

Sygn. akt: KIO 771/11

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Powiatową Stację Sanitarno-Epidemiologiczną, ul. Przybyszewskiego 10, 93-189 Łódź

przy udziale wykonawcy PZU na Życie SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 **zł** 00 **gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset zł zero gr) uiszczoną przez wykonawcę COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 28, poz. 143) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający Powiatowa Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna, ul. Przybyszewskiego 10, 93-189 Łódź wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa grupowego ubezpieczenia na życie i następstw nieszczęśliwych wypadków pracowników, współmałżonków i dzieci pracowników Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Łodzi«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 28, poz. 143) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

21.02.2011 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 26172.

08.04.2011 r. zamawiający zawiadomił mailem i faksem o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PZU na Życie SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa;

2) odrzuceniu oferty wykonawcy COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

13.04.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, wykonawca COMPENSA wniósł do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak wskazania podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. wadliwe uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „specyfikacji”);
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wielu przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Ad zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp

Pismo z 07.04.2011 r. zawierało uzasadnienie faktyczne następującej treści:

„Oferta nie spełniła istotnych warunków specyfikacji w części dotyczącej operacji chirurgicznych”.

Dopiero w wyniku telefonicznej prośby odwołującego, zamawiający przesłał w mailu pismo ze szczegółowym uzasadnieniem, w którym można przeczytać, iż:

„Oferta Compensy w tabeli operacji chirurgicznych wprowadzonych aneksem Nr 1 do o.w.d.u. na wypadek operacji chirurgicznej /BRP-1609/ zawiera 539 operacji, ale nie zawiera pełnego katalogu wymaganych przez zamawiającego operacji wymienionych w punkcie 2.8 do SIWZ”.

Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. „Taka konstrukcja przepisu każdorazowo wymusza na zamawiającym, w związku z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazania tak treści specyfikacji, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawione – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 października 2010 r., sygn. akt KIO/2174/10. „[...] W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) specyfikacji pozostaje niezgodny”.

Uzasadnienie faktyczne dokonane przez zamawiającego jest nieprawidłowe.

Stanowisko zamawiającego byłoby uznane za czytelne, jeżeli wskazałby on, których operacji z pkt 2.8 Załącznika nr 1 do specyfikacji brakuje w ofercie odwołującego. Niedookreślenie tej kwestii prowadzi do powstania wyraźnej wątpliwości odnośnie tego, który fragment oferty odwołującego sprzeczny jest z treścią specyfikacji, zwłaszcza, że z prostej analizy treści Aneksu nr 1 do o.w.d.u. wynika, iż w tabeli widnieją wszystkie operacje wymienione w pkt 2.8 Załącznika nr 2 do specyfikacji. Co więcej, odwołujący porównując sposób opisu niektórych operacji przez zamawiającego z opisem zastosowanym przez odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż załączony do oferty katalog operacji („Operacje chirurgiczne” - Aneks nr 1 do o.w.d.u. na wypadek operacji chirurgicznej) stanowi rozszerzenie w stosunku do wymagań zamawiającego. Tak jest np. z pozycją opisaną w specyfikacji jako

„usunięcie zmiany nerki”, w katalogu przedstawionym przez odwołującego tego typu zabieg obejmuje również operacje wskazane w pozycjach 243, 244, 420,421. Podobnie jest z operacją opisaną w specyfikacji pn. „plastyka przepukliny pępkowej”, bowiem u odwołującego zawiera się dodatkowo w pozycjach 485, 486 czy „plastyka przepukliny pachwinowej” – u odwołującego są to pozycje 482, 483.

W związku z powyższym, należy podkreślić, iż sposób sformułowania uzasadnienia faktycznego przez zamawiającego, uniemożliwił odwołującemu prawo do skutecznej obrony, nie mniej jednak zarzut z art. 89 ust. ust. 1 pkt 2 Pzp jest całkowicie bezzasadny.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże niezgodność ta musi rzeczywiście występować.

Odwołujący nie przyznaje racji twierdzeniom zamawiającego, zawartym w piśmie z 7 kwietnia 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz w późniejszym uzupełnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 8 kwietnia 2011 r., według których oferta odwołującego została odrzucona z powodu niezgodności z treścią specyfikacji w części dotyczącej operacji chirurgicznych.

Zgodnie z punktem 2.8 Załącznika nr 2 do specyfikacji wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty wykaz operacji chirurgicznych w liczbie co najmniej 400. Ponadto zamawiający wymienił rodzaje operacji, które, wśród tych 400, wykonawca powinien obowiązkowo uwzględnić w ofercie.

Zamawiający zarzucił, iż oferta odwołującego, w tabeli „Operacje chirurgiczne”, stanowiącej Aneks nr 1 do o.w.d.u. na wypadek operacji chirurgicznych (BRP-1609), zawiera, co prawda, wymaganą liczbę operacji (539 operacji), natomiast nie uwzględnia wszystkich enumeratywnie wymienionych w pkt 2.8 specyfikacji operacji. Ocena spełnienia warunku opisanego w pkt 2.8 SIWZ polega na prostym działaniu porównania operacji wymienionych w tym punkcie z katalogiem operacji chirurgicznych określonym w Aneksie nr 1. Nie jest to czynność wysoce skomplikowana czy wymagająca specjalistycznej wiedzy bądź umiejętności, a jedynie rzetelnego podejścia do czynności badania ofert. Gdyby takie miało miejsce w przedmiotowej sprawie, to zamawiający nie sformułowałby takiego zarzutu jako podstawy odrzucenia oferty, gdyż wszystkie operacje wymagane na podstawie pkt 2.8 specyfikacji są uwzględnione w tabeli „Operacje chirurgiczne”.

Zamawiający zarzuca, iż odwołujący w ofercie w zakresie świadczenia za operacje chirurgiczne przewiduje sumę ubezpieczenia dodatkowego bez określenia jej wysokości, a

operacje dzieli na 3 grupy i różnicuje wysokość świadczenia na 100%, 60% i 20% sumy ubezpieczenia dodatkowego. Tym samym oferta odwołującego nie obejmuje sumy ubezpieczenia dodatkowego, które oferuje w ramach składki miesięcznej zawartej w ofercie dla wariantu II i III ubezpieczenia.

Zamawiający w pkt 2.15 załącznika nr 2 określił wysokość skumulowanych świadczeń w operacjach chirurgicznych w wariantach II i III ubezpieczenia w wysokości 750 zł. Jak sam opisał w tym punkcie „zestawienia wysokości świadczeń w poszczególnych wariantach ubezpieczenia wskazanych w poniższej tabeli przedstawiają ostateczną, uwzględniającą kumulację wysokości świadczeń”. Tym samym zamawiający określił minimalną górną granicę wysokości świadczenia. Oznacza to, że wykonawca mógł zaoferować kwotę wyższą, ale jednocześnie nie mógł zaoferować kwoty niższej. Ponadto, oferowanie kwoty wyższej pozbawione było sensu, ponieważ nie był to element oferty dodatkowo punktowany. Zgodnie bowiem z postanowieniami działu VIII specyfikacji „Opis kryteriów i sposobu dokonywania oceny ofert” przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował kryteriami oferowanej ceny – 75 punktów, jak również zakresu ubezpieczenia – 25 punktów. Natomiast na sumę punktów kryterium „cena” składają się dwa elementy punktacji dla poszczególnych wariantów ubezpieczenia:

- oferta zawierająca najniższą cenę składki miesięcznej w każdym z wariantów ubezpieczenia otrzyma 25 punktów;
- punktacja pozostałych ofert jako wyliczona według podanych wzorów.

Przyznanie punktów za zakres ubezpieczenia zależało od treści zaoferowanej przez wykonawcę definicji ciężkich chorób, zaś wysokość punktów zależała od stopnia, w jakim była ona zbliżona do definicji preferowanej i określonej przez zamawiającego. Dodatkowo, wykonawca mógł uzyskać 4 punkty za rozszerzenie zakresu ubezpieczenia o dodatkową opcję „Bezgotówkowy odbiór produktów w aptece na kwotę 300 zł”.

Zamawiający wskazał „ostateczną” minimalną wysokość świadczeń, której wykonawca nie może określić w swojej ofercie na poziomie niższym, zaś jej ewentualne podwyższenie nie jest punktowane.

Składka została więc wyliczona na podstawie danych z tabeli 2.15, w której podano parametry dotyczące programu, w tym skumulowane wysokości świadczeń z poz. 1-5. W świetle powyższego rodzi się wątpliwość co do zasadności żądania przez zamawiającego wskazywania w ofercie przez odwołującego wysokości świadczenia, które jest już jednoznacznie określone w specyfikacji. „Przemilczenie” kwestii jego wysokości przez odwołującego jest równoznaczne z przyjęciem wysokości świadczenia sprecyzowanego w pkt 2.15 Załącznika nr 2 do specyfikacji. Nie powinno to budzić żadnych wątpliwości, zwłaszcza w kontekście pkt 4 złożonej przez odwołującego oferty, którego treścią jest oświadczenie, iż

odwołujący zapoznał się z treścią specyfikacji oraz nie wnosi żadnych zastrzeżeń do jej treści. Tym samym odwołujący był uprawniony do procentowego zróżnicowania wysokości świadczenia.

Czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego jest nieuzasadniona i bezprawna.

Ad zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania złożenia wyjaśnień przez wykonawcę w sytuacji zaistnienia wątpliwości co do treści złożonej przez niego oferty. Wykładni tego przepisu należy doszukiwać się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Za reprezentatywne w tym zakresie należy zaś uznać następujące wyroki:

1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 149/10):

„Skorzystanie z jego dyspozycji (art. 87 ust. 1 Pzp) nie jest *verba legis* czynnością obligatoryjną, lecz uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest wykorzystanie środków wskazanych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oferty, która może być poprawna merytorycznie, przed dokonaniem jej odrzucenia. Wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią wykładnię oświadczenia woli – oferty i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty”;

2) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/09):

„Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp”.

Zamawiający nie wykazał chęci skorzystania z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez co automatycznie zakwalifikował ofertę odwołującego do odrzucenia. Zachowanie zamawiającego, w sposób nie budzący wątpliwości, wskazuje, iż nie wykorzystał on środków przyznanych mu na gruncie ustawy w celu wyjaśnienia treści oferty odwołującego.

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnych, dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Bezspornym jest, że postępowaniu cały szereg czynności zamawiającego w toku badania i oceny ofert nie może zostać uznanych za prawidłowe, co znajduje odzwierciedlenie w przywołanej powyżej argumentacji.

Przede wszystkim z całą stanowczością należy podkreślić, że zamawiający w sposób nieuzasadniony sformułował twierdzenie, że oferta odwołującego nie zawiera, wskazanych w

specyfikacji jako obligatoryjne, operacji oraz, że nie określił wysokości świadczenia w zakresie operacji chirurgicznych, choć nie było to wymagane, ponieważ zamawiający zamieścił sam taką kwotę w specyfikacji. Rzekome wątpliwości zamawiającego posłużyły jako przyczyna całkowicie bezzasadnego odrzucenia. Owa bezzasadność potwierdzona została w szczególności przez całkowity brak uzasadnienia faktycznego dokonanego rozstrzygnięcia, co stanowi kolejne rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Nadto pewne zastrzeżenia budzi niechęć zamawiającego do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji, która jest bardziej korzystna od oferty PZU.

Reasumując powyższe nie może budzić żadnych wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych na wstępie oraz wynikających z niniejszego odwołania przepisów, które doprowadziło do bezzasadnego, a co za tym idzie bezprawnego odrzucenia, całkowicie zgodnej z wymogami specyfikacji, oferty odwołującego.

13.04.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

15.04.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

18.04.2011 r. wykonawca PZU złożył:

(1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego oraz 22.04.2011 r. uzupełnienie do przystąpienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego (dowód nr 1) w postaci opinii lekarza Zbigniewa O. specjalisty chorób wewnętrznych potwierdzającej, że nomenklatura użyta przez odwołującego w ofercie odwołującego jest zgodna z Międzynarodową Klasyfikacją Procedur Medycznych, a nieznaczne różnice w nazewnictwie nie mogą wpływać na konieczność odrzucenia oferty odwołującego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemną opinię lekarza Zbigniewa O. specjalisty chorób wewnętrznych złożoną podczas rozprawy przez odwołującego.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. wadliwe uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie do złożenia wyjaśnień przez odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający żądał w ust. 2.15 „Opisu przedmiotu zamówienia” str. 23 specyfikacji (załącznik nr 2), aby wykonawca za operacje chirurgiczne bez względu na ich rodzaj wypłacał w wariantach II i III ubezpieczenia 750 zł. Natomiast odwołujący – zgodnie z deklaracją zawartą w ust. 3 na str. 83 oferty – uzależnił wysokość świadczeń z tytułu operacji chirurgicznej od grupy, do której zakwalifikował daną operację w kolumnie trzeciej na stronach 58-80 oferty. Wysokość ta została ograniczona (1) w grupie II do 60% sumy ubezpieczenia oraz (2) w grupie III do 20% sumy ubezpieczenia. Ponadto odwołujący nie zadeklarował wysokości tej sumy ubezpieczenia.

Takie ograniczenie wypłat sum ubezpieczenia z tytułu operacji chirurgicznych oraz pominięcie zadeklarowania kwoty sumy ubezpieczenia nie może być potraktowane jako część treści oferty, co do której zamawiający mógłby wystosować żądanie wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp, gdyż ograniczeniem wysokości sum ubezpieczenia do 60% i 20% odwołujący naruszył wymaganie zamawiającego w sposób istotny, który nie daje podstaw do zakwalifikowania tego ograniczenia jako element oferty, w stosunku do którego zamawiający mógłby żądać wyjaśnień, na podstawie art. 89 ust. 1 zd. 1 Pzp. Wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie mogłyby mieć znamiona próby prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i nawet zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert, co stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 zd. 2 oraz art. 84 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 Pzp brzmi: »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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«, a przepis art. 84 ust. 1 Pzp brzmi: »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«, z czego *a contrario* wynika, że niedopuszczalne są zmiany oferty po upływie terminu do składania ofert.

Zgodnie z opinią lekarza Zbigniewa O. specjalisty chorób wewnętrznych załączony do oferty katalog operacji chirurgicznych stanowiący aneks nr 1 do o.w.d.u. zawiera wykaz operacji wymaganych przez zamawiającego w ust. 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji. Jednak w pozycji nr 326 na str. 71 oferty znajduje się treść cyt. »Amputacja kończyny górnej na wysokości ramienia«, a odwołujący nie wykazał, że gdzie indziej w ofercie znajduje się deklaracja o amputacji kończyny górnej bez ograniczenia wysokości.

W zestawieniu z pozycjami o nrach 241 i 242 na str. 68 oferty, gdzie zostały zadeklarowane cyt. »Całkowite wycięcie nerki« i »Częściowe wycięcie nerki«, zamawiający zasadnie może stwierdzić, że odwołujący zamierza ograniczyć swoją odpowiedzialność tylko do wskazanej w pkt 326 amputacji kończyny górnej na wysokości ramienia bez objęcia ubezpieczeniem amputacji kończyny górnej na innej wysokości.

Te same zastrzeżenia odnoszą się do wykazanych przez zamawiającego pozycji amputacji kończyny dolnej, wycięcia przełyku, wycięcia trzustki, usunięcia zmiany nerki.

Ponadto odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego w przypadku operacji przeszczepu serca. Odwołujący w pkt 41 (str. 41 oferty) zadeklarował swoją odpowiedzialność w przypadku cyt. »Przeszczep płuc i serca«, gdy zamawiający wymagał tylko odszkodowania w przypadku przeszczepu serca. Nie można stwierdzić, że odwołujący zastosował spójnik „i” w wyrażeniu cyt. »Przeszczep płuc i serca« [pkt 41 str. 59 oferty] jako

funktor alternatywy nierozłącznej (zwykłej), gdyż w tabelarycznym, szczegółowym zestawieniu operacji odwołujący nie stosował w innych miejscach takiej zmiany funkcji spójnika „i”. Dlatego w przedmiotowych tabelach oferty należy spójnik „i” odczytywać jako funktor koniunkcji. Wobec tego wykonawca pominął w wykazie operację przeszczepu serca, a był obowiązany do uwzględnienia tej operacji, zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Również na inne znaczenie tego spójnika „i” nie wskazują żadne klauzule czy deklaracje odwołującego zawarte w ofercie.

Na fakt traktowania jednoczesnego przeszczepu płuca i serca przez odwołującego wskazują także pozycje nrach 30-32 na str. 59 oferty, gdzie przedstawił dwie operacje połączone spójnikiem „i” [nr 30], a niżej odwołujący wskazał każdą z tych operacji oddzielnie [nry 31 i 32], a więc spójnik „i” występuje tu bez wątplenia jako funktor koniunkcji. Brak jest przesłanek, aby wyraz „i” w innych miejscach tabeli traktować inaczej niż jako funktor koniunkcji.

Odwołujący nie wykazał, że możliwość odmiennego traktowania znaczenia tego wyrazu wynika ze szczególnej treści, konstrukcji zdania lub klauzuli bądź z innych przyczyn. Odwołujący nie wykazał czynników, na których podstawie można byłoby wyraz „i” potraktować w cytowanym wyrażeniu »Przeszczep płuc i serca« odmiennie niż jako funktor koniunkcji, a gdzie indziej – w pozycjach o nrach 30-32 – jako funktor alternatywy zwykłej. Wyrażenia te mimo innej zawartości semantycznej z punktu widzenia logiki są takimi samymi koniunkcjami, dla których prawdziwości muszą być prawdziwe oba elementy składniowe, a odwołujący nie wykazał zaistnienia przyczyny, aby traktować wyrażenie »Przeszczep płuc i serca« jako alternatywę nierozłączną, dla której prawdziwości wystarcza aby jeden z członów był prawdziwy.

Taka zmiana funkcji spójników jako funktorów alternatywy zwykłej i koniunkcji występuje przykładowo w art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp, który brzmi cyt. »Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez: [3a)] związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3«, gdzie nie jest ważne, w którym punkcie jest mowa do danym podmiocie, aby podmiot lub związek podmiotów był obowiązany stosować ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Podobnie zamawiający mógł zastosować zmianę funkcji spójnika „i” w wyliczeniu bez stosowania punktów w ust. 2.8 na str. 17 i 18 specyfikacji, gdyż nie dokonywał tego wyliczenia w sposób precyzyjny.

Powyższa analiza wynika z rozważań zawartych w dziele »Logika praktyczna« Zygmunta Ziemińskiego, PWN Warszawa 1984, str. 67, 68, 75 i 76.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie stwierdził, że w ust. 2.10 „Opisu przedmiotu zamówienia” str. 18 specyfikacji (załącznik nr 2) zamawiający wymagał,

aby wykonawca załączył do oferty cyt. »wykaz dokumentów, w tym: wzór deklaracji przystąpienia do ubezpieczenia z oświadczeniem, że są to wszystkie dokumenty niezbędne do objęcia ochroną ubezpieczenia pracowników zamawiającego i ich współmałżonków i pełnoletnich dzieci«. Natomiast na stronach 40-43 oferty na końcu każdej z 22 rubryk znajduje się dopisek cyt. »inne dokumenty na życzenie Towarzystwa«. Również tymi stwierdzeniami wykonawca naruszył postawione przez zamawiającego wymaganie w sposób istotny. Zamawiający nie ma podstaw do zakwalifikowania tego dopisku jako element oferty, w stosunku do którego zamawiający mógłby żądać wyjaśnień, na podstawie art. 89 ust. 1 zd. 1 Pzp. Wyjaśnienia treści oferty w takim zakresie mogłyby nosić znamiona prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert, co stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 zd. 2 oraz art. 84 ust. 1 Pzp.

Także w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że w ust. 2.2 „Opisu przedmiotu zamówienia” str. 16 specyfikacji (załącznik nr 2) zostało zdefiniowane pojęcie partnera życiowego stawiające jedyne ograniczenie, że cyt. »Partner życiowy nie może być spokrewniony z płatnikiem«. Natomiast odwołujący wprowadził ograniczenie dalej idące pojęcia „Partnera życiowego” dopisując na str. 43 i 44 oferty zaistnienie innych czynników. Również takie ograniczenie pojęcia „Partnera życiowego” nie może być potraktowane jako część treści oferty, co do której zamawiający mógłby wystosować żądanie wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp. Wyjaśnienia treści oferty w takim zakresie mogłyby nosić znamiona prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert, co stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 zd. 2 oraz art. 84 ust. 1 Pzp.

Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. wadliwe uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie do złożenia wyjaśnień przez odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady udzielania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy nie zasługuje na uwzględnienie jako zbyt ogólny i nie dowiedziony przez odwołującego.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z

dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«. Pod rządami tej ustawy odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wystarczająco wskazał naruszenie przez zamawiającego szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aby odwołanie mogło być rozpoznane, mimo nie wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, jako gołosłowny, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak wskazania podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego ze względu na brak wykazania wpływu tego uchybienia na wynik postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pismach z 25 marca 2011 r. i 8 kwietnia 2011 r. zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty odwołującego. Jednocześnie zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności.

Skład orzekający Izby stwierdza, że uzasadnienie faktyczne zawierało tylko niektóre powody odrzucenia oferty, które na rozprawie okazały się odpowiadającymi stanowi faktycznemu i powody te były wystarczające do odrzucenia oferty odwołującego. Tym niemniej zamawiający nie wykazał wszystkich przyczyn odrzucenia oferty lub wykazał je zbyt nieprecyzyjnie. Wymóg podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego wynika z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ze względu na ogólne sformułowanie tego przepisu ustawowy wymóg odnosi się do podania wszystkich przyczyn faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie oferty. Podanie wszystkich powodów odrzucenia oferty wynika także z obowiązku zbadania oferty w nieograniczonym zakresie, na podstawie art. 20 ust. 1 Pzp, który brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym [1] do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz [2] do badania i [3] oceny ofert«.

Jednak naruszenia przepisów we wskazanym zakresie nie miało lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Uchybienie to nie może zostać potraktowane jako podstawa uwzględnienia odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp. Podobne orzeczenie zostało wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą 2 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 355/09).

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: »Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: [...] wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne«, a przepis art. 192 ust. 2 Pzp brzmi: »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«, z czego *a contrario* wynika, że Izba nie uwzględnia odwołania, jeżeli nie stwierdzi naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych lub naruszył je w sposób nie mający wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: