady równego traktowania wykonawców, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia.

Jak wynika z poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia ustaleń faktycznych, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia próbek dla siedmiu pozycji asortymentowych - poz. nr 4, 6, 10, 16, 19, 23 i 23, Przystępujący w odpowiedzi złożył zaś jedynie próbki dla czterech z ww. pozycji (tj. dla poz. 4, 10, 23 i 24), wnosząc o przedłużenie terminu na złożenie próbek dla pozostałych trzech pozycji asortymentowych. Zamawiający, z przyczyn bliżej niewyjaśnionych, nie wypowiadając się w przedmiocie wniosku Przystępującego, dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2 pomimo, iż nie otrzymał wymaganych próbek dla trzech produktów. Działanie takie uznać należy za niezrozumiałe i niekonsekwentne, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę przebieg postępowania i wątpliwości, jakie powziął Zamawiający w odniesieniu do oferty Przystępującego.

Co prawda na gruncie postanowień SIWZ wymóg złożenia próbek oferowanych produktów nie miał charakteru obligatoryjnego dla każdego z wykonawców, niemniej w Rozdziale 11 ust. 2 SIWZ Zamawiający przewidział uprawnienie do żądania od wykonawców w toku badania ofert złożenia próbek lub katalogu produktów w celu potwierdzenia zgodności oferty z SIWZ. Z uprawnienia tego Zamawiający skorzystał w dniu 8 kwietnia 2020 r., kiedy to wezwał Przystępującego do złożenia próbek dla siedmiu pozycji asortymentowych. Wezwanie to miało charakter jednoznaczny i było efektem powziętych przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności zaoferowanego asortymentu z wymogami SIWZ, co wskazano wprost w treści wezwania. W tym miejscu podkreślić należy, że Zamawiający pierwotnie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując właśnie na niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ m.in. w zakresie poz. 4, 6, 10, 16, 19, 23 i 24, przy czym w odniesieniu do pięciu z nich (4, 6, 10, 16 i 19) wskazywał wówczas, że takie produkty, zgodnie z ogólnodostępnymi materiałami informacyjnymi, nie występują. Wątpliwości

Zamawiającego były zatem uzasadnione, a ich efektem było wystosowane do Przystępującego wezwanie. Zamawiający nie dał Przystępującemu możliwości alternatywnego złożenia katalogu producenta lub próbek, lecz wymagał jednoznacznie złożenia zarówno katalogu producenta nici DemeCryl, jak i próbek dla wszystkich siedmiu pozycji asortymentowych (po dwie saszetki dla każdej).

W ocenie Izby skoro Zamawiający z uwagi na powstałe wątpliwości zdecydował się skorzystać z możliwości przewidzianej w Rozdziale 11 ust. 2 SIWZ i wezwać Przystępującego do złożenia próbek wybranego asortymentu, to odstąpienie od tego wymogu, w dodatku bez uzasadnionej potrzeby, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzi do uprzywilejowania pozycji Przystępującego względem innych wykonawców. Zamawiający - pomimo, iż w sposób jednoznaczny żądał złożenia próbek dla wszystkich wskazanych siedmiu pozycji asortymentowych. z bliżej nieokreślonych przyczyn, zrezygnował z wcześniej wystosowanego żądania w sytuacji, gdy Przystępujący nie złożył próbek trzech produktów i wystąpił z wnioskiem o przedłużenie terminu na ich złożenie oraz dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Takie działanie niewątpliwie z perspektywy pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu pozbawione jest transparentności. Mając na uwadze, że Zamawiający powziął wątpliwość co do siedmiu różnych pozycji asortymentowych, to zdaniem Izby nie sposób uznać, aby złożenie próbek jedynie dla czterech pozycji, wątpliwości te mogło w pełni rozwiać. Zamawiający takiej okoliczności nie wykazał. Poza lakonicznym stwierdzeniem wskazanym w piśmie z dnia 16 czerwca 2020 r., że Zamawiający uznał za wystarczające oględziny 4 z 7 wymaganych próbek, a na ich podstawie potwierdził, że wykonawca jest w stanie dostarczyć nici o wymaganych parametrach, Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił przyczyn swojego działania. W szczególności brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia dlaczego dostarczenie jedynie 4 z 7 wymaganych próbek pozwalało Zamawiającemu ocenić, że również produkty, co do których próbek nie złożono (poz. 6, 16 i 19) występują w obrocie i są zgodne z wymaganiami SIWZ. Z kolei na rozprawie przed Izbą Zamawiający nie stawił się, sam odbierając sobie prawo do odparcia stawianych przez Odwołującego zarzutów i twierdzeń.

Izba podkreśla raz jeszcze, że Zamawiający w swoich działaniach jest związany fundamentalnymi zasadami systemu zamówień publicznych, w tym zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Decyzje podejmowane w postępowaniu powinny być przemyślane i uzasadnione, a także prawidłowo komunikowane wykonawcom. Jeżeli Zamawiający zdecydował się wezwać Przystępującego do złożenia próbek oferowanego asortymentu, to z wszystkimi możliwymi konsekwencjami. Tymczasem Zamawiający w istocie nie zakończył procedury badania oferty Przystępującego pod kątem spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie trzech pozycji asortymentowych, co do których próbek nie złożono. Zamawiający nie wypowiedział się także w zakresie wniosku Przystępującego o przedłużenie terminu na złożenie części próbek, Przystępujący nie wnosił bowiem o odstąpienie od wymogu żądania tych próbek, a prosił jedynie o przedłużenie terminu na ich złożenie z przyczyn wyjaśnionych w piśmie. Tym samym, skoro Zamawiający nie przeprowadził kompletnej procedury badania ofert, to przychylenie się do wniosku Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego byłoby przedwczesne. Zamawiający powinien ten proces dokończyć, w tym dokonać oceny zaniechania złożenia przez Przystępującego wszystkich wymaganych próbek, jak i ewentualnie wypowiedzieć się co do możliwości złożenia próbek w innym terminie. Izba orzekając w okolicznościach danej sprawy, nie może zastąpić Zamawiającego w tych czynnościach i za niego dokończyć badania ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Izba natomiast oddaliła odwołanie w zakresie odnoszącym się do niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowane w poz. 23 igły producenta DemeTech/DemeCryl o kodzie G280131J6P, tj. igły okrągło-tnącej haczykowatej.

Jak wynika z treści SIWZ, Zamawiający nie przedstawił żadnych dalszych wymogów w odniesieniu do poz. 23, poza wskazaniem, iż ma to być igła haczyk, śr. 30 - 32 mm z zakończeniem krótkim, tnącym, długość 70-75 cm, grubość 1. Odwołujący nie kwestionował parametrów oferowanej igły poza samym jej zakończeniem, które w jego ocenie nie stanowiło wymaganego zakończenia krótkiego, tnącego. W ocenie Izby, słusznie jednak zwrócił uwagę Przystępujący, iż Zamawiający nie doprecyzował co rozumie pod pojęciem „zakończenie krótkie, tnące". Samo działanie Zamawiającego w postępowaniu było niespójne, pierwotnie uznał on bowiem, że igła zaoferowana przez Przystępującego nie jest igłą wymaganą w poz. 23, później zaś wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą, a zatem musiał uznać, że sporna igła odpowiada jednak treści SIWZ. Zamawiający nie odniósł się do argumentacji podniesionej przez Odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący z kolei nie wykazał, aby igła zaoferowana przez Przystępującego nie zawierała „zakończenia krótkiego tnącego". Argumentacja odwołania sprowadzała się wyłącznie do stwierdzenia, że wymagana przez Zamawiającego igła znajduje się w katalogu DemeTech z oznaczeniem CC (oznaczoną w kodzie cyfrą 22), niemniej Odwołujący nie dowiódł, aby pod pojęciem użytym przez Zamawiającego kryć się miały igły oznaczane w nomenklaturze jako „CC" Zamawiający nie referował w opisie wymaganego asortymentu do tego oznaczenia ani nie zawarł opisu, że ma to być igła stosowana do zwapniałych tkanek. Tymczasem - jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego - oznaczenie CC jest powszechnie stosowane w nomenklaturze producentów dla igieł stosowanych do twardych zwapniałych naczyń. Założyć zatem można, że gdyby celem Zamawiającego było zaoferowanie igieł tego typu, to charakterystyka produktu referowałaby do ww. oznaczeń. Z kolei użycie opisu „zakończenie krótkie, tnące" wskazuje jedynie na to, że igła posiadać powinna krótkie, tnące ostrze na jej czubku. Odwołujący nie wykazał, aby igła zaoferowana przez Odwołującego będąca igłą okrągło - tnącą typu „tapercut", która posiada zakończenie tnące w formie ściętego stożka, nie spełniała wymagań Zamawiającego. Odwołujący nie odniósł się także do stanowiska Przystępującego, który na rozprawie wskazywał, że do zwapniałych naczyń wieńcowych nie używa się igieł haczykowatych, a igły CC typu haczyk ma w swojej ofercie tylko Odwołujący. Sama zaś okoliczność, iż firma B. Braun, której igły zaoferował Odwołujący, posiada w swoim asortymencie igły CC typu haczyk nie przesądza o tym, że igły innych producentów nie spełniają wymagania postawionego przez Zamawiającego w zakresie zakończenia krótkiego, tnącego.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie jest wystraczający do uznania, że zaoferowana przez Przystępującego igła okrągło-tnąca haczykowata DemeTech/DemeCryl o kodzie G280131J6P nie stanowi produktu wymaganego w poz. 23 formularza asortymentowo - cenowego. Ponadto, mając na względzie, iż w przedmiotowej sprawie istniały wątpliwości co do rozumienia postanowień SIWZ, Izba, kierując się zasadą, że wszelkie niejasności czy wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców, uznała, że nie sposób obciążać Przystępującego negatywnymi konsekwencjami, które z tego wynikają. Wspomniana już zasada równego traktowania i przejrzystości oznacza bowiem również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C 324/14 Partner A. D.).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba wskazuje, iż 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. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje uwzględniona, zaś część oddalona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie obejmowało dwie grupy zarzutów: jedną odnoszącą się do kwestii niezłożenia przez Przystępującego wszystkich wymaganych przez Zamawiającego próbek i w tym zakresie Izba odwołanie uwzględniła oraz drugą odnoszącą się do niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w aspekcie dotyczącym igły zaoferowanej poz. 23 formularza asortymentowo - cenowego i w tym zakresie Izba odwołanie oddaliła. W konsekwencji odwołanie okazało się zasadne w 4, wobec czego kosztami postępowania obciążono Zamawiającego i Odwołującego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał

się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości pełnej kwoty wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3 750 zł (7 500 zł x 4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 750 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wobec braku przedłożenia przez Odwołującego do akt sprawy rachunku potwierdzającego wysokość poniesionych z tego tytułu kosztów. Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Złożony przez Odwołującego na rozprawie wniosek w tym przedmiocie ani nie zawierał kwoty poniesionych kosztów, ani nie został poparty rachunkiem.

Przewodniczący: .....