

Sygn. akt: KIO 812/11

WYROK

z dnia 4 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **PANEP s.r.o., ul. Brněnská 1246, Rosice u Brna, Republika Czeska**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice**,

przy udziale wykonawcy **Paul Hartmann Polska Sp. z o.o., ul. Partyzancka 133/151, 95-200 Pabianice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 812/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **PANEP s.r.o., ul. Brněnská 1246, Rosice u Brna, Republika Czeska**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice** na rzecz **PANEP s.r.o., ul. Brněnská 1246, Rosice u Brna, Republika Czeska** kwotę **11 317,00 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy trzysta siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa obłożenia pola operacyjnego oraz fartuchów chirurgicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2011 r., pod nr 68343-2011.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 (pakiecie nr 1) zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez jego błędną wykładnię skutkującą uznaniem, że treść oferty Odwołującego - w zakresie oferowanych w części 1 zamówienia wyrobów medycznych (obłożenia pola operacyjnego w postaci sterylnego zestawu do neurochirurgii - poz. 13) - nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
2. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 przez niezastosowanie pierwszego z wymienionych przepisów i błędną wykładnię drugiego z nich, wyrażające się dokonaniem oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria nieprzewidziane przez Zamawiającego w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do jej odrzucenia, pomimo tego, że - w wypadku dokonania jej prawidłowej oceny, na podstawie jedyne go kryterium, jakim na gruncie niniejszego postępowania była cena - oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza spośród złożonych w części 1 zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 przez jego niezastosowanie, skutkujące brakiem wezwania Odwołującego do złożenia próbek potwierdzających, zdaniem Zamawiającego, spełnienie wymogów SIWZ (z wyraźnym wskazaniem na te wymogi i kryteria oraz metody wg których będą oceniane), co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe uchybienia Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 zamówienia i w konsekwencji;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Paul Hartmann Polska sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w części 1 zamówienia i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, wyłącznie w oparciu o kryterium oceny ofert przewidziane postanowieniami SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż po pierwsze - zgodnie z częścią A.I SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, ppkt 9, wykonawcy obowiązani byli do złożenia po jednej sztuce każdego z wyrobów składających się na część 1 zamówienia. Tymczasem, w odpowiedzi na pytanie Odwołującego, którą Zamawiający dopuścił zestaw wskazany przez Odwołującego, mowa

była wyraźnie o minimum dwóch sztukach oferowanego wyrobu. Tym samym doszło w istocie do modyfikacji treści SIWZ, która - choć nie powodowała zmiany ogłoszenia o zamówieniu - winna pociągać za sobą konieczność niezwłocznego przekazania modyfikacji wszystkim wykonawcom, połączoną także z obowiązkiem zamieszczenia zmian na stronie internetowej Zamawiającego (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) i - ewentualnie - przedłużenie terminu składania ofert (art. 38 ust. 6 ustawy Pzp). W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, działania Zamawiającego, który zróżnicował obowiązki podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, poprzez wskazywanie różnej ilości próbek, których złożenia od nich oczekiwał, spowodowały naruszenie nie tylko ww. regulacji ustawy Pzp, ale także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie zaś - z pisma Zamawiającego można także wyprowadzić wniosek, że tylko oferowane przez Odwołującego produkty poddane zostaną testom na sali operacyjnej, podczas gdy wyroby pozostałych wykonawców ocenione zostaną w inny sposób (o ile w ogóle).

Odwołujący podkreślił, że jedynym kryterium oceny ofert, obowiązującym na gruncie przedmiotowego postępowania, była cena. Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawców wyroby spełniają wymagania określone w SIWZ, zobligował uczestników postępowania do złożenia próbek oferowanych produktów, określając ich ilość, czy sposób opisanie (część A.I SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, ppkt 9, 10 i 12, czy pkt VIII - „Zawartość oferty”, ppkt 5 SIWZ).

Najistotniejsza jest jednak okoliczność, że Zamawiający - przewidując sprawdzanie zgodności oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ - w ogóle nie odniósł się do jego sposobów. Pewnej wskazówki w tym zakresie można dopatrywać się w odpowiedzi na pytanie Odwołującego, w którym Zamawiający wzmiankował o testowaniu próbki w trakcie zabiegu neurochirurgicznego. Jak jednak wskazano powyżej - odpowiedź ta, a zarazem sposób oceny próbki adresowany był wyłącznie do Odwołującego, a co najważniejsze - był on na tyle nieprecyzyjny, że nie sposób uznać go za uszczegółowienie metod badania wymogu zgodności treści oferty z SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), która zapewnia m.in. przejrzystość procedur przetargowych. Zasada ta, rzecz jasna, doznaje wielu wyjątków, które wynikać muszą jednak z przepisów ustawy Pzp. Te natomiast nie przewidują żadnego odstępstwa od reguły pisemności w odniesieniu do ustalania warunków udziału wykonawcy w postępowaniu, czy wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają zostać dostarczone w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, że istotne z punktu widzenia wykonawcy warunki stawiane przez organizatora przetargu muszą być zredagowane na piśmie i znane uczestnikowi postępowania, bowiem tylko taki sposób ich formułowania może stanowić podstawę późniejszej weryfikacji ofert uczestników przetargu pod kątem ich zgodności z oczekiwaniami zamawiającego.

Oznacza to jednocześnie, że intencje Zamawiającego, które nie znalazły odzwierciedlenia i nie zostały wyartykułowane w pisemnych postanowieniach SIWZ, nie mogą stanowić podstaw tejże weryfikacji. Zdziwienie Odwołującego budzi zatem decyzja Zamawiającego, który - dokonując oceny

próbek załączonych przez Odwołującego do jego oferty w oparciu o kryteria, których w ogóle nie sprecyzował - dopatrył się szeregu niezgodności z wymogami przewidzianymi w SIWZ.

W zakresie pierwszego ze stwierdzonych uchybień (odklejanie się folii) Odwołujący podkreśla, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena (argument z pkt XIII SIWZ). Stwierdzenie odklejania się folii chirurgicznej, o ile w ogóle takowe miało miejsce, wykracza poza owo kryterium, którym Zamawiający zobowiązany był kierować się w toku badania i oceny ofert, bowiem dotyczy kwestii jakości zaoferowanego przez Odwołującego produktu, która nie mogła być brana pod uwagę. W kwestii pozostałych zarzutów Zamawiający, choć enigmatycznie, przewidział możliwość oceny zgodności próbek ze swoimi oczekiwaniami, to jednak - z uwagi na fakt, że w ogóle wymogów tych nie uszczegółowił - także i one nie mogły stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Przyjęcie odmiennego poglądu skutkowało by akceptacją pełnej uznaniowości poczynań Zamawiającego, który - w zależności od swoich upodobań - wpisywałby do protokołów oceny próbek wyimaginowane zarzuty, uzasadniające - jego zdaniem - konieczność odrzucenia konkretnej oferty. Takie postępowanie narusza bowiem treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, a nadto przeczy obowiązkowi opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, wynikającemu z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Tytułem przykładu ilustrującego opisaną powyżej sytuację Odwołujący wskazuje, że w „Specyfikacji asortymentowo-cenowej” dla pozycji 13, dotyczącej sterylnego zestawu do neurochirurgii, Zamawiający wymagał, by był on wyposażony w „torbę do zbierania płynów”. Tymczasem stwierdzona w protokole z dnia 24 marca 2011 r. wadliwość tego komponentu zestawu dotyczy braku możliwości opróżniania go w trakcie zabiegu, której w SIWZ nie wymagano.

Wnosi o przeprowadzenie dowodu z próbki oferowanego sterylnego zestawu do neurochirurgii (część 1, poz. 13 zamówienia), przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie oraz z opinii biegłego, sporządzonej w oparciu o przedłożoną przez Odwołującego próbkę, na okoliczność spełniania przez oferowany wyrób medyczny wymagań Zamawiającego.

Abstrahując już od kwestii przyjętych przez Zamawiającego (i jemu tylko znanych) metod oceny zgodności próbek z zapisami SIWZ, Odwołujący sygnalizuje, że ujawnione w ww. protokole oceny próbek rzekome odstępstwa od oczekiwań Zamawiającego wynikały prawdopodobnie z okoliczności sprowadzających się do faktu, iż osoby testujące wyroby mogły w ogóle nie wiedzieć o dopuszczeniu przez Zamawiającego wyrobu o parametrach innych, niż pierwotnie wymagane w SIWZ.

Dodatkowo, członkowie komisji przetargowej Zamawiającego, którzy nie uczestniczyli w zabiegu, mieli pełną możliwość zweryfikowania protokołu oceny próbek, sporządzonego na bloku operacyjnym, z drugim egzemplarzem produktu przeznaczonym - jak na to wskazują okoliczności - do dokumentacji postępowania. Tego jednak nie uczyniono, o czym świadczy nieuzasadnione powielenie treści wskazanego protokołu w piśmie informującym Odwołującego o wynikach postępowania. Co istotne - gdyby taka czynność była dokonana, obecnie możliwym byłoby

zweryfikowanie jakości próbki pod względem zgodności z wymogami SIWZ także przez KIO, czego Zamawiający się pozbawił.

Należy jednak zauważyć, że owa okoliczność - podobnie jak nieprecyzyjne zapisy SIWZ - nie może w żaden sposób obciążać Odwołującego, a świadczy ona jedynie o braku należytej staranności po stronie organizatora postępowania.

Odwołujący podnosi także, że materialnemu obowiązkowi właściwego opisanie przez Zamawiającego swoich wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia i sposobów ich weryfikacji odpowiada konieczność udowodnienia Odwołującemu niezgodności jego oferty z wymaganiami opisanymi w SIWZ, jeśli została ona odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sposób uznać tego obowiązku za spełniony w sytuacji, gdy - jak wskazano - w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, powołano się *explicite*, na okoliczności opisane lakonicznie w protokole, które Odwołujący niniejszym odwołaniem konsekwentnie kwestionuje.

Jedynie na marginesie Odwołujący wskazuje, że - nawet jeśli w rzeczywistości przedłożone przez niego próbki miałyby nie odpowiadać treści SIWZ, czego w żaden sposób Zamawiający nie wykazał, bowiem takie twierdzenie nie polega na prawdzie, a nawet (w świetle braku precyzji w konstruowaniu SIWZ) stwierdzić się nie da - powinien był wezwać Odwołującego do złożenia próbek niewadliwych, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że na gruncie przedmiotowego postępowania pełniły one rolę dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Na możliwość taką wskazuje również orzecznictwo KIO i same poczynania Zamawiającego.

Odwołujący był wprawdzie wzywany do uzupełnienia tych dokumentów (nie załączył on wymaganych próbek do oferty), tym niemniej za jedną okoliczność faktyczną należałoby uznać niezłożenie próbek w ogóle, za drugą i odrębną - złożenie próbek niepotwierdzających spełnienia wymagań SIWZ, co jednak skutkować winno ponownym wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Szczegółowe wymagania, dotyczące wyrobów składających się na część 1 zamówienia (tj. obłożeń pól operacyjnych), określone zostały w „Specyfikacji asortymentowo-cenowej”, stanowiącej załącznik nr 2.1 do SIWZ. Sterylny zestaw do neurochirurgii opisano w poz. 13 ww. dokumentu. Zamawiający wymagał m.in. serwety o wymiarach minimalnych 245x320 cm do obłożenia czaszki, z wbudowaną folią chirurgiczną i torbą do zbierania płynów z sitem oraz otworem o średnicy 19x30 cm. Materiał obłożenia musi spełniać m.in. wymogi normy EN-13795-1-3, cechować się odpornością na penetrację płynów, nieprzemakalnością i wytrzymałością na rozerwanie. Nadto, Zamawiający dopuścił tolerancję w rozmiarze na poziomie $\pm 5\%$.

Dodatkowo w pkt A.I SIWZ Zamawiający wskazał, iż celem sprawdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem w specyfikacji asortymentowo-cenowej, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć bezpłatnie próbki, dla pakietu nr 1 po 1 szt. (ppkt 9). Nadto, w ppkt 10 Zamawiający wskazał, iż „na podstawie dołączonych próbek oceni, czy zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem SIWZ (załącznik nr 2.1 i 2.2). W przypadku niezgodności z SIWZ oferta podlegać będzie odrzuceniu”.

Na pytanie Odwołującego (pytanie nr 8), zawarte w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. Zamawiający odpowiedział (pismo z dnia 7 marca 2011 r., odpowiedź na pytanie nr 13), iż dopuszcza opisany przez Odwołującego zestaw do neurochirurgii, tj. składający się m.in. z serwety zabiegowej 200x280 cm z dwoma organizatorami przewodów i drenów, z otworem 22x22, pokrytym folią chirurgiczną, otwór zintegrowany z torbą do przechwytywania płynów z sitem i zaworem do podłączenia drenu. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie „prawo do odrzucenia oferty w przypadku, gdy na podstawie próbki użytkownik stwierdzi, że opisana w zestawie serweta zabiegowa nie spełnia jego oczekiwań”. Zamawiający poinformował również, że próbka wyrobu medycznego zostanie poddana testom podczas zabiegu neurochirurgicznego, wobec czego zobowiązał wykonawców do dostarczenia min. 2 tychże zestawów neurochirurgicznych.

Pierwotnie do oferty Odwołującego nie zostały dołączone do oferty próbki oferowanych wyrobów oraz wykaz próbek i w tym zakresie Odwołujący został wezwany do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Bezsporne między stronami jest, iż dostarczono próbki produktu, który został opisany w odpowiedzi na pytanie nr 13 w piśmie z dnia 7 marca 2011 r.

Zamawiający dokonując oceny przedstawionych próbek, w protokole oceny próbek podpisanym przez lek. med. Andrzeja K. i pielęgniarkę Izabelę D., stwierdził następujące wady: „folia chirurgiczna się odkleja, za mały otwór w serwecie, worek do przechwytywania płynów bez możliwości opróżnienia go w trakcie zabiegu.”

W ślad za tym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego złożoną dla pakietu nr 1, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i stwierdzając, że „zaoferowany przez Wykonawcę w pozycji 13 zestaw do neurochirurgii nie spełnia wymagań Zamawiającego: serweta zabiegowa 200x280cm z dwoma organizatorami przewodów i drenów z otworem 22x22, pokrytym folią chirurgiczną, otwór zintegrowany z torbą do przechwytywania płynów z sitem i zaworem do podłączenia drenu – za mały otwór w serwecie, odklejanie się folii chirurgicznej, worek do przechwytywania płynów bez możliwości opróżniania go w trakcie zabiegu. Zamawiający dopuścił zaoferowany przez Wykonawcę zestaw (odpowiedzi na pytania DZP/297/11 z dnia 07.03.2011 r.), jednakże zastrzegł sobie prawo do odrzucenia oferty w przypadku, gdy na podstawie próbki użytkownik stwierdzi, że opisana w zestawie serweta zabiegowa nie spełnia jego oczekiwań.” (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 kwietnia 2011 r.).

Izba nie znalazła podstaw do dopuszczenia dowodu z przesłuchania świadka doc. Marka Mandery, bowiem świadek nie jest uprawniony do dokonywania rozstrzygnięć co do istoty sporu, za takie zaś należałoby uznać dokonanie oceny zgodności produktu z SIWZ. Nadto, wykazanie interesu Zamawiającego nie wymaga przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka. Zaś, interes Zamawiającego jest okolicznością ambiwalentną dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Izba postanowiła nie dopuścić również dowodu z opinii biegłego, gdyż okoliczności, które miałyby być stwierdzone przedmiotowym dowodem zostały stwierdzone innymi dowodami.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Podstawową kwestią do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest ocena, jaki charakter miały udzielone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 7 marca 2011 r. odpowiedzi na pytania wykonawców, w szczególności zaś na pytanie nr 13. Przesądzenie tej kwestii ma bowiem pierwszorzędne znaczenie dla oceny oferty Odwołującego, bowiem pozwala na ustalenie, jakie wymogi były dla wykonawców wiążące.

Zdaniem Izby, nie może budzić wątpliwości, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców i wyrażając jednoznacznie w odpowiedzi na pytanie nr 13 zgodę na zaoferowanie zestawu do neurochirurgii, o składzie zaproponowanym przez Odwołującego, dopuścił możliwość uczynienia tego produktu przedmiotem oferty. Tym samym Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż udzielenie odpowiedzi na pytanie w istocie nie prowadzi do zmiany SIWZ. Okoliczność, iż Zamawiający wprost nie posłużył się zwrotem, udzielając odpowiedzi na pytania, że „modyfikuje”, czy też „zmienia” treść SIWZ nie przesądza, iż do tej zmiany nie doszło. W sposób jednoznaczny jest bowiem sformułowane oświadczenie Zamawiającego, który stwierdza w powoływanym piśmie, że „Zamawiający dopuszcza opisany zestaw”, a nadto informuje, że zestaw ten będzie podlegał badaniu w trakcie zabiegu neurochirurgicznego i stąd też zobowiązuje do dostarczenia wykonawców dwóch próbek tego zestawu. Treść ta nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości i wyraźnie wskazuje na intencję Zamawiającego. Skoro tak, to uznać należy, iż podjęta przez Zamawiającego decyzja jest wiążąca dla stron i jej treść stanowi element SIWZ.

W żadnej mierze nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, iż decyzja o dopuszczeniu zestawu zaproponowanego przez Odwołującego, podjęta na skutek zapytań do SIWZ, nie wywiera żadnych skutków i nie może być potraktowana jako modyfikacja SIWZ. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż podjęte działanie i dokonane czynności należałoby ocenić jako czynności konkludentne w odniesieniu do zmiany SIWZ. Raz jeszcze wypada podkreślić, iż przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie zawiera wskazań co do treści formułowania oświadczenia w przedmiocie modyfikacji SIWZ. Ustanawia jedynie dla zamawiającego prawo do dokonania zmiany treści SIWZ przed terminem składania ofert, a dla skuteczności dokonanej zmiany wymaga jedynie przekazania SIWZ wszystkim wykonawcom, a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, konieczne jest

również zamieszczenie jej na tej stronie. Zatem, konstrukcja tego przepisu wskazuje, iż jest on osadzony na koncepcji „teorii oświadczenia woli” i przy spełnieniu wymogu możliwości zapoznania się z tym oświadczeniem przez drugą stronę, w analizowanym przepisie ustawodawca wskazał w jaki sposób to uczynić, oświadczenie staje się wiążące dla składającego, a nadto i dla wykonawców. Skoro Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie i przedstawił odpowiednie dowody na okoliczność, iż treść wyjaśnień została przekazana wykonawcom, w sposób określony w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, to tym samym należy uznać zamianę SIWZ za dokonaną i wiążącą.

Na marginesie należy jedynie dodać, iż stanowisko Zamawiającego w tym względzie nie jest spójne. Z lektury odpowiedzi na odwołanie wynika, iż z jednej strony „Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty zawierającej skład zestawu opisany przez Odwołującego”, z drugiej zaś strony twierdzi, że wyjaśnienia nie prowadziły do modyfikacji SIWZ. Prezentowanych poglądów nie da się pogodzić, nie jest bowiem możliwe ustalenie wymogów co do przedmiotu zamówienia i twierdzenie, że jednocześnie wymogi te nie są wiążące, zatem za obowiązujące uznać postanowienia SIWZ, uwzględniające dokonane zmiany. Znamienne w tej kwestii jest również, iż sam Przystępujący, choć z mocy ustawy (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp), jego oświadczenia nie mogą pozostawać w sprzeczności z oświadczeniami strony do której przystąpił, nie podziela stanowiska Zamawiającego, twierdząc, iż sporne wyjaśnienia należałoby potraktować jako możliwość dopuszczenia produktów równoważnych do tych, wymaganych w części pierwszej pakietu 1 poz. 13.

Powyższe rozstrzygnięcie przesądza o tym, iż ocena oferty Odwołującego powinna być dokonana w oparciu o zmodyfikowane postanowienia SIWZ. Przechodząc zatem do oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, iż Zamawiający podał trzy okoliczności faktyczne, które były postawą uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odnosząc się do głównej, jak podaje Zamawiający, przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, tj. nieodpowiedniego rozmiaru otworu w serwecie stwierdzić należy, iż wobec dopuszczenia przez Zamawiającego serwety zabiegowej z otworem 22x22 cm i zaoferowania przez Odwołującego produktu, który ten wymóg spełnia, twierdzenia Zamawiającego należy uznać za chybione. Absolutnie nie do przyjęcia są również twierdzenia Zamawiającego, iż Zamawiający zastrzegając sobie prawo do odrzucenia oferty, jeśli w trakcie zabiegu stwierdzi, że serweta zabiegowa nie spełnia jego oczekiwań, uprawniony jest w istocie do weryfikacji swoich wymagań na etapie oceny próbek (a więc oceny ofert). W tym miejscu wypada przypomnieć Zamawiającemu, iż mocą przepisu art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia i skonkretyzowania swoich wymagań w tym zakresie na etapie SIWZ. Nie ma zatem żadnej możliwości, aby zamawiający swoje wymogi weryfikował (doprecyzowywał) po złożeniu ofert. To zamawiający jest gospodarzem postępowania, któremu przysługuje uprawnienie do opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, który realizuje jego potrzeby. Nie oznacza to jednakże, iż dopóki oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana, preferencje zamawiającego dotyczące cech zamawianego produktu mogą ulegać zmianom. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie służy bowiem rozeznaniu rynku a wybraniu oferty

najkorzystniejszej, której przedmiotem jest produkt wymagany przez Zamawiającego i przez niego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisany (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Izby, zastrzeżenie na które powołuje się Zamawiający można interpretować jedynie w taki sposób, iż jeśli okaże się w toku badania próbek, że podane wymagania nie zostaną spełnione, Zamawiający uprawniony będzie do odrzucenia oferty. Przyjęcie tezy przeciwnej nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 58 ust. 1 k.c., bowiem legalizowałoby w istocie czynności nie mające oparcie w przepisach bezwzględnie obowiązujących, na które wskazano wyżej. Nadto, podkreślić wypada, iż takie praktyki Zamawiającego nie służą rozwojowi konkurencyjnego rynku, a stanowią pogwałcenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do kolejnej, ze wskazanych przez Zamawiającego, wad produktu zaoferowanego przez Odwołującego, uznać należy, iż torba do przechwytywania płynów posiada zawór do podłączenia drenu. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, zaoferowany produkt ma możliwość podłączenia drenu do plastikowej wypustki w kształcie lejka, która jest zaślepiona i która po odpowiednim przycięciu umożliwia opróżnienie torby. Są więc dwie możliwości, albo płyny na bieżąco będą odpływały z torby „po otwarciu tej wypustki”, albo też operator zapewni ich odpływ poprzez odpowiednie nacięcie w dogodnym dla siebie czasie (po wypełnieniu torby lub wcześniej). W ocenie Izby, zaproponowane rozwiązanie spełnia wymagania Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ, nawet powołując się na definicję zaworu (urządzenie do regulowania przepływu cieczy, powołaną przez Zamawiającego.

Jednakże przesądzający w niniejszej sprawie jest fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty ze względu na brak wyposażenia torby w zawór, na co wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ale z powodu braku możliwości opróżniania torby (worka) w takcie zabiegu, która to okoliczność, jak wskazano wyżej nie polega na prawdzie.

Na marginesie należy zauważyć, iż stanowisko Zamawiającego jest o tyle zaskakujące, że odrzuca rozwiązania, które jakkolwiek pożądane, to w pierwotnym brzmieniu SIWZ w ogóle nie przewidziane. Gdyby więc nie doszło, za sprawą Odwołującego, do modyfikacji SIWZ, można by sobie wyobrazić, iż Zamawiający otrzymałby produkt, który w tym względzie posiada zupełnie inne rozwiązanie od oczekiwanego. Nadto, można odnieść wrażenie, iż Zamawiający dotychczas pracował na zaworach z zatyczką i to rozwiązanie jest dla niego wygodniejsze i z tych względów bardziej pożądane. Jednakże kolejny raz podkreślenia wymaga, iż Zamawiający posiadał możliwość swobodnego wyartykułowania swoich potrzeb, wszelkie zaniechania w tym względzie nie mogą zaś obciążać wykonawców.

Co do zarzutu Zamawiającego, iż zaobserwowano odklejenie folii chirurgicznej, Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, iż czym innym jest spełnienie wymogów a czym innym jakość produktu. Odrzucenie ofert mogłoby jedynie nastąpić z tej przyczyny, iż serweta nie miałaby wbudowanej folii chirurgicznej, tej okoliczności jednak Zamawiający nie wskazał. Okoliczności, na które wskazał Zamawiający, mogłyby być kwalifikowane jedynie jako wady fizyczne rzeczy i

uprawniałyby Zamawiającego po zakupie towaru, do skorzystania z roszczenia z tytułu rękojmi lub gwarancji jakości. Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje argument Przystępującego, iż materiały miały być nieprzemakalne i odporne na rozerwanie, bowiem Zamawiający nie stwierdził ani przemoknięcia materiału, ani jego rozerwania. W tym miejscu jedynie na marginesie wskazać należy, iż ocena dokonywana przez Zamawiającego, żeby mogła być uznana za wiarygodną, musi w sposób wyczerpujący wskazywać na okoliczności, które legły u jej podstaw. Wskazanie na odklejanie się folii, bez jakiegokolwiek uszczegółowienia w jakich warunkach, przy dokonywaniu jakich czynności, w ocenie Izby, tego wymogu nie spełnia. Należy zauważyć, iż często konsekwencje dokonanej oceny są daleko idące i wywierają dotkliwe skutki dla wykonawców, stąd też w sytuacji, gdy wykonawcy nie biorą udziału w ocenie próbek i nie mają możliwości zweryfikowania tej oceny, zamawiający zobowiązany jest do zachowania najwyższej staranności.

Reasumując, modyfikacja SIWZ wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców i ocena ofert musi być dokonywana w oparciu o zmienione postanowienia. Za niedopuszczalne należy uznać natomiast konkretyzowanie wymogów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia na etapie oceny ofert. Podobnie, wszelkie intencje Zamawiającego, które w SIWZ nie zostały wyartykułowane nie mogą stanowić podstawy weryfikacji ofert. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie dostrzegła natomiast podstaw do uznania za uzasadniony zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odróżnić bowiem należy ocenę ważnych ofert, złożonych w postępowaniu, w oparciu o kryteria określone w SIWZ, od ofert, które z uwagi na wady, zostały odrzucone i w ogóle nie zostały sklasyfikowane w oparciu o kryteria oceny ofert. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zmienił kryteriów oceny ofert ale ustalił wymogi, dotyczące przedmiotu zamówienia, które zamierzał w toku oceny ofert konkretyzować. Tym samym przedmiotowy zarzut należy uznać za chybiony.

Wszelkie zaś zarzuty dotyczące nieprawidłowości czynności Zamawiającego, związane z modyfikacją SIWZ oraz zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała za niepodlegające rozpoznaniu. Dotyczy to w szczególności sposobu publikacji zmian, i wypełnienia w tym względzie obowiązków przez Zamawiającego, jak i konieczności dostarczenia dwóch próbek zestawu zaproponowanego przez Odwołującego i metod jego oceny. Treść SIWZ, podobnie jak zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza kwot, o których mowa w przepisie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie podlega bowiem badaniu przez Izbę (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 217,00 zł.

Przewodniczący: