Sygn. akt KIO 556/16

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2016 r.

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

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 15 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa* środków *dezynfekcyjnych skóry pacjentów i ran, preparatów do dezynfekcji i mycia narzędzi oraz powierzchni* (nr postępowania D10.251.94.M.2015)
prowadzonym przez zamawiającego: **Copernicus Podmiot Leczniczy sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje w pakiecie nr 22 zamawiającemu – Copernicus Podmiotowi Leczniczemu sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej przez „SKAMEX" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny.**
2. **Oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania powyżej wskazanego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty.**
3. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Copernicus Podmiot Leczniczy sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:
   - **3.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
   - **3.2.** zasądza od **zamawiającego – Copernicus Podmiot Leczniczy sp. z o.o.**

Sygn. akt KIO 556/16

z siedzibą w Gdańsku na rzecz **odwołującego – Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 556/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Copernicus Podmiot Leczniczy sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku **–** prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa* środków *dezynfekcyjnych skóry pacjentów i ran, preparatów do dezynfekcji i mycia narzędzi oraz powierzchni* (nr postępowania D10.251.94.M.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S_002-001357 z 5 stycznia 2016 r., z tym że 31 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.copernicus.gda.pl}, na której 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.

8 kwietnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Duolux"} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w części nr 22 zamówienia {dalej również: „pakiet nr 22"} – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKAMEX" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Skamex"}.

15 kwietnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Skamex, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4 i 6, art. 90 ust. 1, art. 91-92 ustawy pzp.

W innym miejscu odwołania Odwołujący wskazał, że odwołuje się od następujących czynności Zamawiającego:

1. Badania ofert – przez przyjęcie, że oferta Skamex nie podlega odrzuceniu z postępowania.
2. Oceny ofert – przez przyjęcie, że powyższa oferta podlega punktacji (ocenie).
3. Wyniku postępowania w pakiecie 22 – przez wybór nie najkorzystniejszej, bo nieważnej

oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w pakiecie nr 22:

1. Powtórzenia badania ofert – w następstwie którego nastąpi cofnięcie wyniku postępowania i odrzucenie oferty Skamex.
2. Powtórzenia oceny ofert (przyznania punktacji) – tj. przeprowadzenie tej czynności tylko w odniesieniu do ważnych ofert.
3. Wyboru oferty Duolux jako najkorzystniejszej.
4. Równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Przy czym z uzasadnienia odwołania wynikają trzy zasadnicze zarzuty.

{zarzut nr 1 – niezgodność treści oferty Skamex z treścią s.i.w.z.}

Według ustaleń poczynionych przez Odwołującego po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oferta Skamex winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ wymagana była myjka zwężona w nadgarstku, co Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytania nr 28 i 31. Natomiast Skamex zaoferował myjkę w kształcie prostokątnym, jak to wynika ze str. 63 oferty.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie ma innego prawnego wyboru niż odrzucenie oferty Skamex, zgodnie z wyrokami Izby wydanymi: 5 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 991/12, KIO 1003/12), 16 lipca 2012 r. (sygn. akt 1359/12), 28 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1747/12), 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt 3/12), 22 marca 2012 r. (sygn. akt 473/12), 6 września 2011 r. (sygn. akt 1803/11), których fragmenty uzasadnień zostały zacytowane.

Odwołujący dodał następnie:

i kolejnymi

- KIO/UZP 1750/09, KIO 579/10, KIO 1367/10, KIO 1334/10 -KIO 59/11, KIO 121/11,KIO

374/11, KIO 957/11,
- KIO 1105/11, KIO 473/12, KIO/UZP 1623/09,
- KIO 579/10, KIO 59/11, KIO 121/11,
oraz w orzecznictwie Sądów Okręgowych:
- Poznań X Ca 457/09 z 11.02.2009r.
- Warszawa XXIII Ca 203/09 z 12.05.2009r,

- Szczecin VIII Ca 136/09 z 24.07.2009r,
- Kraków XII Ca 429/09 z 29.01.2010r,
- Warszawa XXIII Ca418/09z 10.07.2010r,
- Szczecin VIII Ca 1211/09 z 28.01.2010r,
- Kielce VII Caz 15.01.2010r.

Zdaniem Odwołującego powyższej niezgodności parametrów technicznych nie można potraktować jako oczywistej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy pzp.

Odwołujący stwierdził również, że wadliwie sporządzonego formularza ofertowego w zakresie końcowych zdań odnośnie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie może również wyjaśnić i sprostować w trybie art. 87 ust. 1 pzp, zgodnie z wyrokami Izby wydanymi: 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 510/11), 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2173/10), 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 9/09), których fragmenty uzasadnień zostały zacytowane.

{zarzut nr 2 – błąd w obliczeniu ceny oferty Skamex}

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że oferta Skamex powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy pzp, gdyż zastosowano w niej niezgodną z ustawą o podatku VAT 8% stawkę tego podatku. Odwołujący dodał, że zgodnie z opinią *URPL, WM i PB* z 7 stycznia 2015 r. myjki do ciała nie są wyrobem medycznym, stąd winna być zastosowana 23% stawka VAT.

Odwołujący podniósł, że takiego błędu w obliczeniu ceny oferty nie da się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) w sprawie zastosowania błędnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej, która zamieszczona została na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce dotyczącej orzecznictwa ws. zamówień publicznych.

Sąd Najwyższy, odpowiadając na pytanie prawne, podjął uchwałę, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp). Uzasadniając powyższą uchwałę Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT. O porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. I tak przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku

wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, z uwagi na fakt, iż w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ. W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp skutkujący

odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny).

{zarzut nr 3 – rażąco niska cena oferty Skamex}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający *zaniechał wykonania instytucji rażąco niskiej ceny względem* Skamex, którego cena oferty stanowi ok. 63% średniej cen ofert pakietu 22.

Według Odwołującego Zamawiający winien wykonać dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z wyrokami Izby wydanymi: 18 marca 2015 r. (sygn. akt 439/15), 9 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 343/15), których fragmenty uzasadnień zostały zacytowane.

Odwołujący dodał, że obecnie dominująca teza była również prezentowana w orzeczeniach Izby oraz sądów okręgowych, przywołując fragment uzasadnienia wyroku Izby z 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1157/10), w którym wskazano również na wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 1 kwietnia 2005 r. (sygn. akt VI Ca 464/05) oraz wyrok Izby z 26 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1701/09).

W ocenie Odwołującej zaoferowana cena jest nierealna i stanowi złamanie zasady uczciwej konkurencji jako cena poniżej kosztów wytworzenia produktu.

{zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp}

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania stron postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, *mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami Zamawiającego.*

Pismem z 19 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 14 kwietnia 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

Sygn. akt KIO 556/16

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

25 kwietnia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 22 kwietnia 2016 r.), w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający wpierw przytoczył postanowienia specyfikacji zamieszczone w § III Opis przedmiotu zamówienia ust. 1, 3 i 4:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa środków *dezynfekcyjnych skóry pacjentów i ran, preparatów do dezynfekcji i mycia narzędzi oraz powierzchni potrzeby COPERNICUS Podmiot Leczniczy Sp. z o. o. na okres 12 m-cy, których szczegółowy opis, asortyment i szacunkowe ilości zawiera Formularz asortymentowo-cenowy z podziałem na 39 zadań częściowych (pakietów).*

3. Oferowany przedmiot zamówienia musi być dopuszczony do obrotu / używania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

4. Przedmiot zamówienia musi być zgodny z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 z 2010 r., poz. 679) lub/i ustawą z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych (Dz. U. 2008.39.271 z póź. zm.) lub/i ustawą z dnia 06 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2004 r., Nr 53, poz. 533 z póź. zm.) – w zależności od asortymentu, określonego w formularzu asortymentowo-cenowym.

Zamawiający zacytował również opis zawarty w załączniku nr 1 do SIWZ dla pakietu nr 22:

Myjki jednorazowego użycia do toalety hospitalizowanych , leżących pacjentów nasączonych środkiem *myjącym nie alergizującym, w postaci rękawicy (zwężenie w nadgarstku) o minimalnych wymiarach 24 x 15 cm, wykonana z dwóch warstw watoliny (włókniny) o minimalnej grubości 0,5 cm i gramaturze minimalnej 100g/m2 przeznaczone do mycia z udziałem wody.*

{pierwotny zapis}

Zamawiający dopuszcza delikatną nie podrażniającej skóry myjki w formie rękawicy, do mycia ciała pacjenta –jednostronnie impregnowanej mydłem o neutralnym pH5,5, jednorazowego użytku–gotowej do użycia po aktywacji wodą, zgrzewanej termicznie. Hipoalergiczna, wykonana z jednej strony z tkaniny bawełnianej (blało-nlebieskie paski)

dwustronnie drapanej, jednostronnie impregnowanej mydłem, podfoliowanej wewnętrznie,

z drugiej strony z włókniny podfoliowanej wewnętrznie. Impregnacja mydłem w formie poziomych, równolegle ułożonych pasków umożliwia równomierne rozprowadzenie mydła. Wymiary 23 cm x 15,5 cm (+/1,0cm), waga pojedynczej myjki 6,5 g, grubość myjki 3 mm. Całkowita średnia *gramatura myjki 192 g7m2. 20 szt. w opakowaniu jednostkowym / 50 opakowań w kartonie zbiorczym /1000sztuk w kartonie.*
{zapis dopuszczony odpowiedziami na zapytania do treści SIWZ z 4 lutego 2016 r.}

Zdaniem Zamawiającego dopuścił „myjki w formie rękawicy", a dopuszczając konkretny produkt nie zawarł żadnej adnotacji (zastrzeżenia), że oferowane myjki muszą mieć zwężenie w nadgarstku. W rezultacie wykonawcy mogli zaoferować myjki spełniające jeden z przytoczonych wyżej opisów przedmiotu zamówienia,

Zamawiający opisał, że Skamex zaoferował myjki Xiantao Maosheng Plastic Product Co. Ltd zChin. Na podstawie załączonych do oferty materiałów informacyjnych Zamawiający uznał zaoferowany produkt jako spełniający wymagania opisu przedmiotu zamówienia dopuszczonego odpowiedziami na pytania do treści SIWZ 4 lutego 2016 r.

Zamawiający podkreślił, że wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert (wskazując, że tak orzekła Izba m.in. w wyroku z 12 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 729/10). Podobnie w wyroku z dnia 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1063/11) Izba stwierdziła, że modyfikacja SIWZ ma miejsce wtedy, gdy faktycznie wskazuje na to treść pisma zamawiającego, nie stanowi zaś o tym formalna nazwa nadana korespondencji przez zamawiającego.

{ad zarzutu nr 2}

Zamawiający wpierw przytoczył postanowienia specyfikacji zamieszczone w § X Opis sposobu obliczenia ceny w ust. 1 i 4:
1. Wykonawca określi ceny ofertowe poprzez wypełnienie wskazanych rubryk w formularzu asortymentowo-cenowym na wszystkie oferowane elementy zamówienia.
4. Ceny brutto wszystkich elementów zamówienia należy skalkulować w sposób jednoznaczny tzn. uwzględnić, koszty transportu, opłaty celne, graniczne o ile występują, koszty ubezpieczenia, podatku VAT oraz wszystkie inne niewymienione niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający skonstatował, że wykonawcy kalkulując cenę oferty zobligowani byli do wkalkulowania podatku VAT. W pakiecie nr 22 Duolux zastosował stawkę 23%, a Skamex zastosował stawkę 8%.

Zamawiający zrelacjonował, że w związku z pismem Doulux z 15 marca 2016 r. odnośnie zastosowania przez Skamex niewłaściwej stawki VAT, 23 marca 2016 r. wystąpił do

tego wykonawcy o wyjaśnienie zastosowania 8% stawki w pakiecie nr 22. Skamex w piśmie z 24 marca 2016 r. oświadczył, że zastosował właściwą stawkę podatku VAT, gdyż zaoferował produkt będący wyrobem medycznym, który jest objęty 8% stawką podatku VAT. Na potwierdzenie dołączył dokumenty dopuszczające zaoferowany produkt jako wyrób medyczny (deklarację CE).

Zamawiający wywiódł, że miał na uwadze treść art. 146a pkt 2 ustawy o VAT, z którego wynika, że w okresie 1 styczeń 2011 - 31 grudzień 2016 stawka 8 % ma zastosowanie do towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy. W załączniku tym pod pozycją 105 wymienione zostały bez względu na symbol PKWiU wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Zatem podstawowym kryterium dla możliwości zastosowani 8% stawki VAT jest zakwalifikowanie danego wyrobu jako medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych.

Zamawiający stwierdził, że w związku z powyższym Skamex skalkulował cenę oferty w Pakiecie 22.

Ponadto Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20

maja 2010 r. o wyrobach medycznych wyrobem medycznym może być każdy produkt przeznaczony do wymienionych celów: *wyrób medyczny – narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego, d) regulacji poczęć.*

Według Zamawiającego ponieważ myjka do mycia ciała przeznaczona jest do mycia pacjentów w obszarze medycznym, spełniona jest przesłanka stosowania u ludzi w celu leczenia i łagodzenia przebiegu choroby.

W ocenie Zamawiającego załączona do odwołania opinia o sygn. UR.DNB.461.0253.2014 Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych została wydana w innej sprawie, nie jest aktem normatywnym i nie zmienia klasyfikacji ani rejestracji produktu.

Ponadto Zamawiający dodał, że według rozporządzenia unijnego WE 1223/2009 rejestracji w CPNP nie podlegają produkty lecznicze i wyroby medyczne. Niedopuszczalna

jest więc podwójna rejestracja jako wyrób medyczny i kosmetyk.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Według Zamawiającego ponieważ różnica pomiędzy cenami ofert Skamex i Doulux znacznie przekracza różnicę wynikająca z zastosowanych stawek podatku VAT, oferta Odwołującego nie zostałaby wybrana, bez względu na to, jaką stawkę VAT skalkulowałby w cenie Skamex. Zatem nawet jeżeli miałoby miejsce naruszenie w zakresie stawki VAT to naruszenie to jest nieistotne w rozumieniu art. 192 ust. 2 pzp.

{ad zarzutu nr 3}

Zamawiający podał następujące informacje dotyczące postępowania w zakresie pakietu nr 22:

– do upływu terminu składania ofert na wpłynęły 2 oferty: Skamex z ceną 15.552,00 zł oraz Duolux z ceną 34.440,00 zł;

– wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana na kwotę 31.200,00 zł netto, (38.376,00 zł brutto).

Zamawiający wskazał, że z uwagi na powyższe zaistniały wynikające z art. 90 ust. 1 pzp przesłanki warunkujące konieczność wystąpienia do Skamex o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pakietu nr 22.

Zamawiający podał, że 14 marca 2016 r. wysłał stosowne pismo z prośbą o wyjaśnienia, które zostały złożone 15 marca 2016 r. Zamawiający oświadczył, że były one wystarczające dla uznania przez niego, że cena oferty Skamex w pakiecie nr 22 nie ma znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie 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 22 czyli drugą ofertę obok oferty wybranej przez Zamawiającego. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia tej oferty, co uzyskanie uniemożliwia Odwołującemu przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła, że wynikające łącznie z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania, w tym odnośnie postanowień s.i.w.z. i udzielonych wyjaśnień, a także przebiegu badania przez Zamawiającego oferty Skamex, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, a po uwzględnieniu poczynionych poniżej uzupełnień, pozwalają na rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu.

{zarzut 1 – zaniechanie odrzucenia oferty Skamex jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.}

Odnośnie treści s.i.w.z. uzupełniająco ustalono, że w wyjaśnieniach z 3 lutego 2016 r. {w odpowiedzi na odwołanie datowanych na 4 lutego 2016 t.} udzielono odpowiedzi na kilka pytań dotyczących pakietu nr 22, które sprowadzały się do opisania produktu o parametrach odbiegających od pierwotnego opisu zawartego w s.i.w.z. i wnioskowania o jego dopuszczenie. Oprócz pytania nr 12 (przywołanego w odpowiedzi na odwołanie) oraz pytań nr 28 i 30 (wskazywanych w odwołaniu), było jeszcze pytanie nr 30.

Spośród tych pytań:

– wyłącznie na pyt. nr 12, zadane przez Skamex, udzielono odpowiedzi pozytywnej;

– pyt. nr 12 i 28 nie zawierało zdjęcia opisywanego produktu, natomiast na zdjęciach produktów objętych pozostałymi pytaniami nie widać zwężenia w nadgarstku, przy czym w pyt. nr 30 zaprezentowano rękawicę zakończoną półokręgiem, a w pyt. nr 31 – prostokątną;

– wyłącznie w treści pytania nr 28 wśród wnioskowanych parametrów pojawiło się wprost pytanie o dopuszczenie myjki w kształcie rękawicy niezwężanej w nadgarstku;

– opis zawarty w treści pytania nr 12 nie odnosi się ani do zwężenia w nadgarstku, ani do kształtu zakończenia rękawicy.

Zamawiający nie poprzestał na udzieleniu odpowiedzi na pytania, ale na końcu pisma z 3 lutego 2016 r. wskazał, że na podstawie art. 38 ust. 4, 4a i 6 ustawy pzp zmienia treść specyfikacji, którą w obowiązującej wersji, w tym dla formularza asortymentowo-cenowego, zamieszcza na swojej stronie internetowej, z zaznaczeniem wprowadzonych zmian na czerwono.

Zmiany wprowadzone w załączniku nr 1 polegały na doklejeniu w rubryce „Przedmiot zamówienia" do dotychczasowej treści opisu zawartego w pyt. nr 12 w niezmienionej postaci.

Zamawiający nie zmienił treści formularza w zakresie wyszczególnionych i opisanych poniżej w 7 pkt parametrów granicznych, dla których wymagał od wykonawcy potwierdzenia spełnienia przez wypełnienie pozostawionej w tym celu pustej rubryki (z wyj. pkt 3, w którym sprecyzowano dokumenty, jakie należy załączyć do oferty).

W pkt 3 określono, że wymagane jest załączenie do oferty materiałów informacyjnych zawierających dane o wyrobie, w tym o składzie chemicznym preparatu myjącego i gramaturze materiału.

W pkt 5 wymagany graniczny parametr został opisany następująco: *Myjki powinny posiadać kształt zapobiegający zsuwaniu się z dłoni.*

Odnośnie oferty złożonej przez Skamex na pakiet nr 23 uzupełniająco ustalono, że:

– w pkt 1 formularza asortymentowo-cenowego jako nazwę handlową oferowanego produktu wpisano: *Myjka w formie rękawicy, do mycia ciała pacjenta;*
– w pkt 5 formularza asortymentowo-cenowego na potwierdzenie spełniania wymaganego parametru wpisano: *Zgodnie z dopuszczeniem: myjka w formie rękawicy* {str. 5 dokumentów oferty};
– załączony materiał informacyjny, zatytułowany *Myjka jednorazowa – do codziennej higieny osobistej, numer katalogowy 216-001FA,* zawiera w szczególności opis, który został zgłoszony przez Skamex w pytaniu zadanym Zamawiającemu, a także zdjęcie, na którym widać, że myjka jest prostokątna, bez zwężenia w nadgarstku.

Reasumując, Izba ustaliła, że:

– z opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 22 wynika, że należy zaoferować myjkę w postaci rękawicy posiadającej zwężenie w nadgarstku, a cecha ta jest wymaganym parametrem, gdyż taki kształt zapobiega zsuwaniu się z dłoni;
– Skamex nie wnioskował o zmianę powyższego parametru, gdyż nie zapytał o to ani wprost, ani nie ujawnił kształtu produktu, o którego dopuszczenie zabiegał;
– w złożonej ofercie Skamex wprost potwierdził, że nie spełnia powyższego parametru granicznego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż treść oferty Skamex nie odpowiada treści s.i.w.z. i nie jest to wynik omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 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., jaki 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 obliguje 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 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 treści oferty 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.

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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspominanej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

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 rozstrzyganej sprawie Skamex zaoferował myjkę, która w istotnym zakresie nie odpowiada wymaganiom sprecyzowanym w s.i.w.z., co nie podlega poprawie, gdyż przedmiotem oferty jest konkretny produkt, który nie posiada zwężenia w nadgarstku, czyli kształtu zapobiegającego zsuwaniu się w dłoni, co było wymaganym parametrem granicznym, od którego w zmienionej treści s.i.w.z. nie odstąpiono.

{zarzut nr 2 – błąd w obliczeniu ceny oferty Skamex}

Izba uzupełniająco ustaliła, że załączona do lakonicznych wyjaśnień Skamex deklaracja zgodności z 14 marca 2014 r. nie wymienia żadnego produktu, odsyłając w zakresie, jak to określono, „Nazwy marki" do „aneksu A", który nie został dołączony. Wbrew treści złożonych wyjaśnień, Zamawiającemu nie został zatem przedstawiony żaden dokument potwierdzający wprowadzenie do obrotu zaoferowanej myjki do ciała jako wyrobu medycznego spełniającego wymagania zasadnicze wynikające z Dyrektywy 93/42/EWG.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie trafnie identyfikuje przepisy, jednak wyciąga wnioski nieuzasadnione okolicznościami faktycznymi zaistniałymi w prowadzonym przez siebie postępowaniu.

Z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177,poz. 1054 ze zm.) {dalej również: „ustawa o VAT"} rzeczywiście wynika, że wymienione w poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika, bez względu na symbol PKWiU, są opodatkowane stawką wysokości 8%.

Jednakże, aby dostawa danego towaru korzystała z tej obniżonej stawki, muszą być spełnione łącznie dwa warunki: po pierwsze – musi to być wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, po drugie – konkretny produkt musi być dopuszczony do obrotu w Polsce. Ponieważ przepisy ustawy o VAT nie zawierają unormowań dotyczących kwalifikacji danego wyrobu jako medycznego, odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz. 679 ze zm.).

Ustawa o wyrobach medycznych w aktualnym brzmieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 definiuje wyrób medyczny jako narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania,

leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego, d) regulacji poczęć – który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Według stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie zamawiana przez

niego myjka do ciała, ponieważ jest przeznaczona do mycia pacjentów, jak to określił – w obszarze medycznym – spełnia przesłankę artykułu przeznaczonego do stosowania u ludzi w celu leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby. Na rozprawie Zamawiający zmodyfikował je, twierdząc, że w pakiecie nr 22 mogły być zaoferowane zarówno wyroby medyczne spełniające wymagania zasadnicze wynikające z ustawy o wyrobach medycznych, jak i wyroby kosmetyczne, niespełniające takich wymagań – w zależności od tego, czy producent lub dystrybutor danego produktu podjął trud spełnienia tych wymagań oraz dopuszczenia produktu do obrotu jako wyrobu medycznego.

Zdaniem Izby powyższe stanowisko jest niespójne, gdyż oznaczałoby, że w tzw. obszarze medycznym dla zaspokojenia tej samej potrzeby Zamawiający dopuszcza produkty poddane zupełnie innym wymaganiom prawnym. Tymczasem z treści s.i.w.z. wynika, że wyłącznie tam, gdzie konieczne jest spełnienie wymagań zasadniczych wynikających z reżimu przepisów dotyczących wyrobów medycznych, zarówno krajowych, jak i unijnych, wyraźnie zaznaczano, że przedmiotem zamówienia jest wyrób medyczny, żądając w takim przypadku załączenia do ofert deklaracji zgodności CE.

Przede wszystkim trudno wyobrazić sobie, aby spośród dwóch myjek nasączonych mydłem jedna była wyrobem medycznym, a inna nie, w zależności od dowolnego uznania producenta danego produktu, podczas gdy każdy z tych wyrobów służy do celów higieny osobistej z użyciem mydła. Konieczność dokonania zobiektywizowanej oceny przez pryzmat przywołanej powyżej definicji wyrobu medycznego wynika z załączonego do odwołania pisma Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z 9 stycznia 2015 r., w którym wprost wskazano, że myjki do ciała nie są uznawane za wyroby medyczne, gdyż nie spełniają tej definicji, co znajduje potwierdzenie w wytycznych wydanych pod patronatem Komisji Europejskiej – Manual on Borderline and Classification in the Community Regulatory Framework form Medical Devices, wyd. 1.16 z lipca 2014 r. Zamawiający bezskutecznie próbował dezawuować stanowisko urzędu, który według ustawy o wyrobach medycznych ma odpowiednie kompetencje w tym zakresie.

Niczego nie wniosło do sprawy złożenie na rozprawie przez Zamawiającego wypełnionego formularza wniosku zgłoszenia lub powiadomienia wspominanego urzędu przez Skamex jako dystrybutora jednorazowej rękawicy nasączonej mydłem o jej wprowadzeniu do obrotu lub użytkowania na ternie kraju. Dowodzi on jedynie tego, że 25 września 2015 r. został sporządzony, a 5 listopada 2015 r. wpłynął do wspomnianego urzędu. Zauważyć przy tym należy, że dokonując badania oferty Skamex Zamawiający nie dysponował tym dokumentem. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego dokument zgłoszenia lub powiadomienia nie stanowi o dopuszczeniu wyrobu do obrotu i używania, a ma jedynie

na celu poinformowanie Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wprowadzeniu przez importera czy też dystrybutora na terytorium naszego państwa określonego wyrobu, który będzie przeznaczony do używania na tym obszarze.

Od powyższych obowiązków należy zaś odróżnić czynności wprowadzenia do obrotu i wprowadzenia do używania, zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 31 i 32 ustawy o wyrobach medycznych i związany z nimi dokument – certyfikat zgodności lub oświadczenie – deklaracja zgodności (art. 2 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy o wyrobach medycznych). Warunkiem wprowadzenia do obrotu jest m.in. przeprowadzenie procedury oceny zgodności (art. 29 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych). Ocenę zgodności przeprowadza wytwórca

lub autoryzowany przedstawiciel, samodzielnie lub pod nadzorem jednostki notyfikowanej (art. 29 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych). Tymczasem deklaracja CE przedstawiona przez Skamex w toku badania oferty nie jest wiarygodna, zarówno z powodów formalnych (brak wskazania w jej treści, że dotyczy produktu zaoferowanego w pakiecie nr 22), jak i wobec stanowiska wspomnianego urzędu co do braku możliwości zakwalifikowania tego rodzaju wyrobu jako medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych.

Niesporne było, że Zamawiający w s.i.w.z. określił stawki VAT właściwej dla pakietu nr 22, pozostawiając tę kwestię w gestii wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący zasadnie domaga się uznania, że oferta Skamex podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki VAT. Zgodnie z adekwatnie przywołanym w odwołaniu stanowiskiem Sądu Najwyższego w takim przypadku nie może być mowy o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Błędne jest natomiast stanowisko Zamawiającego, że taki błąd w obliczeniu ceny nie miał wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż skoro nie można tego błędu poprawić, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie wadliwej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

{zarzut nr 3 – rażąco niska cena oferty Skamex}

Z odwołania wynika, że Duolux odwołał się od zaniechania przez Zamawiającego wezwania Skamex do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co miałoby stanowić naruszenie art. 90 ust. 1 pzp, gdyż wystąpiła skonkretyzowana w treści tego przepisu sytuacja, że cena oferty Skamex jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w pakiecie nr 22.

Zamawiający temu nie zaprzeczał, a wręcz zaznaczył, że spełnione zostało również

---

kryterium odbiegania ceny oferty Skamex o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia po doliczeniu do niej kwoty podatku VAT.

Przede wszystkim Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że z uwagi na powyższe wezwał Skamex w trybie art. 90 ust. 1 pzp, a w odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia, co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach zawarty w odwołaniu zarzut jest chybiony, gdyż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności, która w rzeczywistości została już przeprowadzona. W konsekwencji sprecyzowany w odwołaniu zarzut jest oczywiście niezasadny, gdyż nie uwzględnia obiektywnie istniejącego stanu rzeczy. Ponieważ Zamawiający po przeprowadzeniu procedury uregulowanej w art. 90 pzp nie odrzucił oferty Skamex z powodu rażąco niskiej ceny, na tym etapie przedmiotem ewentualnego zarzutu mogła być niewłaściwa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień, która spowodowała naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Z oczywistych względów odwołanie nie zawiera w tym zakresie żadnych okoliczności.

Z mocy art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać 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 miałoby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Z uwagi na powyższe w rozstrzyganej sprawie skład orzekający Izby nie rozpatrywał podniesionego przez Odwołującego dopiero na rozprawie nowego w stosunku do odwołania zarzutu. Skoro według stanu wiedzy Odwołującego Skamex nie był jeszcze wzywany do wyjaśnień oferty w trybie art. 90 ust. 1 pzp, obiektywnie Odwołujący nie mógł skutecznie zarzucić w odwołaniu zaniechania odrzucenia oferty Skamex.

Z mocy art. 192 ust. 7 pzp nie podlegał również rozpoznaniu sformułowanego do protokołu rozprawy zarzutu, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentacji postępowania w zakresie odnoszącym się do badania ceny oferty Skamex.

Tym niemniej Izba ustaliła, że pismem z 8 kwietnia 2016 r. Duolux, w związku z otrzymaną informacją na temat rozstrzygnięcia przetargu w pakiecie nr 22, zwrócił się o wyrażenie zgody na zapoznanie się z dokumentacją podjęcia tej decyzji w zakresie tego pakietu przez prezesa H.M. (który później podpisał odwołanie). Odrębnym pismem z 11

kwietnia 2016 r. ww. osoba wniosła o możliwość skserowania stron z oferty Skanex. Jednocześnie w oświadczeniu z 11 kwietnia 2016 r. ww. osoba potwierdziła, że otrzymała do wglądu i możliwości skserowania ofertę Skamex oraz dokumentację postępowania i nie wnosi zastrzeżeń.

{rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp}

Ponieważ w rzeczywistości nie zostały sprecyzowane żadne okoliczności wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp, zarzut naruszenia tego przepisu należało uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: ……