

WYROK
z dnia 21 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. **przez odwołującego:** M.F. S.A. (...) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** P.M.C. sp. z o.o. (...)

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty celem wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim poprawieniu w ofercie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego:
 - a.) w tabeli załącznika nr 20 do oferty w poz. 25 na str. 63 oferty na: „TAK, 4 podwójne antystatyczne, kółka o średnicy 150 mm”
orazpo wezwaniu odwołującego do dodatkowych wyjaśnień oferty w zakresie:
 - b.)możliwości regulacjiwysokości leża wymaganej przez zamawiającego w SIWZdla łóżeczek niemowlęcych (...)
 - c.) właściwości antybakteryjnych wózka wielofunkcyjnegozgodnie z uzasadnieniem wyroku

2. kosztami postępowania obciąża P.M.C. sp. z o.o. (...)

i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M.F. S.A. (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od P.M.C. sp. z o.o. (...) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz M.F. S.A. (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

Pismem z dnia 29 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę M.F. S.A. (...) zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez P.M.C. sp. z o.o. (...) zwane dalej „zamawiającym”.

Odwołanie złożono w oparciu o art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DZ.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest „Wyposażenie nowego budynku Szpitala obejmujące dostawę, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego wraz z oprogramowaniem, oraz wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj, wyposażenia Pracowni Obrazowej”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr (...) z dnia 05.01.2017 r., dalej również jako „Zamówienie” lub „Postępowanie”.

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

1. unieważnieniu Postępowania;
2. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
3. zaniechaniu poprawienia omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego,

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) naruszają następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie omyłki w ofercie niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie Postępowania pomimo złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Jak podaje odwołujący powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego Zamówienia (Odwołujący złożył jedyną ofertę) i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. W związku z tym stwierdzić należy, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego Odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty M.F. S.A. z siedzibą w Ł.;
3. poprawienia w ofercie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty

Odwołującego:

- a. w tabeli załącznika nr 20 do oferty dotyczącej łóżeczka niemowlęcego (...) w poz. dot. zakresu wysokości regulacji leża na: „TAK - zakres regulacji wysokości leża od 880 mm do 1000 mm”,
- b. w tabeli załącznika nr 20 do oferty w poz. 25 na str. 63 oferty na: „TAK, 4 podwójne antystatyczne, kółka o średnicy 150 mm”.

Zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania (w tym informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego) zostało przekazane Odwołującemu w dniu 20 czerwca 2017 r.,- toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art, 182 ust. 1 pkt 1 ustawy został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie odwołania zawiera następującą argumentację formalną i prawną.

I. Wprowadzenie

Przedmiotem zamówienia w niniejszym Postępowaniu jest dostawa, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego i pomocniczego (niemedycznego), zaprojektowanie, wybudowanie wraz z dostawą, montażem i wdrożeniem wyposażenia pracowni obrazowej wraz z finansowaniem całego przedmiotu zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ Parametry techniczne, Załącznik nr 6 do SIWZ program funkcjonalno-użytkowy, Załącznik nr 8 do SIWZ. Projekt budowlany - powykonawczy. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych.

M.F. S.A. jest firmą specjalizującą się w finansowaniu przedsiębiorstw, zwłaszcza działających w sektorze szeroko rozumianej służby zdrowia. Zgodnie z SIWZ przedmiot Zamówienia w postaci dostaw i robót miał być wykonany w ciągu 180 dni, natomiast okres spłaty rat przewidziano na 96 miesięcy. Z tego względu to właśnie M.F. S.A. złożył ofertę, siłą rzeczy bazując na podwykonawcach którzy będą odpowiadać za część techniczną. Przy czym do współpracy zaangażowano uznanych i wiodących na rynku dostawców sprzętu

medycznego, w szczególności P. S.A., który od ponad 25 lat dostarcza kompleksowe rozwiązania dla szpitali.

Kolejną kwestią jaką na wstępie należy wyartykułować jest skala przedsięwzięcia. Zakresem zamówienia objęto blisko 50 zbiorczych pozycji asortymentowych, szczegółowo rozpisanych w załączniku 3, zawierającym łącznie tysiące kazuistycznych parametrów. Przy czym zamówienie rozciąga się od ciężkiego sprzętu medycznego instalowanego w pracowni diagnostyki obrazowej po drobne wyposażenie (jak kozetka lekarska itp.).

Odwołujący złożył jedyną ofertę, którą Zamawiający odrzucił wytykając pięć odstępstw od SIWZ, a w konsekwencji unieważnił Postępowanie (por. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 20.06.2017 r. - załącznik nr 1 do odwołania). Z tymi decyzjami nie może się zgodzić Odwołujący.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zarzut dot. łóżeczek niemowlęcych (...)

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał, że w załączniku nr 20 do oferty - Wykonawca zaoferował łóżeczko niemowlęce (...), które nie posiada możliwości regulacji wysokości leża wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ, Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z 12.06.2017 r. złożonych przez Odwołującego, M.F. podjął próbę zmiany treści oferty w powyższym zakresie, co jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie może zgodzić się z powyższym, gdyż rzeczywiste właściwości zaoferowanego przez Odwołującego łóżeczka (...) odpowiadają wymaganiom SIWZ, na potwierdzenie czego w wyjaśnieniach z dnia 12.06.2017 r. przedstawiono kartę techniczną wyrobu (...), z której wynika zakres regulacji wysokości leża od 880 mm do 1000 mm.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, wyjaśnienia M.F. z dnia 12.06.2017 r. ograniczały się jedynie do sprecyzowania właściwości konkretnego wyrobu o wskazanym symbolu umożliwiającym jego identyfikację w grupie produktów dostępnych na rynku. Nie uległa zmianie cena, przedmiot, czy warunki dostawy. Tak więc oferta Odwołującego w omawianym zakresie opiewa na wyrób w pełni zgodny z SIWZ, co jedynie omyłkowo nie zostało dostatecznie wyraźnie wykazane. Niewątpliwie jednak poprawienie wartości omawianego parametru zaoferowanego sprzętu nie zmienia oświadczenia woli Wykonawcy, co do dostarczenia Zamawiającemu łóżeczek (...), zwłaszcza że obiektywne fizyczne właściwości tego łóżeczka są zgodne z SIWZ (czemu daje wyraz treść karty katalogowej dołączonej do wyjaśnień).

Nie było intencją Wykonawcy zaoferowanie jakiegokolwiek innego łóżeczka niż produkowany przez firmę Alfa Green sp. z o.o, model (...). Błędna informacja co do zakresu regulacji wysokości leża od 900 do 980 mm podczas, gdy realnie łóżeczko posiada regulację od 880 do 1000mm, nie może wpływać na ocenę rzeczywistej treści oferty Wykonawcy, zwłaszcza,

że Odwołujący jednoznacznie potwierdził dostępność parametru („TAK”). Bez wątplenia zatem omyłka ta miała charakter innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska może być uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 12.07.2012 r. o sygn. VI Ga 114/12 , w którym uznano, że błędne przepisanie parametrów oferowanego sprzętu może stanowić oczywistą omyłkę pisarską oraz taką, która podlega usunięciu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp: „Poczynione przez Izbę prawidłowe ustalenia w zakresie stanu faktycznego stanowią podstawę dla stwierdzenia, że omyłka, której zaistnienie jest niewątpliwe miała charakter omyłki oczywistej. Oceny oczywistości omyłki dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Należy; zatem mieć na uwadze specyfikę postępowania przetargowego, którego dotyczy niniejsza sprawa, w szczególności fakt, iż ilość oferowanych na rynku autobusów i proponowanych do nich silników jest ograniczona oraz fakt, iż zamawiający jest profesjonalistom posiadającym rozeznanie rynku. Oczywistość omyłki wykonawcy potwierdzają zarówno jego wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego, jasno bowiem z nich wynika w jakich okolicznościach omyłka powstała (przy przepisywaniu do oferty parametrów silnika z dokumentu homologacji), jak i fakt, iż zamawiający sam omyłkę tą odkrył. Sąd, z powyższej przyczyny, nie podziela prezentowanych przez skarżącego - zamawiającego wywodów odnośnie braku możliwości przypisania omyłce wykonawcy charakteru omyłki oczywistej. Tym samym za bezzasadny uznaje zarzut naruszenia przez Izbę art. 87 ust 2 pkt 1 pzp. (...).W ocenie Sądu omyłka wykonawcy w oznaczeniu pojemności oferowanego silnika winna zostać poprawiona, jak już wyżej wskazano, jako oczywista omyłka pisarska. Jednakże zakładając, iż po stronie zamawiającego istniała wątpliwość, odnośnie oczywistości omyłki, która to kwestia pozostaje kwestią ocenną, zamawiający winien był dokonać sprostowania na podstawie art. 87 ust pkt 3 pzp. Błędne jest przy tym rozumowanie zamawiającego zaprezentowane w uzasadnieniu skargi, iż w tymże trybie prostowane mogą być tylko omyłki, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wbrew twierdzeniom skarżącego uzasadnione jest przyjęcie, iż skoro ustawodawca dopuścił możliwość sprostowania omyłki, która powoduje niezgodność z SIWZ to tym bardziej uzasadnione jest dokonanie sprostowania w zakresie, który nie jest niezgodny z warunkami przetargu (a maiori ad minus).

Mając na uwadze powyższe pierwszy powód odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za nietrafiony.

2. Zarzut dotyczący minimalnej wysokości łóżek elektrycznych

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 20 do oferty Wykonawca zaoferował łóżka elektryczne wzmożonego nadzoru z materacem piankowym oraz szafką przyłóżkową - oferowany model/typ H.R z kółkami podwójnymi nie spełniające wymogu wysokości minimalnej leża mierzonej od podłoża do górnej płaszczyzny segmentów leża bez materaca.

Z takimi twierdzeniami Zamawiającego Wykonawca nie może się zgodzić. Przede wszystkim Zamawiający nie sprecyzował na czym opiera swoje ustalenia w tym zakresie, ani do których dokładnie łóżek z typu H.R (były oferowane w różnych specyfikacjach w zależności od tabeli wymagań) zgłasza obiekcje co stanowi uzasadnienie dla zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 PZD). Zwłaszcza, że w ofercie Odwołujący potwierdził dla wszystkich łóżek zgodność parametrów wysokości minimalnej leża, i to zapewnienie Odwołujący podtrzymuje.

Z ostrożności Odwołujący podnosi, że źródłem danych nt. właściwości ww. łóżek są informacje znane mu z instrukcji obsługi tych urządzeń, ale także z faktu, że jego podwykonawca P. S.A. od lat sprzedaje te wyroby i nawet aktualnie posiada je w swoim magazynie. Producent określa w milimetrach wartości wysokości leża zaznaczając, że są to wartości średnie, które ze względu na założony margines odstępstw bywają inne dla danej partii. W związku z tym wyprodukowane łóżka mogą się między sobą nieznacznie różnić właśnie co do wysokości leża. Oczywiście to są niuanse nie mające żadnego znaczenia praktycznego (mówimy o kilku milimetrach), niemniej Odwołujący z pełnym przekonaniem i w porozumieniu z P. S.A. potwierdził spełnianie parametru, a tym samym zobowiązanie do dostarczenia łóżek zgodnych z SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący traktuje zarzut jako bezpodstawny.

3. Zarzut dotyczący kółek antystatycznych do łóżek elektrycznych

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 20 do oferty (str. 63) Wykonawca zaoferował łóżka elektryczne wzmożonego nadzoru z materacem piankowym oraz szafką przyłóżkową - oferowany model/typ H.R - wyposażone w 4 pojedyncze kółka antystatyczne zamiast wymaganych przez Zamawiającego 4 podwójnych kółek antystatycznych.

Odwołujący podnosi, że powyższe ustalenie Zamawiającego nie mogło skutkować odrzuceniem oferty, gdyż niezgodność z SIWZ stwierdzona przez Zamawiającego stanowi nieistotną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, podlegającą obowiązkowej poprawie.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wymagał dostarczenia wielu łóżek o różnych parametrach. Łóżka H.R znajdują się w ofercie na stronie 56 i nast. - najpierw 7 kpi, w kolejnej tabeli 2 kpi (str. 59) i 2 kpi na stronie 62 i nast. W dwóch pierwszych przypadkach Zamawiający wymagał łóżek z 4 pojedynczymi kółkami antystatycznymi, a w trzecim pojawiły się kółka podwójne. Doprowadziło to do pomyłki przy przepisywaniu właściwości

oferowanego sprzętu w poz. 25 na stronie 63 oferty. Odwołujący wkleił treść skopiowaną z wcześniej opisanej konfiguracji, nie dokonując zmiany słowa „pojedyncze” na „podwójne”. Nie było to działanie zamierzone, a nieumyślna omyłka której źródłem jest zarówno obszerność oferty jak i wielość pozycji, dla których uwzględniono łóżka H.R (dostępne zarówno z kółkami pojedynczymi jak i podwójnymi). Całkowicie nieracjonalnym działaniem byłoby zaoferowanie przez Odwołującego łóżek bez podwójnych kółek w sytuacji gdy nie ma to wpływu na cenę rzędu 25 mln zł.

Tym samym uznać trzeba, iż powyższe stanowiło niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający był zobligowany poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

4. Zarzut dotyczący właściwości antybakteryjnych wózka wielofunkcyjnego

Jako kolejny argument do odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 45 w poz. 40 do oferty Wykonawca zaoferował wózki wielofunkcyjne - oferowany model/typ – (...) - 31szt. (prawidłowo wg oferty Wykonawcy: „Wózek model: (...) - 2 szt”), wózek/model - (...) - 31 szt., wózek/model - (...) - 14 szt., producent F.H.P. S.p.A., które zdaniem Zamawiającego nie spełniają wymogu w zakresie opisanych tam właściwości antybakteryjnych.

Odwołujący potwierdza w ślad za treścią swojej oferty, że zaoferowane wózki wielofunkcyjne wykonane są w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych. Ponownie Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia dla swoich wniosków, zwłaszcza nie wskazał przyczyny dla których odmówił wiarygodności zapewnieniom Odwołującego co do właściwości antybakteryjnych ww. wózków.

Co prawda do Zamawiającego trafiło pismo firmy P.M. z informacją od producenta wspomnianych wózków (F.H.P. S.p.A.), jednak miało to miejsce w dniu 22 czerwca 2017 r., podczas gdy odrzucenia oferty Wykonawcy dokonano dwa dni wcześniej (20.06.2017 r.). Trudno zatem wywieść jakie było źródło wiedzy Zamawiającego nt. spornych wyrobów, niezależnie jednak od tego Zamawiający jest w błędzie. W szczególności oświadczenie F.H.P. S.p.A. pozostaje bez związku z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Zamawiający żądał, aby wózki wielofunkcyjne były wykonane w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych, a nie „w technologii zawierającej powłokę antybakteryjną”. Ponadto, oświadczenie wytwórcy najprawdopodobniej zostało wydane w odpowiedzi na bliżej nie znane zapytanie, bez którego znajomości nie sposób poznać kontekstu wypowiedzi producenta F.H.P. S.p.A.

W związku z powyższym w odwołaniu stwierdza się, iż treść oferty Odwołującego odpowiadała treści SIWZ w powyższym zakresie i nie podlegała odrzuceniu z w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

5. Zarzut dot. objęcia ofertą pozycji sprzętu, które nie były objęte przedmiotem postępowania

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający poinformował Wykonawcę, że w załączniku nr 45 do oferty Wykonawca nie uwzględnił modyfikacji załącznika nr 3.45 do SIWZ dokonanej przez Zamawiającego 11 stycznia 2017 r. i tym samym objął swą ofertą pozycje sprzętu, które nie były objęte przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. dodatkowe względem oczekiwań Zamawiającego: waga 7 szt. oraz waga niemowlęca 1 szt.

Jak Odwołujący zaznaczał w wyjaśnieniach z dnia 12.06.2017 r. w załączniku nr 45 zostały uwzględnione wagi zaoferowane jako komplet z produktami zaoferowanymi w poz. 15 (tj. stolik do przewijania niemowląt - przewijak (7kpl.), oraz w poz. 24 (zestaw do przewijania i pielęgnacji noworodka - 1 kpi.). Wagi wymienione w załączniku nr 45 są częścią innej pozycji (w zestawie) i nie mają żadnego wpływu na wartość oferty (nie były osobno wyceniane).

Tym niemniej oferta przewidująca dodatkowe elementy, a zatem oferująca coś więcej niż wymaga SIWZ, nie może być uznana za niezgodną z SIWZ. Potwierdza to chociażby wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. o sygn. KIO 607/11, dotyczący stanu faktycznego, w którym wykonawca zaoferował termin gwarancji o 12 miesięcy dłuższy niż przewidywała to. SIWZ (w SIWZ wymagano „minimalnego okresu gwarancji 24 miesiące nie dłuższego niż 36 miesięcy”, natomiast wykonawca zaoferował termin 48 miesięcy): „Izba wskazuje, że poprzez określenie w ofercie gwarancji o 12 miesięcy dłuższej przystępujący zaoferował zamawiającemu dodatkowy; bardziej korzystny, termin gwarancyjny na oferowane wyroby, w którym bezsprzecznie mieści się w termin określony w załączniku nr 1 do siwz. Wobec powyższego, zdaniem Izby w przedmiotowym stanie faktycznym niezasadnym jest twierdzenie, że treści oferty F. jest niezgodna z treścią specyfikacji i tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.n.

Jak wskazuje się w orzecznictwie norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Tym samym, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia jedynie w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości: „interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakazuje odniesienie normy tegoż przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można więc mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego

realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w specyfikacji.” (przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r. o sygn. KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17, wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r. o sygn. KIO 354/15).

Jak dalej odwołujący stwierdza bez wątpienia zatem, w niniejszej sytuacji nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, a tym samym przepis ten nie mógł znaleźć zastosowania.

6. Brak podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1

Pzp

Wobec stwierdzenia niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać, że Postępowanie nie zasługiwało na unieważnienie, a co za tym idzie podjęcie tej czynności narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe odwołanie uznano konieczne i uzasadnione.

Pismem datowanym na dzień 18.07.2017 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający potwierdza, że w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta - oferta odwołującego. Zamawiający ponadto również stoi na stanowisku, że przedmiot postępowania obejmuje bardzo szeroki zakres asortymentowy, poczynając od tomografu komputerowego i wyposażenia pracowni diagnostyki obrazowej, a skończywszy na drobnych elementach wyposażenia szpitala. Nie powinno to jednakże przesłaniać zasadniczej kwestii - oferta odwołującego została sporządzona w sposób niedbały, a może nawet niechlujny. Zawierała ona dalece więcej błędów, nieścisłości i niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej również: SIWZ), które zamawiający starał się pieczołowicie, w granicach przewidzianych przez pzp, usunąć, aby nie dopuścić do unieważnienia postępowania. Niestety, w przypadku kilku z błędów odwołującego, zamawiający był całkowicie bezradny, co spowodowało konieczność odrzucenia oferty i konsekwentnie unieważnienia postępowania.

Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że nawet najdrobniejsze, niedające się usunąć niezgodności z treścią specyfikacji muszą prowadzić do odrzucenia oferty. Zaniechanie odrzucenia takiej oferty rodzi bowiem bardzo dalekie konsekwencje. Nie licząc odpowiedzialności przewidzianej w przepisach pzp (kara pieniężna) oraz na tle dyscypliny finansów publicznych, takie zaniechanie przede wszystkim uniemożliwi realizację umowy. Zgodnie z treścią art. 40 ust. 1 pzp: „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie” Zamawiający nie mógłby odebrać zaoferowanych urządzeń niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ani też przyjąć innych niż te, które wskazano w treści oferty. Doprowadziłoby to do konieczności odstąpienia od umowy i przeprowadzenia skomplikowanych rozliczeń świadczeń stron oraz -

konsekwentnie - wszczęcia nowego postępowania. Względem na ekonomię działań wskazuje zatem na zasadność interwencji na wcześniejszym etapie, to jest odrzucenia oferty i niedopuszczenia do zawarcia niedającej się zrealizować prawidłowo umowy.

Zamawiający oprócz powyższych wywodów odniósł się szczegółowo do w jego ocenie uchybień oferty, powodujących jej odrzucenie.

1. Łóżeczka niemowlęce

Zamawiający w pełni podtrzymuje swoje przekonanie o niezgodności z treścią SIWZ zaoferowanych przez Odwołującego łóżeczek niemowlęcych (...).

Odwołujący nie zaprzecza, że w drodze wyjaśnień z dnia 12 czerwca 2017 roku dokonał pewnej modyfikacji treści swej oferty w powyższym zakresie. Odwołujący nie zaprzecza ponadto, że w pierwotnym brzmieniu treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ (stosownie do ezopowej mowy ujętej w treści Odwołania: „co jedynie omyłkowo nie zostało dostatecznie wyraźnie wskazane”). Zasadniczą kwestią jest ocena, czy wprowadzona modyfikacja jest dopuszczalna, względnie, czy Zamawiający był zobowiązany dokonać interwencji w treści oferty samodzielnie.

Należy z całą stanowczością podkreślić, że owo „niedostatecznie wyraźne wskazanie” nie polegało np. na pominięciu fragmentu opisu technicznego, jakiegoś rodzaju luce w wypełnianej tabeli, czy np. mechanicznego powielenia treści z innej pozycji tabeli (wszystkie te rodzaje uchybień Odwołujący obficie zastosował w swej ofercie), ale na ewidentnym i prostym wskazaniu wymaganego parametru - regulacji wysokości leża - w sposób niezgodny z treścią SIWZ.

W treści pkt 1 załącznika nr 20 do SIWZ Odwołujący podał bowiem zakres regulacji od 900 do 990 mm w miejsce wymaganego zakresu 880 do 1000 mm.

Pomijając już kwestię, czy zaoferowane urządzenie w ogóle posiada możliwość regulacji wysokości leża, co wydaje się być wykluczone z uwagi na konstrukcję łóżeczka, o podany parametr jest wprost niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, został wprowadzony do tabeli przez Odwołującego samodzielnie (nie został np. przeklejony z innej pozycji), do tego do oferty nie załączono (wobec braku wymogu Zamawiającego) jakichkolwiek dokumentów wskazujących na określenie właściwej wartości parametru.

Powyższe sprawia, że po stronie Zamawiającego nie istniał nie tylko obowiązek, ale nawet i najmniejszy pretekst oraz ślad uzasadnienia do dokonania zmiany. Żadną miarą uchybienie to nie miało bowiem charakteru omyłki pisarskiej, rachunkowej czy innej, niepowodującej istotnej zmiany w ofercie. Zamawiający nie jest żadną miarą uprawniony - w braku jakichkolwiek informacji w ofercie - do samodzielnego ustalenia wysokości parametru i poprawienia go. Tym samym zarzut niedokonania poprawienia omyłki jest całkowicie chybiony. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby przy ofercie znalazły się np. karty katalogowe, wskazujące na parametr we właściwej wysokości.

Nawiasem mówiąc, w przedmiotowej sprawie karta katalogowa łóżeczka nie zawierała pierwotnie w ogóle informacji nt. powyższego parametru, co wraz z analizą jego konstrukcji prowadzi Zamawiającego do wniosku, że łóżeczko to w ogóle takiej możliwości nie posiada. Sformułowanie zarzutów Odwołania sprawia, że Odwołujący odżegnał się od podtrzymywania skutecznego charakteru zmiany swej oferty w drodze wyjaśnień z dnia 12 czerwca 2017 roku. Z pewnej ostrożności jedynie zatem Zamawiający wskazuje, że, zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 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.” Jak trafnie wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 września 2013 roku (KIO 2170/13; KIO 2179/13; KIO 2180/13): „Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. - gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.” W wyrok z dnia 31 stycznia 2012 roku (KIO/117/12) Izba podniosła z kolei, że: „Oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem zgodności z treścią SIWZ.” Powyższe sprawia, że odrzucenie oferty w powyższym zakresie jest w pełni uzasadnione.

2. Łóżka H. Rom 900

Jest prawdą, że załącznik nr 3.20 do SIWZ ma skomplikowany charakter i wymagał zaofiarowania znacznej liczby modeli łóżek, względnie różnych ich konfiguracji. Odwołujący w powyższym zakresie popełnił zresztą bardzo dużą liczbę wszelkiego rodzaju i wszelkiej wagi uchybień, z których dwa nie mogły zostać przyjęte przez Zamawiającego, z przyczyn analogicznych, jak dotyczące łóżeczka (...).

Po pierwsze, na stronie 63 oferty Odwołującego, w pkt 25 załącznika nr 20 do SIWZ Odwołujący w miejsce wymogu podwójnych kółek antystatycznych zaofiarował pojedyncze. Wymóg brzmiał „4 podwójne antystatyczne, kółka o średnicy min. 150 mm”. Tymczasem Odwołujący w odpowiedniej tabeli wskazał „4 pojedyncze antystatyczne, kółka o średnicy 150 mm”. Ponownie, jak w przypadku łóżeczek niemowlęcych, do oferty nie załączono jakichkolwiek dokumentów mogących potwierdzić rzeczywisty zamiar Odwołującego. Należy jednocześnie zauważyć, że łóżko to jest oferowane między innymi w wersji z kółkami pojedynczymi oraz podwójnymi - identyfikacja samego modelu absolutnie zatem nie przesądza o wartości tego parametru - może on mieć między innymi kółka pojedyncze lub

podwójne. Ponownie brak jest zatem podstaw do wprowadzenia jakiejkolwiek zmiany, w tym zwłaszcza jakiejkolwiek zmiany o jednoznacznej treści, dającej się ustalić. Zaproponowany parametr jest zaś niezgodny wprost z wymogami Zamawiającego - w odpowiedziach na pytania do treści SIWZ z dnia 24 marca Zamawiający dwukrotnie - w odpowiedzi na pytania 519 oraz 1259 - wprost odmówił dopuszczenia kółek pojedynczych w odniesieniu do tej konkretnej pozycji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z poniższych uwag, zmiana doprowadziłaby z kolei do niezgodności z SIWZ w innym zakresie. Powyższe niezgodności również zatem nakazują przyjąć, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

3. Właściwości antybakteryjne

W treści punktu 40 załącznika nr 3.45 do SIWZ Zamawiający, w odniesieniu do wózków wielofunkcyjnych, żądał, aby „wózek wykonany w całości z pigmentów anego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych”. Odwołujący w załączniku nr 45 do oferty (str. 160) potwierdził spełnienie powyższego parametru.

Zamawiający pozyskał niebudzącą żadnych wątpliwości informację od producenta wózków - włoski podmiot F.H.P. SpA - że taka funkcjonalność nie jest w ogóle przewidziana. Informację taką Zamawiający pozyskał rzecz jasna przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w szczególności w oparciu o pismo F. z dnia 6 kwietnia 2017 roku.

Pismo to wskazuje konkretne modele wózków wskazane w ofercie Odwołującego (str. 157 oferty) i wprost wskazuje na brak funkcjonalności w postaci antybakteryjnych właściwości powłoki wózka.

4. Przedmiot nieobjęty zamówieniem

W załączniku nr 45 do swej oferty odwołujący nie uwzględnił modyfikacji załącznika nr 3.45 do SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2017 roku i tym samym objął swą ofertą pozycje sprzętu, które nie były przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania. Chodzi o dodatkowe względem oczekiwań Zamawiającego wyroby: waga w ilości 7 szt. oraz waga niemowlęca w ilości 1 sztuki.

W treści złożonych wyjaśnień Odwołujący usiłował wskazać, że oferowane wagi stanowić miały komplet z innymi pozycjami przedmiotu zamówienia (dobranymi dość losowo pod kątem kryterium zgodności ich liczby), to jest przewijakiem (7 sztuk) oraz zestawem do przewijania i pielęgnacji noworodka (1 sztuka). Odwołujący utrzymuje, że wagi nie były odrębnie wyceniane.

Zamawiający nie może dać wiary powyższym wyjaśnieniom z kilku przyczyn.

Po pierwsze, tego rodzaju połączenie w zestaw w żaden sposób nie wynika z oferty, a w ocenie Zamawiającego ewidentnie służy jedynie nieudolnej próbie ratowania oferty

sporządzonej z wykorzystaniem błędnego formularza (po prostu zmiana załącznika do SIWZ musiała „umknąć” osobie sporządzającej ofertę).

Po drugie, Zamawiający nie może ustalić na podstawie oferty, czy pozycja została po raz drugi wyceniona, czy też nie w ramach pozycji 45 przedmiotu zamówienia (w formularzu ofertowym żądał globalnej ceny).

Po trzecie, zestawy wydają się być całkowicie niewiarygodne - wręcz absurdalne. O ile jedna waga niemowlęca połączona z zestawem do przewijanie i pielęgnacji noworodka ma sens, to połączenie wag dla dorosłych z przewijakami wydaje się być co najwyżej żartem z Zamawiającego, co wynika z konstrukcji oferowanej wagi S. (...) oraz wymogów Zamawiającego ujętego w treści pkt 4 załącznika nr 20 do oferty (str. 62). Odwołujący podał, że „wysokość minimalna leża mierzona od podłoża do górnej płaszczyzny segmentów leża bez materaca” wynosi 39 cm. Zamawiający dopuszczał wartość parametru 40 cm (+- 1 cm), tymczasem z dokumentacji producenta wynika, że rzeczywista wartość wynosi 386 mm, a zatem jest niższa od wymaganej. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy różnica wynosi tutaj 1 lub 150 mm, albowiem występują kolejna niezgodność z SIWZ. Zamawiający nie może zgodzić się ze stwierdzeniem, że producent podaje jedynie „wartość średnie”, które „bywają inne dla danej partii”. Takie stanowisko wydaje się stać w rażącej sprzeczności z wymogami, jakie stawia się przed wyrobami medycznymi, chociażby w celu ich certyfikacji. Zamawiającego (np. obciążenie maksymalne 200 kg, wzrostomierz do 200 cm). Trudno sobie wyobrazić wykorzystanie wagi do ważenia noworodków czy niemowląt.

Po czwarte wreszcie, zbyt szeroki zakres oferty jest tak samo niezgodny z treścią SIWZ, jak zakres zbyt mały. Pomijając aspekt porównywalności ofert (w Postępowaniu wpłynęła jedna oferta) należy wskazać, że przyjęcie większej liczby wag prowadziłoby do nabycia określonych przedmiotów z pominięciem rygorów pzp, prawdopodobnie z naruszeniem zasad gospodarowania środkami publicznymi (Zamawiający nie może ustalić, czy dodatkowe wagi nie są objęte wyceną).

Prosty w swej konstrukcji, ale bardzo poważny błąd Odwołującego (pominięcie zmiany SIWZ) niesie za sobą konieczność odrzucenia jego oferty również i na tej podstawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Przeprowadzone zostało postępowanie dowodowe na rozprawieobejmujące dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną do akt sprawy przez

zamawiającego oraz dowody z dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego i zamawiającego, na podstawie którego Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Przedmiotem postępowania jest „Wyposażenie nowego budynku Szpitala obejmujące dostawę, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego wraz z oprogramowaniem, oraz wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj, wyposażenia Pracowni Obrazowej”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr (...) z dnia 05.01.2017 r.

O rozmiarze, szczegółowości jak i kompleksowości zamówienia a tym samym jego złożoności świadczy zakres, który obejmuje dostawę, montaż i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego i pomocniczego (niemedycznego), zaprojektowanie, wybudowanie wraz z dostawą, montażem i wdrożeniem wyposażenia pracowni obrazowej wraz z finansowaniem całego przedmiotu zamówienia. Istotnym i wyróżniającym to zamówienie jest okoliczność, że zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych.

Jak podkreślał odwołujący M.F. S.A. jest firmą specjalizującą się w finansowaniu przedsiębiorstw, zwłaszcza działających w sektorze szeroko rozumianej służby zdrowia. Przedmiot zamówienia którym są zarówno dostawy, montaż jak i wdrożenie sprzętu medycznego, informatycznego jak i niemedycznego ma być wykonany w ciągu 180 dni. Natomiast okres spłaty całego przedsięwzięcia finansowanego przez wykonawcę przewidywane jest na 96 miesięcy czyli osiem lat. M.F. S.A. składając ofertę, bazuje na podwykonawcach, którzy będą odpowiadać za część techniczną zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że do współpracy zaangażował uznanych i wiodących na rynku dostawców sprzętu medycznego, w szczególności P. S.A., który od ponad 25 lat dostarcza kompleksowe rozwiązania dla szpitali.

Odwołujący argumentując zasadność zaskarżenia czynności zamawiającego wskazał na skalę przedsięwzięcia gdzie zakresem zamówienia objęto blisko 50 zbiorczych pozycji asortymentowych, szczegółowo rozpisanych w załączniku 3, zawierającym łącznie tysiące kazuistycznych parametrów. Przy czym zamówienie rozciąga się od ciężkiego sprzętu medycznego instalowanego w pracowni diagnostyki obrazowej po drobne wyposażenie (jak kozetka lekarska itp.).

Również znamionem jest, że odwołujący złożył jedyną ofertę, którą zamawiający odrzucił z powodu pięć odstępstw od postanowień SIWZ a w konsekwencji unieważnił prowadzone postępowanie (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 20.06.2017 r. - załącznik nr 1 do odwołania).

Z protokołu z rozprawy z wyjaśnień odwołującego „zwracam uwagę odnosząc się do całości zarzutów Zamawiającego do naszej oferty zwracam uwagę, że złożenie tej oferty stanowiło

dla nas bardzo duży wysiłek, dużej grupy ludzi, postępowanie bardzo skomplikowane świadczą o tym duże ilości pytań jest to postępowanie interdyscyplinarne, zainteresowanie było, ale w efekcie złożyło ofertę tylko jedna firma - nasza. Nie zgadzam się z formułami w odpowiedzi, że nasza oferta jest na pograniczu niechlujności i niedbałości, poza tym zwracam uwagę, że Zamawiający nie dokonał żadnych poprawek samodzielnie, które mógł uczynić, a wręcz powinien. Zwrócił się do nas o wyjaśnienie w dn. 07.06.2017 r., na co udzieliliśmy 12.06.2017 r. szczegółowych wnikliwych odpowiedzi przedkładając karty katalogowe. Natomiast zwracam uwagę, że w dokumentacji są doniesienia na naszą ofertę dystrybutora P., który w 29.05.2017 r. i 21.06.2017 r. pisał o brakach nieściśłościach, z którymi się nie zgadzamy i w efekcie jego wystąpienia Zamawiający powielając te podniesione wątpliwości w zdecydowanej większości je powielił wzywając nas 07.06.2017 r. gdzie do wszystkiego się odnieśliśmy.”

W tym stanie rzeczy mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego jest okoliczność ilości, rodzaju popełnionych błędów czy omyłek w złożonej ofercie odwołującego specyfikującej zamówiony sprzęt jak również okoliczność, że zamawiający dokonywał w tym zakresie zmian SIWZ po czym nie sporządził jednolitej wersji specyfikacji.

Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności zamawiającego, które według jego przeświadczenia polegały na unieważnieniu prowadzonego postępowania, odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego zamiast poprawienia omyłek, które nie są istotnymi zmianami w treści oferty odwołującego, jak również nieuzasadnionemu stwierdzeniu niezgodności złożonej oferty bez wyjaśnienia powstałych po stronie zamawiającego wątpliwości co zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) naruszają następujące przepisy: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; 2) art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego; 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie omyłki w ofercie niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego; 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Powyższe uchybienia zamawiającego w ocenie odwołującego doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (odwołujący złożył jedyną ofertę w tym postępowaniu) i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Tak odwołujący uzasadnił interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; 2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego; 3. poprawienia w ofercie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego: a. w tabeli załącznika nr 20 do oferty dotyczącej łóżeczka niemowlęcego (...) w poz. dot. zakresu wysokości regulacji leża na: „TAK - zakres regulacji wysokości leża od 880 mm do 1000 mm”, b. w tabeli załącznika nr 20 do oferty w poz. 25 na str. 63 oferty na: „TAK, 4 podwójne antystatyczne, kółka o średnicy 150 mm”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku rozpoznania sprawy uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała ponowne badanie i ocenę oferty celem wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe czynności Izba nakazała po pierwsze po uprzednim poprawieniu przez zamawiającego w ofercie odwołującego omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego, za które Izba uznała: w tabeli załącznika nr 20 do oferty w poz. 25 na str. 63 oferty na następującą zmianę: „TAK, 4 podwójne antystatyczne, kółka o średnicy 150 mm”.

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła żądań odwołania i nakazała zamawiającemu wezwanie odwołującego do dodatkowych wyjaśnień oferty w zakresie: b) możliwości regulacji wysokości leża wymaganej przez zamawiającego w SIWZ dla łóżeczek niemowlęcych (...) oraz c) właściwości antybakteryjnych wózka wielofunkcyjnego. W tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu poprawienia oferty tak jak oczekiwał tego odwołujący w złożonym odwołaniu.

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe wskazuje na konieczność uzyskania przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień w związku z tym, że oceniając materiał dowodowy złożony na rozprawie nie można w sposób jednoznaczny wykluczyć prawidłowości złożonej oferty przez odwołującego. Powyższe wynika z oświadczeń upoważnionych przedstawicieli zarówno producentów jak i przedstawicieli handlowych oraz uwzględnienia wiedzy medycznej przedstawiciela zamawiającego i celowości ostatecznego wyjaśnienia sprzecznych w sprawie oświadczeń, których ranga ma charakter co najmniej porównywalny. Dalsze postępowanie wyjaśniające poprowadzone przez zamawiającego powinno doprowadzić do ostatecznego rozstrzygnięcia przez zamawiającego przyjęcia oferty przez jej poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz wyjaśnienia powstałych wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 ustawy albo też do jej odrzucenia na podstawie

art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. W pierwszej kolejności co do zarzutu dotyczącego łóżeczek niemowlęcych (...) zamawiający stawia zarzut, że odwołujący zaoferował łóżeczko niemowlęce (...), które nie posiada możliwości regulacji wysokości leża wymaganej przez zamawiającego w SIWZ. Powyższe było przedmiotem wyjaśnień prowadzonych przez zamawiającego w wyniku których odwołujący oświadczył się w dniu 12.06.2017 r gdzie przedstawił kartę techniczną wyrobu (...), z której wynika zakres regulacji wysokości leża od 880 mm do 1000 mm. W wyniku wyjaśnienia nastąpiło poprawienie wartości parametru zaoferowanego sprzętu to jest łóżeczek (...), co zostało wyartykułowane kartą katalogową załączoną do złożonych wyjaśnień. Natomiast zamawiający jego przedstawiciel Dyrektor na rozprawie stwierdził między innymi „Odnosząc się do zarzutu 1, czyli naszych zastrzeżeń, co do regulacji leża to w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami 12.06.2017 r. powzięliśmy dalsze wątpliwości, że oferowane łóżeczka dla noworodków w ogóle nie zawierają regulacji, co wynika ze zdjęć. W tym miejscu Dyrektor: ja odnosząc się do przesłanego zdjęcia okazanego Izbie przez Odwołującego zadam pytanie Odwołującemu proszę mi wskazać gdzie na tym zdjęciu jest możliwość regulacji leża. W tym miejscu dyrektor oświadcza, że należy zwrócić uwagę na łóżka, które są naniesione w odpowiedzi na odwołanie i wyraźnie widać, że jest tylko z montowaną rączką dla personelu, a ja znam z praktyki te łóżka i one nie są regulowane, okazuje łóżko Techmed gdzie wyraźnie są okazane możliwości regulacji poprzez umieszczoną śrubę. Uważam, że łóżeczka nie można regulować na całej długości, jedynie możliwość regulacji pochylenia, na co wskazuje poz. 6 trendelenburga. Wg nas łóżeczko nie jest regulowane w równym stopniu na całej jego długości, natomiast jest możliwość zmiany pochylenia w tzw. pozycji trendelenburga. Izba rozstrzygając w zakresie spornego zagadnienia czy oferowane łóżeczka KWAPISZ 3100 dla niemowląt mają regulację na całej ich długości czy tylko jak twierdzi zamawiający w tzw. pozycji trendelenburga wobec oświadczenia ze strony producenta jego prezesa uznaje za konieczne dalsze postępowanie wyjaśniające. Postępowanie wyjaśniające powinno być dalej prowadzone przez zamawiającego, ponieważ uwzględniając wiedzę zawodową przedstawiciela zamawiającego, który złożył na rozprawie oświadczenie oraz przedstawił zdjęcia łóżeczek wskazujące na regulację tylko w pozycji trendelenburga, istnieją wątpliwości, pomimo złożenia oświadczenia prezesa producenta łóżeczek, co do ich zgodności z SIWZ. Kolejny zarzut dotyczył minimalnej wysokości łóżek elektrycznych. Odwołujący przywołał uzasadnienie odrzucenia oferty, z którego wynikało, że w załączniku nr 20 do oferty zaoferowano łóżka elektryczne wzmożonego nadzoru z materacem piankowym oraz szafką przyłóżkową - oferowany model/typ H.R z kółkami podwójnymi nie spełniające wymogu wysokości

minimalnej leża mierzonej od podłoża do górnej płaszczyzny segmentów leża bez materaca. Odwołujący potwierdził dla wszystkich łóżek zgodność parametrów wysokości minimalnej leża, i jenie zmienia. „Podwykonawca P. S.A. od lat sprzedaje te wyroby i nawet aktualnie posiada je w swoim magazynie. Producent określa w milimetrach wartości wysokości leża zaznaczając, że są to wartości średnie, które ze względu na założony margines odstępstw bywają inne dla danej partii. W związku z tym wyprodukowane łóżka mogą się między sobą nieznacznie różnić właśnie co do wysokości leża. Oczywiście to są niuansy nie mające żadnego znaczenia praktycznego (mówimy o kilku milimetrach), niemniej Odwołujący z pełnym przekonaniem i w porozumieniu z P. S.A. potwierdził spełnianie parametru, a tym samym zobowiązanie do dostarczenia łóżek zgodnych z SIWZ. W związku z powyższym Odwołujący traktuje zarzut jako bezpodstawny”. Z kolei na rozprawie odwołujący odnosząc się do tego zagadnienia stwierdził między innymi „Zarzut 2, odnosząc się do tego zarzutu przypominam, że nasza oferta była prawidłowa, ale Zamawiający uważał, że rzeczywisty stan rzeczy był inny. My 12.06.2017 r. potwierdziliśmy Zamawiającemu, że wysokości leża potwierdzony jak w ofercie. Nie składaliśmy dokumentów. Odnosząc się do dowodu przedłożonego przez Zamawiającego do pkt 2 i 3 łóżko H.. Chciałbym zwrócić uwagę to Zamawiający argumentuje w odrzuceniu, że dajemy łóżka na pojedynczych kółkach, natomiast daje dowód łóżka 900 gdzie na drugiej stronie dane techniczne pisze kółka podwójne, czyli przyznaje, że daliśmy kółka podwójne. W związku z tym w dniu dzisiejszym złożyliśmy pakiet dokumentów nr 2. Z 1 tabeli wynika, że P. sprzedał łóżek H. (...) w różnych układach około 100 szt. do kilkunastu klientów w związku z tym znamy doskonale parametry tych wyrobów i wiemy, że wymóg, który potwierdziliśmy ma odpowiednik w rzeczywistości. Załączył również protokole z wykonanego pomiaru 18.07.2017 r. przez certyfikowanego mg inż. W.F. certyfikat w załączeniu bez tłumaczenia firma H., z którego wynika, że dokonał pomiaru wysokości leża od podłoża minimum 397 znajduje się na magazynie P., ponadto załączono wyciąg instrukcje obsługi z tłumaczeniem odnośnie na str. 9 wartość parametru określona na 386 mm, co odpowiada materiale Zamawiającego przy kółkach podwójnych jest również indeks A z przetłumaczeniem, z którego wynika, że jest wartością średnią i może zmieniać się w produkcji, łóżka te ma już na magazynie i z tego wynika, że łóżka te można zamówić sygnalizując producentowi, że ta wysokość musi mieć, co najmniej 39 cm, egzemplarz, który posiadamy na magazynie ma 397 mm i nadmieniam, że zaoferowaliśmy 39 cm. Powyższe świadczy, że odpowiada rzeczywistemu stanowi prawnemu, to potwierdza, że dane z ulotki Zamawiającego mają charakter średni i nie są ostateczne” Z cytowanego powyżej fragmentu protokołu z

rozprawy wynika, że karty katalogowe mogą mieć jedynie znaczenie poglądowe a w rzeczywistości produkcja łóżek jest dopasowywana do oczekiwań zamawiającego. Zresztą w sprawie bezsporna jest okoliczność, że zamawiający na potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie wymagał kart katalogowych a oferta złożona odpowiada w tej części wymaganiom SIWZ. Izba, pomimo wniosku przeciwnemu zamawiającego, na rozprawie przyjęła w poczet dowodu oświadczenie przedstawiciela handlowego mgr inż. W.F. , który potwierdził prawidłową wysokość leża od podłoża mierząc łóżka znajdujące się na jego magazynie. Kolejny dotyczył 3. kółek antystatycznych do łóżek elektrycznych W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 20 do oferty (str. 63) Wykonawca zaoferował łóżka elektryczne wzmożonego nadzoru z materacem piankowym oraz szafką przyłóżkową - oferowany model/typ H.R - wyposażone w 4 pojedyncze kółka antystatyczne zamiast wymaganych przez Zamawiającego 4 podwójnych kółek antystatycznych. Izba w zakresie tego zarzutu podzieliła stanowisko odwołującego co do tego, że powyższe ustalenie zamawiającego nie mogło skutkować odrzuceniem oferty, gdyż niezgodność z SIWZ stwierdzona przez zamawiającego stanowi nieistotną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, podlegającą obowiązkowej poprawie a co Izba nakazała w sentencji wyroku. Izba uznała za uprawnioną argumentację odwołującego "Zamawiający wymagał dostarczenia wielu łóżek o różnych parametrach. Łóżka H.R znajdują się w ofercie na stronie 56 i nast. - najpierw 7 kpi, w kolejnej tabeli 2 kpi (str. 59) i 2 kpi na stronie 62 i nast. W dwóch pierwszych przypadkach Zamawiający wymagał łóżek z 4 pojedynczymi kółkami antystatycznymi, a w trzecim pojawiły się kółka podwójne. Doprowadziło to do pomyłki przy przepisywaniu właściwości oferowanego sprzętu w poz. 25 na stronie 63 oferty. Odwołujący wkleił treść skopiowaną z wcześniej opisanej konfiguracji, nie dokonując zmiany słowa „pojedyncze” na „podwójne”. Nie było to działanie zamierzone, a nieumyślna omyłka której źródłem jest zarówno obszerność oferty jak i wielość pozycji, dla których uwzględniono łóżka H.R (dostępne zarówno z kółkami pojedynczymi jak i podwójnymi). Całkowicie nieracjonalnym działaniem byłoby zaoferowanie przez Odwołującego łóżek bez podwójnych kółek w sytuacji gdy nie ma to wpływu na cenę rzędu 25 min zł. Tym samym uznać trzeba, iż powyższe stanowiło niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający był zobligowany poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp". Tak więc Izba rozstrzygając spór w tym zakresie podzieliła stanowisko odwołującego co do obowiązku poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. O powyższym przesądziła również okoliczność, że zamawiający składając dowód w sprawie wysokości od podłoża leża łóżka H.R potwierdził

podwójne kółka a nie pojedyncze oferowanego łóżka. Ze zgromadzonego na rozprawie materiału dowodowego wynika, że zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłki w ofercie, co też Izba w wyroku nakazała zamawiającemu, uwzględniając dowody jak i oświadczenia odwołującego złożone na rozprawie („Zarzut 3 ja chciałbym, co do tego, iż w ofercie wpisaliśmy pojedyncze kółka wózka to przywołuje dowód do zarzutu 2 i 3 przekazany przez Zamawiającego gdzie na str. 2 sam wskazuje, iż przy wysokości leża 386 widnieje zapis kółko podwójne. Ja potwierdzam jak w odwołaniu wpisanie w ofertę kółek pojedynczych jest omyłką z uwagi na to, że poprzednich pozycji oferty dla łóżek obowiązywały kółka pojedyncze w ilościach odpowiednio 7 i 2 komplety. Należy to zakwalifikować, jako nieistotną zmianę treści oferty w od 12.06.2017 r. na zadawane pytanie potwierdziliśmy, że kółka są podwójne, a w ofercie jest omyłką, dziś składamy fakturę (...) 14 .07.2017 r. gdzie w poz. 3 są kółka podwójne, a w poz. 6 kółka pojedyncze które są droższe o 1 zł, przedkładamy również katalog akcesoriów gdzie symbole z faktury poz. 08 wskazuje, iż kółka są podwójne, a w 6, 011 kółka są pojedyncze, co wynika z rysunku, a także opisów tabeli, których tłumaczenie przedkładam”). Kolejnym zagadnieniem spornym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia Izby było 4. Zarzut dotyczący właściwości antybakteryjnych wózka wielofunkcyjnego. Jako kolejny powód odrzucenia oferty odwołującego podano, że w załączniku nr 45 w poz. 40 do oferty zaoferowano wózki wielofunkcyjne - producent F.H.P. S.p.A., które nie spełniają wymogu w zakresie opisanych właściwości antybakteryjnych. Odwołujący w ślad za treścią swojej ofertyz z kolei twierdzi, że zaoferowane przez niego wózki wielofunkcyjne wykonane są w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych. Jak w poprzednich zarzutach odwołujący podnosi, że brak w odrzuceniu jego oferty szczegółowego uzasadnienia wniosków zamawiającego, zwłaszcza nie podano przyczyny odmowy wiarygodności oferty odwołującego co do właściwości antybakteryjnych wózków. Nadmienil odwołujący okoliczność pisma firmy P.M. z informacją od producenta wózków F.H.P. S.p.A. W szczególności oświadczenie F.H.P. S.p.A. pozostaje bez związku z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Zamawiający żądał, aby wózki wielofunkcyjne były wykonane w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych, a nie „w technologii zawierającej powłokę antybakteryjną”. Słusznie już w odwołaniu zaznaczono, że „oświadczenie wytwórcy najprawdopodobniej zostało wydane w odpowiedzi na bliżej nie znane zapytanie, bez którego znajomości nie sposób poznać kontekstu wypowiedzi producenta F.H.P. S.p.A.” I tak na rozprawie do protokołu pełnomocnicy oświadczyli „W tym miejscu pełnomocnik Zamawiającego Pan Brzezina przywołuje korespondencje, którą przekaz mu P. 21.06.2017 r. z

własnej inicjatywy, w którym stwierdza, że po zapoznaniu się z ofertą M.F. odnosząc się przesyłamy oryginał dokumentu z potwierdzenie producenta F. o braku technicznej możliwości wykonania wózków w technologii, jednocześnie radca prawny oświadcza, że w dniu dzisiejszym dla upewnienia się składa tłumaczenie przysięgłe pisma z 06.04.2017 r. załączone w wersji oryginalnej przez firmę P. przy piśmie 21.06.2017 r., z którego wynika, że F. nie ma możliwości robienia wózków z wykorzystaniem substancji antybakteryjnej, jednocześnie przywołuje w poczet dowodów Izba z urzędu pismo tłumaczenie do pisma 21.06.2017 r., w którym mówi się o technologii zawierającej powłokę antybakteryjną oraz przedkłada tłumaczenie pisma nie załączone w dokumentacji z 22.06.2017 r. tłumacz przysięgły, z którego wynika, że F. nie zawiera dodatku antybakteryjnego oraz przedkłada KRS, że F.F. jest przedstawicielem prawnym i załączam KRS w wersji oryginalnej.”Stanowisko prezentowane przez zamawiającego na rozprawie do protokołu „Odnosząc się do zarzutu 4 tj. wózka wykonanego w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych nie mają znaczenia wszelkie składane dokumenty zarówno do Zamawiającego jak i przez Odwołującego, bowiem jedynym dokumentem w naszej ocenie rozstrzygającym jest oświadczenie przedstawiciela prawnego firmy F., który jednoznacznie stwierdził, że wózki O. model wskazany w piśmie nie zawierają dodatku antybakteryjnego, poza tym, że są wyprodukowane z polietylenu wytrzymałego i łatwego do dezynfekcji. Pismo z dn. 22.06.2017 natomiast nie mogą mieć znaczenia jakiegokolwiek dowody przedstawione przez pracowników szeregowych F. (przywołany mail) oraz przedstawiciela autoryzowanego na teren polski (oświadczenie). Na pytanie Izby nie jest w stanie znaleźć miejsca, w którym pismo to znajduje się w dokumentacji.Zwracam uwagę nie wystarczy spełnienie, aby materiał był polietylenem, ale powinien być nasycony cząstkami jonami srebra, aby miał właściwości antybakteryjne.W tym miejsc dyrektor Zamawiającego stwierdza, że jako praktyk medyk zna z własnego doświadczenia oferowany produkt przez Odwołującego, ale sam fakt, że wózki do przechowywania materiału i sprzętu medycznego, pomimo że są z pigmentowanego polietylenu to nie zawierają substancji antybakteryjnych, bo fakt posiadania powłoki antybakteryjnej nie powoduje, że wózek jest z materiału zawierającego substancje antybakteryjne można to porównać do lodów czekoladowych i lodów z polewą czekoladową owszem pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że nigdzie nie jest powiedziane ani zapisane, że materiał wózków nie ma właściwości antybakteryjnych, ale również nigdzie nie oświadczone, że posiada właściwości antybakteryjne, samo stwierdzenie, że powłoka jest antybakteryjna nie potwierdza wymogu, wyjaśniając zasady działania właściwości antybakteryjnych to podkreślam, iż materiał, z którego wykonywany jest wózek nie

tylko powinien być z pigmentowanego polietylenu, ale także nasycony substancją antybakteryjną, co powoduje niszczenie bakterii znajdujących się na powierzchni wózka, które usuwa się mechanicznie przez czyszczenie i mycie, gwarantują to jony srebra, którymi właśnie pigment polietylenu jest nasycany jonami srebra i właściwości te w tym materiale są aktualne wyłącznie w wyrzuceniu takiego wózka na śmietnik, utrzymują się od momentu produkcji do momentu utylizacji i jest to, co innego niż powłoka antybakteryjna. Nie zgadzam się też ze stanowiskiem autoryzowanego przedstawiciela, który stwierdza, że sam pigment, czyli kolor nadaje właściwości antybakteryjne. Z powyższymi ustaleniami nie zgadza się pełnomocnik Odwołującego przedkładając dowody do zarzutu nr 4 i oświadcza, że autoryzowanego dystrybutora K. autoryzowany dystrybutor oświadcza, że wózki mają właściwości antybakteryjne tj. tak jak zapisano zał. 45 poz. 40 wiersz drugi. Przywołuje tutaj treść formularza, który wymagał wózki z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych i również wyjaśnia, w jaki sposób jest to uzyskiwane, zawarte jest oświadczenie F., że K. jest autoryzowanym przedstawicielem. Wraz z tłumaczeniem oświadczenia F., że K. jest przedstawicielem autoryzowanym certyfikat wraz z tłumacz przysięgłym, informacje o produkcji – karta techniczna wraz z tłumaczeniem zaznaczonych fragmentów, z których wynika, że wózek jest z polietylenu pigmentowanego oraz katalog produktów F. z zaznaczonymi fragmentami w tym zaoferowane wózki z tłumaczeniem zaznacz fragmentów, z których wynika, że konstrukcja jest jednolitego polietylenu, kolejny wydruk ze strony internetowej z zaznaczonymi fragmentami ze ta konstrukcja zapobiega gromadzeniu się bakterii i ich namnażaniu, kolejno mail z tłumaczeniem od F. pismo od F. do pracownika K. Pana G.. Odnosząc się do dowodów do zarzutu 4 złożonym przez Zamawiającego odnosząc się stwierdzam, że nie wiemy, jakie było pytanie od P. i Zamawiającego do F., po drugie z żadnych pism nie odnosi do SIWZ, ani nie zawiera stwierdzenia, że te wózki nie mają właściwości antybakteryjnych. Podnoszę, że w tych pismach mówi się o dodatkach powłokach, ale nigdzie nie ma zaprzeczenia, że te wózki nie mają właściwości antybakteryjnych.”W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w sprawie nie rozstrzyga o braku właściwości antybakteryjnych materiału z którego wykonane są wózki do przechowywania sprzętu medycznego. Oświadczenie przedstawiciela firmy F. to jest K. G.Ż. z (...) a potwierdza właściwości antybakteryjne wózków przez użycie jednolitej struktury polietylenu oraz pigmentację polietylenu jak również innowacyjną konstrukcję wózka. Z kolei oświadczenie uzyskane przez konkurenta handlowego K. G.Ż. jest P.M. wynika, że wózki nie posiadają dodatku antybakteryjnego cokolwiek to znaczy zamawiający ma mieć prawo wątpliwości co do spełnienia wymogu SIWZ o treści: wózek wykonany w całości z pigmentowanego

polietylenu o właściwościach antybakteryjnych. Pomimo, iż na rozprawie pełnomocnik odwołującego podkreślił, że treść pisma F. nie wyklucza właściwości antybakteryjnych a stwierdza, że brak jest dodatku antybakteryjnego to słusznie przedstawiciel zamawiającego powziął wątpliwość co do tego, czy wózki są z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych. W tym stanie rzeczy złożone oświadczenia mogą budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, zresztą jak słusznie odwołujący wskazał, informacja P.M. wpłynęła oficjalnie do zamawiającego po odrzuceniu oferty odwołującego, które to powinien wyjaśnić odwołujący będąc wezwany przez zamawiającego. Zamawiający powinien wskazać odwołującemu wątpliwości, które powinien rozstrzygnąć producent F., w związku z uzyskanymi informacjami, wskutek zadanego pytania o nieznaną treść przez nie uczestniczącego w postępowaniu P. –M. Reasumując na dzień rozstrzygnięcia przetargu nie udowodniono odwołującemu, że wózki F. nie są z materiału o właściwościach antybakteryjnych (wózek wykonany w całości z pigmentowanego polietylenu o właściwościach antybakteryjnych). Natomiast oświadczenie K. G.Ż. jest niewystarczające wobec złożonego na rozprawie oświadczenia z dnia 22 czerwca 2017 roku przedstawiciela producenta F..Co do ostatniego zarzutu odwołania 5.Zarzut dotyczący objęcia ofertą pozycji sprzętu, które nie były objęte przedmiotem postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający poinformował wykonawcę, że w załączniku nr 45 do oferty wykonawca nie uwzględnił modyfikacji załącznika nr 3.45 do SIWZ dokonanej przez zamawiającego 11 stycznia 2017 r. i tym samym objął swą ofertą pozycje sprzętu, które nie były objęte przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. dodatkowe względem oczekiwań zamawiającego: waga 7 szt. oraz waga niemowlęca 1 szt.4. Przedmiot nieobjęty zamówieniem W załączniku nr 45 do swej oferty odwołujący nie uwzględnił modyfikacji załącznika nr 3.45 do SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2017 roku i tym samym objął swą ofertą pozycje sprzętu, które nie były przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania. Chodzi o dodatkowe względem oczekiwań Zamawiającego wyroby: waga w ilości 7 szt. oraz waga niemowlęca w ilości 1 sztuki.Jak odwołujący zaznaczał w wyjaśnieniach z dnia 12.06.2017 r. w załączniku nr 45 zostały uwzględnione wagi zaoferowane jako komplet z produktami zaoferowanymi w poz. 15 (tj. stolik do przewijania niemowląt - przewijak (7kpl.), oraz w poz. 24 (zestaw do przewijania i pielęgnacji noworodka - 1 kpi.). Wagi wymienione w załączniku nr 45 są częścią innej pozycji (w zestawie) i nie mają żadnego wpływu na wartość oferty (nie były osobno wyceniane).Tym niemniej oferta przewidująca dodatkowe elementy, a zatem oferująca coś więcej niż wymaga SIWZ, nie może być uznana za niezgodną z SIWZ.

Potwierdza to chociażby wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. o sygn. KIO 607/11, dotyczący stanu faktycznego, w którym wykonawca zaoferował termin gwarancji o 12 miesięcy dłuższy niż przewidywała to SIWZ (w SIWZ wymagano „minimalnego okresu gwarancji 24 miesiące nie dłuższego niż 36 miesięcy”, natomiast wykonawca zaoferował termin 48 miesięcy): „Izba wskazuje, że poprzez określenie w ofercie gwarancji o 12 miesięcy dłuższej przystępujący zaoferował zamawiającemu dodatkowy; bardziej korzystny, termin gwarancyjny na oferowane wyroby, w którym bezsprzecznie mieści się w termin określony w załączniku nr 1 do siwz. Wobec powyższego, zdaniem Izby w przedmiotowym stanie faktycznym niezasadnym jest twierdzenie, że treści oferty F. jest niezgodna z treścią specyfikacji i tym samym oferta winna podlegać odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.n. Jak wskazuje się w orzecznictwie norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Tym samym, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia jedynie w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości: „interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakazuje odniesienie normy tegoż przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można więc mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w specyfikacji.” (przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r. o sygn. KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17, wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r. o sygn. KIO 354/15). Jak dalej odwołujący stwierdza bez wątplenia zatem, w niniejszej sytuacji nie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, a tym samym przepis ten nie mógł znaleźć zastosowania. Izba w tym zakresie podziela stanowisko odwołującego i nie stwierdza wyczerpania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. Tak więc skoro według wyjaśnień odwołującego „Wagi wymienione w załączniku nr 45 są częścią innej pozycji (w zestawie) i nie mają żadnego wpływu na wartość oferty (nie były osobno wyceniane)” a według przywołanego orzecznictwa KIO nadmiar świadczenia nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią siwz to zarzut odwołania zasługuje na uwzględnienie (brak po

stronie odwołującego podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy).

W związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty również brak podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania.

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 1) 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 zm. Dz.U. 2017r.) 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 3.600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: