

WYROK

z dnia 6 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 26 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: „**SKAMEX**” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa środków pomocniczych i sprzętu medycznego jednorazowego użytku* (nr postępowania 18/2015/PN) prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy** przy udziale wykonawcy: **Abook sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

- 2. Kosztami postępowania obciąża „SKAMEX” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa środków pomocniczych i sprzętu medycznego jednorazowego użytku* (nr postępowania 18/2015/PN).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S_122-222625 27 czerwca 2014 r., z tym że 22 czerwca 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.wsd.org.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 października 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – „SKAMEX” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Skamex”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części 1 zamówienia {dalej również: „pakiet 1”} – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Abook sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Abook”}.

26 października 2015 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego

kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Abook.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 26 ust. 3 – przez bezpodstawne jego zastosowanie i wezwanie Abook do uzupełnienia próbki oferowanych rękawic.
2. art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Abook, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej

2

Sygn. akt KIO 2323/15

konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 91 ust. 1 – przez wybór oferty Abook, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w pakiecie 1 {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Abook.
4. Uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

W odwołaniu opisano następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pierwotnym opisie SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia rękawic diagnostycznych bezpudrowych (CPV 33141420-0) o określonych parametrach. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 1 Zamawiający oczekiwał rękawic podwójnie oznakowanych jako wyrób medyczny oraz środek ochrony osobistej.

Zgodnie z treścią pkt IX.4a SIWZ Zamawiający oczekiwał przedłożenia aktualnych deklaracji zgodności oraz certyfikatów jednostki notyfikowanej zgodnie z ustawą z dn. 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 ze zm.).

Zamawiający w wyjaśnieniach udzielonych 23 lipca 2015 r. następująco doprecyzował wymagania:

Pytanie 17. Dotyczy Pakietu nr I, poz. 1.

Prosimy o wyjaśnienie jakie „wszystkie dane” mają być umieszczone fabrycznie przez producenta na opakowaniu? Według naszej wiedzy, żaden z producentów rękawic nitylowych nie umieszcza na opakowaniu np. informacji o grubości na palcach rękawicy, jeśli zamawiający odnosił się w tym wymogu do opisu przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź. Zamawiający miał na myśli oznaczenie spełnianych przez rękawice norm (EN 455, EN 374, EN 420, ASTM F1671) i dyrektyw oraz znak przydatności do kontaktu z żywnością, CE, poziomy odporności na przenikanie minimum dwóch alkoholi stosowanych w środkach dezynfekcyjnych oraz podwójne oznakowanie fabryczne jako wyrób medyczny i środek ochrony osobistej kat. III.

Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że rękawiczki zabiegowe niesterylne muszą być odpowiednio oznakowane i przebadane oraz muszą posiadać odpowiednie dokumenty oraz oznaczenia (jak to dodał w nawiasie: *w zależności od tego przeznaczenia oraz kategorii, jak są sklasyfikowane*). Norma EN 420 wskazuje, że należy oznakować środek ochrony

3

Sygn. akt KIO 2323/15

osobistej piktogramami norm, które spełniają, wraz z towarzyszącymi im poziomami ochrony. Według Odwołującego potwierdza to opinia Wydziału Prac Normalizacyjnych – Sektor Zdrowia, Środowiska i Medycyny Polskiego Komitetu Normalizacyjnego, gdzie wskazano, że zgodnie z normą EN 420 przy każdym znaku graficznym powinny być zamieszczone poziomy skuteczności, które powinny być zawsze podane w tej samej ustalonej kolejności, tak jak określono w odpowiedniej normie przedmiotowej (...)

Wykonawca Abook dołączył do oferty następujące dokumenty celem potwierdzenia

spełnienia przez zaoferowane w pakiecie nr 1 rękawiczki nitrylowe Laurel wymagań SIWZ:
– deklarację zgodności wystawioną 28 maja 2014 r.
– certyfikat SATRA wystawiony 2 kwietnia 2014 r.
– opakowanie rękawic, na którym nie było oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2.

Na skutek informacji, o której mowa w art. 181 ustawy pzp, Zamawiający wezwał Abook do uzupełnienia próbki, która miała być złożona wraz z ofertą (pkt IX. 4 lit. b SIWZ), jako podstawę prawną dokonanej czynności przyjmując art. 26 ust. 3 pzp.

Na wezwanie Zamawiającego Abook złożyła inne opakowanie niż złożone wraz z ofertą, tym razem z właściwymi oznaczeniami na opakowaniu (zgodnymi z wyjaśnieniami udzielonymi 23 lipca 2015 r.).

W toku dalszych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 6 października 2015 r.) Wykonawca Abook uzupełnił ofertę o certyfikat SATRA z 22 września 2015 r. wraz z wnioskiem o ponowne wydanie Świadczenia Badania typu SATRA WE z 6 sierpnia 2015 r.

Na tle tak opisanych okoliczności dotyczących przebiegu postępowania Odwołujący zarzucił, co następuje.

Po pierwsze – brak na rękawicach złożonych wraz z ofertą oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2 oznacza, że rękawice nie tylko są niezgodne z postanowieniami SIWZ, ale i z postanowieniami normy zharmonizowanej tj. normy EN 420. Zdaniem Odwołującego stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 28 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2101/14), gdzie w analogicznym stanie faktycznym uznano zasadność odwołania.

Po drugie – analiza treści oferty Wykonawcy Abook doprowadziła Odwołującego do wniosku, że nie zawiera ona kompletu dokumentów dopuszczających oferowane rękawice ważnych na dzień składania ofert, tj. na 3 sierpnia 2015 r. Odwołujący sprecyzował, że w ofercie Abook brak jest aktualnych na dzień składania ofert dokumentów wymaganych

4

Sygn. akt KIO 2323/15

zgodnie z pkt IX.4.a SIWZ, gdyż dosłany certyfikat SATRA wraz z wnioskiem o jego wydanie zostały wystawione po tej dacie.

Odwołujący zarzucił, że tym samym nie zostało spełnione wymaganie z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy pzp, gdyż dokumenty te nie potwierdzają spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący podkreślił fakt, że Zamawiający w treści każdego z wezwań do uzupełnienia oferty zaznaczał, że dosyłane próbki oraz dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto w związku z powyższymi okolicznościami według Odwołującego oferta Wykonawcy Abook podlega odrzuceniu w zakresie pakietu nr 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie spełnia obowiązujących wymagań SIWZ – treść (merytoryczna) tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co z kolei obliguje Zamawiającego do jej odrzucenia.

Odwołujący generalnie podniósł, że zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty obliguje zamawiającego do podjęcia takiej czynności, co poparł zacytowaniem wypowiedzi doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii.

Odwołujący zacytował fragment uzasadnienia wyroku Izby odnośnie art. 82 ust. 3 pzp, czyli konieczności odpowiadania treści oferty treści SIWZ, a także przytoczył z uzasadnień pięciu wyroków Izby wypowiedzi dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która jest rozumiana tam jako niezgodność zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (zaoferowany przedmiot dostawy lub usługi nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego), ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Wreszcie Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowej sytuacji nie ma podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy pzp, gdyż w ofercie Abook zostały wyraźnie wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych wyrobów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp. Zdaniem Odwołującego w tym przypadku nie można mówić o omyłce, gdyż Wykonawca zaoferował wyroby niespełniające wymagań opisanych w SIWZ, innymi słowy

5

Sygn. akt KIO 2323/15

w złożonej ofercie zostały wskazane wyroby niespełniające wymagań Zamawiającego, co nie może być traktowane jako inna omyłka.

Do odwołania załączono *Tabelę dotyczącą niezgodności treści oferty firmy Abook Sp. z o.o. z zapisami siwz*, w której dla 5 wyszczególnionych cech: 1. *poziom AQL*, 2. *aktualne deklaracje zgodności, certyfikaty jednostki notyfikowanej (zgodnie z IX.4.a siwz)*, 3. *rękawice zgodne z normami: EN 455-1-2-3, EN 420, ASTM F 1671 – wszystkie dane umieszczone fabrycznie przez producenta na opakowaniu*, 4. *rozmiar próbki*, 5. *poziom AQL*, wskazano sposób potwierdzenia ww. cech – dla dwóch pierwszych jako *dokumenty stanowiące część oferty*, dla pozostałych trzech jako *próbka*; następnie odnotowano stan faktyczny z rozbiciem na etapy: 1. pierwotnie złożona oferta, 2. pierwsze uzupełnienie oferty w odpowiedzi na pismo z 18.09.2015 r. oraz 3. drugie uzupełnienie oferty w odpowiedzi na pismo z 06.10.2015 r., przy czym w zakresie niewspomnianym w treści uzasadnienia odwołania zrelacjonowano, że dla cechy 1. i 5. pierwotnie poziom AQL wynosił 1,5, a po pierwszym uzupełnieniu < 1,5, a ponadto w drugim uzupełnieniu złożono *raport kontroli przedwysyłkowej z dn. 03.08.2015r., który potwierdza poziom AQL <1,5*, z kolei dla cechy 4., że pierwotnie złożona próbka dotyczyła rozmiaru S, a uzupełniona rozmiaru L; ponadto powtórzono treść zarzutów z uzasadnienia odwołania, czyli w zakresie cechy 2. – *Certyfikat SATRA z dn. 22.09.2015r wraz z wnioskiem do ponownego wydania Świadectwa Badania typu SATRA WE z dn. 06.08.2015r*, z podkreśleniem zamieszczonej w nawiasie uwagi (*data wystawienia po terminie składania ofert – dokument nieważny!!!*), a w zakresie cechy 3. – odnośnie braku na opakowaniu próbki złożonym wraz z ofertą oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2.

Pismem z 29 października 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 28 października 2015 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

30 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Abook sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

6

Sygn. akt KIO 2323/15

W piśmie z 4 listopada 2015 r. pt. *Odpowiedź na odwołanie* Przystępujący w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

{ad zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 przez bezpodstawne zastosowanie i wezwanie Abook do uzupełnienia próbki oferowanych rękawic}

Przystępujący zauważył, że Odwołujący sam przyznaje, że złożona na wezwanie Zamawiającego próbka opakowania jest zgodna z wyjaśnieniami s.i.w.z. udzielonymi 23 lipca 2015 r. w odpowiedzi na na pyt. nr 17. Zdaniem Przystępującego oznacza to, że nie Odwołujący nie kwestionuje faktu, że zaoferowane przez Abook rękawice (po uzupełnieniu próbki) spełniają wymagania SIWZ. Natomiast spór wynika z mylnego przekonania Odwołującego, że ocena oferty Przystępującego winna być dokonana przez pryzmat błędnej

próbki złożonej wraz z ofertą. Tymczasem według Przystępującego taka ocena winna być dokonana na podstawie próbki uzupełnionej.

W opinii Przystępującego Odwołujący błędnie interpretuje drugie zdanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wywodząc z niego, że aby uzupełniane oświadczenia lub dokumenty potwierdzały, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, muszą być one wystawione (datowane) przed upływem tego terminu. Tymczasem Przystępujący uważa, że data wystawienia wymaganego dokumentu (próbki) jest wtórna wobec wymagań stawianych jego treści. Stąd możliwe jest przedstawienie dokumentów (próbek) wystawionych po upływie terminu składania ofert, jeżeli ich treść potwierdza, że oferowane dostawy spełniały wymagania SIWZ przed upływem tego terminu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący zastrzegł, że przesłaną Zamawiającemu 22 września 2015 r. próbkę opakowania oferowanych rękawic posiadał przed upływem terminu składania ofert, a nie złożył jej wraz z ofertą przez pomyłkę.

Przystępujący powołał się na to, że zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie {w nawiasie sygnatury spraw wskazane przez Przystępującego}:

– dopuszczalne jest uzupełnianie oferty o dokumenty przedmiotowe potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i to zarówno w sytuacji, gdy fizycznie nie zostały one załączone do oferty, jak i na zasadach analogicznych, jak w przypadku dokumentów podmiotowych, także wtedy, gdy zostały one załączone, ale nie potwierdzają one spełniania przez

7

Sygn. akt KIO 2323/15

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (vide KIO 2511/13, KIO 1320/13, KIO 2664/12);

– wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, może złożyć dokumenty nowe, gdyż ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy pzp dopuszcza uzupełnienie dokumentów przez składanie dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści (vide KIO 2583/12).

Zdaniem Przystępującego powyższe, z uwagi na występowanie próbek w katalogu odnoszącym się do tzw. dokumentów przedmiotowych zawartych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2013 r., poz. 231), odnosi się także do próbek.

Według Przystępującego celem, jakim kierował się Zamawiający wprowadzając zapis ust. 4 rozdziału IX SIWZ dotyczący wymogu przedstawienia próbki oferowanych rękawic, jest potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez niego wymaganiom. Próbka nie stanowi w tym postępowaniu treści oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego), lecz jej potwierdzenie. Przedłożenie próbki nie powinno być zatem utożsamiane ze świadczeniem wykonawcy na rzecz Zamawiającego, gdyż jest to wyłącznie czynność faktyczna zmierzająca do wypełniania wymogów formalnych postępowania związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący posumował, że zostały spełnione wszystkie warunki upoważniające Zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, a on sam wypełnił w całości obowiązek złożenia na wezwanie dokumentu (próbki) potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a w konsekwencji, zgodnie z prawem wykazał, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ:

Po pierwsze – w toku badania oferty Przystępującego Zamawiający stwierdził błąd w dokumencie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp – polegający na braku w złożonej wraz z ofertą próbce rękawic oznakowania poziomów ochrony zgodnych z normą EN 374-2 towarzyszących piktogramowi, których umieszczenie na opakowaniu, zgodnie z normą EN 420 jest obowiązkowe.

Po drugie – w odpowiedzi w wyznaczonym terminie Przystępujący złożył próbkę spełniającą wymagania określone w wezwaniu, tj. próbkę zawierającą oznakowania poziomów ochrony zgodnych z normą EN 374-2 towarzyszących piktogramowi, których umieszczenie na opakowaniu wynika z normy EN 420.

Po trzecie – złożona próbka dotyczy tych samych (identycznych) rękawic, które

Sygn. akt KIO 2323/15

zostały zaoferowane w ofercie – tj. rękawic diagnostycznych niejałowych, nitrylowych, bezpudrowych o nazwie handlowej Laurel prod. Hartalega, a więc złożona próbka potwierdza spełnianie wymagań Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Przystępujący zaznaczył, że odmiennie przedstawiałaby się sytuacja, gdyby zaoferował Zamawiającemu rękawice niespełniające wymagań SIWZ i w drodze uzupełnienia próbki zamierzał zmienić treść oferty, tj. zaoferować innego rodzaju (typu) rękawice niż przedstawione w ofercie, co nie miało miejsca.

Przystępujący stwierdził, że powyższe rozważania są również aktualne w odniesieniu do zakwestionowania w odwołaniu uzupełnienia przez niego certyfikatu jednostki notyfikowanej SATRA wystawionego 22 września 2015 r.

Odnosnie przebiegu postępowania w tym zakresie Przystępujący zrelacjonował, że:
– 6 października 2015 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów oraz ich uzupełnienia, w następujący sposób wyrażając swoją wątpliwość: *Pismem z dnia 18.09.2015 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o próbkę rękawic diagnostycznych odpowiadającą wymaganiom zawartym w SIWZ. Próbka dostarczona 22.09.2015 r. posiada brakujące wcześniej oznaczenia, nie zgadza się jednak poziom AQL. Dokumenty załączone do oferty charakteryzują się poziomem AQL 1.5. Próbka rękawic diagnostycznych dostarczona dnia 22.09.2015 r. ma poziom AQL <1.5. Różnica występuje również w deklarowanym poziomie ochrony przed substancjami chemicznymi. Certyfikat Satry podaje poziom 4 dla formaldehydu 35%, na próbce rękawic podano z kolei poziom 3.*

– w odpowiedzi 7 października 2015 r. Przystępujący złożył certyfikat jednostki notyfikowanej SATRA (wystawiony w dacie 22 września 2015 r.) z naniesioną poprawką w zakresie poziomu ochrony dla formaldehydu.

Przystępujący zauważył, że podobnie jak to ma miejsce w przypadku próbek, Odwołujący nie kwestionuje treści uzupełnionych dokumentów, w szczególności nie podnosi zarzutu, że z dokumentów tych nie wynika, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Natomiast podobnie, jak to ma miejsce w przypadku uzupełnionej próbki, Odwołujący błędnie uważa, że ocenie powinien podlegać certyfikat SATRA złożony wraz z ofertą, a nie ten uzupełniony na wezwanie Zamawiającego.

Przystępujący powtórzył swoje stanowisko, że sformułowane w art. 26 ust. 3 zd. 2 pzp wymagania odnoszą się do daty zaistnienia materialnych okoliczności, które uzupełniane dokumenty mają potwierdzać, a nie do daty wystawienia bądź sporządzenia dokumentów

Sygn. akt KIO 2323/15

potwierdzających te okoliczności.

Zdaniem Przystępującego bezsporna jest okoliczność, że złożony na wezwanie Zamawiającego certyfikat SATRA z 22 września 2015 r. przedstawia identyczne wyniki badań, jak ten złożony wraz z ofertą (z 2 kwietnia 2015 r.). Oba certyfikaty posiadają ten sam numer (5582) i dotyczą tego samego produktu (rękawic o nazwie Laurel). Różnica pomiędzy nimi polega na tym, że w tym drugim certyfikacie mylnie wskazano przy formaldehydzie poziom 4, gdy tymczasem przy wartości 35% dla tej substancji, taki poziom wynosi 3. Omyłka w certyfikacie została usunięta przez notyfikowaną jednostkę badawczą.

Dla Przystępującego niezrozumiała jest zatem konstrukcja myślowa Odwołującego wyrażona w odwołaniu, że taki certyfikat (wystawiony w dniu 22 września 2015 r.) nie potwierdza spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert oraz, że jest nieważny. Skoro dotyczy zaoferowanych rękawic, to niezaprzeczalnie wynikające z niego parametry charakteryzują oferowany produkt tak przed, jak i po upływie terminu składania ofert.

Na marginesie Przystępujący dodał, że nawet w sytuacji, gdyby uzupełniony certyfikat odnosiłby się do badań zaoferowanego produktu przeprowadzonych dopiero po upływie

terminu składania ofert (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie), również musiałby być uznany przez Zamawiającego jako poprawnie złożony. W stosownej jednostce badawczej przebadane zostałyby rękawice przedstawione w ofercie złożonej przed upływem terminu składania ofert. Co prawda badania te zostałyby przeprowadzone po dacie składania ofert, jednakże w związku z faktem, że badaniom podlegałyby niepoddawane żadnym zmianom i modyfikacjom takie same rękawice, wyniki oceny potwierdzałyby parametry rękawic również na datę składania ofert. Oczywista i notoryjna jest okoliczność, iż ten sam (identyczny) wyrób, badany w takich samych warunkach badawczych i według tej samej metodologii, osiągać będzie takie same wyniki badań niezależnie od czasu ich dokonywania. Innymi słowy, takie same parametry posiadają i posiadałyby oferowane rękawice w dacie składania ofert, jak i kilka tygodni po tej dacie. Test wykonany po dacie składania ofert potwierdza, zatem parametry niezmiennego produktu, również na datę wcześniejszą (vide KIO 2307/14).

{ad zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Abook, której treść nie odpowiada treści SIWZ}

Przystępujący podniósł, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt

10

Sygn. akt KIO 2323/15

2 pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Zdaniem Przystępującego w stosunku do jego oferty taka niezgodność nie występuje, gdyż zaferował Zamawiającemu rękawiczki spełniające wszystkie wymogi określone w SIWZ. Oferowane produkty są oznakowane zgodnie z normami EN 455, EN 374, EN 420, ASTM F 1671 i dyrektywami oraz posiadają znak przydatności do kontaktu z żywnością, CE, poziomy odporności na przenikanie minimum dwóch alkoholi stosowanych w środkach dezynfekcyjnych oraz podwójne oznakowanie fabryczne, jako wyrób medyczny i środek ochrony osobistej kat. III. Ponadto produkt jest wyrobem medycznym oraz wyrobem ochronnym kat III, zatem jest produkowany pod nadzorem jednostki zewnętrznej, która poza badaniem parametrów tego produktu zatwierdza informacje, jakie zawiera opakowanie i czy są one zgodne z normami przedmiotowymi.

W złożonej ofercie Abook oświadczył ponadto, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte, a także, że zapoznał się z załączonym do SIWZ projektem umowy i zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na ustalonych tam warunkach w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Oferowane rękawice będą dostarczane Zamawiającemu w opakowaniu, którego wzór został Zamawiającemu przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie z 18 września 2015 r., a opakowanie to spełnia wymagania określone w normie EN 420 oraz EN 374.

Oferta Przystępującego jest korzystniejsza od oferty Odwołującego, który nie ma żadnych podstaw, aby kwestionować oświadczenie woli wykonawcy, zgodnie z którym zobowiązał się on do dostarczania rękawic w opakowaniach spełniających wymagania SIWZ.

Przystępujący zwrócił także uwagę, że przywołane w odwołaniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (w szczególności wyrok w sprawie KIO 2101/14) dotyczą innego postępowania i zapadły w odmiennym stanie faktycznym. Zdaniem Przystępującego nie sposób zatem przenosić wniosków, które legły u podstaw tych orzeczeń, na grunt prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, w szczególności obecnych postanowień SIWZ.

{ad zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

11

wykonawców}

W ocenie Przystępującego zastosowanie wobec niego przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp ma swoje źródło w przepisach prawa, a zatem nie może świadczyć o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców czy też uczciwej konkurencji. Przystępujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu takie wezwanie zostało także wystosowane do Odwołującego, a ten z możliwości uzupełnienia dokumentów skwapliwie skorzystał. Tej czynności Odwołujący nie kwestionuje. Natomiast uwzględnienie żądań Odwołującego doprowadziłoby do naruszenia omawianych zasad udzielania zamówień, gdyż nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów lub w wyciąganiu różnych następstw z takich samych okoliczności.

Przystępujący zacytował (za orzeczeniem o sygn. akt: KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12): „*Równe traktowanie wykonawców*” oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez preferowania jednych i dyskryminowania innych wykonawców ze względu na ich właściwości. Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, zajmując stanowisko zbieżne z Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, piśmie z 4 listopada 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie

12

Sygn. akt KIO 2323/15

i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę na pakiet nr 1 czyli drugą ofertę obok oferty Przystępującego. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Przedstawione w odwołaniu oraz piśmie Przystępującego okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania, w tym odnośnie postanowień s.i.w.z. i udzielonych wyjaśnień, a także przebiegu badania przez Zamawiającego oferty Abook, po uwzględnieniu następujących korekt i uzupełnień, odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

Odnośnie treści s.i.w.z. uzupełniając ustalono, że:

– opis przedmiotu zamówienia zawarto w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do s.i.w.z.), gdzie w tabeli rodzaj zamawianego sprzętu sprecyzowano jako *rękawice diagnostyczne niejałowe, bezpudrowe rozmiary XS, S, M, L, XL*; poniżej tabeli wypunktowano wymagane parametry przedmiotu zamówienia, w tym m.in.: AQL: 1,0 -1,5 {punkt 6}, zgodnie z normami: EN 455-1-2-3, EN 420, ASTM 1671 {punkt 7}, wszystkie dane umieszczone

fabrycznie przez producenta na opakowaniu {punkt 11};

– to ostatnie wymaganie było przedmiotem pytania i wyjaśnień zacytowanych adekwatnie w odwołaniu;

– Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań odnośnie odporności rękawic na działanie 35% formaldehydu {okoliczność niesporna};

– formularz cenowy służył również sprecyzowaniu przez wykonawcę treści oferty przez podanie nr katalogowego i producenta oferowanych rękawic diagnostycznych oraz ich ceny, a także pozostawienie bez zmian wymogów wypunktowanych pod tabelą;

– w rozdziale IX pkt 4 Zamawiający zażądał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają jego wymaganiom następująco określonych dokumentów:

a) *Aktualne deklaracje zgodności, certyfikaty jednostki notyfikowanej, wpis lub zgłoszenie do*

13

Sygn. akt KIO 2323/15

Rejestru Wyrobów Medycznych, zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 ze zm.) lub oświadczenie Wykonawcy, że dokument dla danego asortymentu nie jest wymagany;

b) *Próbki wyrobów medycznych oferowanych w następujących pakietach: Pakiet 1 – Rękawice diagnostyczne niejałowe, nitrylowe, bezpudrowe – 1 opak. (...)*

c) *Oryginalne ilustrowane foldery, materiały techniczne producenta, potwierdzające, że oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w poszczególnych pakietach. Zamawiający zastrzega prawo sprawdzenia wiarygodności podanych przez wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach; (...)*

Odnośnie oferty złożonej przez Abook uzupełniająco ustalono, że:

– z wypełnionego formularza cenowego wynika, że zaoferowano rękawice diagnostyczne o nr katalogowym *nit-HA-LAU-rozmiar* producenta Hartalega jako spełniające wymogi wypunktowane przez Zamawiającego, które pozostały na druku bez zmian;

– z oznaczeń zamieszczonych na opakowaniu (zawierającego 200 szt. rękawic) wynika, że zarówno próbka złożona wraz z ofertą, jak i w wyniku uzupełnienia obejmuje rękawice sprecyzowane w powyższy sposób, z tym że dopiero na opakowaniu uzupełnionej próbki wydrukowano dodatkowo dla piktogramu normy EN374-2 tabelę oznakowania poziomów ochrony zgodnych z tą normą;

– uzupełnienie załączonego dla oferowanych rękawic do oferty Certyfikatu Badania Typu WE nr 5582 (wydanie 3 rozszerzenie 4) wydanego 2 kwietnia 2014 r. przez SATRA dotyczyło zgłoszenia we wniosku z 6 sierpnia 2015 r. błędu przy pisaniu raportu nr CHM0192956/MP/RS/MP/A - wydanie 3 (datowanego na 5 lipca 2011 r.), polegającego na podaniu dla 35% formaldehydu poziomu wchłaniania 4 zamiast 3, co sprostowano w załączonym do wniosku wydaniu 4 raportu (datowanego na 2 czerwca 2015 r.), na podstawie czego w wydaniu 9 rozszerzeniu 1 wspomnianego certyfikatu z 22 września 2015 r. skorygowano w ten sposób tę wartość.

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

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać

14

Sygn. akt KIO 2323/15

wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym bardziej nie stanowi sprecyzowania zarzutu przywołanie i cytowanie wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności

dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

W tej sprawie, jak to powyżej zrelacjonowano, na wstępie odwołania wymieniono w kilku punktach przepisy, które miał naruszyć Zamawiający, jednakże z uzasadnienia odwołania wynika, że zarówno naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Odwołujący upatruje w uwzględnieniu przez Zamawiającego uzupełnionego certyfikatu i próbki, pomimo że na opakowaniu próbki złożonej wraz z ofertą nie było oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2, a uzupełniony certyfikat wystawiony jest po upływie terminu składania ofert.

Odwołanie nie zawiera natomiast zarzutów dotyczących:

- deklaracji zgodności, gdyż w uzasadnieniu i załączniku jedynie odnotowano fakt jej złożenia wraz z ofertą;
- poziomu AQL, gdyż wyłącznie w załączniku jedynie odnotowano fakt występujących w tym zakresie różnic pomiędzy dokumentami i próbką złożonymi wraz z ofertą i uzupełnionymi, przy braku jakiegokolwiek wypowiedzi w tym zakresie w uzasadnieniu i wobec niespornego faktu, że obie wartości mieszczą się w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, a uzupełnione dokumenty i próbka są zgodne, nie sprecyzowano na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Abook z treścią s.i.w.z.;
- uzupełnionego raportu z kontroli przedwysyłkowej, gdyż wyłącznie w załączniku do odwołania jedynie odnotowano fakt, że w ramach drugiego uzupełnienia został złożony raport z 3 sierpnia 2015 r., który potwierdza poziom AQL wynikający z uzupełnionych dokumentów i próbki, w szczególności jest to data upływu terminu składania ofert;
- zmiany treści oferty w zakresie oferowanego produktu, gdyż ani na wstępie, ani w uzasadnieniu nie ma żadnych rozważań w tym zakresie.

Z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp podjęta przez Odwołującego na rozprawie próba rozszerzenia zakresu sporu w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu nie miała wpływu na zakres kognicji Izby w tej sprawie. Jeżeli Odwołujący chciał podnieść takie zarzut, winien zawrzeć je w odwołaniu, a nie dopiero podać do protokołu w toku rozprawy.

Reasumując, zarzuty sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania zostały rozpoznane w takim zakresie, w jakim zostały podniesione, czyli biorąc pod uwagę opisane w odwołaniu

15

Sygn. akt KIO 2323/15

okoliczności faktyczne dotyczące skarżonych czynności lub zaniechań Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Izba stwierdziła, że Odwołujący bezpodstawnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie można stwierdzić, aby treść oferty Abook nie odpowiadała treści s.i.w.z., przy czym Odwołujący bezpodstawnie domaga się pominięcia dokumentów (w tym próbki), które prawidłowo zostały uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie

o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść

16

Sygn. akt KIO 2323/15

takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia

17

Sygn. akt KIO 2323/15

zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie

formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów,

18

Sygn. akt KIO 2323/15

o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lub którzy złożą takie dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiście jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 13 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1863/10) nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Izba zważyła, że Odwołujący pomimo prawidłowo ustalonych okoliczności co do przebiegu badania oferty Abook, a także adekwatnego przywołania brzmienia art. 26 ust. 3 pzp oraz powołania się na wypracowane w orzecznictwie rozumienie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp {zbieżne z powyżej zaprezentowanym}, z niewiadomych powodów chce ustalać zgodność treści oferty Abook z treścią s.i.w.z. wyłącznie z uwzględnieniem próbki złożonej wraz z ofertą, gdzie na opakowaniu zabrakło oznakowania poziomów ochrony towarzyszących piktogramowi EN 374-2. W tym zakresie uzasadnienie odwołania stanowi wręcz dosłowne powtórzenie treści pisma z 7 września 2015 r., które Skamex przesłał Zamawiającemu, twierdząc, że taki brak oznacza niezgodność zaoferowanych rękawic nie tylko z treścią s.i.w.z., ale także ze wspomnianą normą.

Jednakże ani z tego pisma, ani z uzasadnienia odwołania nie wynika, dlaczego taki brak na opakowaniu próbki miałby nie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Z kolei poza wypunktowaniem na wstępie odwołania zarzutu naruszenia tego przepisu przez wezwanie do uzupełnienia tego braku, z uzasadnienia nie wynika, na czym miałyby w tym przypadku polegać naruszenie art. 26 ust 3 pzp. Podobnie pomimo wypunktowania na wstępie odwołania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, na podstawie uzasadnienia odwołania nie sposób stwierdzić, dlaczego złożenie w uzupełnieniu innego niż wraz z ofertą

opakowania próbki oferowanych rękawic, odpowiadającego w pełni wymaganiom Zamawiającego co oznaczeń zamieszczonych na opakowaniu, miałyby świadczyć o niezgodności treści oferty Abook z treścią s.i.w.z.

Wobec tego zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia wymienionych na wstępie

19

Sygn. akt KIO 2323/15

odwołania przepisów w związku z uzupełnieniem przez Abook próbki należy uznać za oczywiście niezasadny.

Skonkretyzowany w uzasadnieniu odwołania zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp sprowadza się do twierdzenia, że skoro uzupełnione świadectwo badania typu WE zostało wydane 22 września 2015 r., nie czyni ono zadość temu przepisowi, gdyż nie potwierdza, że oferowane przez Abook rękawice spełniały wymagania Zamawiającego nie później niż 3 sierpnia 2015 r., w którym to dniu upłynął termin składania ofert.

Izba zważyła, że zarzut został oparty na przemilczeniu okoliczności faktycznych, które powyżej ustalono. Uzupełnionego dokumentu nie sposób rozpatrywać w oderwaniu od dokumentu załączonego do oferty, gdyż później wystawiony dokument stanowi jedynie aktualizację, w dodatku w zakresie parametru, który nie był przedmiotem wymagań Zamawiającego {na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że ponieważ w szpitalu dziecięcym w ogóle nie można używać preparatów zawierających formaldehyd, nie ma potrzeby, aby wymagać rękawiczek odpornych na działanie tego związku}. W tych okolicznościach zarzut, że uzupełniony {a *de facto* skorygowany} certyfikat badania typu WE dla rękawiczek oferowanych przez Abook nie potwierdza spełniania wymagań Zamawiającego na upływ terminu składania ofert jest wręcz bezprzedmiotowy.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby w pełni podziela i przyjmuje za własną zaprezentowaną w piśmie Przystępującego interpretację art. 26 ust. 3 pzp {zgodnie z którym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert}. Stanowisko to znajduje również szerokie oparcie w orzecznictwie Izby, które zostało trafnie zidentyfikowane i przywołane we wspomnianym piśmie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 i 4 listy zarzutów}

Ponieważ pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, a w dodatku nie podano dla nich w odwołaniu żadnego uzasadnienia, muszą zostać uznane za oczywiście niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

20

Sygn. akt KIO 2323/15

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

21