

Sygn. akt: KIO 2021/17

WYROK

z dnia 13 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę **S. Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą w Ł., przy ul. (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w G., przy ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **A. C. Sp. z o.o. z siedzibą w N., przy ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę S. Sp. z o.o. Sp. k., ul. (...), Ł.,
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. Sp. z o.o. Sp. k., ul. (...) Ł., tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy S. Sp. z o.o. Sp. k., ul. (...), Ł., na rzecz zamawiającego Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego ul. (...), G., kwotę w wysokości 3 600 zł 00

gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w G.**

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 13 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2021/17

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w G. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa wyrobów medycznych używanych w przygotowaniu i podaży leków niebezpiecznych dla UCK”, o numerze postępowania nadanym przez Zamawiającego (...), które to podzielne zostało na osiem części oznaczonych przez Zamawiającego jako 1, 2, 2a, 3, 3a, 4, 4a i 5 – dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 14 września 2017 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, drogą elektroniczną, o wyborze oferty A. C. Sp. z o.o. z siedzibą w N. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części drugiej - dotyczącej bezpiecznego, zamkniętego systemu przygotowania i podaży cytostatyków. Od tej czynności Zamawiającego w dniu 25 września 2017 r. odwołanie wniósł wykonawca S. Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą w Ł., przy ul. (...), dalej jako „Odwołujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu Zamawiającemu zarzucono (pisownia oryginalna), iż: swoim postępowaniem polegającym na wyborze w ramach części 2 oferty A. C. sp. z o.o. dopuścił się naruszenia Art. 89 ust 1 pkt 2 PZP w zw. Z art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieodrzućenie oferty tego wykonawcy, mimo, iż treść złożonej przez niego oferty w części 2 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. produkty zaoferowane w poz. 1 i 2 części 2 nie posiadają zaworu jednokierunkowego na końcu dystalnym (...) a posiadają jedynie filtr hydrofobowy, wobec czego zaoferowane przez tego wykonawcę produkty nie stanowią bezpiecznego, zamkniętego systemu do przygotowania i podaży cytostatyków.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o (pisownia oryginalna), uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 14 września 2017 roku, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert w zakresie części nr 2 i odrzucenie oferty A. C. sp. z o.o.;
- 3) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie części nr 2 złożył

Odwołujący;

- 4) o dopuszczenie dowodu z eksperymentu procesowego, który podczas rozprawy przeprowadzi odwołujący, polegającego na sprawdzeniu czy linie boczne (...) nr katalogowy (...) producenta (...) oraz (...) nr katalogowy (...) producenta (...) zaoferowane przez A. C. sp. z o.o. w Części 2 poz. 1 i 2 oraz dla porównania linia boczna (...) zaoferowana przez Odwołującego umożliwiają dwukierunkowe przepuszczanie powietrza/płynów a w konsekwencji czy spełniają wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem stwierdzenia, czy produkty zaoferowane przez A. C. sp. z o.o. w Części 2 poz. 1 i 2, tj. linie boczne (...) nr katalogowy (...) producenta (...) oraz (...)nr katalogowy (...) producenta (...) posiadają zawór jednokierunkowy uniemożliwiający dwukierunkowy przepływ powietrza/płynów – w przypadku uznania przez Wysoką Izbę, że okoliczność ta nie została stwierdzona innymi dowodami, w szczególności dowodem z doświadczenia,
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania z uwzględnieniem wykazu kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż "Zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał zaoferowania produktu o następującym opisie: *"Linia boczna z portem bezigłowym do przygotowania leków cytostatycznych o d(...) 30-40 cm kompatybilna z zestawami do przetoczeń (pozycje 4 do 6) zacisk na drenie, koniec dystalny luer lock z zaworem jednokierunkowym, na końcu kolec z odpowietrznikiem"*. Na etapie udzielonych wyjaśnień z dnia 15 maja 2017 roku Zamawiający doprecyzował, że odstępuje od wymogu, aby linia boczna była wyposażona w odpowietrznik, podtrzymując wymóg zaworu jednokierunkowego z możliwością bezpiecznego i szczelnego podłączenia do dowolnego zestawu wielodrożnego (odpowiedzi na pytania nr 18 i 19 - dotyczące pakietu 2 poz. 1 oraz 2."

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wywiódł, iż w "części 2 poz. 1 oraz 2 A. C. sp. z o. o. zaoferowała produkty, które nie posiadają zaworu jednokierunkowego na końcu dystalnym (...) a w konsekwencji nie odpowiadają treści SIWZ. Firma A. C. sp. z o.o. zaoferowała zawór z odpowietrznikiem na końcu dystalnym zamiast zaworu jednokierunkowego, mimo że w swojej ofercie posiada zestaw który posiada zawór jednokierunkowy". Podsumowując, Odwołujący wskazał, że "nazywany przez A. C. sp. z o.o. *"zawór jednokierunkowy (...)"* nie jest w ogóle zaworem jednokierunkowym, a jedynie zatyczką z filtrem hydrofobowym", przypisując czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oferty A. C. sp. z o.o. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Dodano również, że „wykonawca A. oświadczeniem wprowadza Zamawiającego w błąd, oświadczając, że zatyczka z filtrem hydrofobowym (...) jest zaworem jednokierunkowym argumentując, że (...) „przepuszcza jednokierunkowo powietrze”, gdyż zdaniem Odwołującego wykonawca A. na potrzeby wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu zmienił nazewnictwo i sposób tłumaczenia oryginalnych broszur producenta (...). W oryginalnych materiałach (...) element odpowietrzający nazywany jest „PrimeStop cap” co należy tłumaczyć jako „nakrywka/nasadka/zaślepka”(…). Brak jest natomiast określeń „valve”, „non-return valve”, „one way valve”, „back check valve”, które można by przetłumaczyć jako „zawór jednokierunkowy” bądź zastawka jednokierunkowa lub zastawka bezzwrotna”.

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego odpowiedź na powyższe odwołanie wniósł ustnie do protokołu pełnomocnik strony wskazując, iż Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte. Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy faktyczne uzasadnienie odwołania, opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (*vide* Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania, wobec wypełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie po stronie Zamawiającego wykonawcę A. C. Sp. z o.o. z siedzibą w N., zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego - dalej jako "Przystępujący".

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi przez strony,

konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z kopią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną i uwierzytelnioną przez Zamawiającego, w szczególności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i złożoną w postępowaniu ofertą, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, stwierdzając, iż Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, zaś Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż sprawa niniejsza mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie które ją zainicjowało zostało wniesione przez uprawniony podmiot i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również z urzędu, do czego była zobowiązana, spełnienia przez Odwołującego hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wykazał, a Zamawiający nie zakwestionował w sposób skuteczny interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p.

Jak podniósł Odwołujący jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji, zaś w związku z wyborem oferty Przystępującego, niezgodnie z przepisami p.z.p. a podlegającej odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z SIWZ, został naruszony jego interes i poniósł on uszczerbek ekonomiczny - utratę marży handlowej.

Podnoszony przez Zamawiającego argument, iż w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego, najwyżej ocenioną stałaby się oferta, której cena przekracza wysokość środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia, co przy braku możliwości zwiększenia tej kwoty, powodowałoby obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., co w konsekwencji stanowi o braku istnienia legitymacji materialnoprawnej Odwołującego do wniesienia odwołania, określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p., na dowód czego złożono oświadczenie z dnia 9.10.17 r. podpisane przez dyrektora naczelnego p. K. co do braku możliwości zwiększenia kwoty, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w składzie orzekającym w niniejszej sprawie Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia wniesionego odwołania byłoby unieważnienie postępowania.

Wskazać należy, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę wniesienia odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy p.z.p., co jednoznacznie świadczy, że przesłanka materialnoprawna wymagana art. 179 ust. 1 p.z.p. w przypadku wniesionego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że na kanwie art. 179 ust.1 p.z.p. interes w uzyskaniu zamówienia bada się na datę wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności Zamawiającego, nawet przykładowo, jak w okolicznościach podnoszonych w tej sprawie, prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty Zamawiający nie może zwiększyć, nie pozbawiają Wykonawcy prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, iż powinna być ona, zdaniem Odwołującego, odrzucona przez Zamawiającego. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej w stosunku co do kwestionowanej czynności, ale ze względu na ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., którego w przyszłości może dokonać Zamawiający. Takie działanie nie znajduje potwierdzenia w przepisach p.z.p., a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. W istocie, przyjęcie przedstawionej w tym zakresie argumentacji Zamawiającego spowodowałoby, iż dostęp do wnoszenia środków ochrony prawnej okazałby się fikcyjny.

Należy również dodać, iż wykładnia posiadania legitymacji materialnoprawnej do wniesienia odwołania dokonana przez Zamawiającego nie znajduje oparcia w celach art. 1 ust.1 akapit trzeci i art.1 ust.3 dyrektywy 89/665/EWG, zaś podstawowe pojęcia warunkujące dostęp Wykonawców do systemu środków ochrony winny uwzględniać postulaty dyrektywy odwoławczej, a tym samym winny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że Wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienia postępowania, gdyż wówczas Wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu. W konsekwencji powyższego, skoro zatem Wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, w sytuacji gdy jego pewnym skutkiem będzie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to tym bardziej nie można odmówić prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym Wykonawcy, ze względu na samą ewentualną możliwość unieważnienia tego postępowania.

Zasadniczo spór pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym nie uległ zmianie w stosunku do zakresu wskazanego w odwołaniu i ustnej odpowiedzi na odwołanie. Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem zarzut braku możliwości podłączenia zaworu do dowolnego zestawu wielodrożnego, sformułowany w toku rozprawy, pozostał bez rozpoznania jako sformułowany poza odwołaniem i niezależny od niego.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. co do braku spełnienia wymogu zaworu jednokierunkowego. Zamawiający oponował w całości stanowisku Odwołującego, co poparł Przystępujący, a także wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

W zakresie wniosków dowodowych, Odwołujący na poparcie podniesionych w odwołaniu zarzutów przedłożył wyciąg z polskiej normy ISO 80369 - 7, na okoliczność definicji i unormowania łącznika (...), zaś Przystępujący przedstawił opinię z dnia 6.10.17 r. sporządzoną przez M. B., na okoliczność niejednoznacznej nomenklatury branżowej.

Dowody te zostały przez Izbę włączone w poczet akt sprawy, choć okazały się one nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia.

Izba pominęła wniosek o dopuszczenie dowodu z eksperymentu procesowego oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, wskazane przez Odwołującego, jako zmierzające w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania. Należy jedynie na marginesie zaznaczyć, iż w przypadku istnienia w ofercie dokumentów o charakterze urzędowym poświadczających dokonanie badań klinicznych danego produktu, mogły one być przez zainteresowane podmioty kwestionowane we właściwym trybie, w ramach przepisów regulujących rynek wyrobów medycznych.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia"*. W konsekwencji powyższego, Izba stwierdziła, iż nie doszło do naruszenia zarzucanych Zamawiającemu norm, co winno skutkować oddaleniem odwołania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie

omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie Sądów Okręgowych i Izby. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rzeczona niezgodność dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez Wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Ponadto należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża Wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok KIO 1974/17 z 23.09.15 r.)

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą

powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania Wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert Zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast powyższe warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości Zamawiającego warunek realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba ustaliła w oparciu o, określone we wcześniejszej części uzasadnienia, akta sprawy odwoławczej następujący stan faktyczny:

- I. Zamawiający wymagał dostarczenia:
 - a) w poz. 1 Linii bocznej z portem bezigłowym do przygotowania leków antyblastycznych transparentnej (przejrzystej),
 - b) w poz. 2 Linii bocznej z portem bezigłowym do przygotowania leków antyblastycznych bursztynowej (do leków światłoczułych),
co miało spełniać wymaganie: „linii bocznej z portem bezigłowym do przygotowania leków cytostatycznych d(...) 30-40 cm kompatybilnej z zestawami do przetoczeń (pozycje od 4 do 10) zacisk na drenie, koniec dystalny luer lock z zaworem jednokierunkowym, na drugim końcu kolec z odpowietrznikiem”;
- II. W odpowiedzi na pytania nr 18 i 19, Zamawiający udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 15.05.2017 r., dopuścił również, w pozycji 1 i 2 pakietu 2, linię boczną bez odpowietrzenia, oraz stwierdził iż "wymaga zaworu jednokierunkowego z możliwością bezpiecznego i szczelnego podłączenia do dowolnego zestawu wielodrożnego", co wynika z dokumentu pod znakiem 2396/2017 z 15.05.2017 r.;
- III. Przystępujący w formularzu asortymentowo – cenowym w ofercie podał:
 - a) w poz. 1 Linia boczna z portem bezigłowym do przygotowania leków antyblastycznych transparentna (przejrzysta) podał: (...), producent (...), nr katalogowy (...),
 - b) w poz. 2 Linia boczna z portem bezigłowym do przygotowania leków antyblastycznych bursztynowa (do leków światłoczułych): (...), producent (...), nr katalogowy (...),
 - c) w wymaganiach bezwzględnych co do linii bocznej opisał: linia boczna z portem bezigłowym do przygotowania leków cytostatycznych (...) 32 cm kompatybilna z zestawami do przetoczeń (pozycje od 4 do 6) zacisk na drenie, koniec dystalny z luer lock z zaworem jednokierunkowym, na drugim końcu kolec z odpowietrznikiem;

IV. W ofercie znajduje się (str. 16 oferty w języku angielskim i na str. 17 przetłumaczony na język polski) wypis z badania, systemu zamkniętego za pomocą fluoresceiny sodu - szczelność połączeń z zastawką zabezpieczającą Cyto-Set oraz (...) (NEW), datowany Norymberga 1 września 2015 r., przeprowadzonego przez Q., producenta (...) M.

W wynikach wskazano: „Połączenia Cyto-Set oraz (...) (NEW) z zastawką zabezpieczającą nie uwalniają żadnych składników chemicznych ani podczas przygotowania ani podawania zastosowanej fluoresceiny jako znacznika chemicznego. Wyniki potwierdzają, że połączenia Cyto-Set oraz (...) (...) stanowią system zamknięty, jako że zapobiegają przedostawaniu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia (...)”

Należy przy tym zauważyć, że w stosunku do wersji angielskiej (str. 16 oferty), zwrot "valve-protected connections" tłumacz przysięgły przetłumaczył na "połączenia z zastawką zabezpieczającą";

V. w aktach postępowania znajdują się również dokumenty złożone przez A. C. sp. z o.o. w charakterze wyjaśnień:

a) na zadane pismem z dnia 31.07.17 r., l.dz. 3882/17, przez Zamawiającego pytanie czy zaoferowane wyroby w części 2 pozycja 1 oraz 2 posiadają zawór jednokierunkowy na końcu dystalnym (...). W piśmie z dnia 2.08.17 r. Przystępujący „potwierdza, iż zaoferowane wyroby w części 2 pozycja 1-(...) oraz pozycja 2-(...) Bursztyn posiadają zawór jednokierunkowy na końcu dystalnym (...)”.

b) na zadane pismem z dnia 31.08.17 r., l.dz. 4644/17, przez Zamawiającego pytanie, czy zaoferowane wyroby (...) o nr katalogowych (...) i (...) posiadają zawór jednokierunkowy na końcu dystalnym (...). W piśmie z dnia 4.09.17 Przystępujący „potwierdza, iż zaoferowane wyroby w części 2 pozycja 1-(...) nr kat (...) oraz pozycja 2- (...)nr kat (...) są wyposażone w zawór jednokierunkowy (...) na końcu dystalnym (...)”. Do pisma dołączono materiały firmowe (2 szt.), gdzie wskazano, „iż zawór jednokierunkowy (...) przepuszcza jednokierunkowo powietrze (...)”, przy czym zawór "zapewnia bezpieczną i przeprowadzoną bez wyciekania leku procedurę”.

W toku postępowania Przystępujący złożył dokument zatytułowany "opinia" z dnia 06.10.2017 r. - dokument ten jednak okazał się nieprzydatny z punktu widzenia rozstrzygnięcia, ponieważ nie miał żadnego związku z przedmiotową sprawą rozumianą jako spór pomiędzy stronami w zakresie konkretnego zamówienia publicznego.

W istocie spór w niniejszej sprawie rozpoczął się z uwagi na niejednoznaczne tłumaczenie opisu produktu (...) o nr (...) i nr (...) - sporne bowiem było w związku z materiałami firmowymi przedstawionymi przez Przystępującego w ramach wtórnych wyjaśnień, czy w istocie produkty te posiadają "zawór jednokierunkowy" czy też nie. Aby to ustalić, w pierwszej kolejności należało zweryfikować, co Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem - nie posiada ono bowiem definicji ustawowej, a jak wynika z samej dokumentacji postępowania, bywa ono bardzo różnie rozumiane.

W oparciu o wyjaśnienia stron oraz dokumentację postępowania Izba stwierdziła, że na potrzeby Zamawiającego, pojęcie to było rozumiane w ten sposób, że "linia boczna" miała być wyposażona w element, który zapewniał możliwość bezpiecznego, jednokierunkowego przemieszczania cieczy w układzie, w którego skład wchodziła ww. linia w ten sposób, że nie dochodzi do cofnięcia cieczy przez ten element. Odwołujący podnosił, iż Przystępujący na potrzeby wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu zmienił nazewnictwo i sposób tłumaczenia oryginalnych broszur producenta(...), w szczególności iż brak tam określeń „valve”, „non-return valve”, „one way valve”, „back check valve”, które można by przetłumaczyć jako „zawór jednokierunkowy” bądź „zastawka jednokierunkowa” lub „zastawka bezzwrotna”. Na marginesie tylko należy dodać, iż nie jest to do końca zbieżne z dowodem, który złożono wraz z odwołaniem.

Jak wynika z dokumentacji produktu (...) jeszcze przed wyjaśnieniami Przystępującego, produkt ten zawierał element spełniający tą definicję, a zatem uprawnione było stwierdzenie, że jest on wyposażony w "zawór jednokierunkowy".

Na str. 16 oferty w języku angielskim wypisu z badania, systemu zamkniętego za pomocą fluoresceiny sodu - badającego szczelność połączeń z zastawką zabezpieczającą Cyto-Set oraz (...) przeprowadzonego przez Q., producenta (...) M., występuje zwrot "valve-protected connections", co tłumacz przysięgły przetłumaczył na "połączenia z zastawką zabezpieczającą" (str. 17 oferty). Zgodnie z numerem katalogowym, którym posługiwały się wszystkie strony, w tym Odwołujący, badanie to dotyczyło także (...), nr katalogowy (...) i (...), wskazuje na to treść formularza ofertowego, a także deklaracja zgodności (str. 91 i 93 oferty), gdzie wskazano, że nr katalogowy (...) i (...) producenta (...) M. należy do systemu (...).

Powyższe zostało ustalone na podstawie dokumentów stanowiących podstawę dopuszczenia powyższego produktu do obrotu oraz oceny jego zgodności z normami (m.in. ISO, jak wynika z dokumentów również na potrzeby NIOSH) i dotarcie do tego wniosku nie wymagało ani wiadomości specjalnych, dla których pozyskania konieczna byłaby opinia biegłego, ani przeprowadzania w warunkach nielaboratoryjnych jakichkolwiek testów, co byłoby zresztą niemiarodajne i niedopuszczalne z uwagi na przepisy prawa regulujące

sposób testowania wyrobów mających zastosowanie medyczne, zaś wymaganie tychże dokumentów wynikało z treści SIWZ - rozdziału VII pkt 5.

Tym samym, w świetle potwierdzenia przez laboratorium przeprowadzające badania na przedmiotowym wyrobie, iż system zawiera "valve-protected connections", co tłumacz przysięgły przetłumaczył na "połączenia z zastawką zabezpieczającą", mając na uwadze przekonujące w tym zakresie wyjaśnienia zarówno Zamawiającego, który potwierdził, że otrzymał próbki tych produktów i spełniały one funkcje wymagane przez SIWZ, jak i Przystępującego, który powołał się na dokumenty źródłowe z oferty i wskazał, że choć tłumaczenia ich mogły być nieprecyzyjne, to w istocie oferowany zestaw zawiera element, który strony postępowania określają jako "zawór jednokierunkowy", stwierdzić należało, że Odwołujący nie zakwestionował w przekonujący sposób zgodności z SIWZ produktu oferowanego przez Przystępującego. Jak wynika zresztą z wypisu z dnia 1 września 2015 r., *"Połączenia Cyto-Set oraz (...) z zastawką zabezpieczającą nie uwalniają żadnych składników chemicznych ani podczas przygotowania, ani podawania fluoresceiny jako znacznika chemicznego. Wyniki potwierdzają, że połączenia (...) stanowią system zamknięty, jako że zapobiegają przedostawaniu się niebezpiecznych zanieczyszczeń do otoczenia (...)"*. Badania te wprost przeczą zatem możliwości kontaminacji, na którą Odwołujący wskazał w odwołaniu. W istocie, wnioski dowodowe w tym zakresie, zmierzające do oceny, ponad osnowę nie budzących wątpliwości dokumentów, zmierzały wyłącznie do przedłużenia postępowania i były oparte na przekonaniu Odwołującego, że kwestionowanie formułkowe zgodności z SIWZ oferowanego przez Przystępującego produktu oparte na nieprecyzyjności tłumaczeń odniesie pozytywny skutek procesowy. Wnioski te nie mogły jednak odnieść skutku wobec faktu, iż zgodność oferowanego przez Przystępującego produktu z SIWZ wynika nie tylko z instrukcji użytkowania, opisu jego zastosowania, ale również treści oferty i jej stwierdzenie nie wymagało wiadomości specjalnych, a jedynie spostrzeżenia wskazywanych przez strony niekonsekwencji w używaniu fachowej terminologii w zakresie tłumaczeń.

Należało zatem przyjąć, że wiarygodne i odpowiadające stanowi rzeczywistości były wyjaśnienia Zamawiającego oraz Przystępującego, które były logiczne i oparte na licznych dokumentach zgromadzonych w postępowaniu, w związku z czym zarzuty Odwołującego wobec ww. treści oferty sprowadzające się do twierdzenia, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ i jako taką, należało ją odrzucić, nie potwierdziły się.

W zakresie powyższym należy na marginesie dodać, że Izba zobowiązana jest nie do poszukiwania prawdy obiektywnej, a do oceny czynności Zamawiającego - w szczególności zaś z uwagi na zasadę pisemności postępowania - ocenia czynności Zamawiającego przez pryzmat ich zgodności z prawem oraz zasadami oceny dokumentów podyktowanych logiką,

wiedzą wymaganą w profesjonalnych stosunkach gospodarczych i rzeczową potrzebą. W niniejszym postępowaniu Zamawiający postąpił zgodnie z prawem przyjmując wyjaśnienia Przystępującego - miał zresztą ku temu podstawy, dysponując zarówno dokumentacją związaną z użytkowaniem i certyfikacją jak i próbką produktu. Nie mogły odnieść skutku zarzuty odwołania sprowadzające się do stwierdzenia, że oferta Przystępującego powinna być zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ podczas gdy żadne dokumenty zgromadzone w postępowaniu, których wiarygodności również Odwołujący skutecznie nie podważył, nie wskazywały na taką niezgodność. Izba zatem, oceniając czynność Zamawiającego jaką było zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ w toku dokonywania oceny ofert, nie dopatrzyła się jej niezgodności z prawem, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 p.z.p. (*"Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia."*).

Należy mieć na uwadze, iż zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego sygn. akt V ACa 175/08).

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez Odwołującego wpis oraz nakazując Odwołującemu zwrot Zamawiającemu

poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł, zgodnie z przedstawioną umową.

Przewodniczący:

.....