

Sygn. akt: KIO 2226/19

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę **PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **LUX MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża PZU Zdrowie S.A. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług medycznych w formie abonamentu medycznego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. na lata 2020-2022*. Przedmiotem zamówienia są usługi społeczne, których wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 138g ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 132-325307.

W dniu 4 listopada 2019 r. wykonawca PZU Zdrowie S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że dla uznania, że oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezbędne jest wskazanie wad, błędów czy innych niezgodności, których nie da się usunąć przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu z 25 października 2019 r. przekazał informację o wyborze oferty wykonawcy LUX MED. Sp. z o. o. oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność treści oferty z pkt. 1 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ). Z brzmienia wskazanego punktu wynika, że Zamawiający wymaga, aby rezerwacja terminów usług medycznych na konkretny, określony dzień i godzinę, mogła być dokonana osobiście w Placówce Wykonawcy, za pośrednictwem portalu internetowego oraz telefonicznie. Powyższe zostało także przez Zamawiającego powtórzone w odpowiedzi na pytanie nr 42 do SIWZ, gdzie Zamawiający dodatkowo potwierdził, że w powyższym wymaganiu chodzi o możliwość umawiania się przez Osoby Uprawnione osobiście oraz telefonicznie w przypadku wszystkich placówek podmiotów zewnętrznych w stosunku do Wykonawcy, uprawnionych do udzielania świadczeń zdrowotnych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, z którymi Wykonawca ma podpisaną umowę na świadczenie usług medycznych (świadczeń zdrowotnych), z wyłączeniem wszelkich placówek państwowej służby zdrowia, a w przypadku placówek własnych Wykonawcy o możliwość umawiania się przez Osoby Uprawnione osobiście, telefonicznie oraz za pośrednictwem portalu internetowego. W rozdziale XI SIWZ Zamawiający zawarł wykaz oświadczeń i dokumentów,

jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w pkt 1 wprost wskazał, jakie dokumenty mają być dołączone do oferty składanej w postępowaniu. W opisie sposobu przygotowania oferty zawartym w rozdziale XVI SIWZ, Zamawiający wskazał natomiast w punkcie 9, że ofertę oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do SIWZ, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści. Natomiast z punktu 2 rozdziału XXVI SIWZ wynika, że Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia której wykonanie powierzy podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (o ile są znani na dzień składania ofert).

W odpowiedzi na powyższe wymagania Odwołujący złożył ofertę, która jego zdaniem w pełni odpowiada wzorowi formularza określonego przez Zamawiającego wraz z załącznikami w postaci m. in. Załącznika nr 13 do formularza oferty, tj. wykazu podwykonawców w zakresie konsultacji podstawowej opieki zdrowotnej i konsultacji specjalistycznych badań diagnostycznych oraz innych usług medycznych. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy załącznik ma charakter wyłącznie informacyjny, zawierający wskazanie nazw znanych Odwołującemu podwykonawców i w żaden sposób nie można uznać, że wskazany załącznik ma charakter treści oferty. W świetle przepisów ustawy Pzp, treścią oferty jest skonkretyzowany w oparciu o informacje przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ zakres zobowiązania jakie przyjmuje na siebie wykonawca, w szczególności sposób, termin, a także warunki wykonania zamówienia publicznego, które nie mogą podlegać modyfikacjom na późniejszym etapie. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że oświadczenie o podwykonawcach nie stanowi merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to zatem oświadczenie woli, o jakim stanowi art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, o czym świadczy możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, odrzucając jego ofertę na podstawie informacji zawartych w załączniku nr 13, Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Umknęło uwadze Zamawiającego, gdyby Odwołujący nie dołączył wykazu podwykonawców, bo nie byłoby oni mu znani, w świetle punktu 2 rozdziału XXVI SIWZ, wobec Odwołującego nie mogłyby zostać wyciągnięte żadne negatywne skutki, a już w szczególności polegające na odrzuceniu jego oferty. Zamawiający jest świadomy powyżej zaprezentowanego stanowiska, gdyż sam w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, powołuje się na str. 8 pisma „na dokumenty dołączone do formularza oferty”, przez co nie stawia znaku równości między przedmiotowymi dokumentami, tj.

formularzem oferty a załączonymi do niego dokumentami. Powyższe jest tym bardziej istotne, że potwierdza brak podstaw do sformułowania przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej tezy zawartej na str. 8 przedmiotowego dokumentu, tj. o „przeważającym” charakterze załącznika nr 13. W świetle bowiem obowiązujących przepisów prawa, jak też mając na uwadze stanowisko prezentowane w judykaturze, brak jest podstaw do nadania jakiegokolwiek, poza informacyjnym, charakteru oświadczenia zawierającego wykaz podwykonawców, a już w szczególności ustalenia, że ma on charakter treści oferty.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że treść oferty jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, a wątpliwości Zamawiającego odnoszą się wyłącznie do załącznika nr 13, który ma charakter wyłącznie informacyjny.

W odniesieniu do zawartej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej informacji o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z treścią punktu 1 OPZ, w postaci domniemanego braku możliwości umawiania się na wizyty osobiście i za pośrednictwem portalu internetowego w placówkach wskazanych w załączniku nr 13 do oferty, podkreślić należy, jak słusznie wskazał Zamawiający, że Odwołujący najpierw w punkcie 6 oferty złożył oświadczenie o zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a w dniu 8 października br. Odwołujący potwierdził jeszcze raz w punkcie V pisma, że dostępne są wszystkie kanały komunikacji wynikające z OPZ, tj. umawianie przez infolinię, osobiście oraz za pośrednictwem portalu internetowego. W nagłówku załącznika nr 13 zawarta jest informacja, że umówienie usług medycznych wyłącznie poprzez kontakt z infolinią medyczną PZU zdrowie 801 405 905. Lista placówek aktualna na dzień sporządzenia, może ulegać zmianom w czasie. Jednak wskazany załącznik stanowi ogólny wykaz placówek, współpracujących z Odwołującym. Z uwagi na ich liczbę, załącznik ten jest aktualizowany okresowo, ma charakter standardowy i stanowi materiał składany wszystkim potencjalnym klientom jako załącznik dla zapewnienia czytelności oferty handlowej. Z powyższego względu może zdarzyć się, że załącznik ten będzie zawierał nieścisłości, nie można jednak w tym miejscu zapominać, że jego treść to wyłącznie wykaz placówek – podwykonawców. Zatem wszystkie ewentualne jego nadmiarowe dopiski nie mają znaczenia dla realizacji zamówienia, tym bardziej w przypadku dwukrotnego potwierdzenia w pełni zgodności realizacji przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Z uwagi zatem na powzięte przez Zamawiającego wątpliwości Odwołujący w sposób jednoznaczny potwierdził, że wskazany powyżej zapis załącznika został wskazany omyłkowo. Ma to o tyle znacznie, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ czy też OPZ, jak również w odpowiedzi na pytanie nr 42 udzielonej w dniu 22 sierpnia br. nie zawarł wymagania dotyczącego wskazania określonych kanałów komunikacji, jak też nie sformułował szczegółowego wymagania

odnośnie złożenia odrębnego oświadczenia w tym zakresie. Tym samym, skoro Zamawiający nie oczekiwał złożenia jakiegokolwiek oświadczenia od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, poza standardowym oświadczeniem zawartym w punkcie 6 formularza oferty, wykonawcy, w tym Odwołujący nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niewyartykułowanych oczekiwań Zamawiającego. Zgodnie bowiem z orzecznictwem, zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień SIWZ, a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania. Natomiast dokument niewymagany w SIWZ nie stanowi podstawy oceny oferty. W związku z tym błędem po stronie Zamawiającego była ocena oferty Odwołującego dokonana przez pryzmat dokumentu niewymaganego w SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że oferta wykonawcy Lux Med. Sp. z o.o. nie zawiera żadnego oświadczenia odnośnie zaoferowanych kanałów rezerwacji wizyty i to z kolei nie powoduje u Zamawiającego żadnych wątpliwości w przedmiocie ich zastosowania w realizacji zamówienia. Jest to o tyle zastanawiające, że Zamawiający nie skierował nawet do wskazanego wykonawcy żadnego wezwania o wyjaśnienie i potwierdzenie zaoferowanych kanałów rezerwacji wizyt, mimo braku ich wskazania w treści złożonej oferty i załączników do niej dołączonych, podczas gdy Odwołujący dwukrotnie potwierdzał możliwość zastosowania żądanych kanałów rezerwacji, a i tak jego oferta została odrzucona. Zdaniem Odwołującego świadczy to o nierównym traktowaniu wykonawców. Jednocześnie działanie Zamawiającego nie potwierdziło deklarowanej dla niego istotności i doniosłości zastosowanych przez wykonawców kanałów rezerwacji wizyt.

Odwołujący podniósł, że informacja o odrzuceniu oferty zawiera szereg nieprawidłowości, ponad te wykazane powyżej, odnośnie przyjętych przez Zamawiającego założeń stanowiących podstawę odrzucenia oferty. Po pierwsze, Zamawiający na str. 7 pisma wskazał, że omyłkowo podanej treści w załączniku nie da się poprawić, gdyż stanowiłoby to nieuprawnioną zmianę treści oferty. Podkreślenia jednak wymaga, że pomijając już wyjaśniony wyżej charakter informacyjny załącznika nr 13 do formularza oferty, Odwołujący nie złożył w żadnym zakresie nowego oświadczenia, nie wskazał żadnych nowych cen, terminów realizacji, specjalizacji itd., a dokonał jedynie sprostowania treści nagłówka. Ponadto na str. 8 przedmiotowego zawiadomienia Zamawiający stwierdza brak zaoferowania przez Odwołującego możliwości umówienia usługi medycznej w inny sposób aniżeli za pośrednictwem infolinii. Tymczasem Odwołujący dwukrotnie oświadczył o zaoferowaniu wszystkich kanałów komunikacji pacjentów z placówkami medycznymi, co jednak Zamawiający zignorował i nie przyjął, mimo że oferta Odwołującego jest pod każdym

względem korzystniejsza od drugiej oferty złożonej w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego znamionem też jest, że po udzielonych przez Odwołującego wyjaśnieniach z dnia 8 października br. w zakresie stanowiącym rzekomą podstawę odrzucenia oferty, Zamawiający w dniu 11 października br. skierował do Odwołującego kolejne pismo na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące punktu 22 OPZ. Z brzmienia wskazanego punktu wynika, że Zamawiający wymaga, by wykonawca zapewnił elektroniczny dostęp do wszelkich gromadzonych przez niego dokumentów (w szczególności wyników badań, historii chorób) we wszystkich placówkach własnych. W związku z brakiem jednoznacznej odpowiedzi (w ocenie Zamawiającego) na pytanie odnośnie zapewnienia elektronicznego dostępu do wszelkich gromadzonych przez niego dokumentów, Zamawiający wezwał ponownie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, z tym, że w tym przypadku oczekiwał udzielenia jednoznacznej odpowiedzi w formule TAK/NIE. Skoro Zamawiający dokonał czynności wezwania Odwołującego po otrzymaniu wyjaśnień z dnia 8 października br., które finalnie stanowiły podstawę odrzucenia jego oferty, musiał przyjąć je za wiarygodne i spełniające i jego oczekiwania. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie prowadziłby dalszych czynności wyjaśniających wobec wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego kolejną kwestią wskazującą na brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego jest to, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 14 października br. w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, także dotyczyły OPZ i zostały przez Zamawiającego uznane i przyjęte. W przeciwnym wypadku, stanowiłyby także podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, co z kolei znalazłoby swoje odzwierciedlenie w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego nie sposób zrozumieć, z jakich powodów jedno wyjaśnienie dotyczące OPZ stanowi w ocenie Zamawiającego niedozwoloną zmianę treści oferty, a drugie wyjaśnienia już takiej zmiany nie stanowią.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek dalsze wątpliwości po dwóch złożonych oświadczeniach o kanałach komunikacji dla pacjentów, potwierdzających w pełnym zakresie zgodność z treścią SIWZ, był uprawniony do kolejnego wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia jednoznacznej odpowiedzi w formule TAK/NIE, tak jak uczynił to w wezwaniu z dnia 11 października br. (co zostało wskazane jako żądanie alternatywne).

Odwołujący stwierdził, że wobec niezasadnego odrzucenia jego oferty, Zamawiający dokonał oceny bez uwzględnienia oferty Odwołującego i dokonał wyboru oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie, z ostrożności procesowej, wezwania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przystąpił wykonawca LUX MED Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

W punkcie 1 Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, że wymaga aby rezerwacja terminów usług medycznych, na konkretny, określony dzień i godzinę, mogła być dokonana osobiście w Placówce Wykonawcy, za pośrednictwem portalu internetowego oraz telefonicznie.

Ponadto Zamawiający udzielił w tym zakresie następujących wyjaśnień do treści SIWZ:

*Pytanie nr 42: Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający pisząc, że wymaga aby: „1. Rezerwacja terminów usług medycznych, na konkretny, określony dzień i godzinę, mogła być dokonana osobiście w Placówce Wykonawcy, za pośrednictwem portalu internetowego oraz telefonicznie”, ma na myśli możliwość umawiania się przez Pacjenta telefonicznie oraz osobiście we wszystkich placówkach partnerskich które udostępni na potrzeby postępowania Wykonawca natomiast w placówkach własnych Wykonawcy osobiście, telefonicznie oraz za pośrednictwem portalu internetowego.*

*Odpowiedź z 22 sierpnia 2019 r.: Zamawiający potwierdza, że w cytowanym wymaganiu chodzi o możliwość umawiania się przez Osoby Uprawnione osobiście oraz telefonicznie w przypadku wszystkich placówek podmiotów zewnętrznych w stosunku do Wykonawcy, uprawnionych do udzielania świadczeń zdrowotnych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, z którymi Wykonawca ma podpisaną umowę na świadczenie usług medycznych (świadczeń zdrowotnych), z wyłączeniem wszelkich placówek państwowej służby zdrowia, a w przypadku placówek własnych Wykonawcy o możliwość umawiania się przez Osoby Uprawnione osobiście, telefonicznie oraz za pośrednictwem portalu internetowego.*



Odwołujący złożył ofertę, w której – w punkcie 6 formularza oferty – w którym zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego wzorem znalazło się oświadczenie, że wykonawca oferuje *wykonanie przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ i oświadczamy, że oferta jest opracowana dla kompletnego zakresu podanego w Opisie Przedmiotu Zamówienia i wzorze Umowy* za cenę wskazaną w ofercie.

Do oferty Odwołujący załączył wypełniony załącznik nr 13 zatytułowany „Lista placówek medycznych na dzień 11.08.2019 r.”, podając w nagłówku: umówienie usług medycznych możliwe wyłącznie poprzez kontakt z infolinią medyczną PZU Zdrowie.

Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia wyjaśnień, zadając następujące pytania:

- 1) Jaki jest charakter oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w Załączniku nr 13 w zakresie wskazania kontaktu z infolinią 801 405 905 jako wyłącznego sposobu umówienia usług medycznych na dzień 12 sierpnia 2019 r. we wskazanych w Załączniku placówkach?
- 2) Czy Wykonawca zapewni na etapie realizacji Umowy możliwość umawiania się przez Osoby Uprawnione zgodnie z postanowieniami SIWZ i OPZ (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania nr 42 i 43) oraz złożoną Ofertą?

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że prostując swoją omyłkę informuje, iż dostępne są wszystkie kanały komunikacji wynikające z OPZ, tj. umawianie się przez infolinię, osobiście oraz za pośrednictwem portalu internetowego.

Pismem z 25 października 2019r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na punkt 1 OPZ oraz odpowiedź na pytanie nr 42 do SIWZ. Wskazał, że wykonawca załączył do oferty Załącznik nr 13 zatytułowany „Lista placówek medycznych na dzień 12.08.2019 r.”, w treści którego podał, że umówienie usług medycznych [będzie] możliwe wyłącznie poprzez kontakt z infolinią medyczną PZU Zdrowie. Wśród placówek wskazanych na rzeczowej liście znalazły się również te, które zostały określone w treści oferty jako obligatoryjne. Zamawiający podał: (...) *sposób umówienia usług medycznych stanowi istotny element sposobu realizacji zamówienia na usługi medyczne. Wskazanie zaś wprost (zarówno w SIWZ jak i w odpowiedzi na pytanie nr 42) wymogu co do sposobów umówienia usług medycznych, jakich Zamawiający wymaga od wykonawców, sprawiło, iż wszystkie wskazane kanały komunikacji wyznaczyły zakres przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie tylko części z nich w jednym z dokumentów dołączonych do Formularza "Oferta" świadczy o tym, że Wykonawca PZU Zdrowie S.A. nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w sposób*

wymagany przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, złożenie przez Wykonawcę PZU Zdrowie S.A. w pkt. 6 Formularza „Oferta” ogólnego oświadczenie o oferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ nie może przesądzać o zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „KIO”) wielokrotnie wypowiedała się w tym zakresie wskazując, iż to konkretne i szczegółowe oświadczenie wykonawcy zawarte w innych elementach oferty świadczy o zakresie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. Zdaniem KIO, sytuację mniej i bardziej szczegółowych oświadczeń zawartych w różnych miejscach oferty i załączników do oferty można tłumaczyć analogicznie do paremii *lex specialis derogat legi generali* (przepis ogólny jest derogowany przez przepis szczególny/szczegółowy), a w wolnym tłumaczeniu „oświadczenie szczegółowe należy brać pod uwagę przed oświadczeniem ogólnym” (wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. KIO 2581/18). W omawianym przypadku za takie oświadczenie szczegółowe należy uznać Załącznik nr 13 do Formularza „Oferta”, ponieważ identyfikuje on określone indywidulanie przez Wykonawcę PZU Zdrowie S.A. placówki medyczne jego podwykonawców, a zatem dotyczy jasno określonej przez PZU Zdrowie S.A. grupy podmiotów o znanych wyłącznie jej cechach i możliwościach - w tym przypadku dotyczących dostępnych kanałów komunikacji. O ile zatem w przypadku potwierdzenia zgodności oferty z SIWZ zawartego w pkt. 6 Formularza „Oferta” można mówić o stwierdzeniu mającym charakter ogólny, o tyle Załącznik nr 13 Formularza „Oferta” można uznać za fragment większej całości dotyczący wyszczególnionych w nim podmiotów, a zatem mający charakter szczególny/szczegółowy, a przez to – przeważający. Jak wskazuje orzecznictwo poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 6 października 2014 r., sygn. KIO 1932/14). Kluczowe znaczenie mają zatem właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, które były wymagane zgodnie z dokumentacją w postępowaniu. Brak zaoferowania przez Wykonawcę PZU Zdrowie S.A. możliwości umówienia usługi medycznej w inny sposób aniżeli za pośrednictwem infolinii, należy uznać za niezgodność z SIWZ, która nie może być konwalidowana. Złożone przez Wykonawcę PZU Zdrowie S.A. wyjaśnienia należy uznać za złożenie nowego oświadczenia woli w przedmiocie zakresu oferowanego świadczenia, co jest sprzeczne z art. 87 ust. 1 ustawy, zakazującym prowadzenia negocjacji dotyczących treści złożonej oferty. Dodatkowym argumentem przemawiającym za zasadnością takiego twierdzenia jest fakt, iż dopuszczenie, aby wykonawca określał (konkretyzował) oferowany przedmiot zamówienia dopiero po otwarciu ofert, w toku czynności badania ofert i dopiero na tym etapie precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając

*możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 652/19). Mając na uwadze powyższe oraz kierując się dyspozycją zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy PZU Zdrowie S.A. jako niezgodną z treścią SIWZ.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zastosowanie tego przepisu wymaga wykazania, że określony element oświadczenia woli wykonawcy nie odpowiada merytorycznym wymaganiom dotyczącym przedmiotu zamówienia, wyrażonym w SIWZ.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że możliwość umawiania się na wizyty za pomocą wskazanych przez Zamawiającego kanałów komunikacji jest istotnym, merytorycznym elementem świadczenia wykonawcy, określającym sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Wymaganie to wynika z punktu 1 OPZ i zostało potwierdzone w udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach. Zakres obowiązków wykonawcy dotyczących tego aspektu realizacji zamówienia nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Nie ulega wątpliwości, że oświadczenie Odwołującego zawarte w załączniku nr 13, wskazujące kontakt z infolinią wykonawcy jako wyłączny sposób umawiania wizyt, jest wprost sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego. Rozstrzygnięcia wymagało, czy dokument, w którym to oświadczenie przedstawiono, wpływa na możliwość uznania go za

treść oferty. Odnosząc się do tej kwestii stwierdzić należy, że treść oferty to oświadczenie woli określające zakres zobowiązania wykonawcy i sposób jego realizacji. Ocena, czy określony dokument stanowi treść oferty, powinna być dokonywana z uwzględnieniem tego, jaki charakter ma określona informacja, nie zaś w jakim dokumencie została ona zamieszczona (czy był to formularz oferty, czy też inny dokument przedstawiony przez wykonawcę i zawierający informacje o innym charakterze).

W rozpoznawanej sprawie należy zgodzić się z Odwołującym, że wskazanie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny. Stanowisko takie, potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wynika przede wszystkim z faktu, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają dokonywanie zmian w tym zakresie. Nie oznacza to jednak, że taki sam charakter należy przypisać wszelkim oświadczeniom wykonawcy tylko z tego powodu, że zostały one zamieszczone w dokumencie obejmującym wykaz podwykonawców. W ocenie Izby nie sposób twierdzić, że oświadczenie odnoszące się do istotnego aspektu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co do którego Zamawiający określił swoje bezwzględne wymagania, ma charakter informacyjny dlatego, że przedstawiono je w załączniku zawierającym nazwy podwykonawców. Należy więc stwierdzić że niezależnie od tytułu załącznika nr 13, inny charakter miał sam wykaz nazw podwykonawców, a inny informacja o dostępnym sposobie umawiania wizyt. Druga z tych informacji określała sposób realizacji zamówienia, stanowiła zatem treść oferty i nie ulega wątpliwości, że była to treść nieodpowiadająca wymaganiu z punktu 1 OPZ.

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, że o zgodności z SIWZ nie może świadczyć ogólne zapewnienie o zgodności oferty z treścią SIWZ, zawarte w punkcie 6 formularza oferty. Takie ogólne oświadczenie nie może prowadzić do uznania za niebyłe szczegółowych oświadczeń odnoszących się do poszczególnych merytorycznych aspektów oferty. Nie można z niego wywodzić zgodności oferty z treścią SIWZ w sytuacji, gdy oświadczenie konkretyzujące sposób realizacji zamówienia jest z tą treścią niezgodne. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziło do tego, że w zasadzie w żadnej sytuacji niemożliwe byłoby stwierdzenie niezgodności treści oferty z SIWZ, niezależnie od szczegółowych oświadczeń i dokumentów, gdyż ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia standardowo zamieszczone jest w ofercie w każdym postępowaniu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący złożył oświadczenie, które stanowiło treść oferty i było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie nie można uznać za rozstrzygający fakt, że Zamawiający nie wymagał złożenia oświadczenia w przedmiocie kanałów komunikacji przeznaczonych do rezerwacji wizyt. Skoro zostało ono przedstawione przez Odwołującego, to Zamawiający nie mógł go pominąć i wbrew

przedstawionej mu informacji uznać, że oferta spełnia wymagania SIWZ. Profesjonalny wykonawca musi mieć świadomość odpowiedzialności za składane oświadczenia i przedstawiane dokumenty i nie może oczekiwać, że w sytuacji, kiedy działają one na jego niekorzyść, zostaną uznane za niebyłe.

W ocenie Izby udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uprawniały do oceny, że jego oferta jest poprawna. Wyjaśnienia te zmieniały istotne oświadczenie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, ich przyjęcie prowadziłyby więc do zmiany treści oferty, czego zakazuje art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta co do jej istotnych elementów musi być skonkretyzowana w dacie jej składania i nie można później dowolnie modyfikować jej treści. Na marginesie warto zauważyć, że Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania poprawienia w jego ofercie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie podjął próby wykazania zaistnienia określonych tym przepisem przesłanek. Podkreślić również należy, że wykonawcę, jako profesjonalistę, obowiązuje podwyższony miernik staranności, nie może on zatem przedstawiać dokumentów wprost świadczących o niezgodności oferty z SIWZ, a następnie liczyć na możliwość wycofania się z zawartych w nich oświadczeń lub ich skorygowanie, nawet w sytuacji, gdy dotyczą one istotnego aspektu złożonej oferty.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że skoro Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień w przedmiocie sposobu rezerwacji wizyt wezwał Odwołującego do wyjaśnienia innych kwestii, to znaczy, że uznał ofertę za zgodną z SIWZ, a następnie zmienił zdanie. W ocenie Izby, dopóki Zamawiający nie zakończył badania oferty, nic nie stało na przeszkodzie, aby przed dokonaniem ostatecznej oceny wyjaśniał jeszcze inne aspekty ofert. Z pewnością nie może to być podstawą uznania zarzutów odwołania za zasadne.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego zmierzające do umożliwienia mu złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących sposobu rezerwacji wizyt. W ocenie Izby wezwanie do wyjaśnień z 30 września 2019 r. było precyzyjne, a wystosowanie kolejnego wezwania byłoby niezasadnym umożliwieniem wyjaśniania tej samej kwestii, co do której Zamawiający dysponował informacjami pozwalającymi ostatecznie ocenić prawidłowość oferty.

Podsumowując, odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia, należy uznać za prawidłowe. Inaczej natomiast należy ocenić część argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie. Zamawiający powołał się na przeprowadzoną przez siebie telefoniczną weryfikację możliwości osobistej rezerwacji wizyt w wybranych placówkach, co jest o tyle nietrafione, że po pierwsze – okoliczność ta nie została wskazana w uzasadnieniu odrzucenia jako podstawa faktyczna tej czynności, po drugie – Zamawiający nie potrafił przekonująco

wytłumaczyć, jakie znaczenie mają wyniki tej weryfikacji wobec faktu, że Zamawiający nie wymagał istnienia jeszcze przed zawarciem umowy możliwości rezerwacji wizyt we wskazany przez siebie sposób.

Odnosząc się do przedstawionego przez strony materiału dowodowego podkreślenia wymaga, że o rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy decydowała treść oferty i złożonych wraz z nią dokumentów oraz przedstawionych wyjaśnień. To na ich podstawie należało ocenić, czy zaoferowany przedmiot świadczenia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast próby wykazywania przez obie strony tego, jaka jest obecnie możliwość rezerwacji wizyt w placówkach Odwołującego i jego podwykonawców nie może być rozstrzygająca. W związku z tym nieprzydatne dla rozpoznania sprawy były złożone przez obie strony dowody dotyczące tych okoliczności. Istotne w tej sprawie jest bowiem zawarte w załączniku nr 13 oświadczenie, jego treść i charakter oraz kwestia możliwości jego zmiany późniejszymi wyjaśnieniami.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....