

Sygn. akt: KIO 1012/21

**WYROK**

**z dnia 27 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **RATOWNIK-AMBULANSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubiczu Górnym**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubiczu Górnym** i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **RATOWNIK-AMBULANSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie** na rzecz wykonawcy **RATOWNIK-AMBULANSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie** kwotę **18 600 zł gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup i dostawa 5 ambulansów typu C wraz z wyposażeniem medycznym.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 1 kwietnia 2021 roku wykonawca RATOWNIK-AMBULANSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na: bezprawnym uzupełnieniu, wyborze oferty najkorzystniejszej oraz bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty W.A.S. Wietmarscher Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubiczu Górnym (przystępujący).

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 83 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- b) unieważnienie bezprawnego wezwania do uzupełnień dokumentów z dnia 22 marca 2021 roku,
- c) odrzucenie oferty przystępującego,
- d) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że w wyniku czynności i zaniechań zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jej interes prawny. Działanie organizatora przetargu może doprowadzić do powstania szkody w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest on legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 kwietnia 2021 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w łącznej kwocie 3 617 zł, na którą składają się:

- a) poniesione przez zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł,
- b) opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W załączniku nr 6 pkt XII.C.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) zamawiający postawił wymóg względem minimalnej szerokości materaca próżniowego „rozmiar minimum 85 cm (...)”.

Zgodnie z pkt. 7.8a s.i.w.z., zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym przez zamawiającego:

Folder reklamowy wystawiony w języku polskim:

- a) samochodu bazowego z wyraźnym oznaczeniem typu oferowanego pojazdu,
- b) samochodu zabudowanego z wyraźnym oznaczeniem typu oferowanego pojazdu,
- c) noszy elektrycznych,
- d) ssaka elektrycznego,
- e) materaca próżniowego,
- f) krzeselka kardiologicznego.

Przystępujący zaoferował (strona 14 i 15 ofert) w załączniku 6 do IDW Materac próżniowy posiadający 90 komór w kolorze czerwonym o rozmiarze - 85 cm szerokość (w najszerszej części) x 200 cm długości.

W kolejnej korespondencji przystępujący wykazał, że zaoferował materac próżniowy X-BOONE ONE w kolorze czerwonym o szerokości 85 cm.

W załączonym w uzupełnieniach (w trybie 26 ust. 1 ustawy P.z.p.) folderze firmy dystrybutora RMB SYSTEM materac X-BOONE ONE szerokość materaca wykazano jako 84 cm.

Na oficjalnej stronie internetowej wskazano dostępność koloru oferowanego materaca jako czarno-zielony.

W dniu 22 lutego 2021 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu m.in. zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 marca 2021 roku zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego szerokości i koloru materaca.

Pismem z dnia 15 marca 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu. Zamawiający wskazał, co następuje:

*Zamawiający Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie wskazuje, że Wykonawca w złożonej ofercie oświadczył, iż zaoferuje materac zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Z przedstawionych w dniu 08.02.2021 r. dokumentów, które zostały złożone na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt. 2) ustawy Pzp, że oferowany przedmiot odpowiada minimalnym wymaganiom Zamawiającego, Wykonawca złożył folder materaca próżniowego X-BOON-ONE. Z folderu tego nie wynika, aby materac był w wymiarach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający żąda materaca o wymiarach „minimum 85 cm szerokość (w najszerszej części) x 200 cm długość” natomiast z folderu tego wynika, iż jest to materac o wymiarach 84 x 21 cm. Ponadto w przedstawionym folderze kolor na zdjęciu poglądowym jest czarno-żółty, a Zamawiający oczekuje koloru czerwonego.*

*W związku z powyższym Zamawiający Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Olsztynie działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) wzywa do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu w postaci folderu reklamowego materaca próżniowego X-Boone One w następującym zakresie:*

*- czy materac próżniowy X-Boone One będzie dostarczony w kolorze czerwonym oraz jak należy interpretować podpis „zdjęcie poglądowe” pod obrazem materaca w kolorze żółto-czarnym ?*

*Z przedstawionego folderu reklamowego nie wynika bowiem, aby materac miał kolor czerwony, czyli taki jak żądał tego zamawiający oraz jak oświadczył wykonawca w swojej ofercie. Na załączonym folderze reklamowym widać natomiast materac żółto-czarny z dopiskiem „zdjęcie poglądowe”.*

*- z czego wynika różnica pomiędzy żądaniem zamawiającego i treścią złożonej oferty dotyczącej szerokości materaca (minimum 85 cm), a szerokością z folderu reklamowego (84 cm) oraz czy wskazany w folderze wymiar nie jest podany błędnie ? — Z przedstawionego folderu reklamowego wynika jego szerokość 84 cm, a Zamawiający wymagał szerokości minimalnej 85 cm.*

*W związku z powyższym, niezależnie od konieczności złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywam do złożenia folderu reklamowego potwierdzającego, że*

*oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (art. 25 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp), albowiem pierwotnie złożony dokument jest w tym zakresie błędny i budzi wątpliwości Zamawiającego w zakresie jego koloru i wymiarów.*

Pismem z dnia 23 marca 2021 roku przystępujący udzielił odpowiedzi, z której wynika, że oferta przystępującego została złożona prawidłowo i został zaoferowany prawidłowy materac próżniowy.

Przystępujący wskazał, że:

- 1) materac będzie w kolorze czerwonym, zgodnie z wymaganiami zamawiającego,
- 2) różnica wynika z omyłkowego przedłożenia folderu dot. innego materaca próżniowego. Pomyłka ma więc charakter oczywisty i może zostać naprawiona przez przedłożenie folderu dla właściwego materaca.

Odwołujący wraz z wyjaśnieniami złożył folder materaca próżniowego EM-10/RS.

Materac próżniowy EM-10/RS jest w kolorze czerwonym, o wymiarach 2000 x 850 mm, posiada 12 komór.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019 ze zm.) – dalej *nPzp*.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy *nPzp*. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że parametry materaca próżniowego zostały przez zamawiającego opisane w załączniku nr 6 do s.i.w.z. i stanowiły opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający postawił wymóg względem minimalnej szerokości materaca próżniowego „rozmiar minimum 85 cm (...)”, minimalna ilość komór – 12, kolor: czerwony.

Opis przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., jest częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy zaś, stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., obowiązani są sporządzić ofertę zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożenie oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Wykonawcy obowiązani byli zatem zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w załączniku nr 6 do s.i.w.z. zaoferował materac o następujących parametrach:

- ilość komór: 90
- wymiary: 85 cm szerokość (w najszerszej części) x 200 cm długość,
- kolor: czerwony.

W wyniku wezwania przez zamawiającego przystępujący złożył folder zaoferowanego produktu, który nie potwierdzał spełniania parametrów w zakresie szerokości (84 cm zamiast wymaganych 85 cm). W wyniku ponownego wezwania, wynikającego z uwzględnienia odwołania z dnia 22 lutego 2021 roku, przystępujący przedłożył folder na inny produkt. Nowy produkt spełnia wymogi w zakresie wymiarów, jednakże różni się od poprzedniego ilością komór – 12 zamiast 90.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający, wzywając przystępującego do wyjaśnień i uzupełnień oferty, naruszył art. 26 ust. 3 bądź art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał do złożenia folderu reklamowego potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia (art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p.), albowiem pierwotnie złożony dokument jest w tym zakresie błędny i budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie jego koloru i wymiarów. Zamawiający nie wzywał przystępującego do dokonania zmiany w przedmiocie zamówienia, lecz do złożenia prawidłowego folderu. Złożony folder winien jednak być zgodny z przedmiotem zamówienia wskazanym przez przystępującego w załączniku nr 6. To przystępujący dokonał nieuprawnionej zmiany przedmiotu zamówienia, załączając folder dotyczący innego materaca niż został przez niego wskazany w ofercie.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p.). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z s.i.w.z. (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Analiza treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Izba wskazuje, że zamawiany materac stanowił element przedmiotu zamówienia, a zatem należał do *essentialia negotii* oferty. Element taki ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Zmiana treści oferty w sposób, w jaki dokonał tego przystępujący, prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że folder reklamowy, stanowiący dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ma co do zasady potwierdzać, że oferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego i nie jest częścią oferty. W rozpoznawanym przypadku zobowiązanie przystępującego zostało skonkretyzowane nie w treści folderu reklamowego, ale w treści załącznika nr 6 i dotyczyło produktu o opisanych parametrach: materac próżniowy posiadający 90 komór w kolorze czerwonym o rozmiarze - 85 cm szerokość (w najszerszej części) x 200 cm długości. Złożony przez wykonawcę po raz drugi folder reklamowy nie dotyczył natomiast produktu opisanego w załączniku nr 6. Sam przystępujący na rozprawie oświadczył, że złożył folder innego produktu – materaca EM-



10/RS, ponieważ materac *X-BOON- ONE*, którego folder został złożony pierwotnie, nie odpowiadał treści s.i.w.z. pod względem wymaganych wymiarów. Tym samym przystępujący sam potwierdził, że na etapie wyjaśniania treści oferty doszło do zmiany przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że zmiana taka była niezgodna z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedozwolone są zmiany treści oferty, za wyjątkiem tych, które są opisane w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p.

Tym samym Izba uznała, że oferta przystępującego nie była zgodna treścią s.i.w.z., co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....