

WYROK
9 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 października 2020 r. przez wykonawcę **ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Krakowskie Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale wykonawcy **SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze, w części nr 1,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert dla części nr 1, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania

oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 2.2 zasądza od wykonawcy SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach na rzecz Odwołującego - ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Krakowskie Pogotowie Ratunkowe w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa materiałów medycznych”, numer: 4/MATMED/2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 sierpnia 2020 r. pod numerem 579645-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

23 października 2020 r. wykonawca ZARYS International Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Zabrze (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w części 1, 3 i 9 Zamówienia, pomimo spełnienia wszystkich wymagań określonych w SIWZ,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty w części 1 Zamówienia oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy co w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w części 1, 3 i 9 Zamówienia,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 Zamówienia,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 Zamówienia,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na następujące nieprawidłowości czynności związanych z odrzuceniem jego oferty w części 1, 3 i 9 Zamówienia:

W dniu 20 października 2020 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający przekazał informację o rozstrzygnięciu przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy w części 1, 3 i 9 Zamówienia. Zamawiający zarzucił Wykonawcy - tak samo dla każdej z części Zamówienia, której dotyczy niniejsze odwołanie, że w treści oferty brak jest informacji o terminie dostawy, a wskazana w punkcie 6 formularza oferty informacja „2 dni robocze termin dostawy” odnosi się nie do proponowanego terminu dostawy, a „procedury związanej z reklamacją, opisanej w § 7 projektu umowy.”

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej oceny treści oferty, która w istocie spełnia warunki określone w SIWZ, jako że zawiera informację o terminie dostawy. Z literalnego brzmienia zapisu „2 dni robocze termin dostawy” wynika niezbicie, że termin 2 dni odnosi się do dostawy, a nie do zadośćuczynienia roszczeniom Zamawiającego w ramach procedury reklamacyjnej, zwłaszcza wobec treści relewantnego postanowienia § 7 Umowy, tj. ust. 3: „ W przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub niezgodnego z asortymentem wykazanym w załączniku do umowy lub wykazującego brak ilościowy Zamawiający sporządzi na tę okoliczność protokół i powiadomi pisemnie, faksem lub pocztą e-mail Wykonawcę w terminie trzech dni roboczych od dnia dostawy. Wykonawca zobowiązuje się w ciągu następnych trzech dni roboczych po powiadomieniu dokonać wymiany towaru na pełnowartościowy lub wymienić towar na zgodny z asortymentem wykazanym w załączniku do umowy lub uzupełnić brak ilościowy pod rygorem nie uiszczenia zapłaty za zamawianą partię towaru oraz naliczenia kar umownych, o których mowa w paragrafie 9.”, które samo w sobie zawiera już termin, w jakim towar ulega wymianie lub uzupełnieniu - 3 dni. Komentowane postanowienie nie odnosi się w żaden sposób do pojęcia „terminu dostawy”, a takim sformułowaniem posłużył się Odwołujący wskazując na informację pożądaną przez Zamawiającego zgodnie z warunkami przetargu. Jednocześnie nie przewidziano punktów w postępowaniu za dogodniejszą dla Zamawiającego realizację obowiązków w ramach reklamacji, stąd Odwołujący nie miałby żadnego interesu w tym, aby ten termin skracać z 3 do 2 dni. Co, zdaniem Odwołującego, najważniejsze, umieszczenie informacji o terminie dostawy w innym miejscu niż do tego przeznaczone, wynikało z tej prostej przyczyny, że wzór formularza przewidziany początkowo przez Zamawiającego nie zawierał pola na wskazanie terminu dostawy. Pracownik Odwołującego umieścił więc informację o terminie dostawy w innym wolnym miejscu w treści formularza, wskazując wprost na przedmiot określonego terminu 2 dni roboczych (termin dostawy), a Zamawiający to zachowanie nadinterpretuje w sposób krzywdzący dla Odwołującego, dokonując wykładni opartej nie na literalnym brzmieniu informacji, a kontekście wynikającym z jej umieszczenia.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że jego oferta została sporządzona ostatecznie

w dniu 9 września 2020 r., tymczasem dopiero tego samego dnia Zamawiający zdał sobie sprawę z wadliwości formularza ofertowego (braku odpowiedniego miejsca na umieszczenie informacji o terminie dostawy), wobec czego dokonano jego korekty i opublikowano poprawiony formularz na stronie internetowej, o czym Odwołujący dowiedział się post factum. W dniu 9 września 2020 r. Odwołujący nie zdążył już zapoznać się z tą informacją wobec zakończenia prac nad ofertą przygotowaniem do jej złożenia.

W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest oczywiście błędne i stanowi pokłosie jego własnej omyłki w postaci wadliwego przygotowania wzorów do postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym sprawy, zdaniem Odwołującego, nie występowała zatem sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawierała informację o terminie dostawy, brak zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w części 1, 3 i 9 Zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. Oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a contrario należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji (zob. KIO/UZP 173/09). Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (zob. KIO/UZP 97/09). Przedstawione okoliczności, zdaniem Odwołującego dobitnie wskazują, że Zamawiający uchybił przepisom ustawy tak poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jak i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, wypaczając wynik postępowania i naruszając wskazane w petitum przepisy Ustawy.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał, iż zarzucić należy także to, że w celu zapewnienia należytego udziału Odwołującego i zapewnienia należytej konkurencji Zamawiający nie dążył w żaden sposób do wyjaśnienia tej kwestii o ile przedsięwziął wątpliwość w zakresie treści oferty.

2 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględni je w całości.

3 listopada 2020 r. SINMED Sp. z o.o. z siedzibą w Przyszowicach (dalej: Przystępujący) złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.: Zamawiający uwzględnił w niniejszej sprawie w całości zarzuty odwołania wniesionego przez Odwołującego. Przystępujący do postępowania odwoławczego ocenia ww. czynność procesową Zamawiającego za nieprawidłową w zakresie uwzględnionych zarzutów w całości i wnosi sprzeciw. W ocenie Przystępującego argumentacja Odwołującego jest bezzasadna i sprzeczna ze stanem faktycznym. Przystępujący przytoczył treść kryterium oceny ofert pn. termin dostawy, i wskazał, że w złożonej ofercie przez firmę Zarys International Group brak jest wskazania oferowanego terminu dostawy.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący błędnie przyjmuje, iż parametr ten został wpisany w pkt. 6 złożonego formularza ofertowego. Punkt ten jednoznacznie wskazuje na zupełnie inny aspekt. Zamawiający oczekiwał w tym punkcie zamieszczenia informacji dotyczących sposobu i terminu rozwiązywania wad i niezgodności: „Sposób i termin zgłaszania przez Zamawiającego stwierdzonych wad w przedmiocie zamówienia oraz wszelkich niezgodności w ilości lub asortymencie dostarczonego towaru jeżeli wykraczają poza zapis § 7 ust. 3 załącznika nr 3 (projekt umowy)”. Zapis § 7 ust. 3 załącznika nr 3 projektu umowy brzmi następująco: „W przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub niezgodnego z asortymentem wykazanym w załączniku do umowy lub wykazującego brak ilościowy Zamawiający sporządzi na tę okoliczność protokół i powiadomi pisemnie, faksem lub pocztą e-mail Wykonawcę w terminie trzech dni roboczych od dnia dostawy. Wykonawca zobowiązuje się w ciągu następnych trzech dni roboczych po powiadomieniu dokonać wymiany towaru na pełnowartościowy lub wymienić towar na zgodny z asortymentem wykazanym w załączniku do umowy lub uzupełnić brak ilościowy pod rygorem nie uiszczenia zapłaty za zamawianą partię towaru oraz naliczenia kar umownych, o których mowa w paragrafie 9”.

W odpowiedzi na ten punkt Zarys International Group dobrowolnie wpisał dane kontaktowe celem załatwiania spraw związanych z towarem wadliwym/niezgodnym i dobrowolnie skrócił termin wymiany towaru na pełnowartościowy z trzech do dwóch dni roboczych. Wykraczają one poza zapis § 7 ust. 3 załącznika nr 3 więc zostały uzupełnione zgodnie z instrukcją Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego, absolutnie niedopuszczalne jest przyjęcie jakoby ten termin dotyczył punktowanego terminu dostaw. Zamawiający nie może domniemywać oferowanego przez Wykonawcę terminu realizacji zamówienia. Ponadto zdaniem

Przystępującego, Zamawiający nie powinien ani wyjaśniać braku wskazania terminu realizacji zamówienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ani poprawiać braku na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści siwz. Nie powinien również przyznać wykonawcy punktów w kryterium oceny ofert związanym z oferowanym terminem realizacji zamówienia. Oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt 1443/17.

Przystępujący wskazał, że wykonawca Zarys International Group, pominał w złożonej ofercie istotny element w postaci deklarowanego terminu realizacji zamówienia, które to wskazanie jest niewątpliwie elementem oświadczenia woli wykonawcy. Z całokształtu oferty nie można wnioskować, jaki termin realizacji zamówienia wykonawca zaoferował. Takie założenie jest zbyt daleko idące i nieuprawnione, ponieważ Zamawiający w zmodyfikowanym formularzu ofertowym przewidział specjalną rubrykę do wpisania oferowanego terminu dostawy. Wykonawca Zarys International Group tego nie uczynił. Jakikolwiek domniemywanie i negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcom są sprzeczne z ustawą Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający jako gospodarz postępowania zobowiązany jest do równego traktowania Wykonawców. Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014r., o sygn. akt KIO 693/14; 694/14.

Przystępujący podniósł, że negocjowanie z jednym z Wykonawców na tym etapie postępowania odnośnie ocenianego parametru jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz sprzeczne z ustawą Prawo Zamówień Publicznych. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący zmiana formularza ofertowego przez Zamawiającego była prawidłowa i słuszna. Zamawiającego ma prawo naprawić popełnione przez siebie błędy. Zmiana więc formularza ofertowego i tym samym przedłużenie terminu składania ofert było działaniem w pełni zasadnym. Wykonawcy mieli czas na wprowadzenie zmian w ewentualnie przygotowanych ofertach.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ wraz z ich wyjaśnieniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co

następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

Krakowskie Pogotowie Ratunkowe w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa materiałów medycznych”, numer: 4/MATMED/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 sierpnia 2020 r. pod numerem 579645-N-2020.

W pkt XIX SIWZ Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert, Zamawiający przewidział ocenę ofert m.in. w oparciu o kryterium termin dostawy, sformułowane następująco:

„2. Kryterium termin dostawy:

Termin dostawy od daty złożenia zamówienia	Punktacja
do 10 dni roboczych włącznie	0 pkt.
do 8 dni roboczych włącznie	10 pkt.
do 6 dni roboczych włącznie	20 pkt.
do 4 dni roboczych włącznie	30 pkt.
w ciągu 2 dni roboczych	40 pkt.

Xt - liczba uzyskanych punktów kryterium termin dostawy = ilość punktów z powyższej tabeli”

Izba ustaliła, że w pierwotnej treści Formularza ofertowego, Zamawiający nie przewidział odrębnego miejsca/punktu, w którym wykonawcy mieliby umieścić informację o

oferowanym terminie dostawy, chociaż termin ten, tak jak wskazano powyżej, był jednym z kryteriów oceny ofert. Zamawiający dokonał korekty Formularza ofertowego wprowadzając pkt 3 w brzmieniu: „Termin dostawy dni od daty zamówienia”. Korekta została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dn. 9 września 2020 r.

W tym samym dniu Zamawiający zmienił termin składania ofert z dnia 11 września 2020 r. na 14 września 2020 r.

Oferta złożona przez Odwołującego datowana jest na dzień 9 września 2020 r. Układ Formularza ofertowego (dla każdej z części w której Odwołujący złożył ofertę) odpowiada formularzowi pierwotnemu nie zmienionemu przez Zamawiającego, brak jest więc pkt 3 pn. Termin dostawy. Formularze zawierają pkt 6 w brzmieniu: „Sposób i termin zgłaszania przez Zamawiającego stwierdzonych wad w przedmiocie zamówienia oraz wszelkich niezgodności w ilości lub asortymencie dostarczonego towaru jeżeli wykraczają poza zapis par. 7 ust. 3 załącznika nr 3 (projekt umowy): E-mail: zarys@zarys.com.pl, tel. 32/376-07-46, fax. 32/376-07-07, 2 dni robocze termin dostawy.”

W dniu 20 października 2020r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla części numer 1, 3, 4 i 9. Informując jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach nr 1, 3 i 9. Jako uzasadnienie swej decyzji Zamawiający wskazał: *„Odrzucono ofertę nr 6 złożoną przez Zarys International Group sp. z o.o., sp.k. ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze na podstawie art.89 ust.1 pkt.2) Ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści oferty brak informacji o terminie dostawy. Termin dostawy był jednym z kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu. Zapis mówiący o terminie dostawy, określony przez Wykonawcę w pkt.6 Formularza ofertowego cyt. „Sposób i termin zgłaszania przez Zamawiającego stwierdzonych wad w przedmiocie zamówienia oraz wszelkich niezgodności w ilości lub asortymencie dostarczonego towaru jeżeli wykraczają poza zapis par. 7 ust. 3 załącznika nr 3 (projekt umowy): E-mail:zarys@zarys.com.pl, tel.321376-07-46, fax. 321376-07-07, 2 dni robocze termin dostawy” odnosi się do procedury związanej z reklamacją, opisanej w par. 7 projektu umowy.”*

Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ – Projekt umowy, par. 7 ust. 3 miał brzmienie: *„W przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub niezgodnego z asortymentem wykazany w załączniku do umowy lub wykazującego brak ilościowy Zamawiający sporządzi na tę okoliczność protokół i powiadomi pisemnie, faksem lub pocztą e-mail Wykonawcę w terminie trzech dni roboczych od dnia dostawy. Wykonawca zobowiązuje się w ciągu następujących trzech dni roboczych po powiadomieniu dokonać wymiany towaru na pełnowartościowy lub wymienić towar na zgodny z asortymentem wykazany w załączniku do umowy lub uzupełnić brak ilościowy pod rygorem nie uiszczenia zapłaty za zamawianą partię towaru oraz naliczenia kar umownych, o których mowa w paragrafie 9.”*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto zarzuty opierały się na normie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stosownie do której zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko Odwołującego i Zamawiającego i stwierdza, że to nie forma oferty decyduje o jej zgodności z treścią SIWZ. Za orzeczeniem KIO z dn. 30 stycznia 2020r. KIO 85/20 Izba wskazuje, że na kanwie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ukształtował się pogląd, że niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy (definiujących przedmiot świadczenia), nie obejmuje natomiast przypadków niezastosowania się przez wykonawcę do technicznych wskazówek dotyczących sposobu prezentacji informacji zawartych w składanej zamawiającemu ofercie. W niniejszej sprawie Zamawiający uznał, że w treści oferty brak informacji o terminie dostawy, który to termin był jednym z kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że określenie „2 dni robocze termin dostawy” określony w pkt 6 Formularza ofertowego dot. par. 7 ust. 3 projektu umowy odnosi do procedury związanej z reklamacją, opisaną w par. 7 projektu umowy.”

Odnosząc się do zarzucanego ofercie Odwołującego braku w treści oferty skład orzekający uznał, że nie kwalifikuje się on do przypadków niezgodności treści oferty z SIWZ. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, w ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, że złożone przez Odwołującego oświadczenie w brzmieniu: 2 dni robocze termin dostawy odnosić należy do procedury reklamacyjnej. Bezsporne jest, że Zamawiający w pierwotnym wzorze Formularza ofertowego nie przewidział miejsca w którym wykonawca mógłby umieścić informację o oferowanym terminie dostawy, stosowna korekta została dokonana w dniu 9 września 2020 r., który był jednocześnie dniem zakończenia przez wykonawcę przygotowywania oferty (nosi ona datę 9 września 2020 r.). W związku z powyższym wykonawca zamieścił wymaganą SIWZ informację o terminie dostawy w pkt 6 Formularz oferty. Co istotne, w par. 7 ust. 3 projektu umowy, którego dotyczył pkt 6 Formularza oferty, w brzmieniu „W przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub

niezgodnego z asortymentem wykazany w załączniku do umowy lub wykazującego brak ilościowy Zamawiający sporządzi na tę okoliczność protokół i powiadomi pisemnie, faksem lub pocztą e-mail Wykonawcę w terminie trzech dni roboczych od dnia dostawy. Wykonawca zobowiązuje się w ciągu następnych trzech dni roboczych po powiadomieniu dokonać wymiany towaru na pełnowartościowy lub wymienić towar na zgodny z asortymentem wykazany w załączniku do umowy lub uzupełnić brak ilościowy pod rygorem nie uiszczenia zapłaty za zamawianą partię towaru oraz naliczenia kar umownych, o których mowa w paragrafie 9.”, użyto odmiennej nomenklatury w zakresie określenia czynności jakie wykonawca zobowiązany jest wykonać tj. dokonać wymiany towaru na pełnowartościowy lub wymienić towar na zgodny z asortymentem lub uzupełnić brak ilościowy. Termin „dostawa” Zamawiający stosuje w tym paragrafie oraz w opisie kryteriów oceny ofert odnośnie pierwotnej dostawy zamówionego towaru. Sformułowanie użyte przez Wykonawcę w formularzu oferty – „2 dni robocze termin dostawy” wprost koreluje z brzmieniem opisu kryterium oceny ofert – „Termin dostawy od daty złożenia zamówienia w ciągu 2 dni roboczych – 40 pkt.” Wobec powyższego mając na względzie pierwotne brzmienie formularza oferty, gdzie Zamawiający nie przewidział odrębnego miejsca na zadeklarowanie terminu dostawy Izba stwierdziła, że występuje współzależność pomiędzy wymaganiami SIWZ a treścią oferty zakresie oferowanego terminu dostawy i trudno uznać, że zadeklarowany termin odnosi się do innych działań Odwołującego. W związku z określeniem terminu dostawy w Formularzu oferty (choć w innym niż wymagane przez Zamawiającego miejscu), brak jest podstaw do uznania, że uwzględnienie tego terminu w ocenie oferty prowadzi jej nieuprawnionej zmiany, tak jak twierdził Przystępujący. Powyższe rozważania mają zastosowanie do wszystkich 3 części w których oferta Odwołującego została odrzucona tj. części nr 1, 3 i 9. W związku z potwierdzeniem naruszenia przez Z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdziło się również naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty w części 1 Zamówienia oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy.

Jednocześnie stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie w zakresie w którym stwierdziła naruszenie przepisów ustawy które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania – dlatego też pomimo stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również w częściach 3 i 9 brak było podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie, gdyż naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, co przyznał sam odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt

2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od uczestnika postępowania, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy.

.....