

Sygn. akt: 2203/17

WYROK

z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 31 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **Agencja Naukowo – Techniczna S. Sp. z o.o., ul. (...) W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. (...), O.**

przy udziale wykonawcy **M. P. Sp. z o.o., ul. (...), W.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2203/17 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Agencja Naukowo – Techniczna S. Sp. z o.o., z siedzibą we W.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agencja Naukowo – Techniczna S. Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich z siedzibą we W.** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) 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

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w O. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa wyrobów medycznych jednorazowego i wielorazowego użytku, o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach PZP wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr Dz.U./S SI45 z 1.08.2017 r. pod numerem 2017/S 145-298964 oraz na stronie internetowej

Odwołujący: Agencja Naukowo-Techniczna "S." Sp. z o.o. z siedzibą we W. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w O. i Szpitala Miejskiego im. (...) w E. (zwanymi dalej: „Zamawiającym”), podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. niezgodnym z przepisami zaniechaniu odrzucenia oferty M. P. Sp. z o.o. podlegającej wykluczeniu z Postępowania;
2. niezgodnym z przepisami wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, mimo że oferta ta winna podlegać odrzuceniu.

Wnoszący odwołanie zarzuca, iż zaskarżone niniejszym odwołaniem czynności Zamawiającego wskazane w pkt. I naruszają przepisy PZP, to jest:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez nieodrzuconie oferty wykonawcy M. P. Sp. z o.o., mimo iż jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia („siwz”);
- 2) art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy M. P. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że winna ona podlegać odrzuceniu;
- 3) art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, w następstwie naruszeń przepisów ustawy i postanowień SIWZ wskazanych wyżej.

Wnoszący odwołanie wnosi o:

1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenie oferty M. P. Sp. z o.o.,
3. powtórzenie czynności ponownego badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Wnoszący odwołanie wskazuje, że posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, ponieważ występuje w przedmiotowym postępowaniu jako jeden z Wykonawców, który złożył ważną ofertę.

Wolą Zamawiającego było, między innymi, uzyskanie w ramach zamówienia stabilizatorów serca tkankowych opisanych w poz. 69 pkt. 1 WZORU FORMULARZA CENOWEGO, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, spełniających wymagania opisane w Formularzu cenowym. Ww. stabilizatory wg opisu drugiego (po słowie „lub” warunków granicznych), wg którego firma M. P. Sp. z o.o. składała swoją ofertę, mają być wykonane z materiału syntetycznego. Dalej w ww. opisie Zamawiający doprecyzował, iż każdy z takich stabilizatorów ma być wyposażony w system mocujący do linii ssącej na korpusie i pokrętle sterującym, w zestawie komplet dedykowanych piór (plastikowych, jednorazowych bransz) kompatybilnych z retraktem dostarczanym bezpłatnie na czas trwania umowy.

Dowód: 1. SIWZ (w aktach Postępowania).

Powyższego wymogu dostarczenia retraktora Zamawiający nie zamieścił w opisie drugiego ze stabilizatorów, tj. stabilizatora serca koniuszkowego z poz. 69 pkt. 2. Oznacza to, zdaniem wnoszącego Odwołanie, że Zamawiający ww. retraktor zamierzał wykorzystywać do różnorodnych zastosowań, bo takim właśnie narzędziem jest retraktor, a urządzenie uzyskane przez Zamawiającego w ramach jednego częściowego zamówienia, dostarczane wraz z każdym stabilizatorem serca tkankowym, to zapotrzebowanie pokrywa.

Z kolei w pkt. VI lit. B. pkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że każdy wykonawca jest zobowiązany załączyć do swojej oferty folder/ katalog (w języku polskim) zawierający opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w Formularzu cenowym, wraz z numerem katalogowym.

Dowód: 2. SIWZ (w aktach Postępowania).

W ocenie Wnoszącego odwołanie oferta Spółki M. złożona w Postępowaniu nie spełnia żadnego z ww. stawianych wymogów, a wynika to z następujących okoliczności faktycznych:

- w folderze załączonym przez M. do oferty jest zawarty opis dotyczący stabilizatora koniuszkowego (...), o kodzie produktu (...). W samym folderze znajduje się zapis, że M. P. Sp. z o.o. oferuje Zamawiającemu system stabilizacji, 4 generacji i że jest to kombinacja systemu pozycjonowania (...) z systemem stabilizacji (...). Z kolei w trzecim dokumencie, tj. formularzu cenowym, również załączonym do oferty, M. podaje z kolei trzecią wersję opisu urządzenia, a mianowicie stabilizator koniuszkowy (...) o kodzie produktu (...), a nie, jak w ww. materiałach informacyjnych, (...).

- w formularzu cenowym M. podała dla stabilizatora tkankowego numer katalogowy (...) S. Ten sam numer katalogowy zamieściła również w folderze informacyjnym. Po uzupełnieniu dokonanym pismem z dnia 27.09.2017 r. w folderze informacyjnym został zamieszczony kolejny numer katalogowy na stabilizator tkankowy, a mianowicie (...).

- Zamawiający wezwał M. P., pismem z dnia 26.09.2017 r., czyli już po otwarciu ofert, do uzupełnienia dokumentów m.in. o informację o nr katalogowym retraktora wraz z

informacją o kompatybilności. W odpowiedzi na ww. wezwanie M. P. Sp. z o.o., pismem z dnia 27.09.2017 r., nie tylko nie podała nr katalogowego reaktora, ale załączyła nowy, zmieniony w treści folder informacyjny, w którym w opisie, w miejsce ww. systemu stabilizacji, 4 generacji i pozycjonowania (...) z systemem stabilizacji „(...)”, pojawia się nowy, zmieniony opis o następującej treści: kombinacja systemu pozycjonowania (...) z systemem stabilizacji „(...) SUV”....

Dowód: 3. Oferta M. P. Sp. z o.o. (w aktach Postępowania).

4. Pismo Zamawiającego do M. z 26.09.2017 r. (w aktach Postępowania).

5. Pismo M. przesłane do Zamawiającego z 27.09.2017 r. (w aktach).

Zamawiający powinien odrzucić ofertę M. ponieważ na moment otwarcia ofert nie posiadał informacji i dokumentów umożliwiających mu ocenę, czy oferowane przez M. urządzenia spełniają wymagania opisane w SIWZ.

Doszło również do całkowicie pozbawionego podstawy prawnej precyzowania przez M. treści jego świadczenia, jakim była złożona w postępowaniu Oferta. W ramach złożonych ww. pismem z dnia 27.09.2017 r. wyjaśnień M. P. Sp. z o.o. w sposób całkowicie nieuprawniony zarówno zmodyfikowała, jak i uzupełniła treść pierwotnie złożonej przez siebie oferty. Modyfikacje te polegały na dopisaniu w ww. folderach fragmentu (...) SUV - stabilizator tkankowy oraz (...) stabilizator koniuszkowy - kompatybilne z wielorazowym reaktorem (...) - ref UA=5001 (mechanizm rozwierający). Na tej samej stronie folderu zniknął cały fragment, od fragmentu: sterylny - jednorazowego użytku, a dodatkowo pozostała część opisu ze strony została wykreślona. Dodatkowo zmianie uległ układ folderu oraz dopisano w nim fragment (...) - stabilizator koniuszkowy, do operacji na bijącym sercu, (...) SUV/(...). Usunięto również dwie ilustracje. Powyższe wyjaśnienia z dnia 27.09.2017 r. w żadnym przypadku nie mogły służyć do dookreślenia i de facto uzupełnienia oferty, a tym samym uzupełnienia zakresu świadczenia, jakie zobowiązała się wykonać M. w stosunku do Zamawiającego. Zakres świadczenia wykonawcy w każdym przypadku powinien mieć swoje źródło w ofercie. Oznacza to, że miejscem, gdzie powinny się znaleźć wszystkie dane elementów składających się na przedmiot zamówienia w niniejszym Postępowaniu, była oferta M.. W orzecznictwie wskazuje się, że Zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiście jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu. Przepis art. 26 ust. 3 pzp nie zmienia zasady niezmienności treści oferty ani takich naczelných zasad postępowania jak jego przejrzystość oraz

zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równe traktowanie. Z kolei, zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji Zamawiający dopuścił do sytuacji, w której M., pismem z dnia 26.09.2017 r., dokonała modyfikacji oferty złożonej w Postępowaniu, w sposób wykraczający poza prawnie dopuszczalne granice.

Ale nawet taka kreatywność nie doprowadziła do „papierowej zgodności”, bo z pewnością nie faktycznej, urządzenia oczekiwanego i wymaganego od wykonawcy przez Zamawiającego w ramach Postępowania, z urządzeniem, jakie zamierzała dostarczyć M.. W ocenie Wnoszącego odwołanie, nawet mimo ww. prawnie niedopuszczalnego zmodyfikowania oferty wykonawcy - M., nie spełnia podstawowego wymogu, jakim jest spełnienie wymagań SIWZ. Ww. urządzenie o nr referencyjnym, o którym Zamawiający dowiedział się dopiero z pisma wyjaśniającego złożonego przez M. P. Sp. z o.o., w którym M. wskazuje, że jest reaktorem i posiada nr ref.(...), wg ogólnie dostępnej broszury katalogowej M. (...), dostępnej na stronie (...), nie odnosi się do reaktora jako całości, lecz tylko i wyłącznie do platformy (...), czyli mechanizmu rozwierającego drive mechanism, który jest elementem składowym reaktora i w żadnym przypadku nie może być nazwany reaktorem. Zgodnie bowiem z opisem zamieszczonym w ww. broszurze katalogowej (str. 4 tej broszury) pod ww. nr katalogowym (...) jest opisane urządzenie (...).

Dowód:6.Broszura (...).

Reaktor to w tłumaczeniu dosłownym „rozszerzadło/rozwieracz”. Jest to narzędzie chirurgiczne, za pomocą którego możemy odsunąć powłoki podczas zabiegu operacyjnego. Reaktory opracowano na potrzeby optymalnego rozszerzenia jamy (np. brzusznej, klatki piersiowej) i jego składowe to: zasuwka z ramieniem ruchomym lub stałym i odpowiednie haki (tzw. bransze) . W załączeniu do niniejszego odwołania, dla zobrazowania powyższych twierdzeń, Wnoszący odwołanie załącza przykładowe zdjęcia reaktorów.

Obrazowo rzecz ujmując, zaoferowana Zamawiającemu przez M. P. Sp. z o.o. ww. platforma (...) jest ww. zasuwką, czyli tylko jednym z elementów składowych reaktora. Dopiero po nałożeniu jednorazowych piór powstaje urządzenie spełniające wymogi niezbędne dla określenia go reaktorem. Tym samym nie jest uprawnione posługiwanie się przez M. określeniem reaktor przy opisywaniu ww. urządzenia o nr ref. (...). A tym samym oferta M.

nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, opisanych w SIWZ, a w szczególności w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Wola Zamawiającego jest otrzymanie tkankowych stabilizatorów serca wyposażonych w system mocujący do linii ssącej na korpusie i pokrętle sterującym, w zestawie komplet dedykowanych piór (plastikowych jednorazowych bransz) kompatybilnych z retraktorem dostarczany bezpłatnie na czas trwania umowy.

W orzecznictwie KIO słusznie podkreśla się, że dla każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwłaszcza jeżeli powołuje się na swój profesjonalizm, oczywiste powinno być, że Zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie urządzeń w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełniają one parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W tym właśnie celu są sporządzane przez zamawiających SIWZ i nie inaczej było również w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie bez przyczyny wymagał od każdego podmiotu składającego ofertę, aby przedłożył on folder/ katalog (w jęz. polskim) zawierający opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w Formularzu cenowym, wraz z numerem katalogowym (pkt VI lit. B. pkt 5 SIWZ). Opisane wyżej nieprawidłowości w ofercie M. P. powinny skutkować jej odrzuceniem co najmniej z dwóch zasadniczych powodów:

1/ niekonsekwencji w opisie, w tym w numerach katalogowych w zakresie części zasadniczej zadania tj. wymaganych w pkt 1 i 2 poz. 69 stabilizatorów tkankowych i koniuszkowych, co spowodowało, że treść oferty, w tym treść załączonych do niej dokumentów nie pozwala na ustalenie, czy odpowiadają one wymaganiom zamawiającego, a co za tym idzie – czy tym wymaganiom odpowiada sprzęt, jaki dostarczy w ramach tego zamówienia M. P.;

2/ zaoferowaniu tylko zasuwy o nr ref. (...) – czyli składowej refraktora według oryginalnej, ogólnodostępnej broszury katalogowej na stronie producenta – jako pełnowartościowego, kompletnego retraktora, którym urządzeniem o ww. kodzie referencyjnym (...) nie jest.

Nawet uznając hipotetycznie, z czym nie zgadza się Wnoszący odwołanie, że po doprecyzowaniu oferty M. P. Sp. z o.o. spełniła ona wymagania określone w SIWZ, to jak podkreśla się w orzecznictwie KIO istotne elementy tego oświadczenia woli - jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego. W tym przypadku nie może być wątpliwości, że mamy do czynienia z niezgodnością zaoferowanego przez wykonawcę przedmiot zamówienia, który nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego w SIWZ. W Postępowaniu wybrana została bowiem oferta, w której produkt zaproponowany przez M. P. nie jest, a miał być reraktorem. M. P. zobowiązał się bowiem do dostarczenia reraktora, a faktycznie, analizując przedłożone do jego oferty dokumenty oraz dokumenty złożone wraz z pismem z 27.09.2017 r., należy stwierdzić, że obiecał Zamawiającemu nie reraktora a tylko jego część, tj. zasuwę bez wielorazowych bransz. Oznacza to, że oferta M. Polska powinna być, w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odrzucona. Na taki skutek wskazuje się również w orzecznictwie podkreślając, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp 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, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp). Ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ew. uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 pzp). Wnoszący odwołanie wskazuje, że naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych jest ich dostępność dla wszystkich zainteresowanych, a zamawiający zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasad

tych Zamawiający w niniejszym Postępowaniu, dokonując wyboru oferty M., mimo powyższych jej nieprawidłowości nie dochował, z przyczyn wskazanych powyżej.

Wnoszący odwołanie wskazuje na marginesie, że Zamawiający w ogłoszeniu zamieszczonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 01/08/2017, w pkt. I, 1.1) opisując Szpital Miejski im. Św. (...), błędnie wskazał, że chodzi o szpital z siedzibą w O., a powinien wskazać, że jest to szpital w E.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty za bezpodstawne.

Nie odrzucił oferty firmy M. w zakresie części nr 69 ponieważ nie zaistniała przesłanka do jej odrzucenia wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Wskazał, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz nie mających istotnego charakteru (wg KIO 734/15).

W opisie przedmiotu zamówienia w zał. Nr 2 do siwz dla części nr 69 zamawiający wymagał zaoferowania Stabilizatorów serca tkankowych (pozycja 1 części 69) i koniuszkowych (pozycja 2 części nr 69). W wyniku odpowiedzi na pytania wnoszone do zamawiającego ostatecznie dopuszczono rozwiązanie:

Stabilizator serca tkankowy;

1/ wariant pierwszy – Stabilizator serca tkankowy wykonany z materiału syntetycznego. Ramię stabilizujące jednorazowego użytku lub wielorazowego użytku wykonane z tytanu. Mocowanie do dowolnego rozwieracza klatki piersiowej.

2/ wariant drugi – Stabilizator serca jednorazowego użytku z zestawem jednorazowych plastikowych bransz kompatybilnych z retraktorem dostarczonym bezpłatnie na czas trwania umowy.

3/ wariant trzeci Stabilizator serca tkankowy jednorazowego użytku z wielorazowym tytanowym ramieniem przystosowanym do pracy z kompatybilnym retraktorem dostarczonym na czas trwania umowy.

Stabilizator serca koniuszkowy

1/ wariant pierwszy – Stabilizator serca koniuszkowy wykonany z materiału syntetycznego. Ramię stabilizujące jednorazowego użytku lub wielorazowego użytku wykonane z tytanu. Mocowanie do dowolnego rozwieracza klatki piersiowej.

2/ wariant drugi – Stabilizator serca koniuszkowy jednorazowego użytku – pozycjoner.

3/ wariant trzeci – Stabilizator serca koniuszkowy jednorazowego użytku z wielorazowym tytanowym ramieniem przystosowanym do pracy z kompatybilnym retraktorem (oferowanym w pozycji 1).

W postępowaniu dla części 69 wpłynęły trzy oferty nie podlegające odrzuceniu.

Wykonawca M. P. zaoferował wariant drugi stabilizatorów tkankowych i koniuszkowych. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert zgodnie z art. 24 aa ustawy pzp. Na podstawie kryteriów oferta ta była najkorzystniejsza. Zamawiający zbadał zgodność oferty na podstawie katalogów załączonych do oferty. Opis produktu zaoferowanego zarówno w pozycji pierwszej jak i drugiej zgadzał się z wymaganiami zamawiającego zawartymi w formularzu cenowym (zał. Nr 2 do siwz). Zamawiający przyjął oświadczenie wykonawcy, że oferuje on Stabilizator tkankowy zgodny z jego wymaganiami, kompatybilny z retraktorem (rozwieraczem, na którym mocowane są jednorazowe bransze) dla pozycji pierwszej oraz stabilizator koniuszkowy dla pozycji drugiej.

Zamawiający zauważa, że zakłada się przyjmowanie oświadczeń wykonawcy jako prawdziwych bez zakładania z góry ich nieprawdziwości czy zamiaru wprowadzenia w błąd.

Wskazuje, że treść siwz oraz treść oferty rozumie się jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli zamawiającego, który przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru jego oferty. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia z opisem wymaganym przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz, a taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający nadmienił, że z należyłą starannością zbadał stabilizatory, ponieważ to one były przedmiotem zamówienia przyjmujące, że retraktor (wielorazowego użytku) zostanie dostarczony bezpłatnie na czas trwania umowy. Powyższe postępowanie jest postępowaniem powtórzonym, oferowany asortyment został szczegółowo zbadany wcześniej łącznie z badaniem próbek, które zostały wysoko ocenione przez użytkownika (otrzymując taką samą punktację. W wyniku oceny zamawiający nie miał wątpliwości, jaki przedmiot zostanie mu dostarczony.

Odwołujący po dokonaniu wglądu do ofert, przesłał swoje wątpliwości co do oferty przystępującego w zakresie części nr 69. Zamawiający chcąc rozwiązać wątpliwości tego podmiotu wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia dodatkowych dokumentów dotyczących retraktora, o którym mowa w poz. 1 części nr 69 mimo, iż sam nie miał wątpliwości co do oświadczenia wykonawcy. Zamawiający nadmienia,

że celowo nie dokonywał szczegółowego opisu retraktora, ponieważ miał on być urządzeniem kompatybilnym, dostarczonym na czas trwania umowy. Zamawiający w opz użył sformułowania: „w zestawie komplet dedykowanych piór (plastikowych, jednorazowych bransz) kompatybilnych z retractorom dostarczonym bezpłatnie na czas trwania umowy.”. Używając zwrotu kompatybilny zamawiający przerzucił odpowiedzialność na wykonawcę za zaoferowanie dowolnego narzędzia tj. rozwieracza, rozsuwacza, retraktora spełniającego swoją funkcję, wykorzystywanego podczas zabiegów kardiochirurgicznych.

Zamawiający wezwa firmę M. do przedstawienia dodatkowych dokumentów na wniosek firmy (...) – sam nie miał wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty.

Otrzymał dokumenty dotyczące retraktora oraz inne, w zakresie nie wymaganym – dotyczące stabilizatorów. Dokumenty nie były ani zmianą, ani modyfikacją złożonej oferty, a jedynie doprecyzowaniem numeru katalogowego retraktora.

Po zbadaniu dokumentów zamawiający jednoznacznie stwierdził, że przedmiot zaoferowany przez M. jest zgodny z siwz i oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający stwierdził, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia tej oferty. Zarówno opz jak i numery katalogowe, foldery załączone do oferty oraz dokumenty przysłane w toku wyjaśnień, nie budziły żadnych wątpliwości i jednoznacznie pozwoliły na ustalenie, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający nie miał wątpliwości, że przedmiot jest pełnowartościowy, kompletny i w sposób prawidłowy będzie wykorzystywany do zabiegów operacyjnych.

Ponadto zamawiający oświadczył, że postępowanie prowadzone było zgodnie z zasadami art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Wpłynęły trzy oferty, przedmiot zamówienia został opisany w sposób konkurencyjny, zamawiający dał możliwość zaoferowania różnych konfiguracji stabilizatorów tak, by każdy spełniał jego wymogi i oczekiwania.

Stwierdził, że oferta firmy M. w zakresie części nr 69 jest zgodna z wymaganiami i przepisami ustawy pzp i brak jest podstaw faktycznych i prawnych do jej odrzucenia.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z jego z uzasadnieniem oraz stanowiskiem przedstawionym w piśmie z dnia 31 października 2017 r. Nie podzielił stanowiska Zamawiającego, przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie. Zauważył, że Zamawiający oczekiwał retraktora wymaganego przy wariantach 2 tj., zaoferowanym przez Przystępującego. Stwierdził, że wymogi specyfikacji, co do przedmiotu dostawy były jasne i zrozumiałe. Nie było zatem podstaw do powoływania orzecznictwa Izby dotyczącego niejasności treści specyfikacji, co uczynił Zamawiający.

Zauważył, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (strona 3) wskazuje na dopuszczalność oferowania jednego z kilku narzędzi tj., rozwieracza, rozsuwacza lub retraktora. Natomiast w specyfikacji jednoznacznie opisano ten element jako retraktor. Stwierdził, że podstawą oceny powinna być pierwotna oferta uzupełniona jedynie o numer katalogowy retraktora (wymóg z pkt. VI B 5 SIWZ). Oceniał, iż wyjaśnienia i dokumenty złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wskazują na modyfikację treści oferty, w tym między innymi na zmianę wymaganego numeru katalogowego zaoferowanego urządzenia. Przypomniał, że z treści odwołania wynika, że wykonawca nie zaoferował retraktora, co wynika z podanego numeru katalogowego jak i zdjęć złożonych wraz z wyjaśnieniami.

Podtrzymał stanowisko, tym w szczególności co do zaoferowania przez Przystępującego tylko elementu retraktora, a nie całości - według opisu specyfikacji i w ofercie. Przypomniał, że w toku postępowania złożył pytanie dotyczące części 69, jak i złożył ofertę zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w odpowiedzi na to pytanie. Podał w wątpliwości stwierdzenie o tożsamości produktu zawierającego różne oznaczenia generacji systemów.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Zauważył, że opis specyfikacji wskazywał na możliwość zaoferowania jednego z trzech opisanych wariantów, według wyboru wykonawcy. Oceniał jak w piśmie, że Przystępujący zaoferował narzędzie opisane dla wariantu 2 - spełniające wymogi dla stabilizatora serca. Zaoferowany przez Przystępującego produkt stanowi komplet zgodny z wymogami. Uznaje, że produkt zaoferowany, jak i którego dotyczą wyjaśnienia jest tym samym produktem, co oznacza, że nie doszło do modyfikacji oferty po jej otwarciu.

Podkreślił, że otrzymał w ofercie deklarację dostarczenia wymaganego produktu, w tym retraktora kompatybilnego z pozostałymi urządzeniami. Stwierdził spełnienie postawionych wymogów na podstawie treści samej oferty. Przypomniał dodatkowo, że sam retraktor nie będzie przedmiotem dokładnej dostawy, lecz użyczenia na czas umówiony.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że postępowanie było prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stawianych zarzutów. Przytoczył treść swojej oferty w części 69 wskazując tym samym na wymogi oraz treść własnego oświadczenia w tym także, co do producenta wymaganego urządzenia. Stwierdził, że w trybie art. 26 ust 3, przedstawił Zamawiającemu wymagane numery katalogowe (foldery łamane przez katalogi, według treści wezwania i wymogu specyfikacji) i numery te nie zostały zmienione w stosunku do

przedstawionych w ofercie. Stwierdził, że w użytkowanym przez niego systemie SAP dodaje się do numeru oznaczenie literowe, w tym wypadku litera C (cardiology).

Przypomniał treść odpowiedzi na pytanie w części 69, gdzie Zamawiający dał wykonawcom możliwość skorzystania z możliwości opisanych. Podkreślił poprawność swojej oferty. Nie ma znaczenia omyłka zawarta w złożonym błędnym folderze/katalogu, gdzie wskazano na produkt innej generacji. Wskazał, że cena oferty Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego. Wskazał na art. 192 ust 2 ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenia że oferta wybranego wykonawcy jest w swej treści niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Należy podzielić stwierdzenie odwołującego, że podstawą oceny ofert, w tym oferty kwestionowanej tj. złożonej przez przystępującego, powinna być pierwotna oferta złożona przez wykonawcę. Ewentualne wyjaśnienia i dokumenty złożone Zamawiającemu następczo czyli po terminie składania ofert nie mogą, co do zasady, być brane pod uwagę, chyba że dotyczy to sytuacji przewidzianych w procedurze w przepisach art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp lub art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Skład orzekający po przeanalizowaniu wymogów siwz w zakresie części nr 69 oraz treści oferty przystępującego nie dopatrył się niezgodności oferowanych rozwiązań z opisem przedmiotu zamówienia. Dotyczy to obydwu stabilizatorów serca w wariantcie drugim dopuszczonym przez zamawiającego w specyfikacji. W ofercie wykonawca podał także wymagane numery katalogowe urządzeń, a także opisy systemu nie wymagane przez zamawiającego.

Jakkolwiek w wyniku wezwania zamawiającego przystępujący przedstawił część folderów producenta nie odnoszących się wprost do zaoferowanych produktów, a na tę okoliczność wskazano na omyłkowe złożenie dokumentów zbędnych, okoliczność ta jako pozbawiona

skutków prawnych pozostaje bez wpływu na ocenę dokumentów pierwotnych. Należy bowiem zauważyć, że w istocie rzeczy, wykonawca nie ma możliwości dokonania następczej modyfikacji treści oferty, jako że jest nią prawnie związany zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 2 załącznika nr do oferty.

Tym samym nie nastąpiła zmiana treści oferty przez wykonawcę, a ze złożonych dokumentów ofertowych nie wynika ich sprzeczność z treścią siwz.

Izba uznaje przy tym za wiarygodne wyjaśnienie przystępującego o faktycznej tożsamości urządzeń o jednakowym numerze katalogowym uzupełnionym o literę „C” , natomiast z przyczyn formalnych nie przyjmuje w poczet dowodów dokumentów sporządzonych w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego co do istoty wymogu kompatybilności z reaktorem dostarczonym bezpłatnie na czas trwania umowy w zaoferowanym stabilizatorze serca tkankowym. Zauważa się przy tym brak dowodu na okoliczność twierdzenia, że przystępujący nie oferuje dostarczenia w ramach umowy reaktora, a jedynie jego jeden element składowy. Zarówno określenie reaktor, jak i zasuwa ew. rozwieracz (nazwy wskazane w odwołaniu i zobrazowane w załączniku) nie mają formalnej ścisłej, zamkniętej pojęciowo definicji, czego następstwem jest potrzeba oceny urządzenia zaoferowanego w kontekście celu, jakim jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający niespornie uznał, że od strony przedmiotowej w zestawieniu z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot oferty jest w pełni zgodny jego celami sprecyzowanymi w siwz.

W następstwie dokonanych ustaleń, Izby uznaje, że oferta kwestionowana nie podlega odrzuceniu i zasadnie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

