

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Efmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Alcon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Uniwersyteckiemu Centrum Klinicznemu w Gdańsku** – odrzucenie oferty wykonawcy **Alcon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w zakresie części 1 zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w części 1 zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Alcon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Efmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Alcon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Efmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** kwotę **18 750 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych

zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyrobów medycznych do zabiegów fakoemulsyfikacji wraz z dzierżawą aparatu do fakoemulsyfikacji dla UCK.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 lipca 2018 roku wykonawca Efmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie wyboru oferty Alcon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w części 1 zamówienia.

Wskazanej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alcon Polska sp. z o.o. w części 1 zamówienia z uwagi na złożenie oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.),
- 2) art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego błędną wykładnię skutkującą uznaniem, że dokumenty przedłożone przez wykonawcę, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., mogą prowadzić do uzupełnienia treści oferty złożonej przez wykonawcę, w szczególności zaś do potwierdzenia spełniania przez wykonawcę wymagania granicznego, które to musiało zostać spełnione, aby oferta została uznana za zgodną z s.i.w.z.,
- 3) art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. w związku z przywołanymi wyżej naruszeniami art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach sprzecznych z ustawą P.z.p..

Mając na uwadze powyższe uchybienia odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Alcon Polska sp. z o.o. w części 1 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Alcon Polska sp. z o.o. w części 1 zamówienia,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w części 1 zamówienia i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, w oparciu o kryterium oceny ofert przewidziane postanowieniami s.i.w.z., tj. wyboru oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 1) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 2) uwzględnienie jako dowodu w sprawie dokumentacji postępowania, w szczególności dokumentów przywołanych w odwołaniu,
- 3) uwzględnienie jako dowodu w sprawie dowodów załączonych do odwołania.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w części 1 zamówienia. W konsekwencji, odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a co za tym idzie - zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy P.z.p., odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 13 lipca 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu. W zakresie części 1 zamówienia jako ofertę najkorzystniejszą pod względem kryteriów określonych w SIWZ wybrano ofertę Alcon Polska sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastosował procedurę odwróconą oceny ofert, o której mowa w art. 24aa ustawy P.z.p., co zostało przewidziane w s.i.w.z. Wobec powyższego, zamawiający mógł w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ocena ofert odnosi się do aspektów przedmiotowych samej oferty, gdzie zamawiający zdecydować może, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też możliwe jest przejście do kolejnego etapu badania, jakim jest ustalenie rankingu ofert. „Po ustaleniu rankingu ofert, jeżeli oferta nie podlega odrzuceniu, zamawiający może zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 859/17; KIO 867/17; KIO 894/17).

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie przeprowadził w sposób prawidłowy procedury określonej w art. 24aa ustawy P.z.p., gdyż na jej wstępnym etapie powinien odrzucić ofertę Alcon Polska sp. z o.o. w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako nieodpowiadającą treści s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 13 kwietnia 2018 r. (l.dz. 1840/2018) zamawiający dokonał sprostowania udzielonych odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2018 r. m.in. w części 1 zamówienia, dokonując jednocześnie zmiany zapisów załącznika nr 3 do s.i.w.z. dotyczącego części 1. Zamawiający wskazał, że zmieniony załącznik nr 3 do s.i.w.z. stanowi załącznik do ww. pisma i jest integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zaznaczono, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty na zmienionym załączniku nr 3 do s.i.w.z. w zakresie części 1. Jednocześnie zamawiający zmienił treść s.i.w.z. w punkcie XIV (Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposób oceny oferty). Formularz asortymentowo - cenowy (załącznik nr 3 do s.i.w.z.) w części 1 zamówienia dot. dostawy wyrobów medycznych do zabiegów fakoemulsyfikacji zawierał wyliczenie wymaganego asortymentu, szacunkową ilości oraz wymagania, których spełnienie miał opisać wykonawca. Na tej podstawie dokonywana była ocena jakości oraz ocena minimalnych warunków, których przedmiot zamówienia musiał spełnić. W treści załącznika wskazano: „W celu zbadania kryterium jakości Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą czytelnych zdjęć na potwierdzenie zapisów jakości oraz deklaracji Wykonawcy wpisanego w tabeli \ Tabela dotycząca oceny jakości uległa zmianie zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2018 r., gdyż dodano tam kolejną pozycję, która wymagała deklaracji Wykonawcy, o następującym brzmieniu:

„Zamawiający oceni czy zaoferowany zestaw operacyjny będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe. Jeżeli zestaw będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe, Zamawiający przyzna 5 pkt. Jeżeli tip i kaseta będą pakowane osobno poza zestawem, Zamawiający przyzna 0 pkt. Zamawiający nie dopuszcza aby pozostałe pozycje asortymentowe (oprócz tipa i kasety) były pakowane osobno. ”

Odwołujący podniósł, że Alcon Polska sp. z o.o. złożyła ofertę w zakresie części 1 zamówienia na niezmienionym załączniku, który nie zawierał wyżej wskazanej pozycji. Wobec tego, wykonawca nie potwierdził wprowadzonego do formularza, kryterium oceny jakościowej, ani też nie złożył deklaracji, czy wszystkie pozycje asortymentowe są pakowane

razem, czy też tip i kasety są pakowane osobno poza zestawem. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw, aby twierdzić, że oferta Alcon Polska sp. z o.o. spełnia wymóg przewidziany przez zamawiającego dotyczący pakowania pozycji asortymentowych zestawu. Tym samym, zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że elementy zestawu są pakowane łącznie (ewentualnie oprócz tipa i kasety), przez co nie można było stwierdzić, czy Alcon Polska sp. z o.o. spełniła powyższy wymóg. Odwołujący wskazał, że zdanie „Zamawiający nie dopuszcza, aby pozostałe pozycje asortymentowe (oprócz tipa i kasety) były pakowane osobno” należy ocenić jako graniczne wymaganie zamawiającego, a niespełnienie tych wymogów powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z s.i.w.z.

W związku z powyższym odwołujący wskazał, że oferta Alcon Polska sp. z o.o. w części 1 zamówienia nie spełnia wyżej wskazanych wymogów i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.. Zamawiający jasno sformułował warunki, jakie oferta ma spełnić, tym samym oferta Alcon Polska sp. z o.o. nie odpowiada wskazanym przez zamawiającego warunkom. Tymczasem zamawiający zupełnie pominął powyższą okoliczność, ocenił ofertę Alcon Polska sp. z o.o. jako ofertę najkorzystniejszą pod względem kryteriów określonych w s.i.w.z. i wezwał do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., a następnie dokonał wyboru powyższej oferty w części 1 zamówienia. Takie działanie zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Z ostrożności odwołujący wskazał na brak możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, bądź też zakwalifikowania powyższego braku jako omyłki i możliwości poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p..

Odwołujący podkreślił, iż nie może zostać przyjęte jako uzupełnienie oferty przedłożenie karty katalogowej przez Alcon Polska sp. z o.o. w piśmie z dnia 14 czerwca 2018 r. złożonego jako odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 7 czerwca 2018 r. (karta katalogowa zestawu operacyjnego wraz z kasetą do operacji zaćmy - sterylnej wraz ze zdjęciem ilustracyjnym zawierającym opis: "Zestaw operacyjny zawiera wszystkie pozycje asortymentowe. Wszystkie akcesoria zapakowane w jeden sterylnej zestaw.")

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lipca 2018 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

W piśmie procesowym z dnia 8 sierpnia 2018 roku Alcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie (przystępujący) wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz (na podstawie art. 186 ust.6 pkt. 3 ustawy P.z.p.) kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przystępujący podniósł, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia (w odniesieniu do części, na które złożył ofertę, gdyż w tym zakresie jest uczestnikiem postępowania - wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia), ale nie wykazał drugiej z obligatoryjnych przesłanek, tj. poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody, gdyż cena jego oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i nawet przy uwzględnieniu przez zamawiającego odwołania w całości, a zatem jego oferta nie będzie mogła być wybrana, tym samym nie uzyska on przedmiotowego zamówienia. Do tej pory zamawiający nie podjął bowiem decyzji o powiększeniu kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w części nr 9 i 12 zamawiający unieważnił już postępowanie w takim przypadku, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., co pozwala przypuszczać, iż również w przedmiotowej części nr 1, pomimo uwzględnienia odwołania w całości zamawiający unieważniłby postępowanie i odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, a tym samym nie ma możliwości aby poniósł jakąkolwiek szkodę. Cena oferty przystępującego natomiast zmieściła się w kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z czym oferta przystępującego jest jedyną ofertą którą, przy obecnej kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający może wybrać jako ofertę najkorzystniejszą i nie będzie zmuszony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Przystępujący wskazał, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 86 ust.3 ustawy P.z.p., jako, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę netto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamiast podać kwoty brutto, nie uwzględniając należnego podatku VAT. W każdym wypadku cena oferty odwołującego przekracza o ponad 20 tys. zł kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tym samym oferta odwołującego nie może być wybrana jako najkorzystniejsza jeśli zamawiający nie zwiększył kwoty o której mowa w art. 86 ust. 4 ustawy P.z.p.

Przystępujący stwierdził, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nie ma zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, gdyż z treści formularza asortymentowo-cenowego złożonego do oferty przez przystępującego nie można wywieść informacji o tym, że treść jego oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak zaś deklaracji o tym, czy pozycje asortymentowe, oprócz tipa i kasety, pakowane są osobno czy razem, nie upoważnia zamawiającego do przyjęcia przypuszczenia, że produkt oferowany przez Alcon Polska sp. z.o.o. jest niezgodny i na tej podstawie braku informacji i braku potwierdzenia odrzucić ofertę przystępującego jako niezgodną z s.i.w.z. Zamawiający nie może odrzucić oferty w przypadku, gdy jakiejś informacji brakuje. Powinien najpierw dopytać o brakującą

informację w trybie art. 87 ust. 1 celem jej potwierdzenia a następnie- jeśli niezgodność by się potwierdziła, to dopiero odrzucić ofertę. Jak bowiem wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-06-14, KIO 1060/17, : "Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W praktyce i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień wówczas, jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty. W przypadku wątpliwości co do treści oferty niedopuszczalne jest natomiast odrzucenie tej oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, bez podjęcia uprzedniej próby wyjaśnienia treści oferty".

Przystępujący wskazał, że pomimo iż u zamawiającego powstały wątpliwości, czy zaoferowany zestaw spełnia wymogi s.i.w.z., t.j. czy wszystkie pozycje asortymentowe oprócz tipa i kasety są pakowane razem, to zamawiający zaniechał jednak wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, naruszając tym samym przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. W tej sytuacji odrzucenie oferty przystępującego z uwagi na niezgodność jego oferty z SIWZ byłoby bezpodstawne.

Przystępujący stwierdził, że z formularza (załącznik nr 3 do s.i.w.z.), załączonego do oferty przez przystępującego, można jednoznacznie wydobyć tożsamą treść do nowego formularza niezbędną zamawiającemu do stwierdzenia czy zaoferowany zestaw operacyjny będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe. Przy niezmienionej bowiem rubryce o nazwie: "Asortyment wymagany w zestawie do operacji zaćmy" przystępujący wypełnił wszystkie 22 pozycje asortymentowe wpisując w rubryce obok nazwę i nr katalogowy oferowanego produktu. Jeżeli zaś zamawiający z tego formularza czy pozostałej dokumentacji nie był w stanie wywieść czy pozycje asortymentowe w zestawie są pakowane osobno czy razem, to powinien wezwać do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. i upewnić się, czy zaoferowany przez przystępującego w ofercie produkt jest zgodny z s.i.w.z.

Dodatkowo przystępujący nadmienił, iż załączenie przez przystępującego do oferty niezmienionego formularza asortymentowo-cenowego było spowodowane wprowadzeniem przystępującego w błąd przez zamawiającego. Na stronie internetowej Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w postępowaniu o nr 29/PN/2018 w rubryce „Odpowiedzi na pytania-modyfikacje SIWZ”, w formacie exl., w którym poprzednio do specyfikacji załączony był formularz asortymentowo-cenowy, zamieszczono plik pod nazwą : „za13zmiana 29 2018-2” jako zmieniony załącznik nr 3 do SIWZ. Poza powyższym nie widniał w tej rubryce inny plik Excel ze zmienionym załącznikiem nr 3. W związku z powyższym, przystępujący przygotowując ofertę i formularz asortymentowo-cenowy, skorzystał z jedyne widocznego

w rubryce modyfikacje SIWZ załącznika nr 3 w edytowalnym formacie Excel. Dopiero po fakcie złożenia oferty przystępujący zorientował się, iż zamawiający w pliku o nazwie odpowiedzi z dnia 13.04.2018r. umieścił w wersji PDF zmienioną ponownie wersję załącznika nr 3 do s.i.w.z., której ostatecznie wymagał (dowody w załączeniu). Zamawiający był tym samym niekonsekwentny i działał chaotycznie co doprowadziło do złożenia przez przystępującego formularza widniejącego w rubryce modyfikacje siwz o nazwie „za13zmiana 29 2018-2” do oferty. Skoro od początku formularz asortymentowo cenowy był umieszczany przez Zamawiającego w wersji edytowalnej excel i widocznej na stronie jako załącznik nr 3 czy zmieniony załącznik nr 3, to umieszczenie ostatecznej modyfikacji załącznika nr 3 w odpowiedziach z 13.04.2018r w wersji nieedytowalnej PDF było ze strony zamawiającego niekonsekwentne i ze szkodą dla przystępującego, wprowadzające w błąd co do tego, jaki plik z załącznikiem nr 3 jest plikiem, który należy załączyć.

Przystępujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom odwołującego wskazanym w odwołaniu, zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. celem wyjaśnienia treści oferty przystępującego w zakresie formularza asortymentowo-cenowego i brakującej informacji czy pozycje asortymentowe w zestawie są pakowane osobno czy razem nie mogłoby doprowadzić do negocjacji między zamawiającym a przystępującym dotyczących złożonej oferty. Oferowany bowiem przez przystępującego produkt jest niezmienny, jako że ma określoną tożsamość, w formularzu asortymentowo cenowym podana została bowiem nazwa własna zestawu wraz z jego numerem katalogowym, a na potwierdzenie zapisów jakości dołączone zostało czytelne zdjęcie z kodem w standardzie GSI na opakowaniu jednostkowym umożliwiającym automatyczne odczytywanie numeru poprzez czytnik kodów kreskowych. Tym samym, potwierdzony został konkretny produkt, czyli zestaw sterylny o przypisanym numerze katalogowym, który występuje tylko i wyłącznie w wersji, w której wszystkie pozycje asortymentowe wchodzące w skład tego zestawu o nazwie CUSTOM PAK i nr katalogowym C26834 pakowane są sterylnie, tj. wszystkie razem szczelnie zamknięte w jednym opakowaniu szczelnie zabezpieczonym. Wobec powyższego, wyjaśnienie przez zamawiającego, czy pozycje asortymentowe pakowane są oddzielnie czy łącznie w zestawie nie prowadziłyby do zmiany produktu oferowanego przez Alcon Polska sp. z o.o., a tym bardziej do negocjacji. Produkt pozostaje ten sam, co na etapie składania ofert. Deklaracja o tym, czy pozycje asortymentowe pakowane są razem czy osobno jest tylko potwierdzeniem, a nie prowadzi do zmiany oferowanego produktu ani tym bardziej nie daje podstaw do negocjacji. Ponadto, załączone w piśmie przystępującego z dnia 14 czerwca 2018r. karty katalogowe zaś potwierdzają, iż zaoferowany produkt jest niezmienny i zgodny z s.i.w.z., nie wprowadzą zatem nowego produktu czyli zmian w ofercie.

Izba ustaliła, co następuje:

W toku postępowania, pismem z dnia 13 kwietnia 2018 r. (l.dz. 1840/2018) zamawiający dokonał sprostowania udzielonych odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2018 r. m.in. w części 1 zamówienia, dokonując jednocześnie zmiany zapisów załącznika nr 3 do s.i.w.z. dotyczącego części 1. Zamawiający wskazał, że zmieniony załącznik nr 3 do s.i.w.z. stanowi załącznik do ww. pisma i jest integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zaznaczono, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty na zmienionym załączniku nr 3 do s.i.w.z. w zakresie części 1. Jednocześnie zamawiający zmienił treść s.i.w.z. w punkcie XIV (Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposób oceny oferty). Formularz asortymentowo - cenowy (załącznik nr 3 do s.i.w.z.) w części 1 zamówienia dot. dostawy wyrobów medycznych do zabiegów fakoemulsyfikacji zawierał wyliczenie wymaganego asortymentu, szacunkową ilości oraz wymagania, których spełnienie miał opisać wykonawca. W treści załącznika wskazano: „W celu zbadania kryterium jakości Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą czytelnych zdjęć na potwierdzenie zapisów jakości oraz deklaracji Wykonawcy wpisanego w tabeli .” Tabela dotycząca oceny jakości uległa zmianie zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2018 r., gdyż dodano tam kolejną pozycję, która wymagała deklaracji wykonawcy, o następującym brzmieniu:

„Zamawiający oceni czy zaoferowany zestaw operacyjny będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe. Jeżeli zestaw będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe, Zamawiający przyzna 5 pkt. Jeżeli tip i kaseeta będą pakowane osobno poza zestawem, Zamawiający przyzna 0 pkt. Zamawiający nie dopuszcza aby pozostałe pozycje asortymentowe (oprócz tipa i kaseety) były pakowane osobno.”

Pod formularzem asortymentowo-cenowym znajduje się informacja, że formularz stanowi załącznik główny do umowy i w celu poprawnego realizowania umowy należy na etapie oferty uzupełnić jego komórki w sposób umożliwiający dokładną identyfikację.

W postępowaniu na część 1 złożono dwie oferty:

- 1) Oferta odwołującego z ceną 1.837.620,00 zł
- 2) Oferta przystępującego z ceną 1.758.060,72 zł

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację części 1: 1.678.500,00 zł netto.

Przystępujący złożył ofertę w zakresie części 1 zamówienia na niezmienionym załączniku, który nie zawierał wyżej wskazanej pozycji.

Pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, a także do złożenia dokumentów, które miały potwierdzać, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w s.i.w.z. W odpowiedzi na powyższe pismo przystępujący zwrócił się o zbadanie dokumentów dołączonych do oferty oraz jako uzupełnienie przesłał m.in. karty katalogowe dotyczące części 1. Jedna z kart katalogowych zawierała oświadczenie "Zestaw operacyjny zawiera wszystkie pozycje asortymentowe. Wszystkie akcesoria zapakowane w jeden sterylny zestaw".

W dniu 13 lipca 2018 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1.

W dniu 23 lipca 2018 roku odwołujący wniósł odwołanie w zakresie wyboru oferty przystępującego w części 1 zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lipca 2018 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. W tym samym dniu zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia.

Pismem z dnia 27 lipca 2018 roku przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i jednocześnie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 212/18, iż nie podważa istnienia interesu okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w takim przypadku jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności, czy zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

W rozpoznawanej sprawie kwestią niesporną między stronami był fakt dokonania przez zamawiającego modyfikacji s.i.w.z. i formularza asortymentowo – cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z w części 1 zamówienia dot. dostawy wyrobów medycznych do zabiegów fakoemulsyfikacji, oraz fakt, że przystępujący złożył wraz z ofertą formularz asortymentowo-cenowy w wersji niezmodyfikowanej.

Istotą sporu jest zatem ustalenie, czy złożenie formularza asortymentowo-cenowego bez wymaganego oświadczenia stanowi niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. oraz – w przypadku ustalenia, iż tak jest w istocie – czy jest to okoliczność, wobec której zamawiający może żądać wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie nie ma wątpliwości co do tego, że treść oferty przystępującego nie była zgodna z treścią s.i.w.z. Zamawiający dokonując modyfikacji i załącznika wskazał, że zmieniony załącznik nr 3 do s.i.w.z. jest integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zaznaczono, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty na zmienionym załączniku nr 3 do s.i.w.z. w zakresie części 1. Zgodność oferty z s.i.w.z. należało więc badać również pod kątem zgodności ze zmienionym załącznikiem. Skoro przystępujący złożył ofertę na niezmienionym załączniku, to nie ulega wątpliwości, że treść jego oferty nie odpowiadała treści s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną

z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Co do zasady zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z.. Zobowiązuje go do tego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Zamawiający nie odrzuca oferty, jeżeli niezgodność oferty jest wynikiem omyłki, którą zamawiający może poprawić, nie powodując istotnych zmian w treści oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 *in finito* w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.).

Podkreślenia wymaga, że przystępujący nie podnosił, że niezgodność treści jego oferty z treścią s.i.w.z. jest wynikiem omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba również nie widzi możliwość poprawienia oferty przystępującego na podstawie tego przepisu. Niezgodność oferty przystępującego z s.i.w.z. polega bowiem na braku oświadczenia w kwestii spełniania przez zaoferowany produkt wymagań określonych przez zamawiającego i z pewnością wykracza poza zakres omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, że zamawiający powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu, 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.

Izba wskazuje, że przedmiotem modyfikacji było wprowadzenie do formularza asortymentowo-cenowego następującej informacji:

„Zamawiający oceni czy zaoferowany zestaw operacyjny będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe. Jeżeli zestaw będzie zawierał wszystkie pozycje asortymentowe, Zamawiający przyzna 5 pkt. Jeżeli tip i kasetka będą pakowane osobno poza zestawem, Zamawiający przyzna 0 pkt. Zamawiający nie dopuszcza aby pozostałe pozycje asortymentowe (oprócz tipa i kasetki) były pakowane osobno.”

Modyfikacja nie polegała wszakże wyłącznie na zamieszczeniu powyższego tekstu, który tak naprawdę jest informacją zamawiającego dotyczącą przyznawania punktów w danym kryterium i wymogu w zakresie pakowania pozycji asortymentowych innych niż tip i kasetka. Wykonawcy obowiązani byli bowiem złożyć deklarację w zakresie spełniania wskazanego wymogu. Skutki złożenia tej deklaracji pozwalają na jej zakwalifikowanie jako oświadczenia woli. Stanowiła ona bowiem element oferty przystępującego składanej w celu nawiązania stosunku prawnego, jakim jest zawarcie umowy na realizację zamówienia publicznego.

Brak wskazanej deklaracji nie może być przedmiotem wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. O tym, jaką wagę przykładał bowiem zamawiający do treści formularza asortymentowo-cenowego, świadczy informacja znajdująca się na końcu formularza, z której wynika, że formularz stanowi załącznik główny do umowy i w celu poprawnego realizowania umowy należy na etapie oferty uzupełnić jego komórki w sposób umożliwiający dokładną identyfikację.

Nie ulega zatem wątpliwości, że treść formularza stanowiła treść oświadczenia woli wykonawcy w zakresie jego przyszłego zobowiązania wobec zamawiającego. Wskazać w tym miejscu należy na treść art. 140 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający może zatem żądać od wykonawcy wyłącznie tego, co ten wskazał w złożonej ofercie. Brak wymaganej deklaracji uniemożliwiłby zamawiającemu skuteczne egzekwowanie przedmiotowego wymogu.

Bez znaczenia dla oceny zarzutu pozostaje argumentacja przystępującego podnoszona na rozprawie, iż zamawiający nie wskazał w s.i.w.z., że odrzuci ofertę, która nie będzie zawierała wskazanej deklaracji. Przesłanki odrzucenia oferty regulowane są w art. 89 ustawy P.z.p. i zamawiający obowiązany jest do ich stosowania bez względu na to, czy informację w tym zakresie zamieści w s.i.w.z.

Izba nie nakazała zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ zamawiający sam unieważnił tę czynność, o czym poinformował pismem z dnia 25 lipca 2018 roku. Wskazać należy, iż zamawiający nie był uprawniony do unieważniania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przed wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający mógłby unieważnić samodzielnie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdyby uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (art. 186 ust. 3 ustawy P.z.p.). W związku z tym, że przystępujący wniósł sprzeciw, zamawiający winien był wstrzymać się ze wszystkimi czynnościami do czasu wydania orzeczenia przez Izbę i – w przypadku uwzględnienia odwołania – wykonać wyrok zgodnie z jego treścią. Niemniej jednak, wobec uwzględnienia odwołania również w zakresie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszenie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba obciążyła przystępującego kosztami postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b w związku z ust. 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4 (tj. gdy przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania), ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

.....