



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 kwietnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Łodzi III Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: **SSO Marta Witoszyńska**

Sędziowie : **SO Wojciech Borten**

SO Radosław Olewczyński (ref.)

Protokolant: **sekretarz sąd. Monika Bura**

po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawcy [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w [REDACTED]

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej** [REDACTED]

[REDACTED] przy udziale wykonawcy [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w [REDACTED]

przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

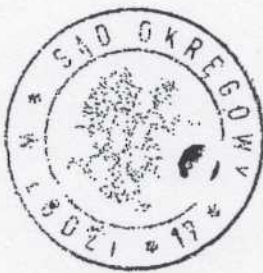
na skutek skargi wykonawcy [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w [REDACTED]

przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2019 r. wydany w sprawie

KIO 7/19

- I. oddala skargę;
- II. zasądza od [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w [REDACTED] na rzecz [REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w [REDACTED] kwotę 1.200,00 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym.



*Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność świadczy
Sekretarz Sądu
St. Sekretarz Sądowy
Grażyna Skudzianna*

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] prowadził postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części na dostawę materiałów opatrunkowych. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 19 marca 2018 r., ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2018 r. pod Nr 2018/S 058-127873, a termin składania ofert wyznaczono ostatecznie na dzień 29 czerwca 2018 r.

W załączniku 2a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) opis przedmiotu zamówienia w części (pakiecie Nr 19) miał treść: „Jednorazowy podkład ochronny 4-warstwowy, przeciwodrożynowy, oddychający. Warstwa zewnętrzna trwale zintegrowana na całej powierzchni. Absorpcyjna warstwa środkowa z wkładem żelowym, wysoko chłonna, pozostająca sucha na powierzchni po zaabsorbowaniu płynów, chłonność 1800-2300g. Rozmiar 61 cm x 91 cm, rdzeń chłonny nie większy niż 52 cm x 80 cm z marginesami zabezpieczającymi przed pyleniem i wyciekaniem płynów. Warstwa spodnia pełnobarierowa”. Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ wskazał ponadto, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ oczekuje złożenia – w przypadku pakietu Nr 19 – już wraz z ofertą oryginalnych ulotek producenta, katalogów, kart danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (przy czym jeśli oryginalna dokumentacja jest w języku obcym, to wykonawca winien dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – w zakresie niezbędnym do oceny wymaganych parametrów określonych w rozdziale XX SIWZ, a na wezwanie Zamawiającego – złożenia przez oferenta, którego oferta została najwyżej oceniona, oryginalnych ulotek producenta, katalogów, kart danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (przy czym jeśli oryginalna dokumentacja jest w języku obcym, to wykonawca winien dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – w zakresie niezbędnym do oceny wymaganych parametrów określonych w załączniku Nr 2a do SIWZ.

W toku postępowania [REDAKTOWANE] z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w [REDAKTOWANE] zadała w dniu 8 kwietnia 2018 r. pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie części (pakietu) Nr 19 przez wskazanie: „(...) czy

Zamawiający dopuści podkład chłonny o rozmiarze 60x90, oddychający z wkładem chłonnym wyposażonym w superabsorbent, umożliwiający trwałe zatrzymanie płynu w rdzeniu, redukuje zapach, o chłonność 800 ml, zapewniający trwałe zatrzymanie bakterii, w tym MRSA, E. coli w chłonnym rdzeniu (...)"'. W odpowiedzi udzielonej w dniu 17 maja 2018 r. Zamawiający udzielił na to pytanie odpowiedzi twierdzącej, dopuszczając proponowany podkład. W dniu 22 maja 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo [REDAKTOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w [REDAKTOWANE] z wnioskiem o ponowne rozważenie i sprostowanie odpowiedzi udzielonej na to pytanie, gdyż zdaniem spółki [REDAKTOWANE] dopuszczony w ramach odpowiedzi podkład nie jest równoważny podkładowi opisanemu w SIWZ, ponieważ jego chłonność jest blisko trzykrotnie niższa od wymaganej – co prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert. Na posiedzeniu w dniu 24 maja 2018 r. komisja przetargowa – po zapoznaniu się z treścią tego pisma oraz po zasięgnięciu opinii osoby powołanej jako biegła, odpowiedzialnej za merytoryczny opis przedmiotu zamówienia – zaproponowała, by na pismo nie udzielać odpowiedzi, utrzymując w mocy odpowiedź udzieloną wcześniej na pytanie firmy [REDAKTOWANE]. W dniu 7 czerwca 2018 r. spółka [REDAKTOWANE] ponownie wniosła o rozważenie i sprostowanie odpowiedzi udzielonej na przedmiotowe pytanie, zwracając uwagę, że jedynie precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia gwarantuje porównywalność złożonych ofert i możliwość weryfikacji ich zgodności z SIWZ. W odpowiedzi na to pismo, na posiedzeniu w dniu 12 czerwca 2018 r., komisja przetargowa zaproponowała dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia na następujący: „Jednorazowy podkład ochronny 4-warstwowy, przeciwoleźynowy, oddychający. Warstwa zewnętrzna trwałe zintegrowana na całej powierzchni. Absorpcyjna warstwa środkowa z wkładem żelowym, wysoko chłonna, pozostająca sucha na powierzchni po zaabsorbowaniu płynów, chłonność min. 800 g lub ml. Rozmiar 60 cm x 90 cm (+ 5%), rdzeń chłonny nie większy niż 52 cm x 80 cm z marginesami zabezpieczającymi przed pyleniem i wyciekaniem płynów. Warstwa spodnia pełnobarierowa. Podkład posiadający badania na zatrzymanie bakterii, w tym MRSA, E. coli w chłonnym rdzeniu. Szt. 70 000". Skutkowało to projektem modyfikacji SIWZ w dniu 13 czerwca 2018 r. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie Nr 19 zawartego w załączniku Nr 2a do SIWZ, jednak dokument ten opatrzony jest adnotacją: „brak zgody dyrekcji”. W dniu 18 czerwca 2018 r. komisja przetargowa stwierdziła, że wobec braku akceptacji przez Dyrekcję zmian w zakresie modyfikacji pakietu Nr 19 zaproponowanych w dniu 12 czerwca 2018 r. wnioskuje o sprostowanie odpowiedzi na pytanie zadane przez spółkę [REDAKTOWANE] poprzez nadanie jej treści: „Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”; takie też sprostowanie odpowiedzi przez

Zamawiającego nastąpiło. W dniu 19 czerwca 2018 r. wpłynęło pismo spółki [REDAKTOWANE] w którym firma ta wносиła o ponowne rozpatrzenie jej pytań dotyczących pakietu Nr 19, stojąc na stanowisku, że przewidziane w SIWZ wymogi spełnia wyłącznie jeden produkt, którego jedynym dystrybutorem jest spółka [REDAKTOWANE], co uniemożliwia spółce [REDAKTOWANE] złożenie ważnej umowy oferty przetargowej. W dniu 27 czerwca 2018 r. komisja przetargowa w odpowiedzi na to pismo zaproponowała pozostawienie pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia i utrzymanie w mocy stanowiska zajętego w dniu 18 czerwca 2018 r.

W postępowaniu dotyczącym przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie części (pakietu) Nr 19 wpłynęły trzy oferty, które złożyły: [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] Wspólnicy Spółka jawna w [REDAKTOWANE]. W dniu 12 lipca 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo spółki [REDAKTOWANE], w którym – po dokonaniu wglądu w ofertę spółki [REDAKTOWANE] – informowano, iż zaoferowany produkt o numerze katalogowym SC-9060-BTBS nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż w załączonej karcie katalogowej, która miała stanowić podstawę oceny zgodności, nie ma informacji o chłonności produktu, a ponadto produkt ten posiada rzeczywistą chłonność wynoszącą jedynie 800 ml; autor pisma wnioskował o odrzucenie oferty spółki [REDAKTOWANE] z uwagi na niespełnianie przez nią koniecznych i wymaganych zapisów SIWZ. W dniu 30 lipca 2018 r. spółka [REDAKTOWANE], formułując tożsame wnioski, zwróciła uwagę Zamawiającego, że w załączonej do oferty spółki [REDAKTOWANE] karcie katalogowej widnieje informacja o wielkości powierzchni chłonnej produktu wynoszącej 90x60 cm, a więc niezgodnej z wymogami SIWZ. W dniu 7 sierpnia 2018 r. komisja przetargowa sporządziła ranking ofert w zakresie pakietu Nr 19, przyznając pierwsze miejsce [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce komandytowej w [REDAKTOWANE] i wezwano tę spółkę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) do złożenia w terminie do dnia 20 sierpnia 2018 r. oryginalnych ulotek producenta, katalogów, kart danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (przy czym jeśli oryginalna dokumentacja jest w języku obcym, to wykonawca winien dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – w zakresie niezbędnym do oceny wymaganych parametrów określonych w załączniku Nr 2a do SIWZ. W dniu 20 sierpnia 2018 r. spółka [REDAKTOWANE] w wykonaniu wezwania złożyła ulotkę informacyjną, wyjaśniając, że w ulotce dołączonej do oferty znajdował się błąd, gdyż omyłkowo jako rozmiar wkładu chłonnego powielono rozmiar całkowity produktu. W dniu

21 września 2018 r. spółka [REDAKTOWANE] zgłosiła kolejne zastrzeżenia do oferty spółki [REDAKTOWANE] wskazując, że w załączonej do oferty karcie katalogowej brak jest potwierdzenia określonych w SIWZ parametrów oferowanego produktu, które zostały w piśmie szczegółowo wymienione. Pismem z dnia 2 listopada 2018 r. spółka [REDAKTOWANE] zgłosiła kolejne zastrzeżenia do tej oferty, wskazując tym razem, że oferowane podkłady chłonne nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ.

W dniu 21 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w [REDAKTOWANE] do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – w zakresie pakietu Nr 19 – dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych przez Zamawiającego, tj. oryginalnych ulotek producenta, katalogów, kart danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (przy czym jeśli oryginalna dokumentacja jest w języku obcym, to wykonawca winien dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski). Wskazano przy tym, że po zapoznaniu się z treścią dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 tej ustawy nie odnaleziono informacji jednoznacznie i wprost potwierdzających spełnienie parametrów bezwzględnie wymaganych i określonych w treści załącznika Nr 2a do SIWZ (w piśmie omyłkowo powołano się na nieistniejący załącznik Nr 2b), tj. aby zaoferowany wyrób o numerze katalogowym SC-9060-BTBS posiadał chłonność 1800-2300 g, a wobec tego należy uzupełnić dokument potwierdzający spełnienie tego parametru zgodnie z wymogami SIWZ do dnia 26 listopada 2018 r. Ponadto tym samym pismem wezwano spółkę [REDAKTOWANE] do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – w zakresie pakietu Nr 19 – gdzie w złożonych dokumentach zawarta była informacja: „rozmiar rdzenia 60x80 cm, dostępny rdzeń 52x60 cm”, podczas gdy zamawiający wymagał zaoferowania jednorazowego podkładu ochronnego w rozmiarze 61cm x 91 cm, rdzeń chłonny nie większy niż 52 cm x 80 cm z marginesami zabezpieczającymi przed pyleniem i wyciekaniem płynów, a ponadto istnieje rozbieżność pomiędzy deklaracją zgodności w oryginale i jej tłumaczeniem w części dotyczącej miejsca i daty wystawienia dokumentu. W dniu 22 listopada 2018 r. spółka [REDAKTOWANE] ponownie przesłała tę samą ulotkę informacyjną, którą złożyła uprzednio, stwierdzając, że potwierdza ona wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry, a zaoferowany podkład chłonny o numerze katalogowym SC-9060-BTBS posiada chłonność 1,8 l do 2,3 l wody, co odpowiada 1800 g do 2300 g wody.

Wyjaśniła również, że zaoferowany podkład ma rozmiar 60x90 cm z rdzeniem chłonnym 60x80 cm, natomiast po uwzględnieniu marginesów zabezpieczających przed pyleniem i wyciekaniem płynów obejmuje powierzchnię 52 cm x 80 cm – co jest informacją podaną w ulotce i spełnia warunki Zamawiającego. Dla wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy oryginałem deklaracji zgodności i jej tłumaczeniem załączono oświadczenie producenta. W dniu 20 grudnia 2018 r. komisja przetargowa zapoznała się z treścią nadesłanych dokumentów i wraz z osobą powołaną jako biegły ustaliła, że dokumenty te wraz z dołączonymi wyjaśnieniami potwierdzają spełnienie wymogów SIWZ; w zakresie pakietu Nr 19 komisja jako najkorzystniejszą wybrała ofertę złożoną przez ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w ██████████. W dniu 24 grudnia 2018 r. anulowano dokonany wcześniej wybór najkorzystniejszej oferty, ponownie jako najkorzystniejszą wybierając ofertę ██████████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w ██████████. Pismem z dnia 31 grudnia 2018 r. spółka ██████████ wniosła o ponowne przeanalizowanie dokumentacji złożonej przez spółkę ██████████ a po dokonaniu tej analizy – o anulowanie wyniku postępowania i odrzucenie tej oferty jako niezgodnej z SIWZ. Autor pisma zwrócił uwagę, że SIWZ wymagała, by oferowany podkład chłonny miał rozmiar 61 cm x 91 cm oraz chłonność pomiędzy 1800 i 2300 g i przyznał, że z przedłożonej przez spółkę ██████████ karty katalogowej wynika, że chłonność warstwy oferowanego produktu wynosi 1,8 l do 2,3 l wody, co jest równoważne gramom, jakimi operuje SIWZ, jednak w treści tej karty, gdzie wymieniono 5 różnych produktów o odmiennych rozmiarach, nie wskazano równocześnie, którego z nich dotyczy wskazana chłonność. Stwierdzono dalej, że w konsekwencji przedłożony dokument nie zawiera informacji, jaka jest rzeczywista chłonność produktu o numerze katalogowym SC-9060-BTBS, a w ocenie piszącego jest to chłonność na metr kwadratowy, co przy uwzględnieniu powierzchni rdzenia chłonnego oferowanego produktu oznacza, że chłonność tego produktu jest zdecydowanie niższa od wielkości wymaganych przez SIWZ. Podniesiono także, że Zamawiający zwracał się do oferenta o uzupełnienie dokumentów potwierdzających posiadanie przez oferowany produkt wymaganej chłonności, ale w odpowiedzi nie przedłożono takich dokumentów, ale jedynie oświadczenie wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający dokonał wyboru oferty na podstawie dokumentów nieprzewidzianych treścią SIWZ – co jest sprzeczne z obowiązkiem równego traktowania wszystkich podmiotów postępowania przetargowego przez Zamawiającego. W dniu 2 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że podtrzymuje wynik postępowania przetargowego.

W dniu 3 stycznia 2019 r. ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w ██████████ wniosła do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie o czynności Zamawiającego dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa materiałów opatrunkowych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez ██████████ ██████████ ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w ██████████ w zakresie pakietu Nr 19 – jednorazowe podkłady ochronne – i jednocześnie uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 82 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki ██████████ której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) poprzez wybór oferty spółki ██████████ która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy.

We wnioskach odwołania jego autor domagał się:

- uwzględnienia odwołania;
- nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu Nr 19;
- nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu Nr 19;
- nakazania odrzucenia oferty złożonej przez spółkę ██████████
- nakazania wezwania do przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu Nr 19 w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w zakresie tego pakietu.

W uzasadnieniu pisma Odwołujący powołał argumentację zbliżoną do zawartej w piśmie z dnia 31 grudnia 2018 r. skierowanym do Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2019 r. ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w ██████████ zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 14 stycznia 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 listopada 2018 r. spółka ██████████ nadesłała stosowne wyjaśnienia wraz z ulotką potwierdzającą spełnienie wymaganych parametrów przez oferowany wyrób, a stanowisko odwołującego nie zostało potwierdzone żadnymi dowodami wskazującymi, że chłonność wyrobów opisanych w ulotce zależy od powierzchni żelowego rdzenia.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2019 r. dopuszczono ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w ██████████ do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym samym dniu Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska, natomiast Przystępujący po stronie Zamawiającego przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu w części 19 zamówienia unieważnienie wyboru oferty Przystępującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność jej treści z treścią SIWZ w zakresie chłonności oferowanych przez Przystępującego wyrobów medycznych, jak również obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego poprzez zaliczenie w poczet tych kosztów kwoty 15.000,00 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła na wstępie, że w ramach podstawy faktycznej zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ Odwołujący podniósł, iż ze złożonej przez Przystępującego ulotki informacyjnej (karty katalogowej) nie wynika, aby zaoferowany Zamawiającemu wyrób (podkład oznaczony symbolem SC-9060-BTBS)

charakteryzował się chłonnością na poziomie 1800-2300 g, ponieważ w jej treści opisano również inne podkłady należące do tej samej rodziny produktów – a zatem podnoszone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą twierdzenia o nieprzeprowadzeniu lub nieprawidłowym przeprowadzeniu testów chłonności oferowanych wyrobów oraz mające je potwierdzać dowody stanowiły rozszerzenie zarzutu odwołania poprzez poszerzenie jego podstawy faktycznej o nowe okoliczności, co w ocenie Izby pozostawało w sprzeczności z art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.). Z kolei dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, ponieważ Odwołujący nie kwestionował prawidłowości oceny punktowej w pozacenowym kryterium „Duża absorpcja płynów”.

Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła dalej, że Zamawiający, analizując treść ulotki o produkcie otrzymanej przez Przystępującego, zasadnie doszedł do wniosku, iż nie potwierdza ona spełniania przez oferowany produkt oznaczony symbolem SC-9060-BTBS wymogu chłonności mieszczącej się w przedziale 1800-2300 g opisanego w załączniku Nr 2a do SIWZ, skoro w dokumencie tym wymieniono jeszcze 4 inne podkłady różniące się wymiarami i wariantami. Jako prawidłowe oceniono postępowanie Zamawiającego, który w takiej sytuacji wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) do złożenia dokumentu wymaganego przez SIWZ, który będzie zawierał informacje jednoznacznie i wprost potwierdzające spełnienie parametrów bezwzględnie wymaganych [„(...) aby zaoferowany wyrób o numerze katalogowym SC-9060-BTBS posiadał chłonność 1800 – 2300 g (...)] – w ocenie Izby jasną intencją Zamawiającego w zakresie powodów wystosowania takiego wezwania i sposobu jego sformułowania było uzyskanie potwierdzenia dla oczekiwanego parametru wyrobu poprzez złożenie wymaganego dokumentu. Zdaniem Izby, Przystępujący nie sprostął temu wezwaniu, ponieważ nadesłał tę samą ulotkę, którą złożył już wcześniej, uzupełnioną jedynie o oświadczenie swego pracownika, które miało potwierdzać fakt spełnienia przez zaoferowany wyrób wymogu chłonności w zakresie przewidzianym w SIWZ. Zauważono, że nie był to jednak sposób potwierdzenia przedmiotowego parametru przewidziany w SIWZ i w wezwaniu, gdyż zgodnie z Rozdziałem XIII ust. 2 lit. C SIWZ, wykonawcy mogli potwierdzić spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego poprzez złożenie wymienionych tam dokumentów, a Zamawiający na etapie sporządzania SIWZ nie przewidział innego sposobu takiego potwierdzenia, choć § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) przewiduje otwarty katalog rodzajów dokumentów możliwych do złożenia w tym celu. Skoro Zamawiający z takiej możliwości nie skorzystał, to zobowiązany był do oceny omawianej kwestii na podstawie dokumentów przewidzianych w SIWZ, a z kolei Przystępujący (w uzasadnieniu wyroku omyłkowo: Odwołujący), jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, winien był wiedzieć, jakimi rodzajami dokumentów dotyczących oferowanych wyrobów dysponuje i ewentualnie wyjaśnić z Zamawiającym dopuszczalność posłużenia się innymi dokumentami niż przewidziane w SIWZ. Przystępujący nie podjął żadnych prób w tym kierunku, co oznacza, że zaakceptował fakt dokonywania oceny spełniania przez oferowane podkłady parametru chłonności w oparciu o dokumenty wyliczone w SIWZ. Jeśli zatem Zamawiający, mimo stosownego wezwania, nie potwierdził żądanej okoliczności w sposób przewidziany w SIWZ, to odwołanie należy uznać za zasadne, gdyż treść oferty Przystępującego okazała się być niezgodna z SIWZ, a w konsekwencji Zamawiający rzeczywiście naruszył w toku postępowania przetargowego art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.). O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 w związku z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Skargę na ten wyrok złożyła ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w ██████████, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie odwołania i zasądzenie na Odwołującego na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, a także o zasądzenie kosztów postępowania skargowego, oraz zarzucając bezzasadne potraktowanie jej pisma z dnia 22 listopada 2018 r. jako odrębnego i nieprzewidzianego w SIWZ dokumentu niezależnego od wcześniej złożonej karty katalogowej, a w konsekwencji bezzasadne uznanie treści oferty wykonawcy za niezgodną z treścią SIWZ. Skarżąca wywodziła, że przedłożona przez nią czytelna karta katalogowa producenta należycie wykazywała zgodność cech oferowanego produktu, w tym również jego chłonności, z wymogami przewidzianymi w SIWZ, zaś pismo z dnia 22 listopada 2018 r.

zawierało jedynie wyjaśnienie jej treści złożone przez wykonawcę z własnej inicjatywy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.). Ponadto w ocenie skarżącej, jeśli Odwołujący nie podzielał stanowiska Zamawiającego, że mimo przedłożonych wyjaśnień, ulotka potwierdza cechy jakościowe oferowanego produktu zgodne z SIWZ, to winien był zarzucać w swym odwołaniu dokonanie wyboru ofert z naruszeniem art. 91 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) poprzez wybór oferty niespełniającej wymagań jakościowych, nie zaś zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, gdyż odrzucenie oferty eliminuje potrzebę dokonywania merytorycznej jej oceny.

W odpowiedzi na skargę Odwołujący wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, natomiast Zamawiający do skargi się nie ustosunkował.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Łodzi w dniu 5 kwietnia 2019 r. skarżąca i Odwołujący podtrzymali wcześniej zajęte stanowiska.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna, a jej złożenie nie mogło skutkować uwzględnieniem zawartych w niej wniosków.

Z argumentami przywołanymi w skardze nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim należy przyznać rację Odwołującemu, że przedstawiona przez Skarżącą karta katalogowa nie zawierała jednoznacznych danych dotyczących chłonności produktu o numerze katalogowym SC-9060-BTBS, w szczególności nie było możliwe przesądzenie na jej podstawie, czy wyrób ten odpowiada w tym zakresie wymogom przewidzianym w SIWZ i opisanym w załączniku Nr 2a. W przedmiotowej karcie katalogowej wymieniono 5 rodzajów podkładów, opatrzonych odmiennymi numerami katalogowymi, różniących się od siebie rozmiarami całości wyrobu, rozmiarami rdzenia i występujących w dwóch wariantach (oddychający i foliowany), przy czym – jak wynika z treści dokumentu – wszystkie one zaopatrzone zostały w taką samą warstwę chłonną. Z opisu owej warstwy chłonnej wynika, że zawiera ona bardzo chłonny żelowy rdzeń i „(...) zatrzymuje aż do 1,1 l oraz 1, 6 l płynów, odpowiednio zgodnie z normą ISO 11948-1 lub zatrzymuje 1,8 l do 2,3 l wody (...)”. W ocenie Sądu

rozpoznającego skargę, w istocie trudno uznać, że dane te dostarczają informacji pozwalających w sposób jednoznaczny ustalić, czy oferowany wyrób spełnia wymogi przewidziane w SIWZ. W szczególności – co podkreślał Odwołujący w pismach składanych w toku postępowania przetargowego – nie sposób stwierdzić w oparciu o treść karty katalogowej w części opisującej parametry warstwy chłonnej, w którą wyposażone są wszystkie wymienione tam podkłady, czy chłonność ta dotyczy materiału, z którego wykonano tę warstwę, w przeliczeniu na określoną jednostkę powierzchni (np. metr kwadratowy), czy też parametr ten odnosi się do każdego z 5 rodzajów podkładów, w tym także do oferowanego wyrobu. Przeciwno temu ostatniemu przypuszczeniu przemawia znaczne zróżnicowanie rozmiarów poszczególnych rodzajów podkładów i co najmniej poważne wątpliwości budzić musi tym samym możliwość przyjęcia, iż taką samą chłonność ma najmniejszy z nich i największy – pomiędzy którymi, biorąc pod uwagę rozmiar rdzenia, różnica powierzchni jest rzędu ok. 60 % – jeśli wykonane są one w tym samym wariantcie (oddychający) i zaopatrzone w ten sam rodzaj warstwy chłonnej. Zgodzić się więc trzeba, że treść przedłożonej przez skarżącą spółkę karty katalogowej nie daje wystarczających podstaw do jednoznacznego potwierdzenia zgodności istotnych dla wyboru oferty parametrów wyrobu z parametrami wymaganymi w SIWZ – a przebieg postępowania przetargowego wskazuje jasno, że tego samego zdania był również Zamawiający, skoro w piśmie z dnia 21 listopada 2018 r. stwierdził, że w dostarczonym przez spółkę dokumencie nie odnalazł informacji jednoznacznie i wprost potwierdzających spełnienie bezwzględnie wymaganych parametrów określonych w treści SIWZ, tj. aby zaoferowany wyrób o numerze katalogowym SC-9060-BTBS posiadał chłonność 1800-2300 g.

Zamawiający uprzednio potraktował kartę katalogową zawierającą dotyczącą oferowanego produktu informację o absorpcji płynów nie jako dokument potwierdzający parametry oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie niezbędnym do oceny zgodności z parametrami wskazanymi w rozdziale XX SIWZ – w rozumieniu Rozdziału XIII ust. 1 pkt. 8 w związku z Rozdziałem XX ust. 2.2 SIWZ – obligatoryjnie dołączany do oferty i niepodlegający uzupełnieniu, ale jako dokument, o którym mowa w Rozdziale XIII ust. 2 pkt. 2 ppkt. C) a) potwierdzający spełnienie przez ten wyrób wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie niezbędnym do oceny wymaganych parametrów określonych w załączniku Nr 2a do SIWZ. Wobec takiego jego zakwalifikowania zastosowany został tryb przewidziany w art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej u.z.p., i w dniu 7 sierpnia 2018 r. wezwano spółkę [REDAKTION] do złożenia w terminie do dnia 20 sierpnia 2018 r.

oryginalnych ulotek producenta, katalogów, kart danych technicznych w języku polskim potwierdzających wymagane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia (przy czym jeśli oryginalna dokumentacja jest w języku obcym, to wykonawca winien dostarczyć wraz z oryginałem tłumaczenie na język polski) – w zakresie niezbędnym do oceny wymaganych parametrów określonych w załączniku Nr 2a do SIWZ. Wobec zastrzeżeń Odwołującego do dokumentacji przedłożonej w wykonaniu tego wezwania oraz wobec uzasadnionego merytorycznie stanowiska samego Zamawiającego, iż nadesłana karta katalogowa nie zawiera jednoznacznych informacji o spełnieniu przez produkt bezwzględnie wymaganego przez SIWZ parametru (wartości chłonności), Zamawiający uznał za konieczne wdrożenie trybu z art. 26 ust. 3 u.z.p. Przepis ten stosowany jest w sytuacji, kiedy – jak w niniejszym postępowaniu przetargowym – wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 u.z.p. – w tym także opisane w art. 25 ust. 1 pkt. 2 u.z.p., a więc spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – bądź dokumenty te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości i nakazuje wówczas Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. W ocenie Sądu Zamawiający spośród wszystkich przewidzianych w tym przepisie form sanowania braków dokumentacji trafnie wybrał wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który nie zawierał niezbędnej i wymaganej przez SIWZ treści, nie zaś do udzielenia wyjaśnień, co byłoby adekwatne do sytuacji, w której Zamawiający żywiłby wątpliwości co do niejasnej treści dokumentów, możliwe do wyjaśnienia przez samego wykonawcę. Skoro SIWZ wymagały przedłożenia informacji pochodzących od producenta oferowanego wyrobu, zawartych w oryginalnych ulotkach, katalogach czy kartach danych technicznych, to nie wydaje się możliwe, by ewentualne wątpliwości co do treści takich dokumentów mogły zostać rozwiane przez samego wykonawcę w trybie złożenia wyjaśnień. Słusznie zatem Zamawiający uznał, że konieczne jest uzupełnienie brakujących danych, co z uwagi na wymóg pochodzenia informacji od samego producenta mogło nastąpić tylko poprzez złożenie oryginalnej ulotki, katalogu lub karty danych technicznych, gdzie zawarte byłoby jednoznaczne potwierdzenie spełnienia przez oferowany wyrób parametru chłonności odpowiadającego wymogom załącznika Nr 2a do SIWZ.

W sprawie niniejszej bezsporne jest, że skarżący nie zastosował się do tego wezwania i nie uzupełnił przedmiotowych dokumentów w opisywany wyżej – ani też w żaden inny – sposób, bo za takowe uzupełnienie nie można z pewnością poczytać ponownego złożenia tej

samej karty katalogowej, jak już uprzednio została nadesłana. Fakt niezastosowania się do wezwania przyznaje w złożonej skardze sama spółka [REDAKTOWANE] wywodząc, że w miejsce uzupełnienia dokumentów posłużyła się instytucją udzielenia wyjaśnień, i to nie w odpowiedzi na wezwanie, ale z własnej inicjatywy; wyjaśnienia te, notabene, dotyczą wyłącznie błahej, oczywistej i niekwestionowanej przez nikogo w toku postępowania przetargowego kwestii przeliczenia litrów, o których mowa w ulotce przy określaniu, ile wody zatrzymuje warstwa chłonna, z gramami, którymi posługuje się załącznik Nr 2a do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, kiedy nie został spełniony jeden z warunków przewidzianych w SIWZ w postaci przedstawienia przez wykonawcę dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 pkt 2 u.z.p., odnoszącego się do przedmiotu zamówienia i mającego zaświadczać, że przedmiot opisany w ofercie odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, a wykonawca, pomimo stosownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 u.z.p., żądanych dokumentów nie uzupełnił w wyznaczonym terminie, ich brak powinien skutkować odrzuceniem jego oferty z mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.z.p. Choć dokonanie wstępnej oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ na potrzeby ustalenia listy rankingowej odbywa się na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zawierającego zobowiązanie się wykonawcy do świadczenia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, to jednak później zgodność ta zostaje zweryfikowana w oparciu o dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 1 u.z.p. Zamawiający wykazał się daleko idącą niekonsekwencją, uznając przy formułowaniu wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 u.z.p., że spółka [REDAKTOWANE] nie złożyła kompletnej dokumentacji potwierdzającej spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, a następnie przyjmując, że – mimo nieuzupełnienia niezbędnych w jej wcześniejszej ocenie dokumentów – zachodzi jednak zgodność treści jej oferty z treścią SIWZ. Jak się wydaje, podstawą do tego było wyłącznie zbadanie przedłożonych przez skarżącą próbek oferowanego wyrobu, co oznacza, że Zamawiający samowolnie i jednostronnie odstąpił w tym wypadku od sformułowanych przez samego siebie wymogów zawartych w SIWZ, które w przypadku pakietu Nr 19 zamówienia bezwzględnie wymagały złożenia dokumentów przewidzianych w Rozdziale XIII ust. 2 pkt. 2 ppkt. C) a) – a wymogami tymi byli związani pozostali wykonawcy uczestniczący w procedurze. Rację ma Krajowa Izba Odwoławcza, wywodząc, że nic nie stało na przeszkodzie, by Zamawiający na etapie formułowania postanowień SIWZ w inny sposób określił zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów dostarczanych przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, jeśli jednak tego nie uczynił, to związany jest przy ocenie kwestii potwierdzenia zgodności treścią oferty z treścią SIWZ postanowieniami tymi

w brzmieniu już ustalonym. Zgodzić się więc należy z zaskarżonym rozstrzygnięciem, że Zamawiający, odstępując w odniesieniu do jednego z wykonawców od wymogów ustalonych w SIWZ, postąpił wbrew przewidzianej w art. 7 ust. 1 u.z.p. zasadzie równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji naruszył w niniejszym postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.z.p. w związku z art. 82 ust. 3 u.z.p., nie odrzucając oferty Skarżącej, pomimo zaistnienia przewidzianych w tych przepisach przesłanek. Z powyższych wywodów wynika, jasno, że nie można podzielić argumentacji przedstawionej w złożonej skardze. Stronie skarżącej można przyznać rację tylko w tej części jej wywodów, gdzie wskazuje ona, że bezzasadne i wykraczające poza podstawę faktyczną odwołania było powołanie w jego treści zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 u.z.p., skoro Odwołujący podstawą odwołania czynił fakt niekompletności dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego i niezpełnienie ich pomimo wezwania. Także Krajowa Izba Odwoławcza w ocenie Sądu nie powinna była formułować tezy o naruszeniu tego przepisu, skoro w ramach swych rozważań zakreślonych zakresem postawionych w odwołaniu zarzutów, nie analizowała merytorycznej prawidłowości decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Skarżącej, stojąc na stanowisku, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia tej oferty – uchybienie to nie miało jednak żadnego wpływu na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia, ani na jego prawidłowość.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 1 u.z.p. oddalił skargę jako bezzasadną. O kosztach postępowania skargowego orzeczono w oparciu o art. 198f ust. 5 u.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku, co oznacza na gruncie sprawy niniejszej, że Skarżący, którego stanowiska Sąd nie podzielił, winien zwrócić koszty poniesione przez Odwołującego, który domagał się oddalenia jego skargi. Na podlegające zwrotowi koszty poniesione przez ██████████ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w ██████████ składa się wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego ją w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Łodzi obliczone na kwotę 1.200,00 zł, stosownie do § 10 ust. 1 pkt. 1 w związku z § 8 ust. 1 pkt. 4 i w związku z § 20 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U z 2018 r., poz. 265). Przepisy powołanego rozporządzenia nie przewidują stawek zastępstwa procesowego dla pełnomocników biorących udział w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych, a w tej sytuacji należy przyznać pełnomocnikowi procesowemu koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do niniejszej sprawy, w których przepisy rozporządzenia regulują wysokość stawki. Jak powszechnie przyjmuje judykatura, sprawy z zakresu skarg

wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej najbardziej zbliżone są swym charakterem do rozstrzygnięć zapadających po rozpoznaniu skarg na orzeczenia sądów polubownych.



*Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność świadczy
Sekretarz Sądu*

*St. Sekretarz Sądowy
Grażyna Studzińska*