

Sygn. akt: KIO 1919/19

**WYROK**

**z dnia 9 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2019 r. przez wykonawcę **PZU Zdrowie S.A., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o., Pl. Defilad 1, 00-901 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **PZU Zdrowie S.A., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PZU Zdrowie S.A., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **PZU Zdrowie S.A., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** na rzecz **Zarządu Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o., Pl. Defilad 1, 00-901 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący :** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług medycznych dla pracowników Spółki i ich rodzin”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 sierpnia 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 587013-N-2019.

W dniu 27 września 2019 r. wykonawca PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewyjaśnienie wewnętrznej sprzeczności pomiędzy oświadczeniem załączonym do oferty Odwołującego a treścią Załącznika nr 5 do oferty Odwołującego „Standardy dostępności w centrach medycznych Wykonawcy”;

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego wybiórcze zastosowanie jedynie co do części wątpliwości Zamawiającego, a pominięcie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień istotnych kwestii, które następnie stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego;

3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i brak sprostowania omyłki Odwołującego zawartej w ofercie powodującej sprzeczność oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 3 do projektu umowy, stanowiącym integralną część SIWZ, Zamawiający określił maksymalną liczbę dni oczekiwania na wizyty w placówkach medycznych wykonawców. Terminy te należało uznać za maksymalne, zaś wykonawcy mogli wskazać krótsze terminy oczekiwania, gdyż jednym z kryteriów oceny ofert było skrócenie czasu oczekiwania na

wizytę do lekarza specjalisty.

Odwołujący podał także, że w załączonym do SIWZ formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ, część D Oświadczenia) Zamawiający przewidział m.in. oświadczenie wykonawcy o następującej treści: „ 2) zamówienie zostanie zrealizowane w terminach określonych w SIWZ oraz ze wzorze umowy i porozumienia.”. Odwołujący zwrócił uwagę, że składając ofertę zgodnie z formularzem ofertowym przewidzianym w SIWZ, Odwołujący podpisał oświadczenie o powyższej treści. Tym samym, jak podniósł Odwołujący, Odwołujący zobowiązał się do zrealizowania zamówienia w terminach określonych w SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że oferta Odwołującego zawierała też Załącznik nr 5 „Standardy dostępności w centrach medycznych Wykonawcy”, którego treść, na skutek błędu technicznego przy drukowaniu tabel, okazała się w części niezgodna z wzorem tabeli załączonym do projektu umowy przygotowanym przez Zamawiającego.

Jak zauważył Odwołujący, po otwarciu ofert w dniu 10 września 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień odnośnie dwóch kwestii: wątpliwości Zamawiającego odnośnie wskazanej w ofercie ceny za badania medycyny pracy oraz możliwości rezerwacji wizyt w placówkach medycznych Odwołującego. Odwołujący podał, że złożył wyjaśnienia dotyczące obydwu kwestii wskazanych w piśmie Zamawiającego pismem z dnia 12 września 2019 r. i potwierdził gotowość realizacji umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Po uzyskaniu ww. wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z innych powodów niż kwestie będące przedmiotem pisemnych wyjaśnień. W Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 23 września 2019 r. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona, zaś jako podstawę odrzucenia wskazał art. 89 pkt 1 ustawy Pzp, to jest niezgodność oferty z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał w Rozstrzygnięciu, że załączona przez Odwołującego do oferty tabela (Załącznik nr 5 do oferty): nie zawiera specjalizacji „laryngolog”, podczas gdy we wzorze (Załączniku nr 3 do projektu umowy załączonego do SIWZ) taka specjalizacja była przewidziana, oraz zawiera wydłużone okresy oczekiwania na wizyty w stosunku do okresów wymaganych przez Zamawiającego w specjalizacjach: alergolog, chirurg, dermatolog, pediatra.

Powyższemu działaniu Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający stwierdzając wewnętrzną sprzeczność

w treści oferty pomiędzy oświadczeniem Odwołującego o zobowiązaniu do realizacji zamówienia w terminach określonych w SIWZ i jednocześnie wskazaniem (omyłkowo) terminów realizacji w tabeli zawartej w załączniku do oferty dla czterech specjalizacji lekarskich dłuższych niż maksymalne terminy wskazane w SIWZ, powinien był wystąpić do Odwołującego o wyjaśnienie także tej sprzeczności.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był wyjaśnić treść oferty Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 87 ust. 1 ustawy Pzp także w kwestii rzekomo brakującej w ofercie specjalizacji „laryngolog”. Odwołujący wyjaśnił, że w tabeli załączonej do oferty znajduje się specjalizacja „otolaryngolog”, co jest prawidłową nazwą tej specjalności lekarskiej, podczas gdy pojęcie „laryngolog” jest używane raczej w języku potocznym. Wobec powyższego, Odwołujący stwierdził, że stwierdzenie Zamawiającego zawarte w Rozstrzygnięciu, że Odwołujący nie wskazał w ofercie okresu dostępności do laryngologa, jest całkowicie bezzasadne.

Odwołujący stwierdził, że na skutek niewyjaśnienia wskazanych wyżej kwestii Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający występując o wyjaśnienie kwestii ceny i możliwości umawiania wizyt w placówkach medycznych w sposób określony w SIWZ powołał się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić z wykonawcą błędy, braki i inne okoliczności budzące wątpliwości zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub do złożenia stosownych wyjaśnień nie jest prawem Zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Odwołujący zaznaczył, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego obowiązek (a nie prawo) wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub do złożenia stosownych wyjaśnień.

Jak zauważył Odwołujący, także uprawnienie zamawiającego do wyjaśniania treści oferty wynikające z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przekształca się w obowiązek zamawiającego w sytuacji stwierdzenia przez niego występowania wątpliwości co do treści oferty złożonej przez danego wykonawcę, jeżeli może to mieć znaczenie dla ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał, że w doktrynie także uznaje się, że skorzystanie z procedury opisanej w powołanym przepisie stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mogą skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że inne rozumienie tego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadami prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości wskazanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i mogłoby prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, przygotowując treść wezwania, powinien uwzględnić wszystkie kwestie, które budzą jego wątpliwości. W przekonaniu Odwołującego, pominięcie niektórych kwestii i wezwanie do wyjaśnienia jedynie niektórych kwestii, a następnie odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w dokumentach załączonych do oferty, nie może być uznane za prawidłowe wykonanie obowiązków Zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący, w orzecznictwie podkreśla się, że Zamawiający powinien mieć na uwadze, że wykonawca będzie działał zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób pozwalający wyjaśnić wszystkie wątpliwości dotyczące treści oferty i dokumentów do niej załączonych.

Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie otrzymał jedynie wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia oferty i załączników w zakresie ceny za usługi medycyny pracy oraz sposobu umawiania wizyt w placówkach. Odwołujący miał zatem podstawy do przyjęcia, że w pozostałym zakresie oferta i załączone do niej dokumenty nie budzą wątpliwości Zamawiającego, są formalnie prawidłowe, zaś ewentualne nieścisłości nie mają wpływu na ocenę złożonej oferty i nie wymagają dalszych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, wezwanie do wyjaśnienia jedynie kwestii ceny i sposobu umawiania wizyt, a pominięcie innych kwestii, w szczególności niezgodności terminów oczekiwania na wizytę z maksymalnymi terminami wskazanymi w SIWZ, nie spełnia wskazanych wyżej wymogów i nie pozwala przyjąć, że Zamawiający wykonał prawidłowo swój obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uznał, że działanie Zamawiającego wskazuje na to, iż nie przeanalizował całości oferty Odwołującego, a jedynie w sposób wybiórczy wezwał do złożenia wyjaśnień w kwestiach neutralnych (np. sposób umawiania wizyt w placówkach medycznych), a pominął kwestie, które następnie uznał za istotne na tyle, że stały się podstawą odrzucenia oferty. W opinii Odwołującego, trudno w takiej sytuacji uznać przedmiotowe postępowanie za prowadzone w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców i przejrzystość.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający miał także możliwość poprawienia omyłki polegającej na niezgodności ofert z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości. Odwołujący podał, że na skutek błędu przy przygotowywaniu oferty Odwołującego tabela zawarta w Załączniku nr 5 do oferty „Standardy dostępności w centrach medycznych Wykonawcy” zawierała odnośnie czterech specjalizacji lekarskich terminy dłuższe niż przewidziano w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący w formularzu oferty oświadczył, że zobowiązuje się zrealizować zamówienie zgodnie z terminami wskazanymi w SIWZ, niezgodność tych terminów w czterech przypadkach należało uznać za taką omyłkę i ją poprawić. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem, sprostowaniu w tym trybie podlegają także omyłki, co do których po stronie zamawiającego istnieją wątpliwości odnośnie oczywistości omyłki, która to kwestia pozostaje kwestią ocenną. Odwołujący wskazał, że w ww. trybie mogą zostać sprostowane nie tylko omyłki, które dotyczą niezgodności oferty z SIWZ, ale także uzasadnione jest dokonanie sprostowania w zakresie, który nie jest niezgodny z warunkami przetargu (a maiori ad minus). Brak sprostowania omyłki powodującej niezgodność oferty z SIWZ, którą dostrzegł Zamawiający, stanowi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia wyjaśnienia sprzeczności zaistniałej w ofercie Odwołującego na skutek omyłki stanowiącej błąd techniczny i przyjęcie Załącznika nr 5 do oferty Odwołującego w prawidłowej wersji,
- 3) przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu w wysokości 7 500 zł.

W dniu 8 października 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług medycznych dla pracowników Zamawiającego i ich rodzin.

Zgodnie z pkt 10.1 SIWZ, oferta musiała zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ,
- (...),
- oferowany czas oczekiwania na wizytę u lekarza specjalisty.

W pkt 13.1 SIWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- cena ofertowa – 60%,
- liczba oferowanych specjalizacji w placówce zlokalizowanej w promieniu do 2 km od Pałacu Kultury i Nauki – 30%,
- skrócenie czasu oczekiwania na wizytę lekarzy specjalistów – 10%.

Zamawiający postanowił, że za każdy dzień skrócenia czasu oczekiwania na wizytę do lekarzy specjalistów ponad standard dostępności określony przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do umowy, wykonawca otrzyma 1 pkt, nie więcej niż 10 pkt (pkt 13.2 SIWZ). Ocena punktowa w kryterium „Skrócenie czasu oczekiwania na wizytę lekarzy specjalistów” miała zostać dokonana na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą (pkt 13.6 SIWZ).

Zamawiający ustanowił wzór oferty, który stanowił Załącznik nr 1 do SIWZ. We wzorze tym w części D Zamawiający zamieścił oświadczenia wykonawcy, wśród których w pkt 2 znalazło się oświadczenie, że „zamówienie zostanie zrealizowane w terminach określonych w SIWZ oraz we wzorze umowy i porozumienia”.

Wzór oferty w części F stanowił, że integralną częścią oferty stanowi m.in. „załącznik nr ... oferowany czas oczekiwania na wizytę u lekarza specjalisty – str. ... oferty”.

W Załączniku nr 3 do umowy Zamawiający zamieścił standardy dostępności



w centrach medycznych. W dokumencie tym wymienił lekarzy o 31 specjalizacjach określając przy tym maksymalne terminy ich dostępności.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Lux Med Sp. z o.o.

Pismem z dnia 23 września 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lux Med Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał, że w ofercie Odwołującego zaoferowano wydłużony okres oczekiwania na wizyty w stosunku do okresów wymaganych przez Zamawiającego do następujących specjalistów:

Alergolog – wymagany termin – do 9 dni, w ofercie – do 14 dni,

Chirurg - wymagany termin – do 3 dni, w ofercie – do 4 dni,

Dermatolog - wymagany termin – do 4 dni, w ofercie – do 9 dni,

Pediatra - wymagany termin – do 2 dni, w ofercie – do 9 dni.

Zamawiający podał ponadto, że w Załączniku nr 3 do SIWZ wymienił wymagane specjalności lekarskie, w tym: laryngolog. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał takiej specjalności w formularzu pn. „Standardy dostępności w centrach medycznych Warszawy” (Załącznik nr 5 do oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i 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, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który stwierdził, że Odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, bowiem nie zaskarżył czynności wyboru oferty Lux Med Sp. z o.o. Zamawiający argumentował, że z uwagi na to, że Odwołujący nie kwestionuje wyboru oferty Lux Med Sp. z o.o., stwierdzenie, że oferta

Odwołującego została odrzucona z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (czemu Zamawiający zaprzeczył), nie może skutkować unieważnieniem wyboru oferty Lux Med Sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie może ponieść szkody wskutek ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, a co za tym idzie, nie ma interesu w złożeniu odwołania. Izba stwierdziła, że Odwołujący zakwestionował w sposób nie budzący wątpliwości czynność oceny przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego i jej odrzucenia. Odwołujący wniósł m.in. o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia ww. czynności oraz nakazanie przeprowadzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zakres podniesionych przez Odwołującego zarzutów, jak też zgłoszone wnioski wskazują na wypełnienie przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący dąży bowiem do przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, co mogłoby, przy uwzględnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutkować uznaniem przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W przedmiotowej sprawie ustalono, że w Załączniku nr 5 do oferty Odwołujący zaoferował dla lekarzy czterech specjalizacji – alergologa, chirurga, dermatologa oraz pediatry - okresy oczekiwania na wizytę u lekarza dłuższe niż maksymalne okresy wskazane przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do umowy.

Izba stwierdziła, że treść Załącznika nr 5 do oferty złożonej przez Odwołującego „Standardy dostępności w centrach medycznych Wykonawcy” stanowi treść oferty. Załącznik nr 5 do oferty to bowiem nic innego, jak oświadczenie wykonawcy o sposobie wykonania przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje także usytuowanie przedmiotowego oświadczenia wśród dokumentów, do złożenia których zobowiązany był wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Zgodnie z pkt 10.1 SIWZ, oferowany czas oczekiwania na wizytę u lekarza specjalisty stanowi część oferty. Z kolei zgodnie z postanowieniami części F wzoru oferty, „załącznik nr ... oferowany czas oczekiwania na wizytę u lekarza specjalisty” stanowi integralną część oferty.

Powyższe ustalenie ma zasadnicze znaczenie dla stwierdzenia możliwości modyfikacji złożonego przez Odwołującego oświadczenia o oferowanym czasie oczekiwania na wizytę u lekarza specjalisty. Wskazać bowiem należy, że treść oferty nie podlega zmianie,

za wyjątkiem sytuacji określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Treść oferty nie może podlegać zmianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu 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. W art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Z kolei zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Izba stwierdziła, że pomimo szerokiego zakresu dokumentów podlegających uzupełnieniu objętego dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przepis ten nie obejmuje informacji składających się na treść oferty, podlegających ocenie w kryterium oceny ofert. Przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłyby do dopuszczenia możliwości uzupełniania oświadczeń lub dokumentów składających się na treść oferty i podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, co byłoby równoznaczne z możliwością zmiany treści ofert po upływie terminu ich składania bądź mogłoby prowadzić do negocjowania treści oferty w celu przyznania jej dodatkowych punktów. To z kolei, jak wskazywano już powyżej, stałoby w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na względzie treść ww. przepisu należy uznać, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, w tym do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynika sposób spełniania kryteriów oceny ofert. Ustawa Pzp zabrania dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty, za wyjątkiem poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, tj. oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Izba stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do uznania, że zaoferowany przez Odwołującego czas oczekiwania na wizytę u lekarza alergologa, chirurga, dermatologa i pediatry jest wynikiem omyłki. Na powyższe nie wskazuje w żadnej mierze treść oferty Odwołującego. Omyłka musi mieć charakter przypadkowy, niezamierzony (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09). W żadnym wypadku za omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy. Odwołujący w toku rozprawy wyjaśnił, że przyczyną wskazania dłuższych niż wymagane przez Zamawiającego okresów oczekiwania na wizytę u lekarzy ww. specjalizacji było wstawienie wybranych specjalizacji w innych miejscach niż we wzorze Zamawiającego. Argumentacja ta świadczy, w ocenie Izby, nie o omyłce wykonawcy, a o braku należytej staranności wykonawcy przy sporządzaniu oferty. Wskazać bowiem należy, że wykonawca miał możliwość skorzystania ze wzoru dokumentu opracowanego przez Zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca decyduje się na modyfikację formularza opracowanego przez Zamawiającego, ponosi ryzyko takiego działania. Dokonana przez Odwołującego modyfikacja dokumentu przygotowanego przez Zamawiającego, jej zakres, sprawia, że brak jest możliwości stwierdzenia, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią wymagań Zamawiającego w spornym zakresie jest skutkiem przypadkowego, niezamierzonego działania. Co więcej, treść oferty nie daje wskazówek, jak tę ewentualną omyłkę Zamawiający mógłby poprawić. Umożliwienie Odwołującemu zmiany złożonej oferty w zakresie zaoferowanego czasu oczekiwania na wizytę u lekarza alergologa, chirurga, dermatologa i pediatry prowadziłaby do złożenia przez Odwołującego nowego oświadczenia w sposób dowolny. To z kolei stanowiłoby czynność sprzeczną z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasadnicze znaczenie przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy ma okoliczność, że zaoferowany przez wykonawcę czas oczekiwania na wizytę u lekarzy specjalistów podlegał ocenie w kryterium oceny ofert. Zmiana przez wykonawcę oświadczenia objętego oceną w kryterium, po terminie otwarcia ofert, a zatem w terminie, w którym wykonawca mógł zapoznać się z treścią ofert konkurentów, stanowiłaby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Część oferty podlegająca punktacji jest szczególnie wrażliwa, ponieważ prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, skutkującego następnie wyborem jednej z nich. W tym zakresie konieczne jest zatem szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, co skutkuje m.in. tym, że ofert nie można uzupełniać, zmieniać po ich otwarciu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi w postaci możliwości późniejszego złożenia danego oświadczenia niż konkurenci czy też możliwości zaznajomienia się z ofertami konkurentów i dostosowania swojej (patrz: wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 290/17, wyrok KIO z dnia 23 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 235/18).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że brak było podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 5 do oferty, jak też do wyjaśnienia treści oferty w spornym zakresie. Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest prawidłowa.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał specjalności „laryngolog” w formularzu pn. „Standardy dostępności w centrach medycznych Warszawy” (Załącznik nr 5 do oferty). Okolicznością niesporną między stronami było, że „laryngolog” to potoczna nazwa specjalizacji „otolaryngolog”. Ta specjalizacja została z kolei wskazana w ofercie Odwołującego. Przedmiotowe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na stwierdzony powyżej brak zasadności zarzutów dotyczących zaoferowanego przez Odwołującego czasu oczekiwania na wizytę u lekarza alergologa, chirurga, dermatologa i pediatry, potwierdzenie się zarzutu w zakresie wskazania w ofercie Odwołującego specjalizacji „laryngolog” nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący :** .....