

**WYROK**

**z dnia 28 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2011 r. przez wykonawcę: **BiaMediTek spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-399 Białystok, ul. Składowa 12** – od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku, 09-400 Płock, ul. Medyczna 19**

przy udziale wykonawcy: **„PROMED” Spółka Akcyjna, 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1/B** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części nr 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty BiaMediTek spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BiaMediTek spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem**

wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Płocku** na rzecz **BiaMediTek spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku – 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, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę sprzętu do diagnostyki i terapii w ramach projektu pn. „Przebudowa i wyposażenie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku* [znak postępowania: SZP-2910-2(4/ZP/11)-11].

11 lipca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – BiaMediTek spółce z o.o. z siedzibą w Białymstoku – zawiadomienie rozstrzygnięcia postępowania, informując w zakresie części nr 2 zamówienia (tzw. pakiet nr 2) o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „PROMED” S.A. z siedzibą w Warszawie. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż: *w formularzu oferty pkt 11 Wykonawca oświadcza, że przy realizacji zamówienia posłuży się podwykonawcą ale nie opisał jakich części zamówienia w/w dotyczy. Wymóg wskazania części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy, wynika z zał. nr 2 do SIWZ oraz zapisów pkt V ppkt 5 SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Formularz oferty nie podlega uzupełnieniu, na podst. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

20 lipca 2011 r. (pismem z 18 lipca 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego oraz zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie pakietu nr 2.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 87 ust. 1, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”).

4. Art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 2.
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty „PROMED” S.A. w zakresie pakietu nr 2.
3. Dokonanie ponownego badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

W pierwszej kolejności nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby treść oferty złożonej przez Odwołującego nie była zgodna z treścią s.i.w.z. i tym samym zachodziła przesłanka do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 4 ustawy pzp Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, zawartym w uzasadnieniu wyroku z 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 109/09): *brak jednak w ustawie konsekwencji prawnych związanych z nie wskazaniem przez Wykonawcę takich informacji. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie także w treści art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to wykonawca ma pełną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia i powierzeniu go w całości lub w części podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w treści oferty. Swoboda Wykonawcy została ograniczona jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że całość bądź część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.* Pogląd ten został potwierdzony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 10 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/09), gdzie wskazano wprost, iż: *Zamawiający nie może odrzucić oferty w związku z brakiem załączenia przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie nie powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom czy wskazania zakresu zamówienia, który podwykonawstwem zostanie objęty.*

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł w s.i.w.z., że całe zamówienie czy też jakaś jego część nie może być powierzona podwykonawcom. Tym samym dopuścił wykonanie zamówienia zarówno bezpośrednio przez wykonawcę składającego ofertę, jak też przy udziale podwykonawców i to bez względu na podanie przez oferenta nieścisłych informacji w tym zakresie. Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w cyt. wyżej wyroku,

(sygn. akt KIO/UZP 1117/09), a następnie w wyroku z 21 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2191/10): *podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Wobec tego Odwołujący, mimo oświadczenia złożonego w pkt. 11 formularza oferty, był uprawniony do realizacji zamówienia własnymi siłami i w ten właśnie sposób należało interpretować brak określenia, jaki zakres prac zostanie powierzony podwykonawcom, zgodny zresztą z zamierzeniem Odwołującego. Nawet jeżeli część zamówienia zostałaby wykonana przez podwykonawcę, to nie powoduje to zmiany w osobie wykonawcy, albowiem to z wykonawcą Zamawiający podpisuje umowę o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym brak informacji o zakresie podwykonawstwa nie ma wpływu na merytoryczną zawartość złożonej oferty. Brak wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom, nie może zostać zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., skutkującą odrzuceniem oferty. Powyższe znajduje potwierdzenie w cyt. wyżej wyroku KIO z 21 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2191/10), w którym stwierdzono wprost, że: *niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 p.z.p., żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 p.z.p., na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.**

W dalszej kolejności wyjaśnić należy, że Odwołujący w pkt. 11 oferty omyłkowo oświadczył, iż przy realizacji zamówienia posłuży się podwykonawcą. Od samego początku jego zamiarem było bowiem wykonanie zamówienia własnymi siłami. Z tego powodu nie wskazał zakresu prac, który zamierza powierzyć podwykonawcy, mimo że miejsce na umieszczenie tych informacji zostało przewidziane przez Zamawiającego w formularzu oferty bezpośrednio pod oświadczeniem w tym zakresie. Omyłka została popełniona przez Odwołującego z uwagi na różne formy udzielania odpowiedzi, jakie przewidują zamawiający w poszczególnych postępowaniach („zaznaczyć właściwe / niepotrzebne skreślić”). Trudno bowiem przyjąć, że Odwołujący, którego podstawą działalności gospodarczej jest udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, popełnił zaniedbanie w postaci niewskazania zakresu podwykonawstwa w sytuacji, gdyby rzeczywiście zamierzał skorzystać z pomocy podwykonawców przy realizacji zamówienia. Ta wewnętrzna sprzeczność oferty nie stanowi jednak o niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., lecz powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust 1 ustawy pzp. *Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. do rzetelnego badania i oceny ofert, bez względu na pozycję, którą dana oferta*

*zajmuje w rankingu ofert. Sprzeczność wewnętrzna treści oferty nie może być interpretowana przez zamawiającego bez wyjaśnienia tej sprzeczności przez wykonawcę (vide: wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 596/11). Zamawiający miał więc obowiązek zażądać wyjaśnień treści oferty od Odwołującego, a poprzez zaniechanie tego naruszył art. 87 ust. 1 ustawy pzp.*

Skutkiem naruszenia wskazanego wyżej przepisu przez Zamawiającego, jest niezachowanie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp. Nieprzestrzeganie tych zasad znajduje wyraz w zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Konsekwencją powyższego zaniechania stało się również naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy pzp, albowiem gdyby oferta Odwołującego nie została bezprawnie odrzucona, zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z pkt X ppkt 1 s.i.w.z. jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zaś oferta złożona przez Odwołującego jest o ponad 32 tys. złotych niższa od oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr 2.

22 lipca 2011 r. „PROMED” S.A. z siedzibą w Warszawie – zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający przed rozprawą na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika wniósł na piśmie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Oferta Odwołującego została odrzucona w pakiecie nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp z powodu braku wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Powyższy wymóg został sformułowany w pkt. V ppkt 5 s.i.w.z. oraz dodatkowo w załączniku nr 2 do s.i.w.z. pn. „Oferta” w pkt. 11, którego wypełnienia Zamawiający wymagał zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (pkt. VI wypunktowanie 11 oraz pkt. VIII E 3 s.i.w.z.). Obowiązek żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego wskazania części zamówienia, której wykonanie zostanie

powierzone podwykonawcy został nałożony na Zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 4 ustawy pzp. Ponadto zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy pzp treść oferty musi odpowiadać treści s.i.w.z. Na wykonawcy więc spoczywa obowiązek przygotowania oferty w sposób odpowiadający treści s.i.w.z., a wszelkie błędy w jej przygotowaniu, które są nieusuwalne na mocy przepisów ustawy pzp, powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, który nie zachował należytej staranności w przygotowaniu oferty. W związku z tym, iż pomimo złożenia przez Odwołującego w ofercie oświadczenia, że zamierza on posłużyć się podwykonawcą do realizacji zamówienia, nie wskazał on części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy – należało jego ofertę odrzucić jako niezgodną z treścią s.i.w.z. W przeciwnym razie powstałyby konsekwencje przewidziane w art. 146 ust. 6 ustawy pzp, gdyż wybór takiej oferty miałby wpływ na wynik postępowania, a tym samym doszłoby do pokrzywdzenia wykonawców, którzy dołożyli należytej staranności w przygotowaniu ofert i których oferty spełniają wszelkie wymogi s.i.w.z. oraz ustawy pzp.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że oświadczenie to nie stanowi treści oferty. W treści art. 36 ust. 4 ustawy pzp mowa jest o żądaniu przez zamawiającego wskazania przez wykonawcę *w ofercie* części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Stąd Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowego oświadczenia na druku będącym załącznikiem nr 2 do s.i.w.z., który wprost nazwał „oferta”. Zamawiający nie zgadza się również z twierdzeniem, że podanie tej informacji nie ma wpływu na sposób wykonania zamówienia. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów, ograniczoną co prawda przez ustawę pzp w niektórych okolicznościach, oraz zasadą przejrzystości stosunków prawnych, zamawiający ma prawo żądać wykonania zamówienia zgodnie z treścią złożonej oferty, która zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. stanowi załącznik do umowy. W przedmiotowym postępowaniu treść złożonego oświadczenia w zakresie określenia części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy nie jest bez wpływu na samą realizację zamówienia. Zamawiający bowiem przewidział w treści s.i.w.z. dalsze konsekwencje wynikające z treści złożonego oświadczenia. W załączniku nr 6 do s.i.w.z., który określa istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy z wykonawcą w § 3 ust. 3 Zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia po podpisaniu umowy listy podwykonawców z dokładnym określeniem nazwy i adresu. W związku z tym w przypadku, gdyby wykonawca zmienił sposób wykonania zamówienia po wyborze oferty na inny niż to wynika z treści oferty, byłoby to niezgodne z art. 140 ustawy pzp., zaś w kontekście art. 144 ustawy pzp oraz postanowień s.i.w.z. zakazane są zmiany umowy w tym zakresie. Ponadto w przypadku, gdyby wykonawca złożył w ofercie

oświadczenie o niekorzystaniu z podwykonawcy w pełni uzasadnione byłoby w ocenie Zamawiającego np. nieudzielenie zezwolenia podwykonawcy na przebywanie na terenie Zamawiającego, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do niemożności wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Z treści art. 87 ust. 1 ustawy pzp wynika uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, nie zaś obligatoryjny obowiązek, zatem w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie może podnosić zarzutu naruszenia tego przepisu. Ponadto art. 87 ust. 1 pzp w jednoznaczny sposób określa granice możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień, gdyż wskazuje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Zmiana treści oferty jest dopuszczalna tylko w wyjątkowych sytuacjach opisanych w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy pzp, z którymi zdaniem Zamawiającego nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Nie można bowiem mówić o omyłce pisarskiej, czy też omyłce polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnej zmiany w treści s.i.w.z. O omyłkach możemy bowiem mówić wtedy, gdy jest ona oczywista dla zamawiającego bez przeprowadzania dodatkowych dowodów, w szczególności bez konieczności składania wyjaśnień przez wykonawcę tj. można np. o popełnieniu omyłki dowiedzieć się z dalszej treści oferty, co w tym przypadku nie ma miejsca. Przeciwnie, Wykonawca w treści odwołania twierdzi, że złożył w ofercie nieprawdziwe oświadczenie, gdyż jego zamiarem jest wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawcy. W kontekście tego oświadczenia zastanowić by się należało nad możliwością zaistnienia w powyższym przypadku sytuacji opisanej w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp, tj. wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W treści oferty nie występuje natomiast podnoszona przez Odwołującego wewnętrzna sprzeczność, która powinna być jego zdaniem wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie ma w tej ofercie co najmniej dwóch zapisów dotyczących tej samej kwestii, które są ze sobą sprzeczne.

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, iż to właśnie wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z. prowadziły do nierównego traktowania wykonawców i byłby niezgodny z prawem.

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



## Sygn. akt KIO 1539/11

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych w tym zakresie wniosków Stron złożonych na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 lutego 2011 r. pod nr 2011/S\_26-041916, z tym że 3 lutego 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.wszplock.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Odwołujący złożył na część nr 2 zamówienia (pakiet nr 2) ofertę z najniższą ceną, przy czym z postanowień pkt. X części ogólnej s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W części ogólnej s.i.w.z. Zamawiający określił również przytoczone poniżej postanowienia.

W pkt. II *Przedmiot zamówienia*:

*Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu do diagnostyki i terapii w ramach projektu p.n. „Przebudowa i wyposażenie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Płocku” wraz z montażem (jeśli sprzęt wymaga montażu), uruchomieniem (jeśli sprzęt wymaga pierwszego uruchomienia) oraz przeszkoleniem personelu w zakresie obsługi i użytkowania (jeśli obsługa danego sprzętu wymaga posiadania umiejętności technicznych). [ppkt 1]*

*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 1 do niniejszej specyfikacji – pakiety nr 1 - 29. Parametry i wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia określone w opisie przedmiotu zamówienia jako „wymagane” są bezwzględnie konieczne w oferowanej konfiguracji urządzenia. Nie spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia jakiegokolwiek z opisanych parametrów i określonych wymogów spowoduje odrzucenie*

*oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ. [ppkt 2]*

*Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z podziałem na części/ pakiety jest określony w załączniku nr do do SIWZ będącym integralną częścią niniejszej specyfikacji. Każdy z wyodrębnionych pakietów jest oddzielną częścią zamówienia. Wykonawca może złożyć ofertę na jeden z pakietów, na wybrane lub na wszystkie pakiety. Pakiet sam w sobie stanowi całość i jest niepodzielny tzn. Wykonawca musi złożyć ofertę na cały pakiet. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie oceniane odrębnie dla każdego pakietu (części zamówienia). Wykonawca składając ofertę na różne pakiety nie musi składać kilku dokumentów podmiotowych wystarczy że złoży jeden komplet dokumentów. Oferty częściowe będą oceniane odrębnie w każdym pakiecie zgodnie z podanym kryterium oceny ofert. [ppkt 10]*

*W pkt. V Instrukcja dla Wykonawców:*

*Wykonawca przedstawia ofertę zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. [ppkt 1]*

*Pełną odpowiedzialność za realizację przedmiotu zamówienia będzie ponosił Wykonawca. [ppkt 4]*

*Wykonawca wskaże w ofercie, którą część zamówienia powierzy podwykonawcom. [pkt 5]*

*W pkt. VI Opis sposobu przygotowania oferty:*

*Do ofert muszą być dołączone wymagane niniejszą SIWZ oświadczenia i dokumenty. Jeśli wykonawca nie wypełni w formularzu oferty określonych pól w odniesieniu do których są postawione w SIWZ wymogi minimalne lub maksymalne Zamawiający przyjmie, iż Wykonawca złożył ofertę odpowiednio na wymóg minimalny lub maksymalny. [wypunktowanie 11.]*

*Błędy formalne w sposobie przygotowania oferty nie wpływające na jej treść nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. [wypunktowanie 12.]*

*W pkt. VIII Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, które wykonawcy są zobowiązani dołączyć do oferty: (...) E. inne dokumenty (...) Formularz oferty (wg. Załącznika nr 2 do SIWZ) i Formularz cenowy (wg. Załącznika nr 1 do SIWZ).*

*W wypełnionym formularzu Oferta, w pkt. 11 Odwołujący złożył oświadczenie na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego w następujący sposób: Oświadczam, iż przy realizacji zamówienia posłuże się/nie posłuże się (niepotrzebne skreślić)\* podwykonawcą do następujących części zamówienia /opisać/ : -----*

Powyższe, a także pozostałe okoliczności faktyczne, Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu (ze zmianami), s.i.w.z. (ze zmianami i wyjaśnieniami) oraz oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, a także wyrażone w ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba 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 składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż na część nr 2 zamówienia złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec postawienia zarzutów podważających zasadność odrzucenia jego oferty. Jednocześnie dokonane przez Zamawiającego czynności narażają Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego z powodu treści oświadczenia zawartego w pkt. 11 formularza oferty, nie znajduje oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż 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, 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 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, to 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 z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Nadto, jeżeli oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego, wymagana jest konkretyzacja przedmiotu oferty pozwalająca na jego jednoznaczną identyfikację przez wskazanie konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu itp. – porównanie tak sprecyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z., przesądza o ich wzajemnej zgodności.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał na jakąkolwiek niezgodność zaoferowanego w pakiecie nr 2 aparatu do znieczulania Saturn Evo belgijskiego producenta Medec Benelux N.V. oraz monitora pacjenta BeneView T5 chińskiego producenta Mindray z wymaganiami s.i.w.z. dla *aparatu do znieczulania mobilnego z wyposażeniem i systemem monitorowania*. Tymczasem Odwołujący nie tylko oświadczył „Tak” w stosunku do każdego opisanego w 98 pkt. tabeli parametrów wymaganych, lecz także sprecyzował te parametry dla zaoferowanych urządzeń. W niniejszej sprawie Zamawiający w ogóle nie wskazywał na to, iż z treści oferty Odwołującego wynika dostawa urządzeń nieodpowiadających sprecyzowanym w treści załącznika nr 1 do s.i.w.z. (dla pakietu nr 2) wymaganiom Zamawiającego.

Natomiast podstawą faktyczną czynności Zamawiającego było zaznaczenie przez Odwołującego w pkt. 11 formularza oferty, iż przy realizacji zamówienia posłuży się podwykonawcą (przez skreślenie frazy *nie posłużę się* i pozostawienie frazy *posłużę się* przy wskazanym sposobie zaznaczenia właściwej opcji jako *niepotrzebne skreślić*), przy

jednoczesnym braku określenia jakich części zamówienia to dotyczy (przez wstawienie kresek po wskazówce *opisać*). Zamawiający nie dopatrył się przy tym żadnej wewnętrznej sprzeczności złożonego oświadczenia, co podkreślał także na rozprawie, lecz wskazał na nieodpowiadanie treści, wynikającej z tak złożonego oświadczenia, postanowieniu pkt. V ppkt 5 s.i.w.z. (część ogólna), którego cała treść sprowadza się do jednego zdania: *Wykonawca wskaże w ofercie, którą część zamówienia powierzy podwykonawcom*. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż wymóg wskazania części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy wynika z przepisów ustawy pzp, w toku postępowania odwoławczego precyzując, iż chodzi przepis art. 36 ust. 4, zgodnie z którym, *zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom*. Jednakże z porównania brzmienia tych postanowień wynika pewna niejasność żądania Zamawiającego, które odbiega od wymogu ustawowego. Wskazany przepis ustawy nakazuje bowiem zamawiającym domaganie się od wykonawców wskazywania zamiaru powierzenia podwykonawcom wykonania części zamówienia w znaczeniu elementu, zakresu świadczenia koniecznego dla wykonania całości przedmiotu zamówienia, a nie w rozumieniu wynikającym z pkt. 1 ust. 2 art. 36 pzp, to jest odrębnej od pozostałych części zamówienia, na które można składać ofertę. Natomiast sformułowanie językowe wymagania pkt. V ppkt. 5 s.i.w.z., uwzględniając dopuszczenie w pkt. II ppkt. 10 składania ofert częściowych – wskazuje na część zamówienia w znaczeniu pakietów wyodrębnionych przez Zamawiającego. Uwzględniając enigmatyczność żądania Zamawiającego, w ocenie składu orzekającego Izby, równie uprawniona mogłaby być interpretacja oświadczenia Odwołującego, który złożył ofertę tylko na pakiet nr 2 i pakiet nr 5 – iż wykonanie zamówienia na obydwie te części zamierza powierzyć podwykonawcom. Tymczasem Zamawiający, pomimo braku precyzji przywołanego pkt. V ppkt. 5 s.i.w.z., arbitralnie uznał złożone przez Odwołujące oświadczenie za niezgodne z tym postanowieniem, choć mógł i powinien w takiej sytuacji skorzystać z możliwości żądania wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp.

Przede wszystkim jednak w niniejszej sprawie w ogóle nie zachodziła możliwość zakwalifikowania treści składanego oświadczenia dotyczącego udziału podwykonawców w realizacji zamówienia jako podstawy odrzucenia oferty mieszczącej się w dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. Wobec braku wprowadzenia przez Zamawiającego na mocy przepisu art. 36 ust. 5 pzp odmiennego zastrzeżenia – wykonawcy mogli powierzyć nawet w całości wykonanie zamówienia podwykonawcom, a zatem zakres podwykonawstwa wynikający z oferty nie miał wpływu na ocenę zgodności oferowanego sposobu wykonania

zamówienia z wymaganym treścią postanowień s.i.w.z. Natomiast z § 3 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 6 do s.i.w.z.) wynika jedynie, iż już po zawarciu umowy, wybrany wykonawca ma przedstawić Zamawiającemu listę podwykonawców. W tych okolicznościach zupełnie nieuzasadnione jest odwoływanie się przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie do przepisów wynikających z art. 140, art. 144 czy art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Przepisy ust. 1 i 3 art. 140 dotyczą zgodności zakresu świadczonego na podstawie zawartej już umowy przedmiotu zamówienia zarówno z treścią złożonej oferty, jak i z treścią wymagań s.i.w.z. Wobec dopuszczenia w pełnym zakresie podwykonawstwa oraz informacyjnego charakteru listy podwykonawców tworzonej po zawarciu umowy, nie wiadomo do jakiej zakazanej przepisem art. 144 ust. 1 pzp zmiany umowy „w tym zakresie” mogłoby w ogóle dojść. W ocenie składu orzekającego Izby tym bardziej nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, iż zmiana w zakresie podwykonawstwa na etapie realizacji umowy, w stosunku do treści oświadczenia Odwołującego wynikającej ze sposobu wypełnienia formularza przygotowanego przez Zamawiającego – rodziłaby konsekwencje w postaci możliwości wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie zawartej umowy z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W tym zakresie skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą w przywołanych przez Odwołującego wyrokach.

Nawet przy słuszności stanowiska, co do zakwalifikowania oświadczenia o podwykonawstwie jako elementu treści oferty i przyjęciu założenia, że treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia jest niezgodna z treścią s.i.w.z., to Zamawiający zapomniał o art. 87 ust. 2 pzp. Zarówno bowiem wskazana podstawa odrzucenia oferty z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za niezgodność z treścią s.i.w.z., jak i zakaz dokonywania zmian treści złożonej oferty w wyniku procedury wyjaśnień z przepisu art. 87 ust. 1 pzp, zastrzegają wyjątek wynikający z art. 87 ust. 2 pzp. Niewątpliwie najdalej idącym wyjątkiem jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z uwagi na to, iż przewidziana w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 *sui generis* procedura doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni z s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 pzp), a także ze względu na wspomniany bezwzględny zakaz prowadzenia rokowań co do złożonej już oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in principio* pzp), w orzecznictwie formułuje się wskazówki w celu wyznaczenia granicy pomiędzy dopuszczalnym poprawianiem treści złożonego oświadczenia woli a niedopuszczalnym

wytworzeniem jego zupełnie nowego brzmienia, niewynikającego ze złożonej oferty. Jednym z takich kryteriów wypracowanych w orzecznictwie jest możliwość samodzielnego dokonania poprawienia omyłek przez zamawiającego, bez udziału wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą takie omyłki. Zdaniem składu orzekającego Izby chodzi tu o brak ingerencji ze strony takiego wykonawcy, a nie brak możliwości jakiegokolwiek skorzystania z treści udzielonych przez niego wyjaśnień. Z żadnego przepisu ustawy pzp, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87, nie wynika bowiem zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji, przy zachowaniu daleko idącej ostrożności. Jak to wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09): *zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści*. Tryb wyjaśnienia treści oferty sam w sobie nie stanowi bowiem naruszenia bezwzględnego zakazu prowadzenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. W niniejszej sprawie gdyby Zamawiający nie zaniechał wezwania do wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pzp, to dowiedziałby się, iż w istocie treść złożonego w pkt. 11 formularza oferty zawiera wewnętrzną sprzeczność – Odwołujący dlatego nie dokonał wymaganego „opisu” części zamówienia objętej podwykonawstwem, gdyż pomyłkowo pozostawił frazę o posłużeniu się podwykonawcą, choć jego intencją było złożenie oświadczenia, iż w ogóle nie zamierza posługiwać się podwykonawcą.

Jednocześnie wbrew stanowisku Zamawiającego, patrząc przez pryzmat przesłanek wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ta wewnętrzna sprzeczność złożonego oświadczenia nie byłaby w żadnym razie nieusuwalna. Z przepisu tego wynika bowiem dopuszczalność i obowiązek poprawiania przez zamawiających niezgodności treści oferty w stosunku do treści s.i.w.z. w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: pierwszej – omyłkowego charakteru stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., drugiej – jeżeli poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty. Odnośnie pierwszej przesłanki, wbrew stanowisku Odwołującego, zdaniem składu orzekającego Izby nie można z tego przepisu wywieść, iż ma to być wyłącznie tzw. *niezawiniony błąd*. Chodzi natomiast o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań s.i.w.z., ale na skutek błędnego wyobrażenia co do ich treści, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż

zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy. W tym zakresie skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony wcześniej przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09). Z pewnością nie stanowi natomiast kryterium stwierdzenia wystąpienia omyłki jej *oczywistość dla zamawiającego bez przeprowadzania dodatkowych dowodów*. Natomiast czym innym jest dokonanie oceny, czy w stosunku do danego wykonawcy można przyjąć, uwzględniając zawodowy charakter prowadzonej działalności, iż mogło dojść do powstania takiego odbiegającego od rzeczywistości błędnego wyobrażenia. W ocenie składu orzekającego Izby nie ma powodu by odmawiać wiarygodności wytłumaczenia Odwołującego genezy omyłkowego przekreślenia innej frazy, niż powinien. Zamawiający miał przy tym możliwość powzięcia na podstawie całokształtu treści złożonej oferty wątpliwości co do znaczenia złożonego przez Odwołującego oświadczenia o zakresie podwykonawstwa. W załączonych do oferty dokumentach na potwierdzenie, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, uwidoczniono bowiem aktualną lub poprzednią (AxMediTec spółka z o.o.) firmę Odwołującego: na zaświadczeniach z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych – jako podmiot zgłaszający wyroby medyczne do *Rejestru Wyrobów Medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania* (s. 41-42 dokumentów oferty), na materiałach promocyjnych oraz instrukcjach obsługi belgijskiego i chińskiego producenta dotyczących oferowanych urządzeń – jako ich autoryzowanego dystrybutora lub przedstawiciela (m.in. s. 57 i 80 dokumentów oferty). Z kolei wywodzenie przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego z popełnionej przez Odwołującego omyłki przy sporządzaniu oferty, złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to jest podstawy do wykluczenia z przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, stanowi niczym nieuzasadnioną próbę przeniesienia sporu na płaszczyznę wykraczającą poza zarzuty podniesione w odwołaniu i znane Zamawiającemu.

W zakresie drugiej przesłanki należy wskazać na nieostry charakter kategorii „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty dokonywanych przez poprawienie stwierdzonych w niej omyłek. Nie oznacza to dowolności i rodzi potrzebę obiektywizacji oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty. W orzecznictwie wskazuje się tu zgodnie na zakaz znaczącej ingerencji w treść złożonej oferty, prowadzącej do wytworzenia zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do wynikającej ze złożonej oferty. Część orzecznictwa wskazuje także na zakaz jakichkolwiek zmian istotnych postanowień oferty, to jest w szczególności jej ceny. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, a co wynika już z



wcześniej prowadzonych rozważań, że poprawienie złożonego oświadczenia w pkt. 11 formularza oferty Odwołującego nie powoduje żadnej istotnej zmiany treści złożonej oferty ani co do zakresu zaoferowanego świadczenia, ani w ogóle zmiany w cenie oferty. Natomiast skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, to dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do samodzielnego dokonania poprawienia omyłek, należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w ich wyniku. Zatem nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż nie wiedziałby jak dokonać poprawienia tej omyłki, gdyż jest to oczywiste. Choć poprawienie tzw. innych omyłek nie musi mieć charakteru czysto technicznego, tak jak w przypadku oczywistych omyłek, to w tym przypadku sprowadza się do dokonania przekreślenia odwrotnie niż to zostało dokonane pierwotnie w złożonej ofercie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 – miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 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 kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600,00 zł, zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia. Skład orzekający Izby, działając na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i przywołanego rozporządzenia wykonawczego, nie mógł uwzględnić wniosku Zamawiającego o zwolnienie z ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego z uwagi na złą sytuację finansową Szpitala, gdyż przepisy te w ogóle nie przewidują instytucji zwolnienia z kosztów strony tego postępowania.

**Przewodniczący:**

.....