

**WYROK**

**z dnia 1 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez Odwołującego – DEPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie, przy udziale wykonawcy ASCLEPIOS S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 40 zamówienia,
  - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy ASCLEPIOS S.A. z siedzibą we Wrocławiu w części 40 zamówienia z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu zaoferowania w pozycji 89 i 90 formularza cenowego przylepców z opatrunkiem wyjąłowanym niespełniających wymogu wodoodporności.
2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie na rzecz Odwołującego – DEPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Dostawa produktów leczniczych” (znak sprawy: DZPZ/333/16 UEPN/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 132-242747.

W dniu 8 września 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 40 przedmiotu zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę ASCLEPIOS S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Wykonawca A”) i o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę DEPOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 18 września 2015 r. ww. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie od:

1. odrzucenia jego oferty w części 40 przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp,
2. wyboru najkorzystniejszej oferty w części 40 przedmiotu zamówienia, która podlega odrzuceniu,
3. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy A. w części 40 przedmiotu zamówienia,
4. zaniechania wykluczenia Wykonawcy A z Postępowania,
5. nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia Postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

co – zdaniem Odwołującego – stanowi naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez utrudnianie uczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 3 Pzp przez zagrożenie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
3. art. 24 ust 2 pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy A ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 58 K.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy A w związku

- z nieważnością czynności prawnej, tj. złożeniem oświadczenia o realizacji zamówienia niemożliwego do wykonania zgodnie z tym oświadczeniem,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
  6. art. 91 ust. 1 przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie powinna być badana w oparciu o kryterium oceny ofert,
  7. art. 92 ust. 1 przez zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. wykluczenia Wykonawcy A z Postępowania i odrzucenia jego oferty,
5. wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, który wyraża się w tym, że w przypadku przestrzegania przez Zamawiającego przepisów Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, które miały wpływ na wynik Postępowania, a co w konsekwencji umożliwi uzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że z pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty dowiedział się o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że w zakresie części 40 przedmiotu zamówienia, w pozycji 101, zaoferował gaziki iniekcyjne w rozmiarze 16,2 cm x 15 cm, podczas gdy Zamawiający wymagał gazików w rozmiarze 14,5 cm x 12,5 cm.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) opisał przedmiot zamówienia przez odesłanie do załącznika nr 2 do SIWZ. W poz. 101 Zamawiający wymagał dostawy gazików iniekcyjnych zawierających 70% alkoholu izopropylowego i 2% chlorheksydyny w rozmiarze 14,5 cm x 12,5 cm w opakowaniach po 100 szt.

Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wpisując w kolumnie C: „SOFTA CLOTH CHX 2% x 100 szt, B.BRAUN, nr kat 19581 Gaziki infekcyjne nasączone 70% alkoholem izopropylowym i 2% chiorheksydyny. Rozmiar 16,2cm x 15cm”.

Bezspornym jest, że Odwołujący podał inny rozmiar gazika, niż opisany przez Zamawiającego, ale nie bez przyczyny. Odwołujący nie mógł podać rozmiaru, jaki opisał

Zamawiający. Odwołujący podał prawdziwy rozmiar, jaki ma zamiar dostarczać Zamawiającemu, zgodnie ze złożonym oświadczeniem. Natomiast problem dotyczy kwestii samego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie przygotowania Postępowania. Odwołujący podkreślił przy tym, że nie kwestionuje na tym etapie postanowień SIWZ, wskazuje jedynie na ich wadliwość i skutek prawny, jaki ten opis wywołał.

Odwołujący stwierdził, że w wyniku analizy opisu przedmiotu zamówienia i rynku wyrobów medycznych doszedł do wniosku, że nie jest dostępny gazik nasączony preparatem: 70% alkoholem izopropylowym i 2% chlorheksydyny w rozmiarze jaki wymagał Zamawiający. Wobec tego Odwołujący skierował pytanie o możliwość zaoferowania innego rozmiaru, ale o braku dostępności rozmiaru opisanego w SIWZ dowiedział się już po czasie, w jakim Zamawiający ma ustawowy obowiązek udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania (termin ten upływał w dniu 27 lipca 2015 r., a pytanie zadano w dniu 3 sierpnia 2015 r.), więc nie otrzymał od niego odpowiedzi.

W konsekwencji Odwołujący zaoferował dostępny na rynku gazik najbardziej zbliżony rozmiarem do tego, jaki wymagał Zamawiający (16,2 cm x 15 cm), a jaki udało się mu pozyskać od B. Braun. Zaznaczył, że obecnie na rynku dostępne są gaziki trzech producentów, tj. B. Braun, GAMA Healthcare Ltd. i Optimum Medical Solutions Ltd., ale żaden z nich nie oferuje gazika w rozmiarze wskazanym w SIWZ. Oferowany przez Odwołującego gazik spełnia, poza rozmiarami, oczekiwania Zamawiającego. W jego ocenie odrzucenie oferty było bezzasadne tym bardziej, że Zamawiający nie żądał żadnych dokumentów ani próbek na potwierdzenie spełnienia wymagań dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący kierując się należyłą starannością oraz rzetelnością przekazanych w ofercie informacji podał rozmiar jaki faktycznie gazik posiada i jaki jest najbardziej zbliżony rozmiarem do tego, który opisał Zamawiający w SIWZ. Ponieważ walor rozmiaru gazika nie ma aż tak fundamentalnego znaczenia dla celu w jakim dokonuje zakupu tego produktu leczniczego Odwołujący liczył na roztropność Zamawiającego, który w wyniku rozpoznania rynku, będzie kierował się celowością zakupu gazików, a nie jego rozmiarem.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że z medycznego punktu widzenia wielkość gazika nie ma właściwie znaczenia, szczególnie gdy różnice dotyczą milimetrów. Natomiast bezwzględnie powinien on spełniać warunek dezynfekcyjny (nasączenie odpowiednimi preparatami zgodnymi z wymogami Zamawiającego). To czy on ma kilkanaście milimetrów więcej nie powinno mieć właściwie żadnego znaczenia dla uzyskania efektu dezynfekcji narzędzi lub sprzętu. Należy zaznaczyć, że żaden z producentów nie cechuje samego opakowania gazików, podając ich rozmiar. Na opakowaniu jest podany skład nasączenia. Rozmiary są podane głównie w katalogach firmowych producenta.

Z kolei w wybranej ofercie zaoferowano gazik Optipro Optimum Medical Solutions i stwierdzono, że spełnia on wymóg w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego rozmiarów.

Wykonawca A wprowadził w ten sposób Zamawiającego w błąd, gdyż producent ww. gazików produkował gaziki nasączone tymi samymi substancjami tylko w jednym rozmiarze, tj. 18,5 cm x 12,5 cm, co uzasadnia wniosek o konieczności wykluczenia go z Postępowania. Jednocześnie, podając nieprawdziwe rozmiary gazika, Wykonawca A dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk” oraz art. 3 ust. 2 w zw. z art. 14 ust. 3 Znk. Dopuszczenie się czynów nieuczciwej konkurencji polega na podaniu rozmiaru gazika, który faktycznie produkowany jest w innym, większym rozmiarze, co wypełnia znamiona czynów nieuczciwej konkurencji określone w ww. przepisach. Zasady współżycia społecznego oraz dobre obyczaje kupieckie zabraniają podania nieprawdziwych informacji w celu wyłudzenia zamówienia publicznego. Naruszenie wskazanych norm doprowadza do naruszenia interesu Odwołującego, bowiem Wykonawca A utrudnił Odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego. Niezależnie od naruszeń wobec przedsiębiorcy, naraził interes klienta, czyli Zamawiającego, gdyż świadomie składając nieprawdziwe informacje będzie faktycznie realizował inne świadczenie, niż to do którego zobowiązał się w ofercie. Naraża w ten sposób także interes publiczny, bowiem świadczenie finansowane jest ze środków publicznych. Formalizm procedur udzielania zamówień publicznych umożliwić ma przestrzeganie procedur wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący podsumował swój wywód stwierdzeniem, że Wykonawca A powinien zostać wykluczony z Postępowania, ponieważ podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na jego wynik. Gdyby ww. wykonawca podał prawdziwe informacje jego oferta zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego – uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie niepodanie prawdziwego rozmiaru gazika spowodowało, że złożenie oferty przez Wykonawcę A stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co z kolei stanowi podstawę odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że związek skutkowo-przyczynowy odrzucenia tej oferty ze względu na nieuczciwe działania Wykonawcy A wyczerpuje także znamiona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 K.c. Zgodnie z przywołanymi uregulowaniami odrzuceniu podlega oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co w tym przypadku znajduje odzwierciedlenie w art. 58 § 1 K.c., zgodnie z którym czynność prawna (złożenie oferty) sprzeczna z ustawą (art. 3 ust. 1 i 2 Znk w zw. z art. 14 ust. 3 Znk) jest nieważna, podobnie jak nieważna jest czynność złożenia oferty sprzeczna z zasadami

współzycia społecznego (art. 58 § 2 K.c). Odrzucenie oferty związane z przesłanką opartą o inne przepisy prawa wiąże z odesłaniem do K.c zawartym w art. 14 Pzp. W Postępowaniu mają zatem zastosowanie przepisy związane z nieważnością czynności prawnej, o którym mowa w art. 58 ust. 1 K.c. Działanie Wykonawcy A miało także na celu obejście przepisów Pzp, gdyż domniemywać należy, że podając faktyczny rozmiar gazika producenta Wykonawca A rozpatrywał kwestię swojego odrzucenia z Postępowania. Dopuścił się zatem opisanych czynów chcąc uniknąć dyskwalifikacji i mieć większe szanse na uzyskanie zamówienia. Takie działanie musi być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Wykonawca A nie jest producentem gazika, gdyż wskazał z nazwy producenta, którego produkt leczniczy oferuje, a więc nie może decydować o tym, jakie właściwości ma posiadać oferowany gazik, w tym szczególnie jego rozmiar.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy A jest także niespełnienie wymagań dotyczących oferowanych w poz. 89 i 90 przylepców. Zamawiający w poz. 89 wymagał przylepca z opatrunkiem wyjąłowym w rozmiarze 7,2 cm x 5 cm, zapewniającego bezbolesną zmianę opatrunku (lepkość), dobre właściwości absorpcyjne, miękkiego, z prostą aplikacją, przepuszczalnego dla powietrza i pary wodnej, hypoalergicznego, wodoodpornego z zaokrąglonymi rogami, z wkładem chłonnym zabezpieczonym mikrosiatką, pakowanego po 50 sztuk.

Z kolei poz. 90 przybrała treść: „[...]Przylepiec z opatrunkiem wyjąłowym 10 cm x 6-8 cm bezbolesna zmiana opatrunku – lepkość, dobre właściwości absorpcyjne, miękki, prosta aplikacja, przepuszczalny dla powietrza i pary wodnej, hypoalergiczny, wodoodporny z zaokrąglonymi rogami, wkład chłonny zabezpieczony mikrosiatką. Opakowanie x 25 sztuk[...]”.

Niezgodność oferty Wykonawcy A dotyczy opisanego waloru zachowania wodoodporności przylepca. Według wiedzy Odwołującego oferowany przez Wykonawcę A opatrunek pooperacyjny 3M™ MEDIPORE+PAD™ nie zachowuje wodoodporności przylepca, a jedynie posiada wodoodporny klej. Oznacza to, że sam opatrunek wyjąłowy nie posiada bariery, która chroniłaby ranę przed zagrożeniem zakażenia z uwagi na dostanie się przez opatrunek wody. W praktyce oznacza to, że właściwości przylepca na poziomie części wodoodpornego kleju posiada właściwie każdy przylepiec. Natomiast ten oferowany do przetargu na pewno nie posiada bariery wodoodpornej na poziomie samego opatrunku. O tej niezgodności Odwołujący poinformował Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, po wglądzie do oferty Wykonawcy A, pismem z dnia 20 i 28 sierpnia 2015 r.

Odwołujący domniemywa, że w związku z powiadomieniem Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2015 r. o wadliwości oferty złożonej przez Wykonawcę A w poz. 89 i 90 dotyczących przylepca, Zamawiający wystąpił do niego z wezwaniem o wyjaśnienie m.in.

zaoferowanych przylepców. W odpowiedzi Wykonawca A lakonicznie wyjaśnił, że przylepce są wodoodporne, załączając kartę charakterystyki produktu, oznaczając ją jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zapoznając się z tymi wyjaśnieniami Odwołujący skierował kolejne pismo do Zamawiającego dowodząc, że Wykonawca A nie spełnia wymagań dla oferowanych przylepców, szczególnie w kwestii waloru wodoodporności.

W konsekwencji powyższych uchybień Wykonawca A został wybrany niezgodnie z przepisami Pzp, tj. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz przepisów wskazanych na wstępie, a umowa zawarta z naruszeniem tych przepisów jest nieważna z mocą prawną określoną w art. 146 ust. 6 Pzp, bowiem doszło do naruszenia przepisów mających wpływ na wynik Postępowania. Tymi czynnościami Zamawiający uchybił także zasadom generalnym – równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Skarżący spełnił wymagania przedmiotowe a także wykazał, że jest zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający uznał, iż Wykonawca A także spełnił wymagania przedmiotowe, co przeczy celowości dostawy, tym samym wbrew oczekiwaniom Zamawiającego wybrał ofertę, która nie spełnia jego wymagań.

Nieuprawnione działania Zamawiającego mogą doprowadzić także do wydatkowania środków publiczny w sposób nieracjonalny (por. przepis art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, 2013.885 j.t. ze zm.). Realizacja i osiągnięcie celu zawartego w ww. przepisie odbywa się także przez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który jest zdolny do jego wykonania. Eliminacja wykonawcy, który w zakresie dostawy produktów leczniczych jest zdolny do realizacji zamówienia, stanowi pogwałcenie tych fundamentalnych zasad wydatkowania środków publicznych. Takie zaś działanie jest szkodliwe nie tylko dla Zamawiającego, ale może stanowić podstawę stwierdzenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez pracowników Zamawiającego bowiem doszło do naruszenia przesłanki upoważniającego do odrzucenia oferty, a także dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów mających wpływ na wynik Postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że Odwołujący potwierdził w uzasadnieniu odwołania złożenie oferty niezgodnej z SIWZ.

Podał, że jest twórcą opisu przedmiot zamówienia i zna swoje potrzeby. Przyjmując argumentację Odwołującego należałoby stwierdzić, że Zamawiający nie ma nic do powiedzenia, ponieważ wykonawca może zaoferować produkt, który on posiada a nie produkt, którego wymaga Zamawiający.



Zamawiający stwierdził, że ma prawo zarówno opisem, jak i winny sposób (np. za pomocą kryteriów oceny ofert), wskazać warunki i parametry, które zamawiany przedmiot musi spełniać. Fakt, że konkretny wykonawca może nie spełnić tych warunków, albo byłoby to dla niego zbyt kosztowne, nie oznacza działania niezgodnie z prawem. To zamawiający decyduje, co chce kupić, a wykonawcy nie mogą mu tego narzucać. Istotne jest to, aby zamawiający opisem przedmiotu zamówienia nie wskazywał na konkretny produkt, czy na konkretnego wykonawcę, a nie to, żeby był zobowiązany do zakupu czegoś, co mu nie odpowiada.

Zamawiający zakwestionował zarzut beczynności wyrażającej się brakiem odpowiedzi na pytanie złożone po terminie. Podał, że Postępowanie było prowadzone dla grupy Zamawiających, gdzie terminy mają ogromne znaczenie z uwagi na zachowanie ciągłości umów (w przedmiotowym przypadku na dostawy leków). Realizując zamówienia bez zastosowania procedury o udzielenie zamówienia w trybach konkurencyjnych Zamawiający narażony jest na naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U.2013.168 j.t.). Dla Odwołującego (z uwagi na spóźnione zadanie pytania) przesunięcie terminu o kilka dni nie stanowi problemu, ale dla Zamawiającego każdy dzień w tym przypadku miał znaczenie.

Bezczynność Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, w tym przypadku miałyby doprowadzić do braku możliwości porównania ofert w toku badania i oceny ofert. To Odwołujący złożył ofertę uniemożliwiającą porównanie ofert stąd jej odrzucenie. Przez brak odpowiedzi na pytanie złożone po terminie Odwołujący, obarcza Zamawiającego złożeniem oferty niezgodnej z SIWZ.

Zamawiający – w zakresie dostępności produktu zaoferowanego przez Wykonawcę A – nadmienił, że w telefonicznej rozmowie z firmą Neomed został zapewniony o dostępności zaoferowanych przez ww. gazików infekcyjnych.

W odniesieniu do opatrunków z poz. 89 i 90 oferty Wykonawcy A Zamawiający podkreślił, że nie może żądać niczego więcej ponad opisane wymagania. W jego ocenie ulotka dołączona do złożonych przez ww. wyjaśnień potwierdza spełnianie zakwestionowanej w odwołaniu właściwości. Ulotka nie podaje, że klej jest wodoodporny, a mówi o włókninie, która stanowi barierę dla płynów. Zamawiający nie podał rodzaju materiału z jakiego ma być wykonany opatrunek, a jedynie właściwości, dając tym samym możliwość złożenia oferty konkurencyjnej i zaoferowania różnych opatrunków.

Zamawiający podsumował, że Odwołujący bezsprzecznie złożył ofertę niezgodną z SIWZ i w odwołaniu próbuje udowodnić, że jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący ewidentnie w całym wywodzie podważa zapisy SIWZ, do czego nie ma podstaw na tym etapie postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca A wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z treści: (1) oświadczenia wyłącznego dystrybutora wyrobów B.Braun z dnia 22 września 2015 r. wraz z załącznikami, (2) oświadczenia wyłącznego dystrybutora produktów GAMA HEALTHCARE wraz z załącznikami, (3) katalogu produktów Optimum Medical, (4) katalogu produktów 2012/2013 i karty charakterystyki gazików iniekcyjnych Optimum Medical, (5) korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem odwołującego a dyrektorem handlowym Optimum Medical – na okoliczność niemożliwości zaoferowania przez Wykonawcę A gazików iniekcyjnych opisanych pod poz. 101 formularza cenowego oraz braku ich odpowiednika na rynku wyrobów medycznych.

Wykonawca A wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści: (1) oświadczenia wyłącznego dystrybutora produktów Optimum Medical z dnia 5 sierpnia 2015 r., (2) oświadczenia producenta zaoferowanych gazików iniekcyjnych z dnia 21 września 2015 r. i (3) ulotki informacyjnej dotyczącej oferowanych przez niego gazików iniekcyjnych – na okoliczność możliwości dostawy Zamawiającemu produktu opisanego w poz. 101 formularza cenowego i posiadanych przez niego właściwości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę A (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Skład orzekający uznał, że stan faktyczny, w zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, nie był przedmiotem toczzonego przed Izbą sporu.

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, z uwagi na fakt, że potwierdził się jeden z jego zarzutów, który miał wpływ na wynik Postępowania.

Odwołujący trafnie argumentował, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy A z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jako że zaoferowane w poz. 89 i 90 formularza cenowego przylepce z opatrunkami wyjąłowionymi nie spełniały wymogów wodoodporności. Argumentów przemawiających za takim zapatrywaniem dostarczył, w ocenie Izby, sam Przystępujący składając wyjaśnienie treści oferty (pismo z dnia 26 sierpnia 2015 r.). Oświadczył w nim bowiem, że wodoodporność dotyczy wyłącznie przylepców, a zatem jednego z elementów składowych opatrunku, podczas gdy – w ocenie składu orzekającego – treść poz. 89 i 90 formularza cenowego nie pozostawia wątpliwości, że cecha ta dotyczyć miała całego opatrunku. Konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że Zamawiający oczekiwał opatrunku, który nie jest podatny na działanie wody (umożliwia jego używanie w warunkach wodnych), nie zaś opatrunku, który zaopatrzony jest w klej mający takie właściwości, bowiem w takim przypadku nie będzie możliwe jego wykorzystywanie zgodnie z wynikającym z SIWZ przeznaczeniem wyrobu (o ile bowiem opatrunek nie odklei się od rany pod wpływem wody, to w takich warunkach przesiąknięcie).

Przedstawione powyżej wnioski potwierdza również analiza treści karty produktu załączonej przez Przystępującego do wspomnianych wyjaśnień. Wynika z niej bowiem, że wodoodporny jest klej naniesiony na część włókninową opatrunku. Ponadto Odwołujący przedstawił dowód potwierdzający, że producent opatrunków zaoferowanych przez Wykonawcę A posiada w swojej ofercie wyrób spełniający wymóg wodoodporności, który jednak nie został zaoferowany przez Przystępującego (zob. kartę produktu stanowiącą załącznik nr 10 do odwołania, str. 118-119).

Podsumowując – Zamawiający naruszył w powyższym zakresie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2, a nadto art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się natomiast zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Abstrahując od okoliczności, że brak możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia o cechach wskazanych przez zamawiającego nie stanowi dla wykonawców uprawnienia do oferowania świadczeń o cechach zbliżonych do pożądanых (w takim przypadku, zdaniem składu orzekającego, zamawiający powinien rozważyć unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, której upatrywać należy w braku możliwości porównania ofert), to *ad casum* niezgodność przedmiotu świadczenia z wymaganiami SIWZ została przez Odwołującego przyznana. W konsekwencji, w sytuacji, w której postępowanie dowodowe wykazało, że zaoferowanie gazików iniekcyjnych o właściwościach oczekiwanych przez

Zamawiającego było możliwe, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego podjęta została bez naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty zaniechania wykluczenia Wykonawcy A z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z nieważnością czynności prawnej (złożeniem oświadczenia o realizacji świadczenia niemożliwego) i okolicznością, że złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazane powyżej zarzuty oparte zostały na wspólnej okoliczności, tj. braku możliwości zaoferowania przez Wykonawcę A wyrobu wyspecyfikowanego pod poz. 101 formularza cenowego, która to nie potwierdziła się.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący z okoliczności, że zaoferowany przez Przystępującego pod poz. 101 formularza cenowego wyrób nie jest już produkowany (czemu Wykonawca A nie przeczył) wyprowadził błędny wniosek, jakoby produkt ten nie był dostępny na rynku i nie mógł być zaoferowany w Postępowaniu. Przystępujący przedstawił na rozprawie dowody świadczące o tym, że sporny wyrób był wytwarzany jeszcze w 2014 r. i jest w dyspozycji wyłącznego dystrybutora producenta w ilości oczekiwanej przez Zamawiającego.

W świetle powyższego dowody Odwołującego załączone do odwołania i przedstawione na rozprawie musiały zostać, w omawianym zakresie, uznane za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Nie miała znaczenia okoliczność, że inni producenci gazików iniekcyjnych (poza podmiotem wskazanym w ofercie Odwołującego) nie oferują wyrobu o właściwościach (wymiarach) wyspecyfikowanych w SIWZ (dowody nr 5.1 i 5.2, str. 77-87 odwołania i dowody nr 1 i 2 przedstawione na rozprawie). Skoro bowiem z treści oferty Przystępującego wynikało zaoferowanie konkretnego produktu, wskazanego z nazwy handlowej i producenta, to Odwołujący powinien był wykazać, że jego dostarczenie nie jest możliwe.

Z kolei dowody odnoszące się do katalogów wyrobów i karty charakterystyki (dowód nr 5.3 i 7, str. 88-93 odwołania i dowody nr 3-4 przedstawione na rozprawie) nie tylko nie dotyczyły okoliczności istotnych, ale i spornych. Jak wspomniano, Odwołujący błędnie utożsamiał zaprzestanie produkcji wyrobu z jego niedostępnością na rynku, a Przystępujący nie kwestionował, że producent zakończył wytwarzanie zaoferowanego przez niego produktu.

Także treść korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy Odwołującym, a producentem zaoferowanych przez Wykonawcę A gazików (dowód nr 5 przedstawiony na rozprawie) pozwalała jedynie na wniosek, że zaprzestano produkcji spornego modelu wyrobu, nie zaś, że nie jest już on dostępny na rynku wyrobów medycznych.

*Ergo*, Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 58 K.c.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie mając na uwadze okoliczność, że wybór oferty Przystępującego dokonany został z naruszeniem wskazanych wcześniej przepisów Pzp. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że stwierdzone uchybienie ma istotny wpływ na wynik Postępowania, który należy interpretować możliwie szeroko. W konsekwencji, przesłanki tej nie należy wiązać wyłącznie z sytuacjami, w których dochodzi do zmiany ustalonego przez zamawiającego rankingu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale również z przypadkami, w których dochodzi do innego niż wybór oferty najkorzystniejszej zakończenia takiego postępowania. Należy bowiem zauważyć, że w następstwie wykonania niniejszego wyroku Zamawiający stanie przed koniecznością unieważnienia Postępowania w części 40 zamówienia, ponieważ wszystkie złożone na nią oferty podlegały odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....