

**WYROK**  
**z dnia 9 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2021 r. przez wykonawcę **G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawcę G. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od wykonawcy G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach na rzecz Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach, kwotę 3 600 złote 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup i sukcesywna dostawa środków dezynfekcyjnych dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 marca 2021 roku wykonawca G. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Higiena – Katowice G. Ł. z siedzibą w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, że oświadczenie woli Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas gdy z przedstawionych wyjaśnień wynika jednoznacznie, że preparat spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wyboru oferty Odwołującego, pomimo że zgodnie z opublikowanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz wymaganymi dokumentami jest ona ofertą najkorzystniejszą spośród ofert prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
- 3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego lub niejasnych dla Zamawiającego zapisów oświadczenia woli odwołującego;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak traktowania przez Zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak rzetelnego prowadzenia postępowania z dochowaniem należytej staranności w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania;

6) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp brak poszanowania oświadczenia woli wykonawcy zawartej w wyjaśnieniach oraz ofercie.

7) art. 29 ust. 1 i 2, art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp poprzez zmianę, po terminie składania ofert, wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, - zmiana wymaganych danych formularza cenowego,

Odwołujący wnioskował o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wnioskował o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł. Odwołujący wnioskował również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Dnia 11 marca 2021 Odwołujący przeczytał i zapoznał się z informacją o odrzuceniu oferty przez Zamawiającego.

Zgodnie z treścią pisma, Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp odrzucił ofertę ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podając uzasadnienie faktyczne: *„Zamawiający w pozycji nr 5 formularza asortymentowo - cenowego (po modyfikacji) wymagał preparatu do mycia i dezynfekcji sprzętu medycznego, opakowanie min. 1000 ml wraz z dozownikiem w ilości 300 sztuk. W przypadku zaproponowania preparatu o niższym stężeniu niż 0,5 % wymagano stosownego przeliczenia ilości opakowań, do pełnych opakowań. Wykonawca zaproponował u formularzu asortymentowo - cenowym preparat ChemiPharm Sterisept Plus 1l o stężeniu 0,5 % w ilości 150 sztuk. Zamawiający w dniu 19.02.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia ilości preparatu wskazanego w pozycji nr 5 formularza. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca oświadczył, iż zaoferował 150 opakowań preparatu przy stężeniu 0,25 %. Zgodnie z treścią siu z "Ilość preparatu wymagana do zaoferowania to 300 sztuk. Dla preparatów o niższym stężeniu niż 0,5% oferenci dokonują stosownego przeliczenia ilości opakowań do pełnych opakowań jednostkowych z zachowaniem porównywalności ofert", niemniej w formularzu wykonawca zaoferował preparat ChemiPharm Sterisept Plus 1l*

stężenie 0.5 %. Zatem dla preparatu o tym stężeniu wymagana ilość to 300 sztuk i nie należało dokonywać przeliczenia. W ocenie Zamawiającego nastąpiła niezgodność pomiędzy produktem zaofertowanym w formularzu asortymentowo - cenowym tj. 150 sztuk po 1l o stężeniu 0,5%, a preparatem podanym w wyjaśnieniach tj. 150 opakowań przy stężeniu 0,25%. Mając na uwadze wyjaśnienia Wykonawcy, zamawiający dokonał oceny możliwości poprawienia oferty na podstawie art 87 ust 2 pkt 3 Pzp i doszedł do wniosku, że poprawienie takie jest niedopuszczalne, ponieważ prowadziłoby do istotnej zmiany oferty, tj. ingerencji w oświadczenie Wykonawcy złożone w ofercie. W związku z powyższym, oferta Wykonawcy zostaje odrzucona, jako niezgodna z SIWZ. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.”.

Dalej odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego oraz na zapis SIWZ -załącznik asortymentowo cenowy gdzie w rubryce „asortyment” zamawiający zawarł następujący opis: „Koncentrat do mycia i dezynfekcji powierzchni sprzętu medycznego oraz dużych powierzchni zmywalnych (wnętrze karetki wraz ze sprzętem). Posiadający wysoką tolerancję materiałową, do dezynfekcji materiałów obciowych, wyrobów z tworzywa ABD, szkła, gumy, stali szlachetnej, aluminium, niklu, chromu oraz szkła akrylowego. Nie zawierający aldehydów i fenoli. Nie wymagający splukiwania. O niedrażniącym zapachu. Posiadający pozytywną opinię producenta lub podmiotu odpowiedzialnego w zakresie tolerancji materiałowej na tworzywo ABS i materiały obciowe. Spektrum i czas działania: B (w tym MRSA) EN 13727 warunki brudne, F EN 13624 warunki brudne , Tbc (M. avium, M. Terre) EN 14348), V (Vaccinia, BVDV, HBV, HIV, HCV, Rota) w czasie 15 min. w stężeniu do 0,5%. Opakowanie min. 1000 ml wraz z dozownikiem do odmierzania preparatu, dozownik zintegrowany z opakowaniem. Wyrób Medyczny. Ilość preparatu wymagana do zaofertowania to 300 sztuk. Dla preparatów o niższym stężeniu niż 0,5% oferenci dokonują stosownego przeliczenia ilości opakowań do pełnych opakowań jednostkowych z zachowaniem porównywalności ofert.”

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dopuszczał i wymagał: „Dla preparatów o niższym stężeniu niż 0,5% oferenci dokonują stosownego przeliczenia ilości opakowań do pełnych opakowań jednostkowych z zachowaniem porównywalności ofert .”

Odwołujący zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dokonał stosownego przeliczenia opakowań: z 300 szt. dla stężenia 0,5% na 150 szt. dla zaofertowanego stężenia 0,25%. Co stanowi 60 000 litrów roztworu roboczego (o tych samych parametrach bójących) w obu przypadkach i jest wartością gwarantującą porównywalność ofert i zapewnia zamawiającemu zaspokojenie potrzeb dla których postępowanie zostało ogłoszone. Odwołujący podał poprawną cenę netto, wartość netto, stawkę vat, wartość brutto. Ponadto odwołujący podał wymaganą nazwę Producenta/nazwę handlową produktu/objętość zaofertowanego opakowania.

Ponadto odwołujący podkreślił, że jedynym wymogiem określonym w zapisach SIWZ w zakresie zaferowanego stężenia było dokonanie odpowiedniego przeliczenia. Zamawiający nie żądał zapisu o oferowanym stężeniu w formularzu cenowym, stąd żaden dodatkowy zapis nie może być brany pod uwagę.

Zamawiający może jedynie w wyniku jakichkolwiek wątpliwości kierować się wyjaśnieniami Odwołującego, w których to Odwołujący wyjaśnił jednoznacznie, iż zaferował preparat o stężeniu 0,25% oraz, że dokonał stosownego przeliczenia.

Odwołujący stwierdził, iż podany zapis : "stężenie 0,5%" w ofercie nie jest oświadczeniem woli Wykonawcy, jest jedynie dodatkowym zapisem nie wymaganym przez Zamawiającego, nie stanowiącym o treści oferty (woli odwołującego). To co składa się na treść oferty, co było wymagane przez Zamawiającego zostało zawarte w formularzu cenowym, a powstałe wątpliwości jednoznacznie wyjaśnione.

Odwołujący podniósł, iż z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje, że co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nie tylko uprawniony, co wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień powziętych wątpliwości dotyczących treści oferty. Zamawiający powinien bowiem zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczności w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r. (KIO 1926/17).

Dalej odwołujący wywodził, iż konieczność dokonania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty przed jej odrzuceniem dotyczy w szczególności przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków. W sytuacji, gdy istnieje prawdopodobieństwo odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w określonych okolicznościach tym bardziej zasadnym będzie poprzedzenie czynności odrzucenia oferty wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści takiej oferty. Na potwierdzenie postawionej tezy odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 53/19 oraz wyrok z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2503/18.

W związku z powyższym odwołujący wskazał, iż jeżeli w okolicznościach sprawy występują wątpliwości dotyczące zgodności oferty z SIWZ mogące podlegać poprawieniu jako omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, zamawiający powinien w pierwszej kolejności wezwać wykonawcę o wyjaśnienia, w tym w zakresie zasadności poprawienia innych omyłek

oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez uprzedniego rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących zgodności oferty z postanowieniami SIWZ na podstawie wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę będzie powodowało naruszenie nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie ma uprawnień do stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, nie biorąc w ogóle pod uwagę, że odrzuceniu podlega tylko oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób nieusuwalny.

Ponadto odwołujący podkreślił, że Zamawiający korzystając z uprawnienia (art. 87 ust. 1 Pzp) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste "narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający powinien zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; zamawiający powinien skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2590/17, LEX nr 2441879, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2383/17, LEX nr 2415564).

Odnosząc się do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp odwołujący podkreślił, że wskazany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego obowiązek (a nie prawo) wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, że Zamawiający "wzywa" do złożenia wyjaśnień lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazując na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku rozstrzygnięcia wszelkich ewentualnych wątpliwości. Jednocześnie dostrzec należy, że wyjaśnienia udzielane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie naruszają zasady jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunków wynikających z art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie odwołującego, zamawiający tym samym naruszył przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych wskazane w petitum odwołania. Naruszenie przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący w niniejszym postępowaniu, złożył najtańszą ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający złamał fundamentalne w prawie zamówień publicznych zasady. Biorąc pod rozwagę rangę instytucji odrzucenia oferty i konsekwencje, jakie może przynieść jej nieprawidłowe zastosowanie, Zamawiający powinien przykładać

należyta staranność i rzetelność w jej stosowaniu.

Ponadto odwołujący wskazał, że Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień co do poprawności złożonej oferty, miał możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 gdyż taka czynność nie prowadziłyby do istotnej zmiany oferty tj. ingerencji w oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie. Dodatkowo, niewymagany zapis w formularzu asortymentowo-cenowym został jednoznacznie wyjaśniony przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia w odrzuceniu, iż odwołujący zaoferował preparat o stężeniu 0,5%, gdzie ten dokonał odpowiednich przeliczeń w ofercie oraz jednoznacznie wyjaśnił, iż zaoferował preparat o stężeniu 0,25%. Zapewniając zamawiającemu oczekiwana ilość 60 000 litrów roztworu roboczego która wynika z obliczenia 300 opakowań a 1 l koncentratu o stężeniu opisanym jako 0,5%. Zamawiający bezpodstawnie podważył oświadczenie Odwołującego, nie wzywając do dalszych wyjaśnień/uzupełnień w zakresie który był jeszcze dalej nie jasny dla zamawiającego.

Reasumując odwołujący wskazał, że przytoczone okoliczności oraz przedstawione dowody w pełni uzasadniają, że taki sposób postępowania Zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt.

2) Pzp. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego, która jest zgodna z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ. Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego preparatu i uzupełnionych dokumentów w sytuacji kiedy Zamawiający powziął dalsze wątpliwości czy zaoferowany preparat spełnia wymagania SIWZ. Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przede wszystkim poprzez brak traktowania wszystkich oferentów na równych prawach i brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, który to złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszelkie warunki udziału w postępowaniu, postawione przez zamawiającego w treści SIWZ, z ofert prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu. Co za tym idzie zamawiający dopuścił się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności i bezstronności prowadzonego postępowania. Wobec powyższego, w ocenie odwołującego niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i w całości zasługuje na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 nPzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

#### **Izba ustaliła, że:**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i sukcesywną dostawę środków dezynfekcyjnych dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach”. W dniu 23 grudnia 2020 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 771055-N-2020.

Opisany w treści odpowiedzi na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego nie będzie tu powtarzany, wymaga jednak uzupełnienia o następujące kwestie. Uzupełniając Izba ustaliła, że w dniu 2 lutego 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 8, informując o zmodyfikowaniu załącznika nr 1 a do SIWZ – formularz asortymentowo – cenowy, pozycja nr 5. W związku z tym wymagał zaoferowania preparatu zgodnego z opisem w przedmiotowej pozycji formularza asortymentowo – cenowego.

Załącznik nr 1a – Formularz asortymentowo – cenowy, zgodnie z pkt. 9.3.2 SIWZ, należało załączyć do oferty.

Poz. 5 załącznika nr 1a do SIWZ – Formularz asortymentowo- cenowy otrzymała następujące brzmienie: kolumna asortyment- *„Koncentrat do mycia i dezynfekcji powierzchni sprzętu medycznego oraz dużych powierzchni zmywalnych (wnętrze karetki wraz ze sprzętem). Posiadający wysoką tolerancję materiałową, do dezynfekcji materiałów*

obiciowych, wyrobów z tworzywa ABD, szkła, gumy, stali szlachetnej, aluminium, niklu, chromu oraz szkła akrylowego. Nie zawierający aldehydów i fenoli. Nie wymagający splukiwania. O niedrażniącym zapachu. Posiadający pozytywną opinię producenta lub podmiotu odpowiedzialnego w zakresie tolerancji materiałowej na tworzywo ABS i materiały obciowe. Spektrum i czas działania: B (w tym MRSA) EN 13727 warunki brudne, F EN 13624 warunki brudne, Tbc (M. avium, M. Terre) EN 14348), V (Vaccinia, BVDV, HBV, HIV, HCV, Rota) w czasie 15 min. w stężeniu do 0,5%. Opakowanie min. 1000 ml wraz z dozownikiem do odmierzania preparatu, dozownik zintegrowany z opakowaniem. Wyrób Medyczny. Ilość preparatu wymagana do zaoferowania to 300 sztuk. Dla preparatów o niższym stężeniu niż 0,5% oferenci dokonują stosownego przeliczenia ilości opakowań do pełnych opakowań jednostkowych z zachowaniem porównywalności ofert .”, kolumna ilość sztuk – 300, kolumny pn. „cena jednostkowa netto, wartość netto, stawka VAT, wartość brutto, oraz producent/nazwa handlowa produktu/ objętość zaoferowanego opakowania” pozostawiono do uzupełnienia wykonawcom.

W Załączniku nr 6 do SIWZ zamawiający określił wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia oraz dokumenty jakich posiadaniem powinien charakteryzować się oferowany produkt. W stosunku do określonych w załączniku nr 6 do SIWZ dokumentów zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do ich okazania na każde żądanie zamawiającego w terminie 3 dni od daty wezwania.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w terminie określonym w SIWZ. Izba ustaliła, że odwołujący w załączonym do oferty Formularzu asortymentowo – cenowym odnośnie poz. 5 w kolumnie „asortyment” zawarł opis zgodny z wymaganiem zamawiającego, w kolumnie pn. „ilość sztuk” przekreślił wymaganą liczbę 300 i wpisał 150, w kolumnach „wartość netto, stawka VAT, wartość brutto” wskazał stosowne wartości, w kolumnie „producent/nazwa handlowa produktu/objętość zaoferowanego opakowania” wpisał „ChemiPharm/Sterisept Plus 1L stężenie 0,5%”.

Dalej Izba ustaliła, że w dniu 19 lutego 2021 r. zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty złożonej do przedmiotowego postępowania, wskazując: „*Prosimy o wyjaśnienie ilości preparatów dezynfekcyjnych wskazanych w pozycji nr 5 i pozycji nr 9 formularza ofertowego z uwagi na fakt, iż Wykonawcy zaoferowali identyczne preparaty w różnych ilościach. Wątpliwości Zamawiającego budzi pozycja wskazana w kolumnie trzeciej „ilość sztuk” gdzie:*

*- w pozycji 5 wskazali Państwo ilość 150 sztuk, a w pozycji 9 ilość 800 sztuk.*

*Zamawiający oczekuje wyjaśnienia, czy Wykonawca oferuje w zakresie pozycji nr 5 - 150 sztuk pojemników po 11, a w pozycji 9 - 800 sztuk preparatów po 100 ml.*

*Prosimy o wskazanie sposobu przeliczenia zaoferowanych przez Państwa ilości preparatów.”*

Odwołujący w dniu 23 lutego 2021 r. udzielił następującej odpowiedzi w zakresie pakietu nr 5 „W ZAKRESIE PAKIETU pozycja NR 5 w odpowiedziach na pytania i ostatecznym opisie przedmiotu zamówienia dopuszczono przeliczenie ilości opakowań w przypadku stężenia niższego niż 0,5%, zaoferowany preparat Sterisept Forte Plus spełnia wymagania zamawiającego w stężeniu od 0,25%, zastosowaliśmy stosowne przeliczenie opakowań w celu zachowania porównywalności ofert. Oferowany preparat może być również stosowany w stężeniach wyższych (np. 0,5%, 1%,). Inni wykonawcy stosują własne przeliczenia do których prawidłowości bez wglądu do ich ofert trudno nam się odnieść. Stwierdzamy z całą stanowczością i odpowiedzialnością oświadczamy ze zastosowane przeliczenie preparatu w naszej ofercie w pozycji 5 jest prawidłowe i zaoferowana ilość 150 opakowań preparatu przy stężeniu 0,25% wraz z ceną i stawką vat jest prawidłowa.

(...) Jeśli w naszej ofercie widnieją drobne omyłki pisarskie prosimy o ich poprawę. Oświadczamy że wszystkie zaoferowane preparaty w pakiecie od pozycji 1 do 10 spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego i wszystkie przeliczenia oraz zaoferowane ilości opakowań, ich ceny i stawki należnego podatku VAT są prawidłowe, co stanowi że cena końcowa oferty jest prawidłowa, a oferta Higieny Katowice jest najkorzystniejszą cenowo dla Zamawiającego.”.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. 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.

3. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp tj. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...) 4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
6. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp tj. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
7. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp tj. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
8. art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp tj. udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio. 4a. Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:
  - 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
  - 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą

elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż odwołujący w Formularzu asortymentowo – cenowym wskazał jako oferowaną ilość produktu 150 szt., a w kolumnie pn. „producent/nazwa handlowa produktu/ objętość zaoferowanego opakowania” wskazał, ChemiPharm/ Sterisept Plus 1l stężenie 0,5%. Osią sporu było natomiast to, czy w oparciu o to oświadczenie zamawiający uprawniony był do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ.

Izba stwierdziła, że zamawiający właściwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty odwołującego i uznał, iż oferta ta podlega odrzuceniu. W ocenie Izby świadczenie oferowane przez odwołującego jest w jego istotnych elementach niezgodne z SIWZ. Wykonawca konkretyzując składaną ofertę w formularzu asortymentowo – cenowym w poz. 5 wskazał, iż oferuje 150 szt. produktu zamiast wymaganych 300 szt., co byłoby zgodne z wymaganiami SIWZ, gdyby jednocześnie wykonawca zaoferował produkt o stężeniu 0,25%. Natomiast w kolumnie producent/ nazwa handlowa produktu/ objętość zaoferowanego produktu odwołujący wskazał, iż oferuje produkt Chemi Pharm/Sterisept Plus 1L stężenie 0,5%, wobec powyższego w ofercie zaistniała wewnętrzna sprzeczność i niezgodność co do oferowanej ilości w stosunku do oferowanego stężenia. W ocenie Izby bez znaczenia jest fakt, iż informacja o stężeniu oferowanego produktu nie była wymagana

przez zamawiającego, a odwołujący podał ją niejako dodatkowo. Celem ustawy jest wybór rzetelnego wykonawcy, który jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia na warunkach opisanych przez zamawiającego, zaś zasadami służącymi do realizacji tego celu są przede wszystkim zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tak, aby wykonawcy biorący udział w danym postępowaniu w jednakowych okolicznościach potraktowani byli w taki sam sposób przez zamawiającego. Istotna jest także zasada przejrzystości, a zatem, aby działania zamawiającego były weryfikowane i znane wykonawcom. Cel ustawy przesądza o tym czy i kiedy zamawiający może oprzeć się na informacjach znanych mu z urzędu, czy też przedstawionych, tak jak w tym przypadku, wprost przez odwołującego w ofercie. Niewątpliwie informacja o stężeniu produktu, dotyczy istotnego elementu oferty i została podana przez odwołującego w ofercie dobrowolnie. Izba w tym zakresie podziela stanowisko zamawiającego. Izba uznała również, iż w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie nie możliwe było samodzielne poprawienie przez Zamawiającego zaistniałych niezgodności, gdyż zamawiający bez ingerencji odwołującego nie był w stanie ustalić faktycznej woli wykonawcy tj. czy zmianie powinna podlegać ilość czy asortyment (ofertowany poziom stężenia). Izba podkreśla, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Izba podziela również pogląd orzecznictwa, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Izba nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień miał możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i taka czynność nie prowadziłaby do istotnej zmiany oferty tj. ingerencji w oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie, gdyż w ocenie Izby, przyjęcie wyjaśnień wprowadzałoby do oferty zmiany o charakterze merytorycznym w zakresie w jakim zmiana ta jest niedopuszczalna na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, które na gruncie ustawy Pzp są niedopuszczalne. Wobec powyższego Izba uznała, że oferta odwołującego podlega

odrzuconiu z postępowania. Odwołujący jako profesjonalny podmiot obrotu gospodarczego powinien mieć świadomość, iż możliwość poprawienia błędów w ofertach musi być jasna, oczywista, wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełnienia przez wykonawcę.

Ponadto, w ocenie Izby, zamawiający nie zmienił treści SIWZ i OPZ po terminie otwarcia ofert, a jedynie ocenił treść oferty złożonej przez wykonawcę, który jak wskazano powyżej, jako wykonawca profesjonalny zobowiązany jest do zachowania podwyższonych standardów należytej staranności. Zamawiający wnioskował o wyjaśnienia treści oferty odwołującego, a złożone wyjaśnienia potwierdziły jej niezgodność z SIWZ w istotnym dla świadczenia zakresie.

Odnosnie zarzucanego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż orzeka w zakresie podniesionych zarzutów – zarzut to zarówno podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne opisane w odwołaniu. Argumentacja odwołującego dot. dokumentów przedmiotowych, których zamawiający nie żądał od odwołującego, a zdaniem odwołującego winien był żądać, wykracza w ocenie Izby poza zarzut sformułowany w odwołaniu i jako taka nie może być rozpatrywana. Jednocześnie Izba wskazuje, iż dokumenty przedmiotowe składane są na potwierdzenie, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone w SIWZ jednakże nie mogą one być podstawą do zmiany treści oferty, która wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą. W ocenie izby formularz asortymentowo - cenowy nie podlega uzupełnieniu.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w szczególności nie stwierdzono nierównego traktowania wykonawców. Czynności podejmowane przez zamawiającego, w toku postępowania, wobec wykonawców wynikały z okoliczności faktycznych, jakie zaistniały w związku ze złożonymi ofertami. Sytuacja odwołującego, wobec zawarcia w ofercie poziomu stężenia oferowanego produktu, była odmienna od sytuacji innych wykonawców, co skutkowało podejmowaniem przez zamawiającego wobec oferty, odwołującego odmiennych czynności.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....