

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska

**Protokolant:** Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II z siedzibą w Bełchatowie;**

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 1 zamówienia;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, 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 zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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

**Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II z siedzibą w Bełchatowie** - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku” (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”); znak sprawy zamawiającego GZP/3800/30/2019.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 22 listopada 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/ S 226-553644.

W dniu 15 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Łodzi** (dalej „odwołujący” lub „Skamex”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 1; dokonania powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie pakietu nr 1 pozycja 10; uznania, że dokumenty i wyjaśnienia złożone przez odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają, że oferta spełnia wymagania SIWZ w zakresie pakietu nr 1 pozycja 10 a w konsekwencji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, ubiegając się o zamówienie w pakiecie nr 1, który podzielony został na 29 pozycji. Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu nr 1, pozycja 10 oczekiwał zaoferowania produktu

o poniższych parametrach: „Strzykawka 50/60 ml. Skala co 1 ml do 60 ml, zakończona stożkiem, jałowa, do cewników. Opakowanie max. 50 szt.”

Odwołujący podkreślał, że zaoferował produkt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający, po notatce firmy Becton Dickinson Polska Sp. z o. o. z 5 marca 2020 r. złożonej w toku postępowania, zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty. Do odpowiedzi z 10 marca 2020 r. Skamex załączył wyjaśnienia oraz zdjęcie zaoferowanej strzykawki, które potwierdza zgodność oferowanego produktu z SIWZ. Zamawiający nie wskazał, że wyjaśnienia są niewystarczające, chociaż zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia oraz zdjęcie zaoferowanej strzykawki stanowiło potwierdzenie zgodności z SIWZ. Zamawiający mógł wezwać wykonawcę do dodatkowych wyjaśnień, a zgodnie z rozdziałem IIIA SIWZ i załącznikiem nr 6 do SIWZ mógł wezwać wykonawcę w piśmie z 9 marca 2020 r. również do złożenia próbek przedmiotu zamówienia, czego nie uczynił.

Określenie dotyczące oferowanego produktu Velo - 50 ml wskazuje tylko na jeden typ strzykawki - 50 ml cewnikowa - i umożliwia jednoznaczną identyfikację produktu. W związku ze zmianą przepisów w dyrektywie o wyrobach medycznych - UE MDR (Medical Device Regulation), która docelowo ma zastąpić obecną dyrektywę europejską w sprawie wyrobów medycznych (93/42 / EWG znane jako MDD) i dyrektywę w sprawie aktywnych implantów medycznych (90/385/EWG znane jako AIMDD), dostosowując opakowanie zaoferowanych strzykawek do nowych wymogów, dodano jednocześnie nazwę Polmil na opakowaniu i wprowadzono zmianę oznaczenia z Velo na Polmil na strzykawce. Zaoferowane przez firmę Skamex strzykawki, są zgodne z wymaganiami zamawiającego i są skalowane co 1 ml do 60 ml. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przedstawił zdjęcie oferowanego produktu oraz jego opakowania. Odwołujący wskazywał, że być może wątpliwości zamawiającego mogą wynikać z faktu, że w notatce służbowej firmy Becton Dickinson z 5 marca 2020 r. wklejono zdjęcie strzykawki Velo - 50 ml, która nie jest już produkowana i w obrocie mogą występować resztki z poprzednich dostaw. Tym samym treść oferty złożonej przez Skamex w pakiecie nr 1, poz. 10 odpowiada treści SIWZ, a oferta nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Analizując dokonaną przez zamawiającego czynność, odrzucenie oferty odwołującego stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, oraz podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania. Oferta bowiem to oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego (zgodnego z wymaganiami określonymi w formularzu ofertowym). Zamawiający, powziąwszy wątpliwość co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ prawidłowo uczynił, żądając wyjaśnień dotyczących treści

złożonej przez niego oferty. Niezrozumiałe jest jednak, dlaczego wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie zostały uwzględnione. Zamawiający nie może obarczać odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieściśłości swojego wezwania, a niewątpliwie z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - zamawiający wezwał odwołującego 9 kwietnia 2020 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów, a odwołujący wyjaśnienia te 10 kwietnia 2020 r. złożył. Ocena ofert musi zostać dokonana zgodnie z pierwotnymi zapisami SIWZ.

Odwołujący podkreślał, że złożone przez niego wyjaśnienia, uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie prowadziły do jakichkolwiek zmian w treści jego oferty. Odwołujący nie zmienił żadnych z wymaganych informacji, a jedynie je potwierdził.

Dalej wywodził, że odrzucenie oferty, jako nieodpowiadającej SIWZ wymaga ustalenia tej niezgodności. W orzecznictwie podnosi się, że zamawiający przed odrzuceniem oferty musi udowodnić, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt nie posiada wymaganych przez zamawiającego cech. W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego ta informacja się nie znalazła. Tak naprawdę nie wiadomo z jakiego powodu oferta odwołującego została odrzucona - nie można bowiem zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, który zarzuca Skamex, że „nie potwierdził zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaferował strzykawkę 50/60 ml bez skali co 1 ml do 60 ml.”

Odwołujący podkreślił w złożonych wyjaśnieniach, jak również nadal podkreśla z całą mocą, zgodność zaoferowanego asortymentu z wymogami zamawiającego w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Jeżeli więc zamawiający zażądał wyjaśnień i dokumentów, a odwołujący przedstawił wyjaśnienia oraz fotografię produktu z których wynika, że oferowany produkt odpowiada wymaganom SIWZ, odrzucenie oferty odwołującego, zostało dokonane z naruszeniem podstawowych zasad postępowania i ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego de facto wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę (w tym wypadku odwołującego) określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze, z zamiarem zaferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe, wyrażone jako normy prawne, w sposób przejrzysty odnaleźć można w przepisie art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być spowodowane wyłącznie niezgodnością zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w treści SIWZ. Przy czym zastosowanie przez zamawiającego

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowej sytuacji, zamawiający skorzystał jednak z możliwości które przewiduje art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i mimo uzyskania potwierdzenia odwołującego, że asortyment odpowiada wymaganiom, podjął niezrozumiałą decyzję o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący na każdym etapie postępowania twierdził i twierdzi, że oferuje asortyment, który spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ. Brak było jakichkolwiek podstaw prawnych i merytorycznych do odrzucenia jego oferty, bowiem nie sposób znaleźć uchybienia, które pozwoliłyby stwierdzić, że odwołujący nie dopełnił formalności lub przedłożył ofertę niezgodną z SIWZ. Przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi wyrok z 24 czerwca 2010 r. (KIO 1096/10), w którym Izba wskazała, że zamawiający nie może pomijać wyjaśnień i oświadczeń, które składają wykonawcy, na wezwanie Zamawiającego. Z kolei w wyroku z 20 maja 2011 r. (KIO 948/11) Izba zwróciła uwagę, że to nie podstawa prawna decyduje o prawidłowości złożenia wyjaśnień. Nawet, jeżeli podstawa prawna wezwania do wyjaśnień jest nieprawidłowa, to wykonawca, który zastosował się do wystosowanego wezwania, nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy zawsze stanowią bowiem integralną część oferty. Z kolei w wyroku o sygn. akt KIO 1559/11 zwrócono uwagę, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający, dokonując czynności badania i oceny ofert, nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również całość oferty i złożone wyjaśnienia, w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ.

Dalej, odwołujący zauważył, że zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie zamawiającego w niniejszej sprawie stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ. Przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty

najkorzystniejszej. Ustawodawca określił takie dopuszczalne zmiany w ofertach wykonawców, tak przez wprowadzenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, jak i art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wykonawcy zatem, składając oferty w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie realizował swoje obowiązki ustawowe. Realizacja tych obowiązków jest bowiem wyrazem przejrzystości postępowania, a więc przekłada się na konkurencyjność postępowania. Tym samym, jeśli zamawiający uchyla się od ciężącego na nim obowiązku poprawy oferty z art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, to narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (tak w wyroku sygn. akt KIO 773/16).

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że aby dokonać odrzucenia oferty zamawiający, po pierwsze musi mieć pewność, że oferta podlega odrzuceniu, a po drugie, musi swoje ustalenia w tym zakresie uzewnętrznić wykonawcy w postaci podania dokładnej argumentacji, w oparciu o którą podjął czynność uznania, że dana oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający nie wskazując konkretnych zastrzeżeń odnośnie oferty odwołującego, nie czyni zadość przepisom ustawy. Co więcej warto przypomnieć, że na etapie składania odwołania, rolą KIO nie będzie dokonywanie za zamawiającego analizy całościowej oferty, ale dokonanie oceny zasadności czynności zamawiającego w tym zakresie, uzewnętrznionej w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty i objętej zarzutami odwołania.

Analizując powyższe, należy wskazać, że zamawiający, odrzucając ofertę Skamex, w sposób rażąco naruszył przepisy ustawy (w szczególności podstawowe zasady postępowania). Warto podkreślić, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez zamawiającego wykonawców pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełnienia. Oznacza to, że zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyr. TSUE z: 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14).

Z kolei Dyrektywa 2014/24/UE w preambule, w motywie 90 wskazuje, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Dalej podkreślono: aby zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia.

Zamawiający, 17 czerwca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, na posiedzeniu 20 lipca 2020 r., działając na podstawie art. 186 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego na rozprawie w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez Skamex, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona, jako niezgodna z treścią SIWZ. W przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołującego, miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i zawarcie umowy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez zamawiającego na rozprawie, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu, treści korespondencji prowadzonej w toku postępowania przez zamawiającego z odwołującym.



## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego postępowania, zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 SIWZ jest dostawa sprzętu medycznego jednorazowego użytku. W pkt 3, opisującym wielkość i zakres zamówienia zamawiający poinformował, że zamówienie zostało podzielone na 87 pakietów, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w Załączniku nr 2 do SIWZ. W spornym pakiecie, oznaczonym nr 1 wydzielonych zostało 29 pozycji.

Odwołujący złożył ofertę w pakiecie nr 1. W pozycji nr 10, którą zamawiający opisał w tabeli: „Strzykawka 50/ 60 ml. Skala co 1 ml do 60 ml, zakończona stożkiem, jałowa, do cewników. Opakowanie mx 50 szt.” wpisał: „Strzykawka cewnikowa 50 ml/ VELO - 50 ml”. Nie wskazał dla tej pozycji numeru katalogowego produktu.

Izba ustaliła następnie, że w związku z tym oświadczeniem w treści formularza, wykonawca Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. (dalej „Becton Dickinson”), poinformował zamawiającego, że produkt oferowany przez Skamex w pakiecie 1, poz. 10 jest niezgodny z treścią SIWZ z uwagi na to, że zaoferowana strzykawka nie posiada skali co 1 ml do 60 ml. Zamawiający, mając na uwadze powyższe, zwrócił się do odwołującego pismem z 8 marca 2020 r., o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie, w jakim budziło to wątpliwości innego wykonawcy. Do wezwania załączył pismo firmy Becton Dickinson, z prośbą o odniesienie się do jego treści.

W odpowiedzi na pismo, odwołujący złożył oświadczenie, że w zakresie spornej pozycji zaoferował strzykawkę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia. Odniósł się do sformułowanego w treści pisma zarzutu, że brak jest w oferowanej strzykawce skali pomiędzy 50 ml a 60 ml. Załączył przy tym zdjęcie produktu, który zaoferował zamawiającemu. W piśmie podniósł również kwestię nr katalogowego - informując, że wpisał tam numer wewnętrzny pod jakim strzykawki są zarejestrowane w systemie fakturowania.

Następnie, zamawiający pismem z 5 czerwca 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym stwierdził, że wykonawca Skamex zaoferował w formularzu cenowym strzykawkę cewnikową 50 ml/ VELO – 50 ml, co do której nie potwierdził zgodności z wymaganiami SIWZ.

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, który to pogląd można uznać za ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczone). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt KIO 775/19). Badanie przez zamawiającego treści oferty i ocena składanych przez wykonawcę oświadczeń, pod kątem zgodności przedmiotu oferowanego z zamawianymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, polegać winna zatem zawsze na porównaniu wymagań stawianych w SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. Jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie, na przykład co do parametrów oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, istnieje podstawa do odrzucenia oferty.

Przypomnieć należy również, że zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać a jeśli treść oferty budzi wątpliwości, aby w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnić stwierdzone niezgodności czy niejasności i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wprawdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego, działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem. Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że oferowany produkt jest niezgodny z treścią SIWZ w zakresie, w jakim brak jest w strzykawce skali co 1ml do 60 ml. Jak wynika z akt niniejszej sprawy to właśnie ta okoliczność stanowiła podstawę decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty Skamex.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał z kolei na inną okoliczność tj. że strzykawka, której zdjęcie przedstawił odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - to inny produkt niż wynikało z treści oferty. Przyznał wprawdzie, że produkt na zdjęciu posiada skalę co 1 ml do 60 ml, ale nie jest tym, który wpisał Skamex w tabeli. Co istotne zamawiający wniosek ten oparł na tym, że na zdjęciu, na strzykawce widnieje nazwa Polmil, natomiast w treści tabeli wpisane jest Velo, co identyfikuje inny produkt tj. ten, który był wcześniej znany zamawiającemu i użytkowany w szpitalu i jednocześnie ten sam, który przedstawił na zdjęciu wykonawca Benton Dickinson.

Skład orzekający zauważył, że o ile zamawiający, opierając się na oświadczeniu złożonym przez Skamex w tabeli, po uzyskaniu informacji od innego wykonawcy, słusznie powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Zasadne zatem było zwrócenie się przez zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o stosowne wyjaśnienie. Jednakże dalsze czynności podjęte przez zamawiającego w toku postępowania, należy uznać za naruszające przepisy i zasady wskazane przez Skamex w treści odwołania. Zamiast wyjaśnić wątpliwości wynikające z różnicy w nazewnictwie na strzykawce, którą zaprezentował odwołujący na zdjęciu a treścią oferty - deklaracją w tabeli, zamawiający założył, że są to dwa inne produkty. Tymczasem, jak wykazał odwołujący na rozprawie, okazując próbki produktów, produkuje dwie różne strzykawki: jedną o nazwie Polmil Velo, którą zaoferował zamawiającemu, posiadającą skalę co 1ml do 60 ml oraz o nazwie Velo, bez skali na strzykawce pomiędzy 50 ml a 60 ml, a zatem nie odpowiadającą wymaganiom opisanym w SIWZ. Jak wyjaśnił na rozprawie wcześniejszy model, o nazwie Velo, nadal jest produkowany z tego powodu, że Skamex ma zawarte i nadal obowiązujące umowy z odbiorcami tego produktu i zobowiązany jest do ich dostarczenia.

Izba dostrzegła wprawdzie, że odwołujący wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty, w sposób lakoniczny odniósł się do pisma Becton Dickinson, jednakże udzielił odpowiedzi w zakresie, który zamawiającego interesował. Nie sposób zatem uznać, że to brak wyjaśnień złożonych na tym etapie przez Skamex, które prezentowałyby jaki produkt został zaoferowany i że jest to ten sam, który pokazano na zdjęciu, uprawniało zamawiającego do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, odpowiadając na pytanie zamawiającego, zamieścił zdjęcie produktu, który posiadał skalę co 1 ml do 60 ml. To, czy był to ten sam produkt, który zaoferował w postępowaniu, czy też w wyjaśnieniach posłużył się fotografią innej strzykawki zamawiający winien wyjaśnić, zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty.

W ocenie składu orzekającego odwołujący na rozprawie w sposób dostateczny wykazał, że nie dokonał zmiany produktu na etapie składania wyjaśnień. Wprawdzie w tabeli wpisał jedynie Velo 50, ale nazwa ta identyfikować może w równym stopniu jeden, jak i drugi model strzykawki. Nie zmienia tego również okoliczność, że na oferowanym modelu na opakowaniu jest numer katalogowy, zaś na starym taki się nie znajduje. Nie sposób wywieść z tej okoliczności wniosku, jaki formułował zamawiający, że gdyby chodziło o produkt Polmil Velo, odwołujący wpisałby numer katalogowy w tabeli. Nie wpisał go, albowiem w przypadku produktu wcześniej produkowanego - taki numer nie został nadany. Ponownie podkreślić należy, że powodem odrzucenia oferty odwołującego nie był brak wpisania numeru katalogowego w treści oferty, czy też fakt, że zaprezentowany na zdjęciu produkt jest innym niż zaoferowany w ofercie, ale konkretna okoliczność - brak skali na strzykawce.

Izba podzieliła argumentację odwołującego, że zamawiający zdaje się całkowicie pomijać treść wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i złożone oświadczenia, że produkt jest zgodny z SIWZ. Argumentacja zamawiającego, zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie, sprowadzała się do stwierdzenia, że w ofercie został zaoferowany produkt, który następnie został zmieniony. W tym miejscu przypomnieć należy, że zamawiający dokonując oceny złożonej oferty opierać winien się wyłącznie na oświadczeniach składanych w toku postępowania i te oceniać. Ani wiedza zamawiającego, którą posiada z racji prowadzonej działalności, ani też informacje pozyskiwane od innych uczestników rynku, nie mogą być podstawą do formułowania wniosków co do oferowanych przez wykonawców rozwiązań czy produktów. Jak zauważył odwołujący, w tym przypadku, gdyby zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie z jakich powodów na strzykawce widnieje inna nazwa - odwołujący wyjaśniłby przedmiotowe rozbieżności.

Izba nie podzieliła też argumentacji zamawiającego, który podnosił, że wobec niejasnej treści oferty odwołującego mogą wystąpić problemy przy dokonywaniu odbiorów produktów. Niezależnie od przebiegu procedury odbiorowej, obowiązkiem zamawiającego jest weryfikować nie samo opakowanie w którym dostarczane są strzykawki, ale też wyrób. Zgodnie z opisem zamieszczonym w treści tabeli - strzykawka musi mieć skalę co 1 ml do 60 ml, a zatem inny produkt, niezgodny z opisem, nie zostałby odebrany.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:** .....