

WYROK

z dnia 27 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016r. **przez odwołującego:** Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim ul. Jana Pawła II 35; 97-200 Tomaszów Mazowiecki

z udziałem **przystępującego:** Bafarm Sp. z o.o. 43-100 Tychy; ul. Długa 3 po stronie **zamawiającego**
orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie Nr 23 oraz nakazuje ponowny wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty Bafarm Sp. z o.o. 43-100 Tychy; ul. Długa 3 w pakiecie Nr 23. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 6.
2. kosztami postępowania obciąża Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim ul. Jana Pawła II 35; 97-200 Tomaszów Mazowiecki i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim ul. Jana Pawła II 35; 97-200 Tomaszów Mazowiecki kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu ul. Pod Borem 18; 41-808 Zabrze stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 26 listopada 2015 r. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 12.12.2016 roku spółka ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k z siedzibą w Zabrze; 41-808 Zabrze ul. Pod Borem Nr 18 zwana dalej „odwołującym” złożyła odwołanie na dostawę materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim; 97-200 Tomaszów Mazowiecki ul. Jana Pawła II Nr 35 zwany dalej „zamawiającym”.

Zamawiający postępowaniu nadał znak sprawy: ZP/17/Sp./2016.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 26 listopada 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą” bądź „p.z.p”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy p.z.p.:

- 1.) zaniechanie odrzucenia w zakresie pakietu nr 23 oferty firmy Bafarm sp. z o. o. z siedzibą w Tychach, ul Długa 3,43-100 Tychy;
- 2.) zaniechanie wykluczenia w zakresie pakietu numer 23 firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Długa 3,43 -100 Tychy;
- 3.) wybór w zakresie pakietu numer 23 oferty firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Długa3, 43-100 Tychy
- 4.) zaniechanie wyboru w zakresie pakietu numer 23 oferty firmy Zarys international Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze, ul. Pod Borem 18, 41 - 808 Zabrze;

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy p.z.p.:

- 1.) zaniechanie odrzucenia w zakresie pakietu nr 6 oferty firmy Skamex sp, z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul. Częstochowska 38/52,93 - 121 Łódź
- 2.) zaniechanie wykluczenia w zakresie pakietu numer 6 oferty firmy Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, ul Częstochowska 38/52,93 - 121 Łódź
- 3.) wybór w zakresie pakietu numer 6 oferty firmy Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi,

ul Częstochowska 38/52, 93 - 121 Łódź

4.) zaniechanie wyboru w zakresie pakietu numer 6 oferty firmy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze, ul Pod Borem 18, 41 - 808 Zabrze;

Skutkiem powyższego działania był brak wyboru ofert Odwołującego, jako ofert najkorzystniejszych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego - numer ZP/17/Sp./2016 do Tomaszowskiego Centrum Zdrowia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie pakietów 6 oraz 23 postępowania przetargowego.

Zaskarżonej czynności zarzucono (pakiet 23):

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w zakresie pakietu numer 23, a to w związku z faktem, że ww. oferta jest niezgodna z ustawą, ponieważ nie został złożony wymagany przepisami prawa formularz ofertowy, co skutkuje brakiem akceptacji zawartych w nim oświadczeń,
2. naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 w z w. z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Bafarm sp, z o. o. z siedzibą w Tychach, a to w związku z faktem, że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ ww, wykonawca nie złożył podpisanego oraz sporządzonego w formie pisemnej formularza ofertowego, pomimo faktu, że taki obowiązek wynikał z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sporządzonych przez Zamawiającego,
3. naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach do uzupełnienia/poprawienia oferty w zakresie pakietu 23 odnośnie oświadczeń zawartych w treści formularza ofertowego, podczas gdy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, a także w doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że takie wezwanie ze strony Zamawiającego jest niedopuszczalne, ponieważ nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa,
4. naruszenie art. 82 ust 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez brak zaniechanie odrzucenia oferty Firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w zakresie pakietu numer 23, ponieważ formularz ofertowy, który stanowi ofertę sensu stricto nie został złożony w formie pisemnej oraz nie został podpisany przez ww. wykonawcę, co czyni go niezgodnym z przepisami ustawy oraz_SIWZ,
5. art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

Zaskarżonej czynności zarzucono w zakresie (pakiet 6):

1. naruszenie art. 89 ust, 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu numer 6 poz. 1, a to w związku z faktem, że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaoferowany produkt w postaci cewnika do odsysania górnych dróg oddechowych przez ww. wykonawcę (wytwórca Gaimed 612*****) nie posiada na opakowaniu fabrycznie umieszczonych numerów katalogowych, co było wymagane w treści SIWZ,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Skamex sp, z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu numer 6 poz. 2, a to w związku z faktem, że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający żądał, żeby produkt w postaci zestawu do pobierania wydzielin z tchawicy miał długość ok 25 centymetrów, podczas gdy zaoferowany produkt przez ww. wykonawcę (wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) ma długość 40 centymetrów,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw, z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie (brak) odrzucenia ofert Skamex sp. z o.o, sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu numer 6 poz. 2, a to w związku z faktem, że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający żądał, żeby produkt w postaci zestawu do pobierania wydzielin z tchawicy w wersji męskiej posiadał kontrolę siły ssania z zatyczką, podczas gdy zaoferowany produkt przez ww. wykonawcę (wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) tego nie posiada,
- 4) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie (brak) odrzucenia ofert Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu numer 6 poz. 2, a to w związku z faktem, że treść ww. oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający żądał, żeby produkt w postaci zestawu do pobierania wydzielin z tchawicy posiadała na pojemniku tłoczone logo/nazwę producenta, podczas gdy zaoferowany produkt przez ww, wykonawcę (wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) tego nie posiada.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru:
 - a. oferty Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w zakresie pakietu 23 wybranej jako oferty najkorzystniejszej,

- b. oferty Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu 6 wybranej jako oferty najkorzystniejszej,
- b.) oferty Skamex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi w zakresie pakietu 6, 5.powtórzenie czynności badania ofert oraz ponownego dokonania wyboru ofert jako najkorzystniejszych w zakresie pakietu numer 23 oraz 6, których są oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

W dniu 5 grudnia 2016 roku zapadło rozstrzygnięcie w zakresie pakietu 23 oraz 6,

I. PAKIET 23 - oferta Bafarm sp. z o.o.

Jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu 23 została wybrana oferta firmy Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, pomimo faktu, że wspomniany wykonawca nie załączył do złożonej oferty - formularza ofertowego. Treść tego dokumentu zawierała ważne dla Zamawiającego oświadczenia. Można wymienić między innymi:

- a. informację o cenie oferowanych produktów oraz terminie płatności,
- b. braku zastrzeżeń do postanowień SIWZ,
- c. akceptacji wzoru umowy oraz braku zastrzeżeń co jej wykonania,
- d. związanie treścią oferty przez okres wskazany w SIWZ,
- e. terminie wykonania umowy,
- f. ewentualnym świadczeniu przedmiotu umowy przez podwykonawców.

Brak ich akceptacji ww. postanowień powoduje, że Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach nie jest nimi związana, co w konsekwencji przełoży się na jakość wykonanej usługi. Zamawiający zdając sobie sprawę z popełnionych uchybień przez ww. wykonawcę, wezwał go do uzupełnienia/poprawy wniesionej oferty, poprzez złożenie „hurtowych” oświadczeń o akceptacji warunków oraz wymagań zawartych w formularzu ofertowym. Na marginesie należy dodać, że wymagana akceptacja warunków i wymagań z formularza ofertowego nie znajduje się w żadnych innych postanowieniach oraz dokumentach wykonawcy załączonych do oferty. Należy zwrócić uwagę, że wymóg załączenia formularza ofertowego (załącznik numer 1 do SIWZ) wynika przede wszystkim z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego;

XVI. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT

1. Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

a) wypełniony formularz ofertowy sporządzony wg załącznika nr 1 do SIWZ: b) wypełniony formularz : przedmiot zamówienia - formularz cenowy sporządzony wg załącznika nr 2 do SIWZ;

dokumenty i oświadczenia wymienione w rozdziale XI niniejszej SIWZ;

Ww. czynności, a tj. wybranie oferty Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, niezgodnej z przepisami ustawy oraz SIWZ, a także bezpodstawne wzywanie do uzupełnienia/poprawy braków oferty skutkowało wniesieniem przedmiotowego odwołania.

Należy podkreślić, że w doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że „nie podlegają uzupełnieniu: formularz ofertowy, kosztorys cenowy, harmonogram, metodologia, opis realizacji zamówienia, zestawienie parametrów technicznych urządzenia, dokumenty gwarancyjne, oświadczenia producenta co do zapewnienia serwisu gwarancyjnego, wnioski wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeśli wykonawca nie złożył wypełnionego formularza ofertowego, pozostałe przedłożone przez niego dokumenty po prostu nie są rozpatrywane.

Podobnie stwierdził autor komentarza do prawa zamówień publicznych z 2016 roku - Paweł Granecki; „Biorąc pod uwagę fakt, że zasadnicza treść oświadczenia woli stanowiącego ofertę zawarta jest w formularzu ofertowym, to ten dokument należy traktować jako ofertę sensu stricto, Znajdują się w nim bowiem ważne, z punktu widzenia oceny okoliczności i znaczenia złożenia określonego oświadczenia woli, elementy przedmiotowo istotne dla uznania, kto i w jakim kontekście to oświadczenie składa (wyrok KIO z 22.11.2011 r., sygn. KIO 2405/11), W wyroku S0 w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. VII Ga 44/05 stwierdzono, że „gdy postanowienia zawarte w ofercie są jednoznacznie sprzeczne z treścią siwz oraz gdy nie zawierają postanowień, które zgodnie z wolą zamawiającego powinny się znaleźć w ofercie” to następuje odrzucenie takiej oferty,

Podobnie orzekła KIO w wyroku z dnia z 25.3.2013 r., sygn. KIO 578/13: "Podstawą odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pr.Zam.Publ., jest niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy.

W historycznym, a zatem jak najbardziej ugruntowanym wyroku Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 26 czerwca 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-734/07 stwierdzono, że: „Oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zawiera w pełni wypełnionego formularza ofertowego, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,"

Nie inaczej orzeczono w równie starszym wyroku KIO z dnia 23-04-2010, sygn. KIO/UZP 509/10: W przypadku gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia SIWZ, wybiórczo - bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia - bierze pewne wymagania SIWZ pod uwagę, a innych, uznając je za nieistotne, nie - musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ,

Brak załączenia formularza ofertowego do złożonej oferty powinien skutkować jej odrzuceniem. Abstrahując od tej kwestii, niedopuszczalnym jest wzywanie wykonawcy o

uzupełnienie/poprawa oferty w tym zakresie. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zabronione jest „hurtowe uzupełniania braków w ofercie, poprzez złożenie jednego oświadczenia o akceptacji wszystkich postanowień z SIWZ.

Powyższe potwierdza treść, wyroku KIO z dnia 28 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO.748/15; „Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy nie należy do katalogu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 prawa zamówień publicznych, a zatem nie może być w tym trybie uzupełniony czy poprawiony”.

Podobnie zostało stwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. KIO 2405/11: „Formularz ofertowy jest jednym z tych dokumentów, bez którego nie można w ogóle mówić o ofercie i tym samym nie podlega on uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

KIO w wyroku z dnia 30 maja 2016 roku, o sygn. akt: KIO 828/16, odniosła się do kwestii „hurtowego” spełnienia wszystkich warunków SIWZ: „Braku istotnego elementu oferty stanowiącego przedmiot rozpatrzenia nie może zastąpić ogólna deklaracja w ofercie o spełnieniu wszystkich warunków SIWZ. Uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, gdyż oznaczałoby w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

2.) PAKIET 6 - oferta Skamex sp. z o.o. sp. k.

Jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu 6 została wybrana oferta firmy Skamex sp. z o.o. sp, k. z siedzibą w Łodzi, pomimo faktu, że jest ona niezgodna z SIWZ:

a.) Zamawiający w postępowaniu przetargowym w zakresie pakiet 6 poz. 1. wskazał w SIWZ, że przedmiot zamówienia w postaci cewnika do odsysania górnych dróg oddechowych powinien posiadać na opakowaniu fabrycznie umieszczony numer katalogowy.

Zaoferowane produkty (wytwórca Unomedica/ - Convatec oraz wytwórca Gaimed] przez ww. wykonawcę nie posiadały takiego numeru. Zamawiający więc wezwał Skamex do udzielenia w tym zakresie wyjaśnień. Wykonawca udzielił odpowiedzi wskazując, że oferowane produkty wytwórcy Unotnedicai - Convatec zawierają na opakowaniach fabryczne numery katalogowe. Aczkolwiek w ramach tego pakietu ww. wykonawca oferował również produkty wytwórcy Galmed, które nie posiadają takich numerów. Wynika to z racji braku wyjaśnień firmy Skamex w tym aspekcie oraz informacji uzyskanych u wytwórcy - firmy Galmed,

Dowody:

1. wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z odpowiedzią na nie,
2. cewnik firmy Galmed.

b.) Zamawiający w postępowaniu przetargowym w zakresie pakiet 6 poz. 2, wskazał w SIWZ, że przedmiot zamówienia w postaci zestawu do pobierania wydzielin z tchawicy powinien posiadać dreny o długości ok. 25 centymetrów z łącznikami: żeńskim i męskim z kontrolą siły

ssania oraz zawierać na pojemniku tłoczone logo/nazwę producenta, Zaoferowane produkty [wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) przez ww. wykonawcę nie odpowiadają wymaganiom z SIWZ. Skamex w wyjaśnieniach wskazał, że ich długość wynosi min. 25 centymetrów, co już nie odpowiada parametrom SIWZ. Co więcej na samych opakowaniach znajduje się informacja, że mają one długość 40 centymetrów.

Ponadto produkty w postaci zestawu do pobierania wydzielin z tchawicy powinny posiadać dreny o długości ok. 25 centymetrów z łącznikami: żeńskim i męskim z kontrolą siły ssania z zatyczką. Zaoferowane produkty przez firmę Skamex (wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) nie posiadają kontroli siły ssania z zatyczką w łączniku męskim. Co więcej w złożonych wyjaśnieniach, firma Skamex nie odniosła się do tej kwestii pomimo tego, że nalegał w tym zakresie Zamawiający. Potwierdza to, że oferowane produkty nie posiadają takiej cechy/takich parametrów.

Podkreślić należy, że zaoferowane produkty przez firmę Skamex (wytwórca Unomedical - Convatec 1702118*) nie posiadają również tłoczonego loga/nazwy producenta na pojemnikach. Potwierdza to zarówno badanie takiego pojemnika, jak również treść udzielonych wyjaśnień, w których to ww. wykonawca wskazuje, że logo jest wyraźnie nadrukowane na etykiecie produktu, lecz nie na pojemniku. a takie parametry zostały określone w SIWZ.

Dowody:

- 1.) dokumentacja zdjęciowa oferowanych produktów przez firmę Skamex,
- 2) wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z odpowiedzią na nie.

Fotografie zostaną przedstawione na terminie rozprawy.

Pismem z dnia 20 grudnia 2016 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części, tj. w zakresie w jakim dotyczy firmy Bafarm sp. z o.o. (dotyczy to pakietu nr 23) oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania w całości, w tym kosztami wynagrodzenia radcy prawnego Zamawiającego - według załączonego rachunku.

Jednocześnie zamawiający w piśmie tym oświadczył o uznaniu w części odwołania tj. w zakresie w jakim dotyczy wyboru oferty firmy Skamex sp. o o.o. sp. k. (dotyczy to pakietu nr 6) i w tej części zamawiający wniósł o umorzenie postępowania.

W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnia, iż z uwagi na uzasadnione zarzuty dotyczące wyboru oferty w pakiecie nr 6 wykonawcy Skamex sp. z o.o. sp. k., odwołanie w tej części należało uznać za uzasadnione.

Natomiast w zakresie zarzutów obejmujących wybór wykonawcy Bafarm sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 23, zarzuty odwołania należy uznać za nieuzasadnione. W SIWZ wskazano m.in., iż załącznik nr 2 zawiera kryteria, które muszą być przez Wykonawcę bezwzględnie spełnione. W pkt XI wskazano wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. **Oferent Bafarm sp. z o.o. przedstawił pełną ofertę zgodną z wymogami Zamawiającego, szczegółowo wskazując przedmiot oferty oraz oferowaną cenę - wszystko na formularzach załącznika nr 2 do SIWZ.** Dane umieszczone w tym formularzu w pełni umożliwiały Zamawiającemu ocenę złożonej oferty a w konsekwencji dokonanie wyboru. Niewątpliwie bowiem dane te miały charakter kluczowy i najważniejszy dla Zamawiającego. Zamawiający nie zaprzecza, że do oferty nie załączono formularza ofertowego, na którym oprócz nazwy danych oferenta winny się znaleźć określone oświadczenia. Potwierdza również, iż oferent złożył te oświadczenia w trybie wezwania Zamawiającego do ich uzupełnienia. Takie uzupełnienie było prawnie dopuszczalne. Brak formularza w ocenie Zamawiającego miał jedynie charakter formalny, nie odnoszący się do merytorycznej części zamówienia. Można w niniejszej sprawie wskazać, że oferta nie odpowiadała pewnego rodzajowi szablonowi, niemniej zawierała wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego potrzebne do oceny oferty. W przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty, to bowiem powinno nastąpić w przypadkach, w których istnieje pewność, że oferta Oferenta nie spełnia SIWZ. Zażądane przez zamawiającego dokumenty nie stanowiły treści oferty sensu stricto zatem możliwość ich uzupełnienia istniała. Co więcej samo uzupełnienie tych dokumentów nie miało wpływu na ocenę merytoryczną oferty i warunki złożonej oferty.

Nie bez znaczenia dla oceny możliwości odrzucenia oferty jest fakt załączenia do oferty przez Oferenta formularza - jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia jako element formalny oświadczeń niezbędnych w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto z treści załącznika nr 6 załączonego do oferty wynika, iż oferent oświadczył, że *„przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom stawianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* (lit.a oświadczenia z załącznika nr 6). Nie jest zatem prawdą, aby akceptacja warunków i wymagań stawianych przez Zamawiającego nie znajdowała się w innych dokumentach załączonych przez oferenta – jak twierdzi Odwołujący się.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał wyboru zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny, należycie weryfikując oferty, które były zgodne z postanowieniami SIWZ. Przyczyna odrzucenia oferty powinna tkwić w samej treści oferty, a nie w jakiej formie została złożona. Zatem żądanie odwołującego się w zakresie w jakim kwestionowane jest odwołanie, winno ulec oddaleniu jako nieuzasadnione.

Stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał pełnomocnik zamawiającego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Jak wynika z treści cytowanego powyżej odwołania zarzuty dotyczą wyboru najkorzystniejszej oferty w dwóch pakietach to jest nr 6 i nr 23 w prowadzonym postępowaniu na dostawę materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego.

Podstawę zarzutów skierowanych pod adresem zamawiającego stanowi wezwanie wykonawcy wybranego w pakiecie nr 23 to jest spółki Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach do wyjaśnienia treści formularza ofertowego, który to formularz nie został złożony wraz z ofertą przez tego wykonawcę.

Drugi zarzut w odwołaniu dotyczył zaniechania odrzucenia oferty spółki Skamex sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi w pakiecie nr 6 gdzie wbrew postanowieniom SIWZ oferowany sprzęt medyczny nie posiadał wymaganego w SIWZ oznaczenia produktu.

Z kolei z cytowanej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie wynika, że zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania w tej części to jest w zakresie pakietu nr 6 czyli oferty spółki Skamex sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi.

W tym stanie rzeczy przedmiotem rozstrzygnięcia jest zarzut skierowany do pakietu nr 23 czyli do oferty przystępującego po stronie zamawiającego to jest spółki Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.

Na podstawie przedłożonej, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła jak poniżej.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w sprawie oznaczonej Nr ZP/17/Sp./2016z miesiąca września 2016 roku.

Z opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział III SIWZ) wynika, że dostawę materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego podzielono na 62 części (62 pakiety). W załączniku nr 2, w określeniu szczegółowym przedmiotu zamówienia zawarto kryteria, które muszą być bezwzględnie spełnione.

Przy czym każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę w odniesieniu do jednej, kilku lub

wszystkich części zamówienia (Rozdział IV Opis części zamówienia) .

Zamówienie będzie realizowane sukcesywnie i stosownie do potrzeb Zamawiającego przez 24 miesiące liczone od daty podpisania umowy (Rozdział VIII Termin wykonania zamówienia). Co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Rozdział IX warunki udziału w postępowaniu) zamawiający przewidział: zamawiający dokona oceny czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zawartych w załączniku nr 3 SIWZ. Jednolite europejskie dokumenty zamówienia Wykonawcy będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W rozdziale XI Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia przewiduje się następujące dokumenty: oświadczenia Wykonawcy, dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, oświadczenia Wykonawcy o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wykazu dostaw, oświadczenia Wykonawcy, że oferowany przedmiot zamówienia dopuszczony jest do obrotu w Polsce zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (Dz.U.2015 rok poz.876) i stanowi wyrób medyczny w rozumieniu przywołanej ustawy, opisy, foldery lub prospekty oferowanego przedmiotu zamówienia.

W rozdziale XII SIWZ Podwykonawcy zawarte jest postanowienie: Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie w części zamówienia, których zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, poprzez wypełnienie punktu nr 10 w formularzu oferty.

Rozdział XIV SIWZ wymagania dotyczące wadium art.45: oferta powinna być zabezpieczona wadium w wysokości równej sumie wadium poszczególnych pakietów, na które składana jest oferta.

Rozdział XV Termin związania ofertą.1.Wykonawca związany jest oferta na okres 60 dni. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Rozdziale XVI. Opis sposobu przygotowania ofert. 1. Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

- a) wypełniony formularz ofertowy sporządzony według załącznika nr 1 do SIWZ;
 - b) wypełniony formularz: przedmiot umowy-formularz cenowy sporządzony według załącznika nr 2 do SIWZ;
 - c) dokumenty i oświadczenia wymienione w rozdziale XI niniejszej SIWZ.
2. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

3. Upoważnienie do podpisania oferty powinno być załączone do oferty.
4. Do oferty powinny być dołączone wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane według rozdziału XI.
5. Wszelkie miejsca w których wykonawca naniósł poprawki lub zmiany w wpisywanej przez siebie treści muszą być parafowane przez upoważnioną osobę do podpisywania oferty.
6. Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o ile wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być udostępnione innym uczestnikom postępowania oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
7. Jeden wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej ilości ofert lub złożenie oferty wariantowej/alternatywnej spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez wykonawcę.
8. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy(firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.
9. Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza informacje z otwarcia ofert na stronie internetowej.

Rozdział XVIII Opis sposobu obliczenia ceny. Pkt 6 Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i uPZPoraz została oceniona jako najkorzystniejsza.

Rozdział XXII Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Rozdział XXV Do specyfikacji dołączono:

Załącznik nr 1 formularz oferty;

Załącznik nr 2 przedmiot zamówienia –formularz cenowy;

Załącznik nr 3 :JEDZ;

Załącznik nr 4: wzór umowy;

Załącznik nr 5: oświadczenie co do przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej;

Załącznik nr 6: oświadczenie wykonawcy o dopuszczeniu przedmiotu umowy do obrotu w Polsce.

Z kolei formularz oferty załącznik nr 1 zawiera dane identyfikacyjne takie jak: nazwa wykonawcy, osoba uprawniona do kontaktu z zamawiającym, Tel, fax, e-mail, Regon, NIP oraz następujące oświadczenia: Niniejszym oferujemy realizację zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 209 000 euro na dostawy materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego. Oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z formularzem cenowym - przedmiotem zamówienia w cenie(...).

Następnie formularz oferty zawiera kolejne oświadczenia co do: 1. Terminu płatności - 30 dni od daty otrzymania faktury po zrealizowaniu dostawy. 2. zapoznania się z treścią SIWZ i jej akceptacją oraz nie wnoszeniu do niej zastrzeżeń oraz o zdobyciu koniecznych informacji do sporządzenia oferty. Następnie oświadczenie co do jawności informacji i dokumentów albo o zastrzeżeniu jawności wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajności i wskazaniem zakresu utajnienia oferty. Oświadczenie, że wzór umowy został zaakceptowany w całości bez zastrzeżeń i zobowiązuje się wykonawca do zawarcia umowy na zaproponowanych warunkach w przypadku wyboru jego oferty, oświadczenie o związaniu ofertą przez czas wskazany w SIWZ, oświadczenie o akceptacji terminu wykonania umowy od dnia obowiązywania umowy przez 24 miesiące, oświadczenie wykonawcy co do powierzenia lub nie powierzenia części zamówienia podwykonawcom, oświadczenie jakiego podwykonawcy i w jakim zakresie powierzona zostanie część zamówienia, ile kart ponumerowanych zawiera oferta, podpis z pieczętką imienną lub czytelny podpis osoby uprawnionej do reprezentowania wykonawcy, miejscowość i data.

Powyżej przedstawiono postanowienia SIWZ, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ regulują jakie oświadczenia czy też dokumenty wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą czy to na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy to na okoliczność złożenia oferty.

Z treści formularza ofertowego, którego nie złożył wykonawca wybrany wynika, że zawiera on oświadczenia potwierdzające uregulowania SIWZ np.: co do terminu realizacji umowy, co do terminu związania ofertą, co do terminu płatności, co do zobowiązania zawarcia umowy zgodnie z wzorem umowy jak i postanowienia które kształtuje wykonawca jak zastrzeżenie tajemnicy informacji złożonych w ofercie wraz z ich uzasadnieniem, czy też powierzenia podwykonawstwa z podaniem nazwy podwykonawcy.

Zamawiający wobec oferty wykonawcy wybranego/ przystępującego w sprawie podjął następujące czynności w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Pismem z dnia 16.11.2016 roku skierowanym do Bafarm sp. z o.o. działając zgodnie z art.87 ust.1 oraz art.26 ust.4 pzp żąda potwierdzenia:

1. Termin płatności będzie wynosił 30 dni od daty otrzymania faktury po zrealizowaniu dostawy;
2. Wykonawca zapoznał się z SIWZ, akceptuje ją i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz akceptuje konieczne informacje do przygotowania oferty;
3. Wykonawca akceptuje wzór umowy do SIWZ, akceptuje w całości i bez zastrzeżeń oraz akceptuje konieczne informacje do przygotowania oferty;

4. Wykonawca akceptuje termin wykonania umowy od dnia obowiązywania przez 24 miesiące;
5. Wykonawca akceptuje termin związania ofertą 60 dni.

Natomiast zestawiając powyższe wezwanie zamawiającego z formularzem oferty brak w tym wezwaniu oświadczenia co do informacji czy dokumentów utajnionych w ofercie oraz uzasadnienia tej okoliczności jak również co do oświadczenia w zakresie podwykonawstwa a w przypadku korzystania z podwykonawstwa jakiej części ono będzie dotyczyć jak również nazwy podwykonawcy. Ponadto w wezwaniu pominięto takie oświadczenie jak: Niniejszym oferujemy realizację zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 209 000 euro na dostawy materiałów medycznych i sprzętu jednorazowego. Oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z formularzem cenowym - przedmiotem zamówienia w cenie(...).Również pominięto w wezwaniu wykonawcy takie informacje od wykonawcy jak: osoba uprawniona do kontaktu z zamawiającym, Tel, faks, e-mail, Regon, NIP, ile kart ponumerowanych zawiera oferta.

W dniu 16.11.2016 r. wykonawca wybrany potwierdził:

1. Termin płatności 30 dni;
2. Zapoznanie się z SIWZ, jego akceptację w całości i bez zastrzeżeń, akceptacji koniecznych informacji do przygotowania oferty (według formularza ofertowego „o zdobyciu koniecznych informacji do sporządzenia oferty”);
3. Akceptacja wzoru umowy w całości i bez zastrzeżeń oraz zobowiązanie do zawarcia umowy na zaproponowanych warunkach;
4. Akceptacja terminu wykonania umowy – 24 miesiące od dnia obowiązywania;
5. Akceptacja czasu związania ofertą – 60 dni.

Zamawiający tak złożone potwierdzenie uznał za wystarczające dla uznania oferty wykonawcy wybranego za ważną.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2016 r. częściowo uwzględnił odwołanie, co do zarzutów w pakiecie nr 6 to jest wyboru oferty Skamex Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania to jest w zakresie wyboru oferty przystępującego po zamawiającego Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w pakiecie

nr 23. Z pisma o uwzględnieniu odwołania wynika, że odpowiedź zamawiającego nadano do odwołującego jak i przystępującego Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.

Izba dokonała następujących rozstrzygnięć w zakresie zgłoszonego przystąpienia spółki Bafarm sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, która zgłosiła przystąpienie po stronie zamawiającego w związku z uznaniem jej oferty za najkorzystniejszą i wnioskiem zamawiającego o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Izba na posiedzeniu, na które nie stawił się przystępujący prawidłowo zawiadomiony o terminie dopuściła jego przystąpienie w zakresie pakietu nr 23 a nie dopuściła przystąpienia w zakresie pakietu nr 6, w którym to zakresie zamawiający uwzględnił odwołanie.

Co do przystąpienia po stronie zamawiającego Izba uznała je za skuteczne w zakresie zarzutów odnoszących się do pakietu nr 23 gdzie oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza a w tym zakresie zamawiający nie uwzględnił odwołania. Z kolei Izba nie uznała za skuteczne przystąpienie w zakresie pakietu nr 6 co do którego zamawiający uwzględnił odwołanie a gdzie została wybrana oferta spółki Skamex sp. z o.o. sp. k. z s. w Łodzi, gdzie przystępujący nie złożył nawet oferty.

Przystąpienie wpłynęło w formie oryginału do KIO za przesyłką pocztową w dniu 16 grudnia 2016 r., z treści dokumentów wynika, że wykonawców powiadomiono o złożeniu odwołania w dniu 13 grudnia 2016 r. Przystępujący we wniosku powołuje się na interes w rozstrzygnięciu do strony, do której przystępuje. Przystąpienie podpisał prezes zarządu Pan S.K. .

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego spółkę Bafarm Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, która zgłosiła przystąpienie po stronie zamawiającego, uznając przystąpienie za skuteczne w myśl art. 185 ust.2 zdanie pierwsze pzp w zakresie odwołania złożonego w pakiecie nr 23 to jest części zamówienia, w której jej oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym pakiecie przystępujący uzyskał 100 punktów a odwołujący uzyskał drugą pozycję z ilością 89,74 punkty. Izba nie dopuściła przystępującego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania złożonego do pakietu nr 6 zaskarżającego wybór jako najkorzystniejszej oferty Skamex sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi. Bowiem w zakresie pakietu nr 6 Izba nie stwierdza po stronie przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony do której przystępuje to jest po stronie zamawiającego. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty pismo z dnia 05.12.2016 roku wynika, że spółka Bafarm sp. z o.o. nie składała w pakiecie nr 6 oferty. Ofertę w tym pakiecie składał odwołujący i spółka Skamex sp. z o.o. sp. k. z s. w Łodzi.

Na posiedzeniu Izba również nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust.2 ustawy pzp.

Co do rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutów naruszenia wskazanych w nim przepisów ustawy pzp.

Ustalony powyżej stan faktyczny i prawny sprawy na podstawie obowiązującej SIWZ wskazuje na następujące okoliczności.

Wykonawca wybrany a przystępujący w sprawie nie złożył formularza ofertowego wraz ze składaną ofertą w pakiecie nr 23. Z kolei w obowiązującym formularzu ofertowym stanowiącym załącznik Nr 1 do SIWZ przewiduje się szereg oświadczeń ze strony składającego ofertę. Zasadnicze oświadczenie cytowane powyżej brzmi: niniejszym oferujemy realizację zamówienia publicznego (...) oraz oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z formularzem cenowym – przedmiotem zamówienia w cenie(...) pod czym oferent składa podpis. Formuła oświadczenia zawarta w zał. nr 1 do SIWZ wyczerpuje dyspozycję art.78 § 1k.c. zdanie pierwsze oraz art.66 §1 k.c. w zw. z art.14 ust.1 ustawy pzp i art.82 ust.3 ustawy pzp a także art.17 przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji brak wraz ze złożoną ofertą formularza ofertowego wyczerpuje przesłanki z art.89 ust.1 pkt 1 ustawy pzp zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy wybranego o zamiarze realizacji umowy objętej niniejszym postępowaniem przetargowym. Sam fakt złożenia pozostałych dokumentów i oświadczeń wymaganych SIWZ nie zastępuje oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia czyli nie zastępuje oferty.

Bowiem w zamówieniach publicznych podobnie jak w zamówieniach cywilnych obowiązuje formuła składania oferty, która jest niezbędną do zawarcia umowy. Według ustaleń Izby dokonanych w toku postępowania odwoławczego, a przedstawionych powyżej, wykonawca wybrany w pakiecie nr 23 oświadczenia woli realizacji zamówienia publicznego nie złożył (zał. nr 1 „Niniejszym oferujemy realizację zamówienia publicznego (...)).

Izba uznaje za nieskuteczne wezwanie zamawiającego z dnia 16.11.2016r., to jest po upływie terminu do składania ofert, do potwierdzania oświadczeń z formularza ofertowego, który nie został złożony w dacie składania oferty przez wykonawcę wybranego.

Przywoływanie przez zamawiającego, do tej czynności wezwania. jako podstawy prawnej art.87 ust.1 oraz art.26 ust.4 ustawy pzp jest bezprzedmiotowe czyli nieskuteczne, ponieważ mogłyby być zastosowane co najwyżej w przypadku złożenia formularza ofertowego a nie w ogóle braku złożenia formularza ofertowego. Na marginesie Izba zauważa, że wśród żądanych oświadczeń z formularza ofertowego zamawiający pominął w wezwaniu z dnia 16.11.2016 r. potwierdzenia brakującego zasadniczego oświadczenia wykonawcy wybranego o treści „Niniejszym oferujemy realizację zamówienia publicznego (...)).

Reasumując formularz ofertowy zawiera oświadczenie woli o zamiarze realizacji zamówienia, które stanowi podstawę do zawarcia umowy i takie oświadczenie powinno być złożone do upływu terminu składania ofert. W ocenie Izby w świetle obowiązującego prawa nie ma podstaw do uzupełnienia braku oświadczenia woli zawarcia umowy wobec zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego w pakiecie nr 23 jako niezgodną z ustawą to jest nie zawierającą oświadczenia woli zawarcia umowy w rozumieniu art.66 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy pzp.

Również wyczerpane zostały przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp bez możliwości zastosowania art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp. Z przedstawionego powyżej stanu faktycznego i prawnego wynika, że wykonawca wybrany nie składając formularza ofertowego nie złożył także szeregu wymaganych przez SIWZ oświadczeń towarzyszących oświadczeniu woli zawarcia umowy zarówno natury formalnej jak i merytorycznej. Niemniej zarówno jedno jak i drugie oświadczenia są niezbędne dla poprawności i ważności złożonej oferty. Bowiem zamawiający ma prawo jak i obowiązek uzyskania oświadczenia od oferentów, że akceptują warunki postępowania przetargowego i temu celowi służą tzw. oświadczenia formalne to jest w szczególności o akceptacji SIWZ, o deklaracji zawarcia umowy na warunkach zamawiającego, o związaniu ofertą czy też o uzyskaniu niezbędnych informacji do złożenia oferty. Kolejnymi oświadczeniami niezbędnymi dla złożenia oferty są tzw. oświadczenia merytoryczne to jest co do informacji tajnych wraz z ich uzasadnieniem w ofercie, czy też o braku udziału lub udziale podwykonawców wraz z podaniem ich firm. Tych oświadczeń to jest zarówno formalnych jak i merytorycznych wykonawca wybrany w pakiecie nr 23 nie złożył na etapie składania oferty. W związku z tym, że są one wymagane według SIWZ, brak ich kwalifikuje treść oferty jako sprzeczną z treścią SIWZ co wyczerpuje przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. W konsekwencji uzasadniony jest również zarzut odwołania co do naruszenia art.7 ust.1 ustawy pzp o zachowaniu uczciwej konkurencji i równym traktowaniu stron.

W tym stanie rzeczy w myśl art.192 ust.2 ustawy pzp odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący wykazał naruszenie przepisów ustawy pzp, w związku z nie odrzuceniem oferty wykonawcy wybranego, które miało wpływ na wynik postępowania.

W związku z uwzględnieniem zarzutów przez zamawiającego w części odnoszącej się do wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 6 Izba w tej części postępowanie odwoławcze umarza jako bezprzedmiotowe.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: