Sygn. akt: KIO 1937/15

WYROK
z dnia 17 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 roku przez wykonawcę – **B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. B. Neomed z siedzibą w Piasecznie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. B. Neomed z siedzibą w Piasecznie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – **B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. B. Neomed z siedzibą w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawcy – **B. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S. B. Neomed z siedzibą w Piasecznie** na rzecz zamawiającego – **Wojskowego Instytutu Medycznego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt KIO 1937/15

UZASADNIENIE

W dniu 4 września 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013 poz. 907 ze zm) dalej jako: „ustawa Pzp", odwołanie złożył wykonawca B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. B. Neomed z siedzibą w Piasecznie, dalej jako: „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wyrobów włókienniczych, odzieży medycznej i produktów z tworzyw sztucznych (w tym do użytku na salach operacyjnych oraz do użytku szpitalnego i medycznego), a także opatrunków, bielizny szpitalnej i innych, wyrobów oraz produktów medycznych, (dalej jako: „postępowanie") prowadzi Zamawiający: Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 08 kwietnia 2015 r., numer ogłoszenia 2015/S 068-121612.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań

Zamawiającego tj. od czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 26 sierpnia 2015r., w którym Zamawiającego przesłał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty i w konsekwencji unieważnieniu unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX. Zatem odwołanie wniesione zostało w ustawowo przewidzianym terminie. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek bankowy UZP, kopię odwołania dostarczono Zamawiającemu.

Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;

b) z ostrożności - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia próbek, w razie stwierdzenia, że złożone próbki nie spełniały wymagań Zamawiającego,

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX mimo, że oferta Odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ, nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie Pakietu Nr XXXIX.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu nr XXXIX,

b) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na oferty odrzuceniu Odwołującego,

c) w razie stwierdzenia przez Izbę, że złożone próbki nie spełniały wymagań Zamawiającego - wezwanie do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie Pakietu Nr XXXIX z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

e) dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie Pakietu Nr XXXIX.

Odwołujący wskazał na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, jednak z uwagi na odrzucenie jego oferty a następnie unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX Odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. Biorąc pod uwagę złożone w zakresie Pakietu XXXIX oferty, to oferta Odwołującego, która niesłusznie została odrzucona, jest ofertą najkorzystniejszą. W rezultacie Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum *cessans).* Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2015 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie pakietu XXXIX z uwagi na niespełnienie wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ przez:

a) pokrowiec na zwłoki (poz. 6 arkusza asortymentowo-cenowego Pakietu Nr XXXIX),
b) serwetę (poz. 12 arkusza asortymentowo-cenowego Pakietu Nr XXXIX),
c) ubranie chirurgiczne (poz. 16) oraz zestaw medyczny (poz. 17 arkusza asortymentowo-cenowego Pakietu Nr XXXIX),
d) ochraniacz na buty (poz. 27 arkusza asortymentowo-cenowego Pakietu Nr XXXIX).

Ad. a) Odnośnie pierwszej przesłanki odrzucenia - pokrowiec na zwłoki.

Zamawiający jako pierwszą przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał niespełnienie przez pokrowiec na zwłoki wymagań określonych w załączniku Nr 3 - arkuszu asortymentowo-cenowym Pakietu Nr XXXIX tj.: „pokrowiec na zwłoki 220x240cm z włókniny polipropylenowej nieprześwitujący z warstwą antyelektrostatyczną o gramaturze min 60g/m2. Wzmocnione potrójnie prześcieradło (na całej długości dodatkowo centralnie wstawiony 2 warstwowy pas o szerokości 135-145cm) z dodatkowymi wiązaniami na wysokości szyi, tułowia i nóg. Kolory: czarny, granatowy".

W opinii Zamawiającego jedna z warstw oferowanego towaru wykonana jest z materiału o niewłaściwej gramaturze (około 10g/m2).

Odwołujący podnosi, że w powyższym przypadku niespełnienie wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ nie ma miejsca. Pokrowiec na zwłoki zaoferowany przez Odwołującego wykonany jest z materiału o gramaturze określonej w SIWZ. Wzmocnione potrójne prześcieradło wykonane jest z włókniny o gramaturze 60g/m2+20g/m2+60g/m2 - co znacząco przewyższa wymagania określone w SIWZ. Podkreślić trzeba, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił, jaką gramaturę powinien posiadać materiał, z którego wykonane jest wzmocnienie. W opinii Odwołującego, Zamawiający w nieuzasadniony sposób próbuje dokonać rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ. Jak sam wskazał Zamawiający, to włóknina polipropylenowa, z której wykonany jest pokrowiec, ma posiadać określoną gramaturę. Nie dotyczy to jednak w żadnym stopniu wzmocnienia, które opisane zostało w dalszej części wymogu. W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie uznać należy za całkowicie bezzasadne.

Ad. b) Odnośnie drugiej przesłanki odrzucenia - serweta.

Odnosząc się do drugiej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że serweta określona w poz. 12 arkusza asortymentowo-cenowego nie spełnia postawionych tam wymagań tj. „serweta z zaszyciami (na parawan medyczny) 120x160cm oraz 150x200cm - do wyboru przez Zamawiającego, z nieprześwitującej włókniny z warstwą

antyelektrostatyczną. Gramatura 60g/m2. Kolory: niebieski, zielony, granatowy, biały. Zaszycia na całej długości 120cm oraz 150cm obu końców".

Biorąc pod uwagę, że dokonany opis był nieprecyzyjny, to w wyniku pytań Wykonawców Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2015 r. uszczegółowił swoje wymagania następująco: „Na dłuższych bokach: od góry - zaszycie min. 4,5 cm tworząc otwór min. 3,5 cm, na dole - zakładka min. 9,0 cm z przeszyciem na środku tworząc 2 otwory po 4,0 cm dla dwóch rurek obciążających".

Wskazując na niezgodność zaoferowanego towaru z wymaganiami, Zamawiający wskazał, że na podstawie badania próbki stwierdził brak na dłuższym boku (w dolnej części) dwóch otworów na rurki obciążające oraz na fakt, że zaszycia zostały wykonane na krótszym boku a ich szerokość wynosi 7cm (wymagane min. 9.0cm).

Odwołujący uważa, że w powyższym przypadku niespełnienie wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ także nie ma miejsca. Serweta z zaszyciami (na parawan medyczny) spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Odwołujący przedstawił rysunek poglądowy, wskazujący na produkt oferowany przez Odwołującego, który przemawiać ma na jego korzyść.

Jak zostało przedstawione na obrazku, przeszycia winny zostać wykonane na dłuższym boku tj. odpowiednio 160 cm albo 200 cm. Tak też uczynił Odwołujący wykonując przeszycia o szerokości 7cm, tworzące otwór 6,5 cm, co wprost spełnia wymagania określone w SIWZ. Natomiast w dolnej części serwety, biorąc pod uwagę, że otwory przeznaczone zostały dla rurek obciążających, Odwołujący wykonał przeszycie o szerokości 9 cm, tworzące 2 otwory, co spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wskazał przy tym, iż Zamawiający w treści SIWZ nie określił wprost, który z wymiarów podanych w cm jest długością, a który szerokością. Okoliczność ta nie może negatywnie wpływać na sytuację Odwołującego w postępowaniu, a w szczególności nie może uprawniać do odrzucenia jego oferty. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do uznania, by towar o właściwościach przedstawionych jak na rysunku, był podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Ad. c) Odnośnie trzeciej i czwartej przesłanki odrzucenia - ubranie chirurgiczne oraz zestaw medyczny.

Zamawiający jako trzecią i czwartą przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał niespełnienie przez ubranie chirurgiczne (z poz. 16) i zestaw medyczny (z poz. 17) wymagań, które nie zostały określone w żadnej części SIWZ. Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazał, że oferowane w w/w pozycjach wyroby nie spełniają wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych w zakresie ich oznaczenia. Zamawiający twierdzi,

że dostarczone próbki nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ tj. zawierają etykietę z odręcznie wpisanymi danymi identyfikującymi, na której brakuje adresu wytwórcy oraz wskazania, że jest przeznaczony do jednorazowego użytku.

Odrzucenie na tej podstawie uznać należy jako rażąco naruszające przepisy ustawy Pzp. Po pierwsze Zamawiający wymagał od towarów z poz. 16 i 17 arkusza asortymentowo-cenowego w zakresie Pakietu Nr XXXIX odpowiednio:
Poz. 16 - „Męskie ubranie medyczne dwuczęściowe wykonane z włókniny, niepylącej, oddychającej typu SMS lub równoważnej o gramaturze min. 40 G/M2, kolor zielony, niebieski, rozmiar: S, M, L, XL, XXL. Ubranie nieprześwitujące”
Poz. 17 - „zestaw niejałowy: fartuch medyczny - pełnoochronny, nieprzemakalny, nieprześwitujący. Rozmiar XXL z włókniny polipropylenowej, maska medyczna z filtrem biologicznym i okularem, czepek pełnoochronny, ochraniacze na buty XXL - wykonane z włókniny foliowanej o gramaturze min 15/15g/m2. Kolor biały, zielony, niebieski”.

Brak jest zatem w powyższych wymogach, jak i we wszystkich innych zapisach SIWZ, wskazania jakoby Zamawiający wymagał próbek w oryginalnych opakowaniach. Jak wynika z treści Rozdziału XIII ust. 3 pkt. 3.2. SIWZ oferta oceniana będzie pod względem merytorycznym poprzez: sprawdzenie zgodności oferowanego towaru z przedmiotem zamówienia i wymaganiami Zamawiającego. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw by Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie domniemanych, wskazanych powyżej niezgodności treści oferty z SIWZ. Rozwiewając ponadto wątpliwości Zamawiającego odnośnie zgodności oferowanych towarów z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych, wystarczy wskazać na stanowiące treść oferty Odwołującego oświadczenie o posiadaniu przez oferowane towary dokumentów dopuszczających do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, której to okoliczności Zamawiający nie podważył.

Mając zatem na uwadze powyższe Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw by uznać, że towary wskazane w poz. 16 i 17 nie spełniają wymagań wynikających z SIWZ. W zakończeniu Odwołujący dodał, iż próbki Odwołującego zostały dostarczone do Zamawiającego w taki sposób, że Zamawiający nie miał żadnego problemu z identyfikacją dostarczonego wyrobu.

Ad. d) Odnośnie piątej przesłanki odrzucenia - ochraniacz na buty.

Odnosząc się do ostatniej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że ochraniacz na buty określony w poz. 27 arkusza asortymentowo-cenowego w zakresie pakietu Nr XXXIX nie spełnia postawionych tam wymagań tj. „ochraniacz na buty

z włókniny polipropylenowej z warstwą antyelektrostatyczną gramatura min. 40g/m2, z wszytą dookoła gumką. Kolory: granatowy, zielony, niebieski. Rozmiar XXL, XL, L”.
W opinii Zamawiającego w opakowaniach, których etykiety zawierają informację o różnych rozmiarach znajdują się wyroby w jednakowym rozmiarze.

Odwołujący uważa, że w powyższym przypadku niespełnienie wymagań

Zamawiającego określonych w SIWZ nie ma miejsca. Ochraniacze na buty spełniają wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Co więcej podczas wglądu do próbek w siedzibie Zamawiającego przedstawiciel Odwołującego wyraźnie wskazywał na to, że ochraniacze różnią się od siebie rozmiarem. W żadnym miejscu SIWZ nie wskazano w jaki sposób Zamawiający rozumie różne rozmiary oraz w jaki sposób różnice w rozmiarach mają wpływać na konstrukcję ochraniacza. Odwołujący może jedynie domniemywać, że sposobem oceny zaoferowanych wyrobów było jedynie mierzenie długości podeszwy bez jakiejkolwiek oceny pozostałej części ochraniacza. Tymczasem produkt zaoferowany przez Odwołującego ma tę właściwość, że większa ilość materiału, w przypadku większych rozmiarów, znajduje się w górnej części ochraniacza, przez co możliwe jest przy różnych rozmiarach lepsze dopasowanie go do rozmiaru buta użytkownika. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z przyczyn, które nie zostały określone w treści SIWZ.

Wszystkie wskazane powyżej nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego ocenić należy jeszcze surowiej biorąc pod uwagę dokonaną przez Zamawiającego ocenę pozostałych ofert złożonych w zakresie Pakietu Nr XXXIX. W tym zakresie wskazać należy na ofertę Wykonawcy POV-GOL Sp. z o.o., ul. Traktorzystów 1A, 05-503 Głosków k. Piaseczna (dalej: „POV-GOL") i następujące kwestie:

a) co do serwety z poz. 11 oraz 19 arkusza asortymentowo-cenowego w zakresie Pakietu Nr XXXIX Zamawiający wymagał wyrobu z włókniny 3 warstwowej o gramaturze odpowiedniej dla warstw tj. min. 29g/22g/20g/m2. Tymczasem serwety zaoferowane przez POV-GOL wykonane są z włókniny 2 warstwowej o gramaturze 15g/15g/m2,

b) w poz. 17 arkusza asortymentowo-cenowego w zakresie Pakietu Nr XXXIX Zamawiający wymagał aby fartuch medyczny, będący częścią zestawu, wykonany był z włókniny polipropylenowej nieprzemakalnej. Tymczasem jak wynika z karty technicznej i ulotki zaoferowanego produktu - fartuch nie jest nieprzemakalny,

c) w zakresie pokrowca z poz. 33 arkusza asortymentowo-cenowego w zakresie Pakietu Nr XXXIX Zamawiający wymagał, aby jego rozmiar wynosił 75cm x 195cm. Produkt zaoferowany przez POV-GOL posiada wymiary 75cm x 190 cm, co ewidentnie wskazuje na niespełnienie wymagań wynikających z SIWZ.

Wszystkie powyższe okoliczności wskazują na rażące zaniedbania Zamawiającego w zakresie dokonanego badania i oceny ofert, a w szczególności dowodzą nierównego traktowania wykonawców. Nie sposób bowiem wytłumaczyć, na jakiej podstawie oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za niezgodną z treścią SIWZ, podczas gdy oferta POV-GOL nie wzbudziła nawet żadnych wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Odwołującego brak jest logiki w zachowaniu Zamawiającego odrzucającego ofertę Odwołującego, spełniającą wszystkie wymagania, co więcej o ponad 1.000.000,00 (słownie: milion) złotych tańszą od drugiej oferty złożonej w Pakiecie Nr XXXIX. Jedynym wytłumaczeniem powyższego jest nakierowanie działań Zamawiającego na unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX.

Biorąc pod uwagę powyższe, jedynym sposobem doprowadzenia do zgodności z przepisami ustawy Pzp postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX jest unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a następnie jej wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie wskazanego powyżej Pakietu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia próbek, w razie stwierdzenia przez Izbę, że złożone próbki nie spełniały wymagań Zamawiającego.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby hipotetycznie którakolwiek z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego została uznana za uzasadnioną, to na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki w tym zakresie.

W rozdziale XIII ust. 3 pkt. 3.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta oceniana będzie pod względem merytorycznym poprzez: sprawdzenie zgodności oferowanego towaru z przedmiotem zamówienia i wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie w Rozdziale X ust. 4 pkt. 4.4. Zamawiający wskazał, że „podane przez Wykonawcę w Arkuszu asortymentowo-cenowym dane identyfikacyjne oferowanego towaru (wyrobu) muszą znaleźć

odzwierciedlenie na próbkach i we wszystkich dokumentach (materiałach) ich dotyczących, co umożliwi:
a) w trakcie oceny oferty - ich jednoznaczną identyfikację i potwierdzenie spełniania stawianych przez Zamawiającego wymagań".

Powyższe postanowienia jednoznacznie wskazują, że próbki wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu służą potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy określonych wymagań, w związku z czym Zamawiający był uprawniony do ich żądania na podstawie § 6 ust. 1 pkt. 1) 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.

W związku z powyższym, w razie stwierdzenia przez Zamawiającego jakichkolwiek niezgodności dostarczonych próbek z wymaganiami SIWZ, był on zobowiązany wezwać do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe jest zgodne z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej (tak KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1517/13). Na powyższe zwracał również uwagę sam Zamawiający. W rozdziale IV ust. 4 SIWZ wskazał, że: „brak jakiegokolwiek wymaganego oświadczenia lub dokumentu, jak również złożenie ich w nieodpowiedniej formie lub o niewłaściwej treści spowoduje wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp".

Powyższe wskazuje zatem, że Zamawiający nie dość, że naruszył przepisy ustawy Pzp, to naruszył również postanowienia określone przez siebie w treści SIWZ. Mimo stwierdzonych, zdaniem Zamawiającego, uchybień w próbkach, Odwołujący nie został wezwany do ich uzupełnienia mimo wyraźnego zastrzeżenia istniejącego w treści Specyfikacji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX mimo, że oferta Odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ, nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Pismem z dnia 26 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z tego powodu, że cena najkorzystniejszej oferty (5.334.314,40 zł) przekracza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Powyższa decyzja w istotny sposób narusza przepisy ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego. W związku z powyższym dokonując ponownego badania i oceny oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, cena najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie Pakietu Nr XXXIX wynosić będzie 4.295.622,00 zł, podczas gdy Zamawiający przewidział na sfinansowanie tego Pakietu 5.279.845,00 zł. Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu Nr XXXIX.

Mając na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, w konsekwencji zaś unieważnienie postępowania, a także potencjalne

stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, w tym prawidłowo przywołał treść wszystkich dokumentów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do uwag natury ogólnej, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87

---

ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i dotyczyła oferty Odwołującego, choć nie wszystkie kwestionowane punkty z formularza asortymentowego, na które wskazywał Zamawiający znalazły potwierdzenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdziły także przeprowadzone przez Izbę na rozprawie oględziny i szczegółowa prezentacja próbek złożonych z ofertą Odwołującego.

Izba uznała, że zasadnie wskazywał Zamawiający na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w przypadku serwety (parawanu) oraz ochraniaczy na obuwie. Nie potwierdziła się natomiast niezgodność oferowanych produktów w przypadku pokrowca na zwłoki oraz ubrania chirurgicznego i zestawu medycznego, co nie zmieniało okoliczności, że odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutu niespełnienia wymagania odpowiedniej gramatury dla pokrowca na zwłoki, zauważyć należy, że Zamawiający w SIWZ określił, iż wymaga zaoferowania „pokrowca na zwłoki 220x240cm z włókniny polipropylenowej nieprześwitującego z warstwą antyelektrostatyczną o gramaturze min 60g/m2. Wzmocnione potrójnie prześcieradło (na całej długości dodatkowo centralnie wstawiony 2 warstwowy pas o szerokości 135-145cm) z dodatkowymi wiązaniami na wysokości szyi, tułowia i nóg. Kolory: czarny, granatowy". W ocenie Izby parametr gramatury można było odczytać jako parametr odnoszący się do całego pokrowca, a nie jak wywodził Zamawiający do każdej z warstw tego pokrowca. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w innych miejscach SIWZ, gdzie Zamawiający stawiał wymagania odnośnie warstw tkaniny, taki wymóg artykułowany był wprost. Wykonawca miał zatem prawo zakładać, że odpowiednią gramaturę ma posiadać pokrowiec, a nie poszczególne warstwy tego pokrowca. Jeżeli Zamawiający oczekiwał pokrowca, w którym każda część wykonana jest określoną techniką, to wymaganie takie musiałby

umieścić w SIWZ.

Co do wymogów serwety (parawanu), to w wyniku odpowiedzi na pytania Zamawiający uszczegółowił opis przedmiotu zamówienia wskazując, że serweta ma charakteryzować się następującymi cechami: „Na dłuższych bokach: od góry - zaszycie min. 4,5 cm tworząc otwór min. 3,5 cm, na dole - zakładka min. 9,0 cm z przeszyciem na środku tworząc 2 otwory po 4,0 cm dla dwóch rurek obciążających".

Z oferty złożonej przez Odwołującego wynika, że zaproponowane parawany posiadają przeszycia na krótszych bokach, co wprost oznacza niezgodność z wymaganiami SIWZ. Tezie tej nie zaprzeczyła przeprowadzona prezentacja próbki na rozprawie, na podstawie której Izba stwierdziła, że parawan posiada przeszycia na krótszych bokach, a dodatkowo informacja taka znajdowała się w ofercie wykonawcy przy informacji opisowej o oferowanych wyrobach. Nie można zatem uznać, że wykonawca w sposób niezamierzony pomylił się i złożył niewłaściwą próbkę, ponieważ opis z oferty odpowiada cechom fizycznym produktu. Wobec okoliczności, że wykonawca zaproponował parawan pionowy, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo postąpił wskazując na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Choć niewątpliwie rysunek poglądowy, który przedstawił na rozprawie Zamawiający mógł być pomocny, gdyby stanowił treść SIWZ, opis wynikający ze specyfikacji był na tyle klarowny, że już tylko na jego podstawie można było uzyskać pewność, że oferowany wyrób nie odpowiada temu opisowi. Skoro parawan miał być dostarczany w dwóch wielkościach 120x160cm oraz 150x200cm, to wyjaśnienia o przeszyciach na dłuższych bokach nie można zinterpretować w odmienny sposób, iż zszyte odpowiednio miały być boki o długości 200 cm, jako dłuższe boki serwety.

Odnośnie wymogów dotyczących ubrania chirurgicznego i zestawu medycznego, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. Nie było sporne między stronami, że wyroby te stanowią wyroby medyczne, a tym samym podlegają określonym regulacjom prawnym i winny spełniać dodatkowe wymagania, choćby w zakresie odpowiedniego oznaczenia. Wydaje się jednak, że Zamawiający o niezgodności treści oferty wnioskował jedynie na podstawie okoliczności, że dane wyroby zaoferowane zostały jako pojedyncza sztuka, co zdaniem Zamawiającego oznaczało, że opakowanie takiego wyrobu musi spełniać wymagania określone w przepisach odrębnych i wskazywać na adres wytwórcy, informacje, czy produkt przeznaczony jest do jednorazowego użytku. Z opakowania, w którym dostarczona została do Zamawiającego próbka tych produktów, dane te nie wynikały. Z faktu tego nie można jednak zdaniem Izby jednoznacznie wywodzić, że zaoferowano produkt, który nie jest dopuszczony do obrotu zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach medycznych.

Zamawiający nie żądał złożenia próbek w opakowaniach handlowych, jeżeli wyrób dostępny jest jako pojedyncza sztuka. Nic nie stało na przeszkodzie, aby takie zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ poczynić, aby Zamawiający mógł mieć pewność, że otrzyma towar dopuszczony do obrotu, albo wskazać należało jednoznacznie jakie oznaczenia powinno posiadać opakowanie, w którym znajdować się będzie próbka. Dlatego też uznano, że w tym przypadku Zamawiający nie udowodnił i wykazał niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a niejednoznaczne zapisy SIWZ zinterpretowano na korzyść wykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego Izby potwierdziła się niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w przypadku oferowanych ochraniaczy na buty. Z przeprowadzonej na rozprawie prezentacji jednoznacznie wynikało, że ochraniacze w dwóch różnych rozmiarach L i XXL nie różnią się między sobą wielkością. Cech różnicujących dany produkt nie dało się również zauważyć przy porównaniu złożonych i ocenianych próbek przy użyciu szablonów wykorzystywanych przez producenta ochraniaczy przy ich szyciu. Nie znalazła zatem potwierdzenia teza, że ochraniacze danego producenta szyte są w inny sposób, a różnicę w rozmiarze można zauważyć przy porównaniu górnej części ochraniacza. Co więcej zauważyć należy, że choć zaprezentowane przez Odwołującego szablony ochraniaczy różniły się między sobą wielkością, w tym także długością podeszwy, to różnic tych nie dało się zauważyć na próbkach, które przy pomiarze miały taką samą długość i szerokość. Dlatego też uznano, że

decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w tym zakresie była zasadna.

Prezentacja próbki jest sposobem zbadania cech przedmiotu składającego się na ofertę. Może ona przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu, zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych, testowania sprzętu komputerowego, zbadania działania systemu informatycznego.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert - oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Próbka przewidziana została w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdzie w § 6 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają

---

wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Próbka, a w konsekwencji – przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, sprawdzenie walorów oferowanego przedmiotu, czy zbadanie umiejętności osób może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art. 89 ust. 2 ustawy), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Przedmiotem rozważań dotyczących próbki w postępowaniu o zamówienie publiczne jest kwestia dopuszczalności uzupełnienia próbki. Spory zasadzają się na kwestii, czy w konkretnej sytuacji próbka ma charakter oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 KC), czy też dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W tym drugim wypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (nazywanym powszechnie „dokumentem przedmiotowym”), w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezałączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą – po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania. Przy braku takich postanowień jednoznacznie przesądzających o znaczeniu próbki, ocenie podlega charakter wymagania.

W orzecznictwie uznawano, że jeśli próbka, procedura jej badania została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu (wyrok KIO z 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 544/15, KIO 555/14). Podobnie jest, gdy za pomocą próbki wyrażana jest treść dotycząca oferowanego przedmiotu (wyrok KIO z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 559/14).

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożone wraz z ofertą próbki podlegają uzupełnieniu oraz, że możliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku dopatrzenia się pewnych niedoskonałości lub braków w złożonym asortymencie. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, próbki, oprócz sprawdzenia zgodności z przedmiotem zamówienia i opisanymi w SIWZ wymaganiami Zamawiającego, stanowiły element oceny

jakości oferowanego asortymentu. Tym samym wezwanie do uzupełnienia próbek służyłoby usunięciu stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią wynikającą z SIWZ i dawałoby wykonawcy możliwość wpływu na ocenę jakości oferowanych produktów po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z zawartością ofert konkurencyjnych, co uznać należy za niedopuszczalne. Uzupełnienie skutkowałoby także, w ocenie składu orzekającego Izby, niedopuszczalną zmianą treści oferty. W tym celu Zamawiający ustalił w postępowaniu dodatkowe kryteria oceny ofert, aby o wyniku postępowania nie stanowiła najniższa cena ale również kryteria związane z jakością asortymentu. Okoliczność, że nawet w przypadku otrzymania zerowej ilości punktów w kryterium jakościowym oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza, ponieważ jest najtańsza, nie może decydować o wyniku postępowania odwoławczego i wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie pojmowanie i rozumienie przepisów dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert wypaczałoby bowiem całkowicie sens tych nowowprowadzonych przez ustawodawcę przepisów i bezwzględnie dawało prymat wyboru oferty najtańszej bez względu na inne ustalone standardy oceny.

W konsekwencji, skoro niemożliwe było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek, a Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, uznać należało, że decyzja o unieważnieniu postępowania była prawidłowa. Słusznie zauważył także w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że rozpatrywanie czy oferta kolejnego wykonawcy powinna być odrzucona jest bezprzedmiotowe i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, skoro cena tej oferty przekracza możliwości finansowe Zamawiającego. Ponadto zauważyć należy, że w stosunku do oferty konkurencyjnej Odwołujący w odwołaniu wskazywał tylko na niezgodności jej treści z treścią SIWZ, nie sformułował jednakże w tym zakresie żadnych żądań w petitum odwołania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: