

Sygn. akt: KIO 3558/23

**WYROK**  
**z dnia 11 grudnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodnicząca:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę „**IZAN+**” sp. z o.o., ul. **Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o., Al. Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Ever Medical Care sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** oraz **Ever Cleaning sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego pełnomocnictwa,
2. w pozostałym zakresie **uwzględni odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ever Medical Care sp. z o.o. i Ever Cleaning sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o., Al. Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego: Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia sp. z o. o., Al. Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów, na rzecz odwołującego: „**IZAN+**” sp. z o.o., ul. **Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, kwotę 18 617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt KIO 3558/23**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia sp. z o. o., Al. Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Kompleksowe świadczenie usług sprzątnięcia i odkażania dla OCZ w Ostrzeszowie w okresie 24 miesięcy”, numer referencyjny: OCZ/ZP-14/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.10.2023 r., nr 2023/S 189-592124.

W dniu 27.11.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca „**IZAN+**” sp. z o.o., ul. **Żabiniec 46, 31-215 Kraków** (dalej: „**Odwołujący**”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt c) w zw. z art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Ever Cleaning sp. z o.o. i Ever Medical Care sp. z o.o. jako niezawierającej przedmiotowego środka dowodowego tj. pozytywnej opinii IMiDz dotyczącej preparatu o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, w sytuacji gdy Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia przewidział obowiązek dołączenia do oferty przedmiotowego środka dowodowego w postaci ww. opinii, jednocześnie nie przewidując w SWZ możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, względnie jako oferty niespełniającej warunku zamówienia, niezawierającej pozytywnej opinii IMiDz dotyczącej preparatu o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów,
- 2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie uzupełnienia w trybie wyjaśnień treści oferty wykonawcy Ever Cleaning sp. z o.o. i Ever Medical Care sp. z o.o., w zakresie pozytywnej opinii IMiDz dotyczącej preparatu o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, który to dokument miał być złożony z ofertą, co narusza zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców,



uzupełnienie pełnomocnictwa jest późniejsza niż czynność dokonana przez pana J.a (...) - to dokument ten powinien w swojej treści w sposób klarowny potwierdzać czynność dokonaną wcześniej przez Pana J.a (...)."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Ever Cleaning sp. z o.o. i Ever Medical Care sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30.11.2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Ever Medical Care sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa oraz Ever Cleaning sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa (dalej: „Przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 06.12.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Również pismem z dnia 06.12.2023 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

W trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego pełnomocnictwa. Postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe świadczenie usług sprzątnia i odkażania dla OCZ w Ostrzeszowie w okresie 24 miesięcy.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ w rozdziale XVIII pkt 3: Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił preparat do o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, posiadający pozytywną opinię IMiDz., którą Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty”.

Pismem z dnia 09.11.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust.1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego „do wyjaśnienia treści oferty w zakresie obejmującym obowiązek załączenia pozytywnej opinii IMiDz. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Wykonawca nie dołączył do oferty dokumentu pozytywnej opinii IMiDz. zapewniającego, że preparat posiada szerokie spektrum działania i wysoką skuteczność do dezynfekcji inkubatorów. Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień w zakresie braku wymaganego dokumentu stanowiącego treść oferty. Jednocześnie wyjaśniam, że to wymaganie nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego, a tym samym nie podlega uzupełnieniu z mocy art. 107 ustawy. Wyjaśnienie nie może prowadzić między zamawiającym a wykonawcą do negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Pismem z dnia 13.11.2023 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień:

„1) Wykonawca w treści oferty jednoznacznie wskazał, jaki produkt został zaoferowany przez Wykonawcę. Nie ma zatem mowy o jakiegokolwiek możliwości, nawet hipotetycznej, zmiany treści oferty lub negocjacji treści oferty. Wykonawca potwierdza, że jego intencją było zaoferowanie produktu preparatu o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, posiadającego pozytywną opinię Instytutu Matki i Dziecka, tj. Sekusept Pulver.

2) Produkt ten spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia, w tym w szczególności posiada stosowną pozytywną opinię Instytucji Matki i Dziecka. Informacja ta znajduje się w oficjalnych publikacjach podmiotu wydającego przedmiotowe opinie, tj. Instytutu Matki i Dziecka -/incidin-foam-preparat-dezynfekujący-2-3. Z uwagi na to, że jest to oficjalny publikator Instytutu Matki i Dziecka w zakresie wydania i posiadania pozytywnej opinii.

3) Z publikacji tej wynika, że zaoferowany przez Wykonawcę produkt Sekusept Pulver posiada pozytywną opinię Instytutu Matki i Dziecka z dnia 31.03.2022 r. (nr opinii OP-F-5475/15/2022). Opinia ta nie została cofnięta i jest ważna. W związku z tym, zaoferowany przez Wykonawcę został preparat o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, posiadający pozytywną opinię Instytutu Matki i Dziecka. (...)"

Do wyjaśnień Przystępujący dołączył aneks do opinii IMiDz przedłużający termin jej ważności dla preparatu Sekusept Pulver.

Pismem z dnia 16.11.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na

kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2c) została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest to, jakiego rodzaju dokumentem jest wymagana przez Zamawiającego opinia Instytutu Matki i Dziecka dla preparatu do dezynfekcji inkubatorów, w szczególności – czy jest ona przedmiotowym środkiem dowodowym, a w konsekwencji – czy opinia ta musiała być przedłożona przez wykonawców wraz z ofertą i czy możliwe jest jej uzupełnienie po upływie terminu składania ofert.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp lekkoć w niniejszej ustawie jest mowa o przedmiotowych środkach dowodowych należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie zdefiniował przedmiotowych środków dowodowych przez miejsce ich wskazania w dokumentach zamówienia, ale przez cel, jakiemu ma służyć ich złożenie w postępowaniu. Celem tym jest potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Oznacza to, że niezależnie od tego, w którym miejscu specyfikacji warunków zamówienia (lub innych dokumentów zamówienia) zamawiający zażąda złożenia środka służącego potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami określonymi np. w opisie przedmiotu zamówienia, środek ten należy uznać za przedmiotowy środek dowodowy. W świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp istotny jest bowiem cel złożenia tego środka, nie zaś umiejscowienie żądania jego złożenia w dokumentach zamówienia. Powyższe pozostaje w zgodzie z art. 134 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie mowa jest o obowiązku zawarcia w SWZ informacji o przedmiotowych środkach dowodowych, ale nie o tym, że informacja ta musi być zawarta w konkretny sposób (np. jako „wykaz” – por. z art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp), czy w konkretnym miejscu. Oczywistym jest przy tym, że wymienienie wszystkich wymaganych przedmiotowych środków dowodów w jednym miejscu SWZ czyniłoby jej postanowienia bardziej czytelnymi i przyjaznymi dla wykonawców, niemniej jednak podanie informacji o przedmiotowych środkach dowodowych w inny sposób, nie zmienia ich kwalifikacji jako przedmiotowych środków dowodowych, nie zwalnia wykonawców z obowiązku ich złożenia wraz z ofertą i nie zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania do nich zasad przewidzianych w ustawie Pzp właśnie dla przedmiotowych środków dowodowych. Zwłaszcza, że obowiązkiem profesjonalnego wykonawcy jest zapoznanie się z całą treścią dokumentów zamówienia, co oznacza, że wymienienie danego środka np. w OPZ, nie może być usprawiedliwieniem dla jego niezłożenia.

W niniejszej sprawie Zamawiający w rozdziale XVIII w pkt 33 OPZ żądał, aby „Wykonawca zapewnił preparat do szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów, posiadający pozytywną opinię IMiDz., którą Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty”. Tym samym żądanie zawarte w ww. pkt 33 OPZ świadczyo tym, że Zamawiający oczekiwał złożenia opinii IMiDz jako środka potwierdzającego zgodność preparatu oferowanego w ramach usług polegających na dezynfekcji inkubatorów z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, związanym też zrealizacją zamówienia. Oznacza to, że w świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, ww. opinia IMiDz jest przedmiotowym środkiem dowodowym. Przesądza o tym cel złożenia tego dokumentu, czyli potwierdzenie zgodności oferowanego preparatu z wymaganiami OPZ, ale dodatkowo takie zakwalifikowanie tego dokumentu w niniejszym postępowaniu pośrednio potwierdza też fakt, że wymóg jego złożenia został zamieszczony w OPZ oraz że Zamawiający żądał jego złożenia wraz z ofertą, czyli w zgodzie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych.

Nie jest przy tym zrozumiałe stanowisko Zamawiającego, który twierdzi, że nie było jego intencją żądanie złożenia ww. dokumentu wraz z ofertą, skoro wyraźnie postawił taki wymóg w pkt 33 rozdziału XVIII OPZ, a ponadto brakiem dołączenia tego dokumentu do oferty uzasadnił wezwanie do wyjaśnień z dnia 09.11.2023 r. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie jest więc sprzeczna z czynnościami podjętymi przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i Izba poczytuje ją za rodzaj strategii procesowej przyjętej w postępowaniu odwoławczym.

Skoro zatem charakter wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, tj. opinii IMiDz przesądza o konieczności zakwalifikowania go jako przedmiotowego środka dowodowego, to znaczy że zastosowanie znajduje art. 107 ustawy Pzp, zgodnie z którym jak już wyżej wskazano, dokument ten powinien być zostać złożony wraz z ofertą (co też jasno wynika z ww. pkt 33 OPZ), a jeśli nie został złożony wraz z ofertą – może zostać uzupełniony tylko w przypadku, gdy zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp). Przystępujący nie złożył ww. dokumentu wraz z ofertą, zaś Zamawiający nie przewidział możliwości zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, co prowadzi do wniosku, że niedopuszczalne było umożliwienie Przystępującemu uzupełnienia ww. opinii IMiDz. Przy czym podkreślić należy, że nie było to dopuszczalne także w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przepis ten jednoznacznie zakazuje dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie. Tymczasem uzupełnienie oferty o dokument dotyczący przedmiotu zamówienia i stanowiący treść tej oferty (co stwierdził sam Zamawiający w piśmie z dnia 09.11.2023 r.), który to dokument - wbrew jasno wyrażonemu w OPZ żądaniu - nie był uprzednio wraz z nią złożony, stanowi zmianę oferty. Dlatego złożenie przedmiotowego środka dowodowego w postaci ww. opinii IMiDz po upływie terminu składania ofert nie było dozwolone ani na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ani na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Oznacza to, że w sytuacji niezłożenia przez Przystępującego ww. opinii IMiDz wraz z ofertą, jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie i argumentacji Przystępującego, należy zauważyć, co następuje.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z tezą, jakoby ww. opinia IMiDz była dokumentem zbędnym, co w świetle art. 106 ustawy Pzp miałyby świadczyć o tym, że nie jest ona przedmiotowym środkiem dowodowym. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, dla kwalifikacji danego dokumentu jako przedmiotowego środka dowodowego decydujące znaczenie ma jego charakter w świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Zatem ewentualna zbędność danego dokumentu w danym postępowaniu powoduje jedynie, że zamawiający nie może żądać od wykonawców jego złożenia, natomiast nie wpływa na charakter tego dokumentu, który – jeśli odpowiada definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp - jest przedmiotowym środkiem dowodowym. Po drugie, jeżeli Przystępujący uważa, że opinia IMiDz jest dokumentem zbędnym, to wymóg jej złożenia powinien był kwestionować wnosząc odwołanie w terminie biegnącym od opublikowania dokumentów zamówienia. Obecnie treść SWZ, w tym załącznika nr 9, jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców, więc podnoszenie kwestii zbędności lub niezbędności tego dokumentu jest działaniem spóźnionym i ponownie należy wskazać, że nie wpływa na fakt, że jest on przedmiotowym środkiem dowodowym. Po trzecie, sam Zamawiający w piśmie z dnia 09.11.2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie braku tego dokumentu, co świadczy o tym, że był to dla niego dokument istotny i niezbędny.

Izba nie podzieliła także argumentacji, zgodnie z którą istnieją rozbieżności w postanowieniach SWZ, które skutkują koniecznością zastosowania zasady rozstrzygnięcia niejasności dokumentów zamówienia na korzyść wykonawcy. Rzeczywiście w SWZi w załącznikach do niej, tj. w OPZ i w projekcie umowy zawarte są postanowienia odnoszące się do różnych środków, w tym preparatów do dezynfekcji, zgodnie z którymi Zamawiający wymagał także złożenia wykazu preparatów, ulotek informacyjnych czy kart charakterystyki, które miały być złożone przed lub przy podpisywaniu umowy. Należy jednak zauważyć, że postanowienia te nie pozostają w sprzeczności z pkt 33 w rozdziale XVIII OPZ, ponieważ dotyczą innych dokumentów niż opinia IMiDz. Z postanowień tych wynika bowiem, że wykaz środków chemicznych i preparatów dezynfekcyjnych ma być złożony 2 dni przed podpisaniem umowy, karty charakterystyki substancji niebezpiecznej i preparatu niebezpiecznego mają być złożone przy podpisywaniu umowy, pozostałe karty charakterystyki i ulotki informacyjne mają być uzupełniane w trakcie realizacji umowy, zaś opinia IMiDz ma być złożona wraz z ofertą. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia różnych dokumentów i dla każdego ich rodzaju przewidział różne momenty ich składania, nie można mówić o żadnej rozbieżności w tym zakresie. Rozbieżność zachodziłaby, gdyby Zamawiający wskazał różne momenty złożenia tego samego dokumentu, czyli w tym wypadku - opinii IMiDz dla preparatu o szerokim spektrum działania i wysokiej skuteczności do dezynfekcji inkubatorów. Jednakże w tym zakresie treść SWZ jest jasna: Zamawiający wymagał ww. opinii tylko w jednym miejscu, tj. w pkt 33 rozdziału XVIII OPZ (zał. nr 9 do SWZ) i jednoznacznie wskazał w nim, że opinia ta ma być złożona wraz z ofertą („opinię IMiDz., którą Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty”). Tym samym nie zachodzi żadna rozbieżność między pkt 33 rozdziału XVIII OPZ a pozostałymi postanowieniami SWZ odnoszącymi się do innych dokumentów dotyczących preparatów dezynfekujących. W konsekwencji nie ma też podstaw do przyjęcia, że zastosowanie w przedmiotowej

sprawie znajduje zasada rozstrzygnięcia niejasności dokumentów zamówienia na korzyść wykonawcy, gdyż żadna niejasność / rozbieżność w tym przypadku nie miała miejsca. Przy czym warto ponownie przypomnieć, że obowiązkiem wykonawcy jest zapoznać się z całą treścią dokumentów zamówienia, w tym również w zakresie różnych wymagań dotyczących różnych dokumentów.

Nie można się również zgodzić z argumentacją, zgodnie z którą nadmiernym formalizmem jest odrzucenie oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferowany przez niego preparat do dezynfekcji inkubatorów posiada wymaganą opinię IMiDz, a jedynie nie została ona złożona wraz z ofertą. W orzecznictwie Izby wielokrotnie wskazywano, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i choć formalizm ten nie może być celem samym w sobie, to jednak określone wymogi zawarte w dokumentach zamówienia nie mogą też być pomijane, zwłaszcza na korzyść danego wykonawcy, gdyż prowadziłoby to do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp odróżnił podstawę odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) od odrzucenia oferty z powodu niezłożenia m.in. przedmiotowego środka dowodowego (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp). Tym samym konieczność odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nieprzedłożenia opinii IMiDz będącej przedmiotowym środkiem dowodowym nie jest formalizmem (zwłaszcza nadmiernym), ale obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, a także z faktu, że Zamawiający nie przewidział zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Obowiązek ten wynika także z zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż te same wymagania kierowane są do wszystkich wykonawców i fakt ich niespełnienia musi pociągać za sobą dla wszystkich wykonawców te same konsekwencje, w tym wypadku wprost przewidziane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Ponadto przyjęcie za słuszną argumentacji Przystępującego o tym, że odrzucenie oferty w okolicznościach niniejszej sprawy stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności, musiałoby prowadzić do nieakceptowalnego wniosku, że w istocie stosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jest niezgodne z ww. zasadą. W ocenie Izby bowiem, jeżeli wykonawca, wbrew jasno i jednoznacznie wyrażonemu wymogowi zawartemu w dokumentach zamówienia, nie składa wymaganego dokumentu wraz z ofertą i z tego powodu zamawiający odrzuci jego ofertę, to czynność zamawiającego nie będzie nieproporcjonalna do zachowania wykonawcy, ale zgodna z przywołanymi wyżej przepisami, a także z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała okazywane przez Odwołującego i Przystępującego na laptopie i na telefonie informacje dotyczące środków do dezynfekcji posiadających opinię IMiDz za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem informacje te nie wpływają na kwalifikację opinii IMiDz jako przedmiotowego środka dowodowego oraz na związane z tym konsekwencje wynikające z art. 107 ust. 2 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Ponadto Izba pominęła argumentację i dowody przedstawione przez Przystępującego i Odwołującego w pismach z dnia 08.12.2023 r., tj. po zamknięciu rozprawy w dniu 07.12.2023 r. Zgodnie bowiem z art. 545 ust. 1 ustawy Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że ustawa stanowi inaczej, zaś zgodnie z art. 535 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Oznacza to, że Izba rozpoznaje odwołanie na podstawie materiałów (dokumentacji postępowania, dowodów, argumentacji stron i uczestników) ujawnionych na rozprawie, natomiast nie czyni tego w oparciu o argumenty lub dowody niedostępne stronom i uczestnikom w trakcie rozprawy. Uwzględnienie przez Izbę argumentacji i dowodów przedstawionych już po zamknięciu rozprawy stanowiłoby naruszenie ww. przepisów, jak też zasady jawności oraz zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze. Ponadto ww. przekazane Izbie pisma i dowody nie stanowią „załączników do protokołu rozprawy” (nazewnictwo Przystępującego i Odwołującego), gdyż raz jeszcze należy przypomnieć, że zostały przekazane po zamknięciu rozprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....