

WYROK

z dnia 10 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2013 r.

przez wykonawcę: **Gambro Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu medycznego* (numer postępowania 05/ICMMiT/PN/AW/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej z siedzibą w Gdyni**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Gambro Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert w pakiecie nr 9, z uwzględnieniem:**
 - zawiadomienia o poprawieniu w treści oferty wykonawcy omyłki polegającej na niewypisaniu na stronie 10 oferty, że oferowany aparat do ciągłych terapii nerkozastępczych Prismaflex exeed 7.10 posiada pogrzewacz krwi do podtrzymywania temperatury pacjenta,**
 - wezwania wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu złożonego na potwierdzenie, że oferowany aparat do hemodializy AK 200 S posiada parametry określone w punktach 4, 5, 6, 7, 8, 14, 15 i 20 tabeli załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
 - wezwania wykonawcy do uzupełnienia deklaracji zgodności oferowanego mobilnego uzdatniacza wody WRO 300 H z wymogami dyrektyw europejskich.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej z siedzibą w Gdyni i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Gambro Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego: Uniwersyteckiego Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej z siedzibą w Gdyni** na rzecz **odwołującego: Gambro Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Medycyny Morskiej i Tropikalnej z siedzibą w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego (numer postępowania 05/ICMMiT/PN/AW/13).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 kwietnia 2013 r. pod nr 52119-2013, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie w gablocie informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.ucmmit.gdynia.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia dla wszystkich 19 części zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 431.096,50 zł, co stanowi równowartość 107.248,61 euro

22 maja 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – Gambro Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej na część 9 zamówienia (tzw. pakiet nr 9) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

27 maja 2013 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 2 – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego błędne zastosowanie i dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo braku ustawowych przesłanek do dokonania takiej czynności.
3. Art. 26 ust. 3 i 4 – przez zaniechanie dokonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów SIWZ lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego niezgodnie z przepisami ustawy pzp i postanowieniami SIWZ. Zamawiający zawarł w rozdziale VI SIWZ zapis, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ należy do oferty dołączyć aktualne katalogi producenta lub szczegółowe opisy oferowanego produktu w języku polskim ze zdjęciami oferowanego produktu i informacjami potwierdzającymi, że oferowane sprzęty medyczne posiadają wszystkie cechy jakich w SIWZ wymaga Zamawiający. Odwołujący jest przekonany, że załączone do oferty katalogi i opisy potwierdzają spełnianie wymaganych parametrów. W szczególności w zakresie posiadania zabezpieczenia przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu – w ulotce (przetłumaczonej) opisanej nazwą *Specyfikacja* zawarto informację, że oferowane urządzenie posiada *podgrzewacz krwi do podtrzymywania temperatury pacjenta*.

Ponadto Odwołujący wywiódł, że zgodnie z wyjaśnieniami Urzędu Zamówień Publicznych zawartymi na stronie internetowej UZP, stosownie do art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Powyższe wskazuje, że obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków *pozytywnych*, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania – niespełnianie warunków *negatywnych*, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy pzp. Należy przy tym zauważyć, że w art. 25 ust. 1 pzp jest mowa o *oświadczeniach lub dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania*, jakich może żądać zamawiający

od wykonawców. Kategoria ta została doprecyzowana w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym przyjęć należy, że obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione w ww. rozporządzeniu.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający zaniechał zarówno uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 pzp, jak i ich ewentualnego wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Odwołujący podtrzymał zarówno stanowisko, że jego oferta jest kompletna i wszystkie żądane przez Zamawiającego w SIWZ informacje są w niej zawarte, jaki i gotowość do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonych dokumentów.

10 czerwca 2013 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 7 czerwca 2013 r.), wnosząc o jego oddalenie i w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII SIWZ ofertę w przedmiotowym postępowaniu stanowią: 1) wypełniony i podpisany przez wykonawcę formularz ofertowy wraz z załącznikami, 2) formularz cenowy wypełniony dla części nr 9, 3) wypełniony opisowo załącznik 4, 5 i 6 do *Opisu przedmiotu zamówienia* (zwany również dalej w skrócie „OPZ”) – stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający w części nr 9 wymagał zaoferowania kompletu trzech różnych urządzeń określonych szczegółowo w pozycjach nr 1, 2 i 3 OPZ. Zamawiający wywiódł, że wypełnione przez Odwołującego załączniki nr 4, 5 i 6 do OPZ stanowią deklarację parametrów technicznych, jakimi charakteryzują się oferowane przez Odwołującego urządzenia. W konsekwencji załączniki te nie podlegają – jako merytoryczna część oferty – uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 pzp.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący zadeklarował aparat do ciągłych terapii nerkozastępczych niezgodnie z wymaganiami SIWZ określonymi w załączniku nr 4 do OPZ, tj. *bez zabezpieczenia przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu, poprzez podgrzewanie płynów dializacyjnych lub krwi*. Zamawiający sprecyzował, że Odwołujący nie zadeklarował – usuwając z treści druku – że oferowany aparat do ciągłych terapii nerkozastępczych posiada ten bardzo ważny parametr wymagany przez Zamawiającego. Dla Zamawiającego przedmiotowe deklaracje w istocie stanowią treść oferty Wykonawcy. Zamawiający przypomniał, że oferta w świetle regulacji kodeksu cywilnego zawiera istotne dla stron postanowienia przyszłej umowy. Zamawiający podniósł, że formułując SIWZ jednoznacznie określił, jakie wymogi uważa za istotne – a wręcz niezbędne – dla realizacji jego uzasadnionych potrzeb w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego.

W konsekwencji pominięcie przez Oferenta wymaganych przez Zamawiającego parametrów powoduje, że nie byłoby możliwe zawarcie umowy zgodnie z wyartykułowanymi potrzebami Zamawiającego, skoro Wykonawca nie byłby zobowiązany do realizacji obowiązków oczekiwanych jednoznacznie przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że z żadnego dokumentu załączonego do oferty (abstrahując nawet od tego, że dokumenty te stanowią *treść nieobjęta stricto ofertą* – a więc zobowiązaniem Wykonawcy), nie wynika, aby w istocie wymóg powyższej cechy aparatu do ciągłych terapii nerkozastępczych został spełniony. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dostarczył (niekompletny) opis katalogowy niesprecyzowanego urządzenia. Nawet jeśli opis ten obejmuje – rodzajowo – przedmiotowy produkt (choć z oferty to nie wynika), to co najwyżej dotyczy on urządzenia typu Prismaflex, a nie urządzenia innej klasy typu Prismaflex exceed 7.10, które zostało opisane przez Odwołującego w tabeli załącznika nr 4 do OPZ – stanowiącego treść oferty.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że w zakresie urządzenia określonego w pozycji nr 2 Odwołujący nie potwierdził wymaganymi katalogami lub szczegółowymi opisami, że oferowane urządzenie posiada parametry określone w SIWZ w pkt 4, 5, 6, 7, 8, 14, 15 i 20 tabeli załącznika nr 5 do OPZ. Z kolei dla pozycji nr 3 Odwołujący nie potwierdził deklaracją zgodności, że oferowane urządzenie WRO 300H jest zgodne z wymogami dyrektyw europejskich.

Zamawiający wywiódł, że wobec powyższego oraz mając na względzie art. 87 ust 1 ustawy pzp określający zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści – musiał uznać ofertę Odwołującego na realizację dostawy określonej w części nr 9 za niezgodną z treścią SIWZ, niekompletną oraz niejednoznaczłą i jako taką, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp odrzucić. Zdaniem Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy doprowadziłoby do *niedopuszczalnych zmian w zakresie tejże oferty*.

Zamawiający ponownie podkreślił, że oświadczenie Odwołującego w zakresie oferowanych parametrów technicznych urządzeń nie stanowiło dokumentu, który mógłby zostać uzupełniony w trybie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, gdyż jest to zobowiązanie – oferta wykonawcy, jaki rodzaj, typ i model urządzenia oferuje i jakie są jego właściwości. Taka informacja wykonawcy – jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1292/11): *nie jest informacją która może zostać zakwalifikowana jako służąca potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, ale jest częścią treści oferty opisującym zakres świadczenia wykonawcy, wskazującą konkretnie co jest oferowane. Tym samym, przynajmniej w tym zakresie, załącznik nr 1 do siwz/oferty nie może zostać zakwalifikowany*

*jako dokument przedmiotowy podlegający uzupełnieniu. Brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z siwz polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami siwz, opisanu przedmiotu dostawy. Innymi słowy, wykonawca wbrew wymaganiom zamawiającego nie wskazał jakie konkretnie urządzenie oferuje. W ocenie Zamawiającego podobnie w przypadku swojej oferty dotyczącej aparatu do ciągłych terapii nerkozastępczych, Odwołujący – wbrew wymaganiom SIWZ – nie sprecyzował, jakie urządzenie oferuje i jakie właściwości ono posiada. Zamawiający powołał się również na orzeczenie z 23 maja 2011 r., (sygn. akt KIO 995/11), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dokumenty stanowiące merytoryczny element oferty, a takim niewątpliwie jest zobowiązanie w zakresie oferowanych parametrów przedmiotu zamówienia, nie podlegają uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający wskazał, że ponieważ opis deklarowanych parametrów przedmiotu zamówienia nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, również art. 26 ust. 4 ustawy nie znajdował w niniejszej sprawie zastosowania. Zamawiający powołał się również na to, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2812/12) podkreśliła, że *instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty*. Zdaniem Zamawiającego w sytuacji, gdyby wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie opisu oferowanych parametrów przedmiotu zamówienia, doszłoby do zmiany treści oferty.*

Zamawiający podsumował, że mając na uwadze okoliczność niepodlegania uzupełnieniu oferty, która była niezgodna z wymaganiami określonymi SIWZ, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odrzucił ofertę Odwołującego.

Zamawiający zakwestionował również zasadność zarzutu Odwołującego, że naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Zamawiającego naruszeniem wskazanych przepisów byłoby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty, pomimo iż zobowiązanie w zakresie parametrów oferowanego przedmiotu zamówienia takiemu uzupełnieniu nie podlega. Postępowanie według sugestii Odwołującego byłoby zachowaniem jednoznacznie naruszającym przepisy ustawy pzp i preferującym Odwołującego. Zamawiający oświadczył, że traktuje wszystkich wykonawców jednakowo i stosując odpowiednio przepisy pzp oraz postanowienia SIWZ musiał postąpić w jedyny możliwy sposób i odrzucić ofertę Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że przekazał innym wykonawcom, którzy złożyli ofertę na pakiet nr 9 kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Z kolei czynność Zamawiającego objęta zarzutami odwołania naraża Odwołującego na szkodę polegającą na niezyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami, oferty Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

– w zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zgodnie z rozdziałem VI Wymagania jaki musi spełnić oferowana dostawa i wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia

spełniania przez oferowaną dostawę wymagań stawianych w niniejszym SIWZ:

1. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, określone w pakietach nr 1-19 odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należy dołączyć:

1) Aktualne katalogi producenta lub szczegółowe opisy oferowanego produktu w języku polskim ze zdjęciami oferowanego sprzętu/urządzeń i informacjami potwierdzającymi, że oferowane sprzęty medyczne posiadają wszystkie cechy jakich w niniejszym SIWZ wymaga Zamawiający – podpisane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,

2) Deklarację zgodności z dyrektywami UE wystawioną dla oferowanego produktu, (Deklaracja musi być kompletna i wyraźnie wskazywać dla jakiego produktu jest wystawiona). Każdy zaoferowany produkt musi posiadać na obudowie oznaczenie CE – weryfikacja w trakcie dostawy.

– pozycje w katalogu lub opisie muszą być oznaczone tym samym numerem jaki przyporządkowano odpowiedniemu sprzętowi w opisie przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający nie może domyślać się jakiego produktu dotyczy dostarczony opis lub deklaracja zgodności.

W rozdziale VII *Przesłanki odrzucenia oferty* zawarto następującą regulację:

1. Ofertę stanowią:

1) Wypełniony i podpisany przez wykonawcę formularz ofertowy wraz z załącznikami,

2) Formularz cenowy wypełniony dla każdego pakietu, na którego realizację składana jest oferta – odrębnie,

3) Wypełniony OPISOWO odpowiedni do pakietu, Załącznik 1-22 do Opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 3 rozdziału II *Opis przedmiotu zamówienia* szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia opisano w załączniku nr 1 do SIWZ. Załącznik ten składa się z tabeli określającej jakie pozycje sprzętowe w jakiej ilości wchodzi w skład danego pakietu. W zakresie szczegółowego opisu wymagań dla sprzętu medycznego tabela dla odsyła do załączników o nr od 1 do 22.

W pakiecie nr 9 przedmiotem zamówienia jest dostawa następującego sprzętu medycznego: poz. 1 – *Maszyna do hemodiafiltracji – ciągła terapia nerko zastępcza*, poz. 2 – *Maszyna do hemodializy – hemodializa przerywana*, poz. 3 – *Mobilny uzdatniacz do wody*. Szczegółowy opis wymagań dla tego sprzętu medycznego został zawarty odpowiednio w załącznikach nr 4, 5 i 6 do OPZ.

Załączniki szczegółowe składają się z trzech tabel. W pierwszej należało wpisać nazwę handlową, typ urządzenia, nazwę firmy producenta, kraj producenta oraz rok produkcji. Trzecia tabela dotyczyła warunków gwarancji. Druga tabela zawiera właściwy opis

przedmiotu zamówienia, polegający na podaniu – w kolejnych punktach (wierszach tabeli) kolumny drugiej – opisu wymaganego parametru czy warunku dla urządzenia. W następnej kolumnie dla każdego parametru wpisano słowo „TAK”, przy czym w opisie kolumny wyjaśniono, że *TAK – oznacza warunek min. bezwzględnie do spełnienia*. Ostatnia kolumna została przewidziana do wpisania przez wykonawcę wartości oferowanego parametru (opis kolumny: *Wartość oferowana parametru – potwierdza opisowo wykonawca w odpowiedzi na wymagania określone w kol. 2)*).

W Wyjaśnieniach nr 1 związanych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 16 kwietnia 2013 r. zamieszczono pytanie nr 24: *Czy Zamawiający w pakiecie nr 9, Pozycja nr 1 – Maszyna do hemodiafiltracji w ciągłej terapii nerko zastępczej sztuk 1 – w punkcie nr 24 „Odpowietrzanie drenów substytutu, dializatu, krwi – niezależne” wyrazi zgodę na zaoferowanie aparatu niewymagającego zastosowania takiej metody, ze względu na nowocześniejsze rozwiązanie, w którym nie występuje zapowietrzanie drenów substytutu i dializatu.*

Zamawiający odpowiedział, że *zmienia treść pkt 24 Załącznika nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia na niżej określony oraz dopisuje pkt „0”*. W zakresie tego dopisanego punktu poniżej zamieszczono następujący opis wymaganego parametru: *Zabezpieczenie przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu poprzez podgrzewanie płynów dializacyjnych lub krwi.*

Załącznik nr 2 do SIWZ to formularz *Oferta*, w którym należało podać nazwę i dane teleadresowe wykonawcy składającego ofertę, podać cenę oferty i termin dostawy dla każdego z pakietów, na który składana jest oferta, a także złożyć szereg oświadczeń, w większości wymagających jedynie potwierdzenia przez złożenia podpisu. Zgodnie z uwagą na końcu formularza wszystkie wymienione pod nią dokumenty – w tym zarówno wypełnione formularze asortymentowo-cenowe i załączniki do OPZ, jak i oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu z niego, jak i dokumenty potwierdzające parametry oferowanego sprzętu – stanowią *integralną część oferty*.

Załącznik nr 3 do SIWZ to *Formularz cenowy zamówienia*, przewidujący podanie dla każdej pozycji sprzętowej danych w następującym zakresie: *Nazwa przedmiotu zamówienia: dostawa sprzętu niżej wymienionego („przenieść informacje z opisu przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do SIWZ), Nazwa handlowa, Typ/Model, Pełna nazwa firmy producenta, Jednostka miary, Zamawiana ilość, cena jednostkowa zł. netto, wartość (zł.) netto, vat %, VAT kwota, wartość (zł.) brutto.*

– w zakresie treści oferty złożonej przez Odwołującego:

Gambro Poland sp. z o.o. złożyła ofertę wyłącznie na pakiet nr 9, na 68 kolejno ponumerowanych stronach.

W wypełnionym formularzu cenowym wpisano następujące informacje w zakresie pierwszych czterech opisanych powyżej kolumn do wypełnienia:

- poz. 1 – *Maszyna do hemodiafiltracji w ciągłej terapii nerko zastępczej – aparat do dializ nerko zastępczych – Prismaflex – Gambro Lundia*;
- poz. 2 – *Maszyna do hemodializy – hemodializa przerywana – Aparat do dializ – AK 200 S – Gambro Lundia*;
- poz. 3 – *Mobilny uzdatniacz wody do dializ – Uzdatnianie wody – WRO 300H – Gambro Lundia*.

Złożono również wypełnione załączniki nr 4, 5 i 6. Pierwszy z tych załączników został wypełniony na druku nieuwzględniającym odpowiedzi na pytanie 24 z 16 kwietnia 2013 r., to jest bez poz. 0 (a także bez zmiany opisu parametru z poz. 24). Ponadto w pierwszej tabeli w wierszu *Nazwa firmy Producenta* wpisano: *Prismaflex exceed 7.10*. W pozostałych dwóch załącznikach w wierszu tym wpisano odpowiednio: *AK 200 S* oraz *WRO 300 H*.

Na stronach 32-34 znajduje się *Deklaracja zgodności EC* (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na jęz. polski) producenta Gambro Lundia AB dla: *urządzenia medyczne do hemodializy PRISMAFLEX Część ne 107493, 113080, 113081, 113082, 113874 oraz 114489*.

Na stronach 36-38 znajduje się *EC-Declaration of Conformity* (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na jęz. polski) producenta Gambro Lundia AB dla *następującego urządzenia do leczenia dializami AK 200 S*.

Na stronach 40-42 znajduje się *Oświadczenie zgodności z wymaganiami EC* (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na jęz. polski) producenta Gambro Lundia AB dla *następującego sprzętu do uzdatniania wody: WRO 300 Numer części W100001001*.

Na stronach 43-45 znajduje się katalog, składający się z nieprzetłumaczonej strony tytułowej ze zdjęciem i tytułem *The Prismaflex machine. Technical data* oraz strony zatytułowanej w tłumaczeniu *Specyfikacja*, różniącej się od strony w języku angielskim brakiem nagłówka *The Prismaflex machine*. W rubryce *Właściwości*, w ostatnim wierszu zamieszczono następującą informację: *podgrzewacz krwi do podtrzymywania temperatury pacjenta*.

Na stronach 46-58 znajduje się katalog, poczynawszy od strony tytułowej ze zdjęciem i tytułem *AK 200 S and AK 200 ULTRA S systems Specification*, co zostało przetłumaczone jako *Specyfikacja AK 200 S oraz AK 200 ULTRA S*. Dalej wyszczególniono – odrębnie dla *AK 200 S* oraz *AK 200 ULTRA* – *Cechy* oraz *Specyfikacje* tych urządzeń medycznych.

Na stronach 59-65 znajduje się katalog, począwszy od strony tytułowej ze zdjęciem i tytułem *WRO 300 H Technical data*, co zostało przetłumaczone jako *WRO 300*. Dalej zawarto opis i szczegółowe dane techniczne tego urządzenia medycznego.

– w zakresie podanego przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego (oferta nr 14) złożonej w 9 części zamówienia:

Zgodnie z określeniem pkt VII SIWZ ofertą w niniejszym postępowaniu stanowią:

- 1) wypełniony i podpisany przez wykonawcę formularz ofertowy wraz z załącznikami,*
- 2) formularz cenowy wypełniony dla części nr 9,*
- 3) wypełniony opisowo Załącznik 4,5, i 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, (zwanego dalej OPZ) stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.*

W zamówieniu części nr 9 Zamawiający wymagał zaoferowania kompletu trzech różnych urządzeń określonych szczegółowo w Załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, w pozycjach 1, 2 i 3.

Złożone z ofertą wypełnione przez firmę Gambro Poland Sp. z o. o. Załączniki nr 4, 5 i 6 do OPZ stanowią potwierdzenia parametrów technicznych jakimi charakteryzują się oferowane w ofercie Wykonawcy urządzenia i nie podlegają uzupełnieniu na podstawie przepisów art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca, firma Gambro Poland Sp. z o.o. z Warszawy nie zadeklarowała w ofercie zgodnie z wymaganiami SIWZ określonymi w Załączniku nr 4 do OPZ, że jeden z oferowanych aparatów, t.j. aparat do ciągłych terapii nerkozastępczych „posiada zabezpieczenie przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu, poprzez podgrzewanie płynów dializacyjnych lub krwi”, przez co złożyła ofertę niekompletną.

Wymaganej cechy, o której wyżej, Gambro Poland Sp. z o.o nie potwierdziła również dostarczonym (niekompletnym) opisem katalogowym urządzenia do ciągłych terapii nerko zastępczych. Dostarczane dokumenty – opisy, dotyczyły urządzenia typu PRISMAFLEKS, wskazanego i wycenionego w Formularzu cenowym, a nie urządzenia PRISMAFLEKS exceed 7.10, które zostało oprane przez Wykonawcę w tabeli oferowanych parametrów Załącznika nr 4 do OPZ. Dodatkową trudność stanowił fakt nie podania przez Wykonawcę w tłumaczeniu na j. polski opisu przedmiotu oferty, jakiego rodzaju urządzenia tłumaczenie dotyczy.

W zakresie pozostałych urządzeń określonych w części nr 9:

Pozycja nr 2 – Wykonawca nie potwierdził wymaganymi dokumentami, że oferowane urządzenie posiada parametry określone w SIWZ w pkt 4,5,6,7,8,14,15, 20 tabeli Załącznika nr 5 do OPZ,

Pozycja nr 3 – Wykonawcą nie potwierdził Deklaracją zgodności, że oferowane urządzenie WRO 300 H zgodne jest z wymogami dyrektyw europejskich.

Wobec faktu iż Wykonawca nie sformułował jednoznacznie co jest przedmiotem oferty oraz mając na względzie zapisy art.66 § 1 KC i 87ust 1 Pzp – zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, Zamawiający uznał ofertę firmy Gambro Poland Sp. z o.o. na realizację dostawy określonej w części 9 za niezgodną z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucił ofertę.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby żadna z opisanych w zawiadomieniu z 22 maja 2013 r. sytuacji nie uprawniała Zamawiającego do stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Z wyjątkiem jednego przypadku odrzucenie zostało oparte na brakach w zakresie dokumentów, które miały potwierdzać parametry zaoferowanych urządzeń lub zgodność oferowanego sprzętu medycznego z wymaganiami odpowiednich unijnych dyrektyw. Niesporne było w toku postępowania odwoławczego, że dokumenty takie jak katalogi producenta lub szczegółowe opisy czy deklaracje zgodności – stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, a zatem znajduje do nich zastosowanie art. 26 ust. 3 pzp. Niepodważalna jest również okoliczność, że Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą katalogów i opisów czy deklaracji zgodności. Z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający może odstąpić od takiego wezwania tylko w przypadku, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu, a zatem uzupełnianie dokumentów byłoby bezcelowe. W konsekwencji decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego *de facto* opiera się wyłącznie na jedynej stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności treści tej oferty w zakresie wymagania s.i.w.z., aby aparat do ciągłych terapii nierozdzielnych posiadał zabezpieczenie przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu, polegające na podgrzewaniu płynów dializacyjnych lub krwi. Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie biorąc w ogóle pod uwagę, że przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób nieusuwalny. Tymczasem nic nie wskazuje na to, aby Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego analizował stwierdzoną przez siebie niezgodność pod kątem możliwości jej

skorygowania w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Z treści uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego – w pełni podtrzymanego w odpowiedzi na odwołanie – wynika wręcz, że Zamawiający *a priori* uznał, że jakakolwiek zmiana w treści złożonej oferty stanowiłaby naruszenie zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 (zdanie drugie) pzp. Tymczasem przepis ten – ustanawiając zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty – zastrzega, że nie dotyczy to zmian wynikłych z poprawiania w ofercie omyłek zgodnie z ust. 2 art. 87 pzp.

Z kolei za bezprzedmiotowe w okolicznościach sprawy należy uznać usprawiedliwienie przez Zamawiającego swojej decyzji bezwzględny zakazem prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, również wynikającym ze zdania drugiego ust. 1 art. 87 pzp. Po złożeniu oferty nie doszło bowiem do żadnej wymiany oświadczeń pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, w szczególności Zamawiający nie widział potrzeby wzywania Odwołującego do wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów. Oczywiście niezasadne, a nawet pozbawione sensu, jest stanowisko zakładające, że skorzystanie z takich instytucji służących wyjaśnieniu lub uzupełnieniu oferty (w szerokim znaczeniu), które zostały przecież uregulowane w ustawie pzp – stanowi naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty. Zamawiający nie skonkretyzował nawet z czego miałyby wynikać zagrożenie prowadzenia negocjacji z Odwołującym. Zdaniem składu orzekającego Izby w ogóle nie można uznać, co do zasady, że nawet zbyt szeroki zakres wezwania do wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień wykraczających poza wykładnię treści złożonego oświadczenia woli, powoduje konieczność odrzucenia oferty, której te czynności dotyczyły. Natomiast z art. 87 ust. 1 zdanie 2 pzp wynika jedynie, że ewentualne próby zmiany treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11) wyrażono również słuszny pogląd, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych. W przekonaniu składu orzekającego Izby wymóg poruszania się w granicach merytorycznej treści oferty – wyznaczonych przez zawarte w niej oświadczenia i dokumenty – oznacza konieczność uwzględnienia informacji wynikających z nich zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany, zwłaszcza, że to w tym ostatnim przypadku najczęściej zachodzi potrzeba rozwiania mogących powstać u zamawiających wątpliwości.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby – podzielającego utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd (a także popierany przez Zamawiającego) – zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego – który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza realizacji jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy – który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika – jak to wskazał Zamawiający – z art. 66 § 1 kc. Nie budzi również wątpliwości, że – z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych – nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego – konkretyzacji przedmiotu oferty przez podanie konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu, etc., pozwalających na jego jednoznaczną identyfikację – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jasny wyraził swoje oczekiwanie względem treści oferty, że dla poszczególnych rodzajów urządzeń medycznych należy podać nazwę, typ i producenta oferowanego urządzenia, jak również zadeklarować przez stosowny opis spełnianie każdego z wyszczególnionych w jego opisie parametru. W tym zakresie błędne jest stanowisko Odwołującego, że wypełnione takimi informacjami załączniki nie stanowią treści oferty lecz dokumenty składane na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Takimi charakter mają natomiast katalogi producenta lub szczegółowe opisy dotyczące oferowanego produktu, których Zamawiający zażądał na potwierdzenie, że oferowany sprzęt medyczny posiada zadeklarowane przez wykonawcę parametry odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia. Zostało to klarownie i prawidłowo odzwierciedlone w przywołanych powyżej postanowieniach s.i.w.z., w szczególności w sposób jednoznaczny wskazano, że wyłącznie katalogi i opisy oraz deklaracje zgodności stanowią dokumenty zażądane w celu potwierdzenia spełniania przez oferowaną dostawę wymagań stawianych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Jednakże ściśle powiązanie pomiędzy

tymi dokumentami, składającymi się na ofertę w szerokim rozumieniu, a właściwą ofertą, czyli pisemnym oświadczeniem woli wykonawcy, nakazuje ich łączne rozpatrywanie w toku badania oferty. Ustawa pzp przewiduje dla zamawiającego w toku tego procesu szeroką gamę instrumentów, począwszy od wyjaśniania treści oferty i złożonych dokumentów aż do poprawienia omyłek w treści oferty czy uzupełnienia dokumentów zawierających błędy lub niezłożonych dokumentów, przy czym, czy i w jakiej konfiguracji zostaną użyte, powinno być warunkowane właściwą oceną okoliczności dotyczących konkretnej oferty.

Wobec tego dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne było, czy Zamawiający wykazał, że z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika zaoferowanie aparatu dializ nerkozastępczych, który nie spełnia wymagania, aby taki aparat posiadał zabezpieczenie przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu, polegające na podgrzewaniu płynów dializacyjnych lub krwi. Zamawiający nigdy nie twierdził, a tym bardziej nie udowodnił, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie *Prismaflex exeed 7.10* nie posiada wymaganej właściwości. Natomiast Zamawiający stwierdził brak w załączniku nr 5 rubryki oznaczonej „0” – przeznaczonej na potwierdzenie i opis sposobu spełniania tego parametru – co zostało odnotowane adnotacją na s. 7 oferty *brak „0”*. Następnie Zamawiający – wbrew wszelkiej logice i zdrowemu rozsądkowi – ocenił, że załączony do oferty katalog zawierający specyfikację urządzenia o nazwie *Prismaflex* nie dotyczy oferowanego urządzenia *Prismaflex exeed 7.10*. W ten sposób Zamawiający zignorował opisaną wprost w specyfikacji parametrów właściwość tego aparatu do dializ w postaci podgrzewacza krwi do podtrzymywania temperatury pacjenta. Oferta została złożona w logiczny i uporządkowany sposób, z zachowaniem wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia kolejności urządzeń objętych częścią nr 9 zamówienia. W ten sposób w przypadku każdego z rodzajów dokumentów oferty (wypełniony załącznik do OPZ, deklaracje zgodności, katalogi lub opisy producentów) pierwszy z dokumentów dotyczy urządzenia z poz. 1 pakietu nr 9, czyli właśnie aparatu do dializ nerkozastępczych. Z kolei tzw. dodatkowa trudność sprowadza się do braku przepisania w nagłówku tłumaczenia specyfikacji na język polski – znajdującym się na następnej stronie po angielskim oryginale i odzwierciedlającym jego układ – nazwy *Prismaflex*. W ocenie Izby przeciętny badacz ofert powinien z łatwością pokonać tego typu trudności, biorąc pod uwagę całość dokumentów składających się na ofertę, a nie tylko niektóre z nich czy wręcz wybrane ich fragmenty. Natomiast jeżeli Zamawiający miał rzeczywiście jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, jaka jest dokładnie zależność pomiędzy oznaczeniem *Prismaflex exeed 7.10* a nazwą *Prismaflex* (gdyż zważając na ich dużą zbieżność nie sposób mieć wątpliwości, że dotyczą urządzenia tego samego rodzaju – *Prismaflex*), winien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie. Zamiast tego Zamawiający wolał odrzucić ofertę Odwołującego, który na rozprawie wyjaśnił,

że specyfikacja zbioru urządzeń oznaczonych nazwą *Prismaflex* dotyczy również typu urządzenia posiadającego dodatkowe oznaczenie *exeed 7.10*. Zamawiający nie miał żadnych konkretnych argumentów podważających zasadność oświadczenia Odwołującego, które sam mógł uzyskać w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Zaniechania skorzystania z tego uprawnienia nie usprawiedliwia zamieszczenie pod koniec rozdziału VI s.i.w.z. uwagi, że Zamawiający nie zamierza domyślać się jakiego urządzenia dotyczy dostarczony opis lub deklaracja zgodności. W szczególności nie może to być podstawą do automatycznego odrzucenia oferty, gdyż przesłanki tej czynności określone w ustawie nie podlegają rozszerzeniu. Odstąpienie od uprzedniego zażądania wyjaśnień złożonej oferty jest tym bardziej niedopuszczalne, że Zamawiający niejednoznaczność jej treści podał jako powód odrzucenia oferty, a zatem z góry dokonał samodzielnie interpretacji skrajnie niekorzystnej dla Odwołującego, nie dając mu szans na wyjaśnienie ewentualnych nieścisłości. Zamawiający winien wiedzieć, że *[w] realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp (vide wyrok Izby o sygn. akt KIO 2743/11 oraz wyrok Izby o sygn. akt 1514/11 z 29 lipca 2011 r.).*

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien skorzystać z zamieszczonej w opisie producenta aparatu do dializ nerkozastępczych *Prismaflex* informacji, że posiada ono podgrzewacz krwi do podtrzymywania temperatury pacjenta. Jak już powyżej wspomniano informacja ta nie znalazła się bowiem w ramach opisu sporządzonego przez Odwołującego. Zamawiający podniósł, że usunięcie przez Odwołującego w załączniku nr 5 wiersza „0” należy uznać za intencjonalne zachowanie Odwołującego, który nie zamierzał zaoferować urządzenia posiadającego wymagany przez Zamawiającego parametr. Takie stanowisko Zamawiającego jest błędnym wnioskowaniem z nierzetelnie przedstawionych okoliczności faktycznych. Odwołujący niczego nie usunął, gdyż po prostu wypełnił załącznik nr 5 w takiej postaci, w jakiej został on przygotowany przez Zamawiającego i załączony do s.i.w.z. Natomiast czym innym jest, że na skutek udzielonej przez Zamawiającego 16 kwietnia 2013 r. odpowiedzi na pytanie 24 – będącej *de facto* zmianą treści s.i.w.z. ukrytą pomiędzy wyjaśnieniami treści s.i.w.z. – załącznik ten stał się niekompletny, gdyż na jego początku powinien znaleźć się dodany parametr w zakresie zabezpieczenia przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu (stąd oznaczenie liczbą porządkową „0”). O ile zatem formalnie Zamawiający zmienił s.i.w.z. w tym zakresie, o tyle

technicznie nie przygotował już poprawionego załącznika, nakazując wykonawcę uczynienie tego we własnym zakresie. Należy zatem uznać, że o ile niewątpliwie dokonana zmiana treści s.i.w.z. wiązała Odwołującego, o tyle w zaistniałych okolicznościach nie sposób uznać brak dopisania stosownej rubryki za coś więcej niż omyłkę. W rezultacie doszło do niezgodności pomiędzy treścią s.i.w.z. a treścią oferty, którą Zamawiający prawidłowo zidentyfikował. Błędne były natomiast dalsze działania Zamawiającego – a raczej ich brak – i automatyczne uznanie stwierdzonej niezgodności za powód do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo że z przepisu tego wynika konieczność uprzedniego zbadania możliwości usunięcia takiej sprzeczności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających przeciwko możliwości zastosowania w powyższej sytuacji do niezgodności pomiędzy treścią oferty Odwołującego a treścią s.i.w.z. art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zamiast tego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający skupił się na odpieraniu nieadekwatnego w tej części zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia niekompletnego załącznika nr 5 w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem oczywiście błędne jest stanowisko wynikające z odwołania jakoby treść oferty mogła być uzupełniana w trybie art. 26 ust. 3 pzp, który może służyć uzupełnieniu dokumentów zażądanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, czyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Dokumenty te nie stanowią treści oferty lecz potwierdzenie tej treści z niezależnego od wykonawcy źródła, a tym samym nie mogą jej zastępować. Informacje zawarte w tych dokumentach mogą być natomiast wielce pomocne w ustaleniu, czy w treści oferty znajdują się braki i w jaki sposób można je uzupełnić (poprawić). Niewątpliwie pominięcie przez Odwołującego wprowadzonego w toku postępowania nowego parametru nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, lecz stanowi tzw. inną omyłkę polegającą na spowodowaniu rozbieżności z wymaganą treścią oferty. Jeżeli Zamawiający miał jakieś wątpliwości co do tego, czy pominięcie to jest wynikiem omyłki, powinien skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp. Zamiast tego Zamawiający z góry przyjął nieprawdopodobne i nie do udowodnienia w okolicznościach sprawy założenie, że Odwołujący celowo złożył ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z., gdyż nie miał zamiaru zapewnić realizacji wymaganego parametru. Izba zważyła, że należy przyjąć założenie odwrotne, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi z opisem przedmiotu zamówienia (nawet jeżeli nie zawsze się im to udaje). Zamawiający bez trudu zidentyfikował brakujący element specyfikacji technicznej oferty Odwołującego, nie mógł mieć także

żadnych wątpliwości w jaki sposób dokonać w tym zakresie poprawienia, a co najmniej nie miałyby takich wątpliwości gdyby dołożył należytej staranności w toku badania oferty. Z załączonego dokumentu dotyczącego oferowanego (w wersji *exeed 7.10*) aparatu *Prismaflex* wynikało jednoznacznie, że posiada on wymaganą przez Zamawiającego cechę zabezpieczenia przed wychłodzeniem pacjenta podczas zabiegu, realizowaną w jeden z dwóch dopuszczonych sposobów – przez podgrzewanie krwi. Wreszcie należy zauważyć, że taka zmiana nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej oferty, w szczególności w ogóle nie powoduje ani jej zmiany jej ceny, ani zakresu rzeczowego, gdyż w istocie stanowi dopisanie w treści oświadczenia woli wykonawcy cechy oferowanego urządzenia, które posiada ją niezależnie od tego, czy zostało to wprost zadeklarowane przez Odwołującego.

Zgodnie z jednolitą i utrwaloną linią orzecniczą intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp. W orzecznictwie Izby podkreślono, że *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)*. {wyrok Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11} Czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki uznać należy za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem (niesłusznie odrzucił ofertę najtańszą), które dodatkowo nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści)*. Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) i w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

W ocenie Izby zostały zatem spełnione wszystkie przesłanki wynikające z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, zgodnie z którym Zamawiający miał obowiązek dokonania poprawienia stwierdzonej przez siebie rozbieżności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. jako innej omyłki, niepowodującej istotnej zmiany treści złożonej oferty. W konsekwencji Zamawiający nie miał również podstaw do odstąpienia od obowiązku usunięcia stwierdzonych przez siebie braków w złożonych wraz z ofertą dokumentach na potwierdzenie spełniania wymagań przedmiotowych w trybie ust. 4 lub ust. 3 art. 26 pzp. Zamawiający musi zatem ocenić, czy braki w zakresie potwierdzenia parametrów z pkt 4, 5, 6, 7, 8, 14, 15 i 20 załącznika nr 5

mogą zostać uzupełnione w drodze wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, czy też uzasadniając one od razu wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów. Odwołujący co prawda wskazywał na rozprawie, gdzie należy poszukiwać takiego potwierdzenia – dla parametrów z pkt 4-8 w dokumencie na s. 51 oferty, a dla parametrów z pkt 14, 15 i 20 w dokumencie na s. 55 – jednak co najmniej do wyjaśnienia pozostaje kwestia czy i w jakim ten drugi dokument – specyfikacja aparatu do dializ AK 200 w wersji *ULTRA S* dotyczy zaoferowanej według treści załącznika nr 5 wersji (tylko) *S*. Ponadto – wobec bierności argumentacyjnej Odwołującego w zakresie adekwatności złożonej wraz z ofertą deklaracji zgodności dla mobilnego urządzenia do uzdatniania wody WRO 300 – również dla zaoferowanego urządzenia w wersji oznaczonej dodatkową literą „H” – Izba nakazała w tym zakresie Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego konkretnego stanowiska podważającego zasadność oceny Zamawiającego, która lapidarnie została uzewnętrzniona uczynioną na znajdującej się na s. 41 deklaracji zgodności adnotacji: *brak dla WRO 300H*.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż odrzucenie oferty Odwołującego czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do kwoty 3600 zł – zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego powyżej rozporządzenia.

Przewodniczący: