

WYROK

z dnia 28 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2014 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Bohamet S.A., ul. Toruńska 2, Ciele, 86-005 Białe Błota (lider konsorcjum), 2) J..... O..... - prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPH Lumar J..... O....., ul. Wierzbowa 3, 85-374 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. Św. Rodziny SP ZOZ, ul. Madalińskiego 25, 02-544 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Odwołującego**, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **Odwołującego**;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. Św. Rodziny SP ZOZ w Warszawie**, 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 – Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rodziny SP ZOZ w Warszawie**, na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą uzasadnione 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.2013.907 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Św. Rodziny SP ZOZ w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wyposażenia meblowego II piętra” (nr postępowania 17/2014), o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 maja 2014 r., pod pozycją: 2014/S 097-169002.

Informacja o wyborze oferty została przekazana wykonawcom faksem w dniu 4 lipca 2014 r., a następnie oryginały drogą pocztową. W piśmie tym Zamawiający zawiadomił, że w niniejszym postępowaniu wybrana została oferta złożona przez Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa. Oferta uzyskała największą sumę punktów z kryteriów oceny ofert: kryterium „cena” 80 pkt, kryterium „Warunki gwarancji” 20 pkt – łącznie 100 pkt. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił, iż oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bohamet S.A. i ZPH Lumar J..... O....., została odrzucona. W uzasadnieniu wskazano, że wykonawca ten nie zaoferował terminu wykonania zamówienia, co było wymagane w Rozdziale IV i Rozdziale XII pkt 3 SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 14 lipca 2014 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bohamet S.A. i ZPH Lumar J..... O..... – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Warbud S.A., zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ wskutek nie zawarcia w formularzu ofertowym terminu jej wykonania, pomimo że termin wykonania wynika ze złożonych dokumentów oraz nie odrzucenie oferty wykonawcy Warbud S.A., wobec niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ.

Na podstawie podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o: nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Warbud S.A., a także powtórzenia oceny ofert, przy uwzględnieniu oferty Odwołującego za nie podlegającą odrzuceniu oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, który uznał ofertę za niezgodną z SIWZ, ponieważ Odwołujący nie wskazał terminu wykonania umowy. Termin na wykonanie umowy był oznaczony na osiem tygodni od dnia podpisania umowy, a więc termin ten był w sposób precyzyjnie oznaczony i na powyższy termin zgodnie z złożoną przez niego ofertą i oświadczeniami w nich zawartymi Odwołujący wyraził zgodę. Następnie, samo wskazanie krótszego terminu wykonania umowy było fakultatywne – Zamawiający określił bowiem w treści SIWZ (pkt IV), że „Wymagany termin wykonania zamówienia zamawiający określa na 8 tygodni od dnia zawarcia umowy” oraz „Wykonawca może zaoferować wcześniejszy termin wykonania zamówienia.” Ponieważ Odwołujący nie wskazał w ofercie terminu innego należy przyjąć, iż zobowiązał się do wykonania umowy w terminie ośmiu tygodni od zawarcia umowy. Ponadto, czas wykonania umowy nie stanowił kryterium oceny ofert, dlatego też nie wskazanie przez Odwołującego w sposób wyraźny terminu wykonania umowy nie wpływa na polepszenie czy pogorszenie w przetargu sytuacji innych wykonawców, czy też Odwołującego. Na poparcie powyższej argumentacji Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1592/10.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Warbud S.A., Odwołujący wskazał, że:

- a) wykonawca zastosował błędne stawki VAT w pozycjach:
 - 70, 188, 194, 544, 556 wózek oddziałowy z szufladami Chrobok Mx34PRO- wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 23%, podczas gdy winien zastosować stawkę VAT 8%;
 - 71, 197, 348, 545 wózek oddziałowy wielofunkcyjny Techmed K-3 typ D-04 - Wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 8%, podczas gdy winien zastosować stawkę VAT 23%;
 - 87, 179, 225 wózek jezdny na dokumenty Chrobok mx31fdt - Wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 23%, podczas gdy winien zastosować stawkę VAT 8%.
- b) Warbud S.A. dopisał do formularza ofertowego 4 dodatkowe pozycje 571-573 (wagi, materacyki, promienniki, wyposażenie agd do aneksów), co stanowi błąd oferty, gdyż promienniki, materacyki oraz wagi stanowią składową ceny całych przewijaków i nie powinny być rozdzielane, chociażby ze względu na deklaracje Zamawiającego, iż będzie chciał odkupić promiennik. Dodatkowo, w ofercie było łącznie 29 lamp (20 lamp do przewijaków i 9 lamp do aneksów). Wykonawca dał jedną cenę za komplet wyposażenia AGD do aneksów, co nie pozwala Zamawiającemu stwierdzić, jaka jest rzeczywista cena aneksu, gdyż w aneksach występują różne wyposażenia.

c) Zamawiający w pkt. V SIWZ wskazał, iż „Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia razem z ofertą prototypu modułu do pielęgnacji noworodka, opisanego w p. 33 opisu technicznego. Prototyp ten zostanie sprawdzony w sposób opisany w tym punkcie.” W pkt. 33 Opisu technicznego Zamawiający wskazuje, iż promienniki winny być wykonane wg załączników rysunkowych 5.4 oraz rysunków szczegółowych blatu 2.4, 2.5, 2.7. Na rysunku 2.5 Zamawiający określił wykonanie blatu w kolorze np. Corian Linen (RAL 1013 z drobinkami w kolorze RAL 9003), podczas gdy wykonawca Warbud S.A. dostarczył przewijak w innym kolorze (zielonym);

d) Zamawiający w pkt. V SIWZ wskazał, iż „Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia razem z ofertą prototypu modułu do pielęgnacji noworodka, opisanego w p. 33 Opisu technicznego. Prototyp ten zostanie sprawdzony w sposób opisany w tym punkcie.” W pkt. 33 Opisu technicznego Zamawiający wskazuje, iż podczas badania ofert zostaną zmierzone wszystkie wymiary wanienki z tolerancją +/- 3mm. Wymiary gabarytowe wanienki zgodnie z projektem to 39x65cm. Wykonawca Warbud S.A. zaoferował wanienkę o wymiarze 71x51 cm.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania albowiem jego oferta przy braku odrzucenia jego oferty i odrzuceniu oferty wybranego wykonawcy, byłaby ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto, ponieważ Odwołujący w przedmiotowym przetargu zajęłby przynajmniej drugą pozycję przy nieodrżuceniu jego oferty, to niezależnie czy oferta firmy Warbud S.A. zostanie uznana za podlegającą odrzuceniu czy też nie, posiada on interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku odmowy zawarcia umowy przez pierwszego wykonawcę mógłby uzyskać on zamówienie (vide: KIO 483/13). Ponadto przy nieodrżuceniu oferty Odwołującego, zgodnie z SIWZ uzyskałby on zwrot równowartości próbek przedłożonych do oferty, co pozwoliłoby na uniknięcie poniesienia szkody powstałej wskutek odrzucenia oferty.

Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut dotyczący zastosowania błędnych stawek podatku VAT w pozycjach 71, 197, 348, 545. W wyszczególnionych pozycjach Odwołujący także wskazał w swojej ofercie 8% stawkę podatku VAT.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego odrzucenie z uwagi na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. W ramach żądania odrzucenia odwołania Zamawiający wskazał, że interes prawny oznacza możliwość uzyskania zamówienia, a jego wykazanie jest warunkiem niezbędnym do skutecznego złożenia odwołania i popierania go w postępowaniu przed KIO. W niniejszym postępowaniu złożono dwie oferty, z których wybrana została oferta tańsza, a odrzucona oferta droższa (Odwołującego). Nawet, gdyby doszło, hipotetycznie, do przywrócenia oferty

Odwołującego, to jej ponowne rozpatrywanie nie doprowadzi i tak do jej wyboru, jako najkorzystniejszej. Nawet w przypadku odrzucenia oferty Warbud S.A. lub po odmowie zawarcia umowy przez tego wykonawcę, Zamawiający nie dokona wyboru oferty Odwołującego z uwagi na to, że oferowana przez niego cena wykonania zamówienia przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na jego realizację, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Odwołującego. Zakwestionowano jednocześnie, by interes prawny mógł wynikać z prawa żądania zwrotu wartości próbek dołączonych do oferty. Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający podtrzymał stanowisko, co do prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazano na brzmienie Rozdziału IV SIWZ oraz Rozdziału XII pkt 3 SIWZ, których zapisy jednoznacznie wskazują na to, że wykonawca ma podać proponowany termin, oraz że ma ten termin wpisać w formularzu oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w formularzu oferty, ani też w żadnym innym miejscu nie znajduje się informacja (oświadczenie) Odwołującego odnośnie oferowanego terminu wykonania zamówienia. Zamawiający nie stwierdził też żadnych innych zapisów – ani w ofercie, ani w dokumentach do niej dołączonych – które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby wskazywać, jaki termin wykonania zamówienia ofertuje Odwołujący. Zanegowano twierdzenia Odwołującego, że wyraził on zgodę na termin 8 tygodni, zgodnie ze złożoną przez niego ofertą. Zamawiający nie zgodził się także z zarzutami dotyczącymi oferty wykonawcy Warbud S.A. Wskazano, że nie stwierdzono błędów w formularzu asortymentowo-cenowym wykonawcy. Zamawiający dysponuje też opinią biegłego – jednej z projektantek przewijaka, że prototyp dostarczony przez wykonawcę jest zgodny z projektem. Zamawiający nie miał i nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty Warbud S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w terminie wykonawca Warbud S.A. Strony postępowania nie zgłosiły opozycji wobec złożonego przystąpienia. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę Warbud S.A. do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym Przystępujący podniósł w pierwszej kolejności brak legitymacji do wniesienia odwołania. Wskazano, że zarówno interes w uzyskaniu zamówienia, jak również szkoda, o której mówi art. 179 ust. 1 Pzp, dotyczyć musi tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tj. konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Aby można było mówić o wystąpieniu szkody po stronie Odwołującego, jego oferta – w przypadku uwzględnienia zarzutów – powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym. Taka sytuacja nie nastąpi w przedmiotowym

postępowaniu, gdyż cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nawet więc w sytuacji, gdyby potwierdziły się zarzuty Odwołującego to nie uzyska on przedmiotowego zamówienia, gdyż postępowanie zostanie unieważnione. Dla poparcia swojego stanowiska Przystępujący powołał poglądy zawarte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1025/13, KIO 1047/13; wyrok z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 647/14) oraz sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 lipca 2012 r., sygn. akt VI Ga 123/12). Odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący wskazał, że dla uznania zasadności zarzutu dotyczącego niewłaściwych stawek podatku VAT koniecznym byłoby podanie przez Odwołującego punktu SIWZ, z którym treść oferty jest niezgodna. W tym konkretnym przypadku Odwołujący powinien wskazać miejsce, w którym Zamawiający narzucił wykonawcom stawkę VAT. Zamawiający tego nie uczynił, zatem nie można mówić, że treść oferty Przystępującego jest w tym zakresie niezgodna z SIWZ. Argumentowano przy tym, że Odwołujący nie podnosi zarzutu błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp), a Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie, wskazano, że w poz. 71, 197, 348, 545 Odwołujący zastosował identyczną stawkę, jak Przystępujący. W zakresie zarzutu dotyczącego dopisania czterech dodatkowych pozycji wyjaśniono, że z pozycji „przewijaki” wykonawcy wyodrębnił pozycje 571-573, a nie, jak zarzuca Odwołujący, dołożył dodatkowe pozycje. Powyższe potwierdzają ilości wskazane w pozycjach 571-573, nazwy tych pozycji, jak również porównanie cen w pozycjach „przewijaki” i cen w pozycjach „aneksy”, z których asortyment wskazywany przez Odwołującego nie został wyodrębniony. Zaakcentowano przy tym, że cena oferty jest ceną ryczałtową – jedną ceną za całość zamówienia. Zamawiający nie przewidział możliwości rezygnacji z kupna części wyposażenia, zatem podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający nie będzie mógł stwierdzić, jaka jest rzeczywista cena aneksu, nie ma wpływu na realizację zamówienia, a tym samym zarzut podniesiony w tym zakresie jest niezasadny. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego dostarczenia przewijaka w innym kolorze niż wymagany, Przystępujący wskazał, że Odwołujący pominął okoliczność, że kolorystyka blatów przewijaków opisanego została pierwotnie w Opisie technicznym do SIWZ (pkt 31). Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający udzielając odpowiedzi na pyt. 31, zmienił postanowienia SIWZ w tym zakresie wskazując, że „Przewijak należy wykonać z blatu w kolorze RAL 100 80 20”. Odpowiedzią tą Zamawiający ujednotocił kolorystykę wszystkich blatów na RAL 100 80 20. Z tego też koloru został wykonany blat przewijaka dostarczony przez Warbud S.A., a prawidłowość zastosowanego koloru została potwierdzona przez Zamawiającego podczas oceny dostarczonego prototypu. W kwestii wymiarów wanienki dostarczonej przez Warbud S.A., podniesiono natomiast, że prawidłowość prototypu została potwierdzona przez projektanta. Wskazano, że na rysunku 2.4. załącznika nr 5 do SIWZ

zawarty został opis: „Uwaga! Wykonawca zostanie zobligowany do wykonania formy pod wanieńkę pod nadzorem autorskim głównego projektanta”. Zatem kluczową rolę dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie ma projektant z uwagi na to, że czynności te wynikają z nadzoru autorskiego. Potwierdzeniem prawidłowości oceny oferty Przystępującego jest także to, że oferta Odwołującego nie została odrzucona z powodu nie spełnienia wymagań w zakresie wanieńki, czyli także zaakceptowana przez projektanta – podczas, gdy wymiary wanieńki Odwołującego to 64x37x19 (długość x szerokość x głębokość). Wymiary, na które powołuje się Odwołujący także nie zostały przez niego spełnione. Ponadto podniesiono, że model poglądowy, który Zamawiający przedstawił wykonawcom, także nie spełnia parametrów podnoszonych przez Odwołującego – zatem SIWZ zawierała rozbieżności w określeniu wymagań, co do wymiarów wanieńki. Zgodnie zaś z utrwaloną linią orzecniczą KIO, wykonawca nie może podnosić negatywnych konsekwencji wynikających ze sprzeczności treści SIWZ.

W toku postępowania odwoławczego strony oraz uczestnik podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał m.in., że podnoszone przez Przystępującego pytanie dotyczyło wyłącznie przewijaka, który ma być przedmiotem dostawy, a nie koloru prototypu. Odpowiedź Zamawiającego nie dotyczyła więc prototypu przewijaka. Podkreślono, że oferta Przystępującego także przekracza kwotę, którą Zamawiający przewiduje na sfinansowanie zadania. Zamawiający nie miał problemów z podwyższeniem tej kwoty. Cena oferty Odwołującego różni się około 10 % od ceny oferty Przystępującego. Zamawiający nie wykazał, że nie mógłby podwyższyć kwoty, przewidzianej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający podniósł m.in., że twierdzenia, iż akceptacja SIWZ była wystarczająca w zakresie terminu wykonania zamówienia, nie zasługują na uwzględnienie. Nie można uznać, że poprzez taką akceptację Odwołujący wskazał istotny element oferty, jakim jest termin wykonania zamówienia. Wskazano także, że podwyższenie kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Wyjaśniono, że ocena prototypu przewijaka została dokonana przez biegłego, a Zamawiający w oparciu o przedmiotową ocenę dokonał wyboru wykonawcy Warbud S.A. W toku postępowania pełnomocnik Zamawiającego wskazał jednocześnie, że kolor wanieńki przygotowanej przez ww. wykonawcę jest jasnozielony. Zgodność wymiarów była oceniana na podstawie protokołu z oględzin. Ponadto, potwierdzono, że z protokołu oględzin nie wynikają kwestie dotyczące wymiarów zawartych na rysunku 2.4., z wyjątkiem głębokości wanieńki.

Przystępujący podniósł w trakcie rozprawy m.in., że zarzut dotyczący koloru przewijaka dotyczy prototypu, a więc jeżeli nie przedmiotu zamówienia, to w ogóle nie jest dopuszczalny

zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie, zaprzeczono wszelkim oświadczeniom Odwołującego, jak również podkreślono brak udowodnienia stawianych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie do zamawiającego wyposażenia meblowego II piętra. Meble i inne elementy wyposażenia należy wykonać i skompletować według projektu autorstwa Moka Design M..... B....., stanowiącego załącznik do specyfikacji, oraz dostarczyć do zamawiającego i rozlokować w odpowiednich pomieszczeniach. Sposób wykonania mebli jest podany w opisie technicznym i na rysunkach (Rozdział III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia).

Wymagany termin wykonania zamówienia zamawiający określa na 8 tygodni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wymaga w tym terminie sukcesywnych dostaw mebli i pozostałych elementów wyposażenia, montażu i rozmieszczania ich w przeznaczonych dla nich pomieszczeniach. Wykonawca może zaoferować wcześniejszy termin wykonania zamówienia. Pod pojęciem „wykonanie zamówienia” zamawiający rozumie dostawę wszystkich mebli i pozostałych elementów wyposażenia objętych zamówieniem, montaż mebli i rozstawienie pozostałych elementów wyposażenia w przeznaczonych dla nich miejscach, wykonanie niezbędnych sprawdzeń i regulacji, przeszkolenie personelu zamawiającego w zasadach konserwacji mebli i przekazanie mebli i pozostałych elementów wyposażenia do użytkowania protokołem odbioru końcowego, podpisanym przez przedstawiciela wykonawcy i przedstawiciela zamawiającego. Dniem wykonania zamówienia będzie dzień podpisania protokołu, ten dzień będzie też początkiem okresu gwarancji na dostarczone towary (Rozdział IV SIWZ – Termin i warunki wykonania zamówienia).

Formularz oferty należy sporządzić zgodnie ze wzorem podanym w załączniku do SIWZ. Ceny należy podać w PLN. Jako termin wykonania zamówienia należy podać liczbę tygodni. Jako okres gwarancji należy podać liczbę miesięcy (Rozdział XII pkt 3 SIWZ – Opis sposobu przygotowania oferty).

Wykonawca podaje w formularzu oferty łączne ceny netto i brutto wszystkich oferowanych towarów. Oferowane ceny netto winny być podane *loco* siedziba zamawiającego i obejmować wszystkie składniki cenotwórcze (ceny urządzenia wraz z wyposażeniem, ceł, podatków, transportu, ubezpieczenia, montażu i uruchomienia, itp.). Oferowane ceny brutto winny być cenami netto powiększonymi o kwotę podatku VAT, obliczoną według obowiązujących stawek (Rozdział XIV SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny).

Kryteria oceny ofert i ich wagi są następujące: „Cena” 80 %, „Warunki gwarancji” 20 %. Wartością kryterium „Cena” będzie liczba, zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku, obliczona ze wzoru: $PC = (C_{min}/C) \times 8$, gdzie: PC - wartość kryterium „Cena” badanej oferty; C_{min} - cena brutto najtańszej oferty; C - cena brutto badanej oferty. Wartością kryterium „Warunki gwarancji” będzie liczba, zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku, zależna od zaoferowanego okresu gwarancji, obliczona w ten sposób, że dla 36 miesięcy gwarancji będzie to 0 punktów, dla 60 i więcej miesięcy gwarancji będzie to 20 punktów, a dla wartości pośrednich pośrednia liczba punktów. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana ważna oferta, dla której suma wartości obu kryteriów (PC + PG) będzie największa (Rozdział XV SIWZ – Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert).

Zamawiający wymaga zaoferowania terminu płatności nie krótszego niż 30 dni od daty dostawy towarów do zamawiającego pod rygorem odrzucenia oferty. Zamawiający wymaga zaoferowania co najmniej 36-miesięcznego okresu gwarancji dla mebli i pozostałego wyposażenia pod rygorem odrzucenia oferty. Gwarancja musi obejmować wszystkie oferowane towary. Zamawiający wymaga zaoferowania wykonania przez wykonawcę w okresie gwarancyjnym co najmniej 3 bezpłatnych przeglądów gwarancyjnych wszystkich mebli, wykonywanych nie rzadziej, niż co 12 miesięcy użytkowania pod rygorem odrzucenia oferty. Zamawiający wymaga zaoferowania czasu naprawy gwarancyjnej mebli nie dłuższego niż 7 dni roboczych, licząc od dnia zgłoszenia uszkodzenia, pod rygorem odrzucenia oferty. Zamawiający wymaga podania przez wykonawcę wykazu środków czyszczących i dezynfekcyjnych dopuszczalnych dla oferowanych mebli i nie powodujących uszkodzeń powierzchni mebli i elementów konstrukcyjnych (zawiasy, prowadnice, itp.) pod rygorem odrzucenia oferty. Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia razem z ofertą prototypu modułu do pielęgnacji noworodka, opisanego w p. 33 opisu technicznego. Prototyp ten zostanie sprawdzony w sposób opisany w tym punkcie.

(Rozdział V SIWZ – Wymagania stawiane wykonawcom dotyczące treści oferty).

W Opisie Technicznym (pkt 31) Zamawiający określił m.in.: Położnictwo sekcja A,C i F: blaty wykonane z materiału PREMIUM: RAL 100 80 20. W pkt 33 Opisu Technicznego wskazano: Należy dostarczyć prototyp modułu do pielęgnacji noworodka w celu akceptacji oferty. Projekt wykonać wg załączników rysunkowych: 5.4 oraz rysunków szczegółowych blatu nr 2.4, 2.5, 2.7. Promiennik, wagę, materacyk należy dostarczyć wg opisu w załączniku 2.6. Wymiary szuflady przystosować do wymiarów wagi noworodkowej. Dostarczone prototypy modułów do pielęgnacji noworodka będą komisyjnie sprawdzane pod kątem zgodności z projektem oraz opisem technicznym. Ustalono warunki krytyczne przyjęcia prototypu:

- zgodność wymiarów ogólnych z projektem +/- 3mm (zostaną zmierzone: szerokość, wysokość całkowita modułu, wszystkie wymiary wanienki)
- grawitacyjny odpływ wody z wanienki (zostanie zweryfikowane czy woda całkowicie odpływa z komory wanny)
- odporność materiału na zarysowania (na wszystkich blatach zostanie wykonana próba przy użyciu ostrego narzędzia)
- zgodność warstw wierzchnich, oraz rodzaju materiałów użytych do produkcji (oferent zobowiązany jest do określenia rodzaju materiałów, producenta, kodu producenta lub kodu znakującego produkt użytych do produkcji, blatów, korpusu, frontów, półek oraz rodzaju i grubości warstwy wierzchniej, blatów, korpusu, frontów, półek)
- stalowe zawiasy meblowe z funkcją samodomykania
- prowadnice szuflad z grawitacyjnym domknięciem
- bezspoinowe, całkowicie niewidoczne łączenia poszczególnych elementów blatu
- niewidoczne przeprowadzenie kabla zasilającego promiennika
- odporność na plamy, środki dezynfekujące, inne zabrudzenia powierzchni blatu (zostanie wykonana próba przy użyciu wybranego środka chemicznego)
- materiały zastosowane do produkcji mebla posiadające atest PZH
- autoryzowany wykonawca blatu należący do sieci jakości producenta materiałów
- 10 lat gwarancji na blat i jego szczelność

Niespełnienie warunków będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Na rysunku nr 2.4. podano wymiary wanienki, m.in. szerokość 39 cm, długość 65 cm.

Na rysunku nr 2.5 wskazano: blat premium 12 mm, RAL 1013 z drobinkami w kolorze RAL 9003, jak np. CORIAN LINEN.

Na rysunku nr 5.4 wskazano: blat PREMIUM 2 półtransparentny.

Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 31 o treści: *„W dokumentacji występuje rozbieżność pomiędzy kolorystyką blatów. Rys. 5.4 jest zapisem blat PREMIUM 2 półtransparentny natomiast w opisie technicznym występuje blat PREMIUM kolor RAL 100 80 20. Z którego koloru należy wykonać przewijak?”* wskazał, że: *„Przewijak należy wykonać z blatu w kolorze RAL 100 80 20”*.

Odwołujący w formularzu oferty nie wskazał terminu wykonania zamówienia (okoliczność bezsporna).

Przystępujący w pozycjach: 70, 188, 194, 544, 556, 87, 179, 225 formularza asortymentowo-cenowego wskazał stawkę podatku VAT 23% (okoliczność bezsporna).

Przystępujący wykonał blat prototypu zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, tj. w kolorze RAL 100 80 20 (okoliczność przyznana).

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2.291.865,12 zł brutto. Oferta wykonawcy Warbud S.A. zawiera cenę w kwocie 2.596.540,53 zł brutto. Cena oferty Odwołującego wynosi natomiast 2.988.324,36 zł brutto (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – pkt 9; formularz oferty Warbud S.A., formularz oferty Odwołującego).

W dniu 3 lipca 2014 r., Komisja Przetargowa zarekomendowała zwiększenie kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny najkorzystniejszej oferty. Wskazano, że w innym przypadku postępowanie będzie musiało zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przedmiotowa rekomendacja znalazła akceptację kierownictwa szpitala. Na protokole z prac Komisji Przetargowej widnieje adnotacja Dyrektora Szpitala o zgodzie na zwiększenie środków, oraz adnotacja Głównej Księgowej (także z dnia 3 lipca 2014 r.), że środki zostaną zabezpieczone w kwocie 304.675,41 zł (Protokół z prac Komisji Przetargowej z dnia 3 lipca 2014 r.).

Badanie prototypu przewijaka dostarczonego przez wykonawcę Warbud S.A. zostało przeprowadzone przez biegłą M..... B..... W ramach sprawdzenia prototypu pod względem zgodności z projektem wg sposobów opisanych w SIWZ sprawdzono głębokość wanieńki. Nie odniesiono się do wymiarów wanieńki dotyczących długości i szerokości (Protokół oględzin z projektu, okoliczność potwierdzona przez Zamawiającego).

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba kierowała się zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba miała na względzie także ograniczenia wynikające z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, złożone w pismach procesowych, jak też podczas posiedzenia i rozprawy, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Merytoryczne uzasadnienie powyższej oceny należy jednak poprzedzić przedstawieniem stanowiska, co do złożonego przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania z uwagi na brak interesu po stronie Odwołującego. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego żądania i wydała na posiedzeniu postanowienie o jego oddaleniu. Brak legitymacji do wniesienia odwołania stanowi bowiem podstawę do oddalenia, a nie odrzucenia odwołania. Jednocześnie, jak wskazano wcześniej, w ocenie Izby, Odwołujący wykazał w sposób należyty posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody, a tym samym zarzuty odwołania podlegały merytorycznemu rozpoznaniu. Odwołujący złożył ofertę z zamiarem uzyskania niniejszego zamówienia. Oferta Odwołującego – jeżeli nie została odrzucona – zajęłaby drugie miejsce w rankingu ofert. Prawidłowość i skuteczność czynności odrzucenia jego oferty zostały zakwestionowane wniesionym odwołaniem, w którym dodatkowo zanegowano ofertę najkorzystniejszą. W tych okolicznościach, w ocenie Izby, Odwołujący zachowuje interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek wadliwych czynności, podjętych przez Zamawiającego. Powyższej oceny nie mogły zmienić twierdzenia Zamawiającego, iż nawet w przypadku uznania zarzutów odwołania nie może dojść do wyboru oferty Odwołującego, gdyż oferowana przez niego cena przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Odwołującego. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zwiększenie środków finansowych do kwoty oferty Przystępującego nie stanowiło dla Zamawiającego trudności. Z protokołu z prac Komisji Przetargowej, ani z żadnego innego dokumentu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika przy tym, by powyższa kwota stanowiła maksymalny, możliwy do przyjęcia próg finansowania przedmiotowego postępowania. Zaakcentowane przez Przystępującego poglądy orzecznictwa, z uwagi na odmiennosc stanów faktycznych poszczególnych spraw oraz materiału dowodowego będącego podstawą wydanych rozstrzygnięć, nie mogły w sposób decydujący wpłynąć na ocenę okoliczności niniejszej sprawy. Przykładowo, w przywołanym wyroku KIO z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1025/13; KIO 1047/13, Izba zwróciła szczególną uwagę na fakt, że zamawiający jasno i precyzyjnie określił możliwą do wydatkowania kwotę. Informację tę podał w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym oświadczył, że podwyższona kwota jest maksymalną i ostateczną. Oświadczenie to zostało przy tym poparte dowodami z dokumentów, m.in. pisma, w którym wskazano na ustalenie przez sejmik województwa maksymalnego limitu finansowania przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie tego rodzaju okoliczności, ani dowody nie wystąpiły. Zamawiający nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że w sytuacji uznania i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, nie będzie miał możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do poziomu wynikającego z tej oferty. W tym

zakresie stanowisko Zamawiającego oparte zostało wyłącznie na twierdzeniach zawartych w odpowiedzi na odwołanie. Przedmiotowe twierdzenia ograniczyły się przy tym do ogólnikowego argumentu, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do ceny oferty Odwołującego. W toku rozprawy Zamawiający nie przedłożył w tym zakresie żadnego dowodu lub szczegółowych wyjaśnień, które mogłyby przekonać Izbę o zasadności stawianej tezy, odnoszonej nie tyle do braku woli, ale przede wszystkim do faktycznego braku możliwości zabezpieczenia dodatkowych środków bądź zasadności finansowania zamówienia w kwocie odpowiadającej cenie oferty Odwołującego. Należy końcowo zwrócić także uwagę na treść rekomendacji dotyczącej zwiększenia środków do ceny oferty wykonawcy Warbud S.A., w której potrzebę zwiększenia kwoty uzasadniono jedynie perspektywą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie jest wykluczone, Zamawiający bynajmniej nie wykazał tego w toku postępowania odwoławczego, że ewentualna konieczność unieważnienia postępowania (w tym koszty przeprowadzenia ponownej procedury przetargowej, na co zwracał uwagę pełnomocnik Odwołującego), nie stanowiłaby wystarczającego argumentu za podwyższeniem środków – także w sytuacji, gdyby dotyczyło to oferty Odwołującego, zwłaszcza mając na uwadze poziom różnicy poszczególnych cen.

Należy w tym miejscu zgodzić się z twierdzeniem, że decyzja o ewentualnym zwiększeniu środków finansowych na realizację danego zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że w postępowaniu przed Izbą, zamawiający – który podnosi argument braku legitymacji czynnej odwołującego ze względu na brak możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia – nie jest obowiązany wykazać, że względy finansowe, bądź inne, związane przykładowo z kwestiami wynikającymi z zasad racjonalnej gospodarki lub obowiązku zachowania należytej staranności w prowadzeniu spraw tego podmiotu, nie pozwalają rzeczywiście na zwiększenie tych środków do określonego poziomu. Postępowanie odwoławcze oparte jest na zasadzie kontradyktoryjności i równości stron, a strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp). W okolicznościach niniejszej sprawy, jak wskazano wcześniej, Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że w dacie wnoszenia odwołania oraz w późniejszym okresie zaistniały obiektywne okoliczności, które nie pozwalają na zwiększenie środków w budżecie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane jest przy tym stanowisko, że fakt złożenia oferty cenowej przekraczającej budżet zamawiającego nie pozbawia automatycznie wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (przykładowo: wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 193/13, wyrok KIO z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2062/11). Ewentualne zaś unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest zdarzeniem na tyle przyszłym i niepewnym, że nie można od niego

uzależniać losów postępowania odwoławczego, tym bardziej, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, że zwiększenie środków jest niemożliwe bądź, że posiadane środki nie mogą być przeznaczone na sfinansowanie tego zadania, czy też, że finansowanie zamówienia w kwocie odpowiadającej cenie oferty Odwołującego jest niezasadne z innych powodów – przykładowo podyktowanych względami racjonalnej gospodarki. To na nim zaś spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie, gdyż to Zamawiający z twierdzeń o braku możliwości zwiększenia kwoty do ceny oferty Odwołującego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, a tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp i zarzuty odwołania podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba w pełni uznała argumentację Odwołującego uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, wskutek nie zawarcia w formularzu ofertowym terminu jej wykonania.

Skład orzekający podziela stanowisko, że termin wykonania zamówienia jest elementem przedmiotowo istotnym zarówno oferty wykonawcy, jak i przyszłego stosunku zobowiązaniowego. W okolicznościach niniejszej sprawy nie oznacza to jednak, by uchybienie w postaci niewskazania tego terminu w formularzu oferty dyskwalifikowało automatycznie ofertę Odwołującego. Okolicznością bezsporną było niewskazanie terminu w formularzu oferty Odwołującego. Nie zasługiwała jednak na uznanie argumentacja Zamawiającego, że ani z oferty, ani innych dokumentów do niej dołączonych nie wynikało – w sposób bezpośredni lub pośredni – jaki termin wykonania zamówienia oferuje Odwołujący. Należy wskazać, że Zamawiający w treści SIWZ sam określił termin wykonania zamówienia. Termin ten został ustalony w sposób jednoznaczny. Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ – Termin i warunki wykonania zamówienia: „*Wymagany termin wykonania zamówienia zamawiający określa na 8 tygodni od dnia zawarcia umowy*”. Zamawiający przewidział jednocześnie, że wykonawca może zaoferować wcześniejszy termin wykonania zamówienia, jednak okoliczność ta nie zmienia faktu, że w treści SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, jaki jest wymagany przez niego termin wykonania zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że wbrew treści uzasadnienia podanego przez Zamawiającego dla odrzucenia oferty Odwołującego, w Rozdziale IV SIWZ nie został przewidziany wymóg zaoferowania terminu wykonania zamówienia. Jak wskazano wcześniej, rozdział ten zawiera stwierdzenie Zamawiającego, że termin wykonania zamówienia określa na 8 tygodni, jak

również przewiduje dla wykonawcy możliwość zaoferowania wcześniejszego terminu wykonania zamówienia. W żadnym miejscu tego rozdziału nie widnieje jednak zapis, który w sposób jednoznaczny nakładałby na wykonawcę, który nie oferuje terminu wcześniejszego, obowiązek podania w ofercie terminu 8 tygodniowego (wynikającego już z samej treści SIWZ). Co istotne, całościowa analiza treści SIWZ uzasadnia wniosek, że Zamawiający – pomimo stanowiska prezentowanego w toku postępowania odwoławczego, a wcześniej zawartego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego – nie nadał szczególnego znaczenia okoliczności niepodania w formularzu oferty terminu wykonania zamówienia, co może wynikać właśnie z okoliczności, iż termin został określony w samej treści SIWZ. Należy bowiem zwrócić uwagę na Rozdział V SIWZ – Wymagania stawiane wykonawcom dotyczące treści oferty. W rozdziale tym Zamawiający wyodrębnił poszczególne elementy oferty (znajdujące się w formularzu ofertowym), oraz wymagania stawiane w tym zakresie, przewidując jednocześnie rygor odrzucenia oferty, w przypadku ich niespełnienia. I tak: Zamawiający wymaga zaoferowania terminu płatności nie krótszego niż 30 dni od daty dostawy towarów; wymaga zaoferowania co najmniej 36 miesięcznego okresu gwarancji dla mebli i pozostałego wyposażenia, wymaga zaoferowania w okresie gwarancyjnym co najmniej 3 bezpłatnych przeglądów gwarancyjnych wszystkich mebli, wykonywanych nie rzadziej, niż co 12 miesięcy użytkowania, wymaga zaoferowania czasu naprawy gwarancyjnej mebli nie dłuższego niż 7 dni roboczych, licząc od dnia zgłoszenia uszkodzenia, wymaga podania przez wykonawcę wykazu środków czyszczących i dezynfekcyjnych dopuszczalnych dla oferowanych mebli i nie powodujących uszkodzeń powierzchni mebli konstrukcyjnych (zawiasy, prowadnice, itp.). Jednocześnie, każdy z powyższych wymogów został opatrzony rygorem odrzucenia oferty. Jak wynika z powyższego, w rozdziale traktującym o wymaganiach stawianych wykonawcom dotyczących treści oferty, Zamawiający nie wyszczególnił nawet obowiązku podania terminu wykonania zamówienia. Oczywiście, Zamawiający wskazał w rozdziale XII SIWZ – Opis sposobu przygotowania oferty, że „Jako termin wykonania zamówienia należy podać liczbę tygodni” (pkt 3). Jednak, w ocenie składu orzekającego, brzmienie i cel tego zapisu ma charakter wyłącznie techniczny, odnoszący się do „jednostki czasu”, w jakiej termin ma być przedstawiony. Dotyczy on kwestii formalnych oferty, co potwierdza także tytuł rozdziału, w którym został on zamieszczony, a nie kwestii merytorycznych, których brak dyskwalifikowałby ofertę.

Należy następnie zauważyć, że wykonawca składając formularz ofertowy oświadczał jednocześnie, że zapoznał się ze SIWZ, w tym z ogólnymi warunkami umowy, i nie wnosi w tym zakresie zastrzeżeń, jak również, że w razie wyboru oferty zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach podanych w SIWZ. Powyższe oświadczenia należy odnieść m.in. do przewidzianego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia. Nie

istnieją żadne racjonalne względy przemawiające za oceną, że wykonawca, który składa powyższe oświadczenia nie akceptuje jednocześnie terminu ustalonego przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia, oraz że termin ten, nawet przy braku jego wskazania w formularzu ofertowym, nie jest dla niego terminem wiążącym – także w ramach warunków oraz istotnych elementów zawieranej umowy.

Wszystkie powyższe okoliczności przemawiają, w ocenie składu orzekającego, za przyjęciem stanowiska, iż w tym konkretnym postępowaniu brak wskazania terminu wykonania zamówienia nie powinien *a limine* przesądzać o odrzuceniu oferty. Wobec określenia w treści SIWZ terminu wykonania zamówienia w pełni uprawnionym jest w tym przypadku przyjęcie, że w miejsce brakującej części oferty, związanej z terminem wykonania zamówienia, wchodzi postanowienia treści SIWZ, określające w sposób jednoznaczny termin wymagany przez Zamawiającego, którą to treść specyfikacji wykonawca akceptuje, w tym zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach w niej określonych (a więc także w odniesieniu do warunku dotyczącego przewidzianego terminu wykonania zamówienia).

Co istotne, czas wykonania zadania objętego niniejszym zamówieniem, nie stanowi kryterium oceny ofert. Odwołujący trafnie argumentował, że nie wskazanie w sposób wyraźny terminu wykonania umowy nie wpływa więc na polepszenie, czy pogorszenie sytuacji Odwołującego bądź innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Brak wskazania tego terminu w formularzu ofertowym należy w tej sytuacji oceniać w kategorii omyłki, nie mającej istotnego znaczenia dla treści samej oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, że za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy uznać także niezamierzone opuszczenie w danym dokumencie, jednego, a nawet kilku wyrazów (wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 73/14). Skład orzekający nie widzi przeszkód, by w niniejszej sprawie, za omyłkę mogło zostać uznane niezamierzone niewskazanie terminu w formularzy oferty, jeżeli termin ten został wcześniej określony przez Zamawiającego w sposób precyzyjny w treści SIWZ. Należy przyjąć, że każdy z wykonawców przystępujący do przetargu działa z zamiarem złożenia oferty odpowiadającej treści SIWZ, a formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie i w określonych sytuacjach formalizm ten powinien ustąpić przed dopuszczoną prawem możliwością poprawienia omyłek oferty, których usunięcie nie powoduje istotnej zmiany jej treści. Fakt, że omyłka dotyczy elementu przedmiotowo istotnego nie wyłącza jeszcze możliwości jej poprawienia. Zależy to bowiem od okoliczności konkretnego przypadku. Z tego też względu, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2588/13) wskazuje się, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w sytuacji spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie, dopuszczalne jest dokonywanie poprawek omyłek, nawet gdy poprawa ta dotyczy elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*).

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego, w realiach niniejszej sprawy, zestawienie treści SIWZ oraz treści oferty Odwołującego pozwalała Zamawiającemu do przyjęcia, że wykonawca ten zaoferował 8 tygodniowy termin wykonania zamówienia przewidziany przez Zamawiającego. Brak wyraźnego wskazania tego terminu w formularzu oferty nie oznaczał, że treścią oświadczenia woli wykonawcy nie zostało objęte wykonanie zamówienia, zgodnie z wymogami określonymi w treści SIWZ. W tej sytuacji Zamawiający winien był zastosować tryb z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż uzupełnienie braku oferty, powodującego jej niezgodność z Rozdziałem XII pkt 3 SIWZ, nie spowodowałoby istotnych zmian jej treści, ani nie wymagałoby jakichkolwiek negocjacji między Zamawiającym a wykonawcą. Dopiero, brak zgody wykonawcy na poprawienie tej omyłki uzasadniałby odrzucenie jego oferty. Wobec powyższego, potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a Zamawiający w dalszym toku postępowania powinien w pierwszej kolejności zastosować procedurę z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Uzupełnienie brakującej części nie spowoduje bowiem istotnych zmian w treści tej oferty, gdyż termin wykonania zamówienia wynika już z samej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a akceptacja tego terminu, a więc także objęcie go zakresem oświadczenia woli wykonawcy zawartym w treści oferty, wynika z faktu akceptacji wymogów SIWZ oraz zobowiązania do podpisania umowy na warunkach w niej określonych. Uzupełnienie to nie wpłynie także na polepszenie sytuacji Odwołującego kosztem drugiego wykonawcy. W konsekwencji omyłka ta może zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie dochodzi w tym zakresie także do żadnych niedozwolonych negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, gdyż poprawienie omyłki dotyczy terminu określonego w sposób jednoznaczny przez zamawiającego i w równie jednoznaczny sposób zaakceptowanego przez wykonawcę. Kwestia możliwości wskazania terminu wcześniejszego pozostaje przy tym bez znaczenia. W tym zakresie prowadzenie negocjacji nie byłoby nawet możliwe, gdyż wskazanie terminu wcześniejszego zostało pozostawione całkowicie do uznania wykonawców, przy tym skorzystanie z tej możliwości nie wiąże się z możliwością uzyskania lepszej oceny oferty. Okoliczności niniejszej sprawy nie pozwalają jednocześnie na przyjęcie, że zamiarem Odwołującego było właśnie oferowanie terminu wcześniejszego, a więc, że tylko w tym kierunku (a nie w odniesieniu do terminu wynikającego ze SIWZ) mogłyby podążyć poprawki jego oferty.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Warbud S.A.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego dotycząca niezgodności treści oferty wykonawcy Warbud S.A. z treścią SIWZ z uwagi na stawki podatku VAT podane w pozycjach wyszczególnionych w treści odwołania. W tym zakresie

Przystępujący trafnie argumentował, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przewidział w treści SIWZ stawek podatku VAT, jakie mają być stosowane przez wykonawców. Zgodnie z Rozdziałem XIV SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający zastrzegł jedynie, że oferowane ceny brutto winny być cenami netto powiększonymi o kwotę podatku VAT, obliczoną według obowiązujących stawek. W sytuacji więc, w której Zamawiający nie określił w specyfikacji stawek podatku VAT, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oparty na twierdzeniach o niezgodności stawek podatku VAT podanych w ofercie wykonawcy z treścią SIWZ nie może być zarzutem skutecznym, gdyż nie występuje w tej sytuacji ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W konsekwencji w pełni zasadne było stanowisko Przystępującego, iż w tym zakresie nie mogło dojść do niezgodności treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. W tej sytuacji w rachubę mogła wchodzić wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Jednak, jak zasadnie podniósł to Przystępujący, w odwołaniu nie został postawiony tego rodzaju zarzut, zaś Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp – nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje z jakich przyczyn faktycznych i prawnych kwestionuje daną czynność bądź zaniechanie Zamawiającego. O ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i jej brak podania, czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania (por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 15/14). W niniejszej sprawie Odwołujący nie tylko nie wyeksponował zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w petitum odwołania, ale co ważniejsze wskazywane w odwołaniu okoliczności faktyczne i uzasadnienie stawianych zarzutów w ogóle nie zostało powiązane z błędem w obliczeniu ceny. Odwołujący konsekwentnie argumentował bowiem o niezgodności oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji, Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, iż zarzut błędu w obliczeniu ceny, jako niepodniesiony w odwołaniu, nie mógł być przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Jednocześnie, w związku z tym, iż Odwołujący zakwestionował zastosowanie stawki podstawowej, zamiast stawki preferencyjnej, warto informacyjnie wskazać na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w których wyrażono pogląd, że jeżeli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie z VAT, powinien zastosować stawkę podstawową (wyrok z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13), oraz że nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta, w której

cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną (wyrok z dnia 20 marca 2014 r., sygn. akt KIO 430/14). Niezależnie od powyższego, należy jednocześnie podkreślić, iż Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił twierdzeń, iż w odniesieniu do wyszczególnionych pozycji obowiązującą stawką podatku jest stawka VAT 8%. W tym zakresie zarzuty odwołania ograniczyły się jedynie do ogólnej oceny Odwołującego, dla której nie przedstawiono rzeczowej argumentacji oraz dowodów.

Izba nie uwzględniła również argumentacji nakierowanej na wykazanie, że wykonawca Warbud S.A. dopisał do formularza ofertowego 4 dodatkowe pozycje, przez co jego oferta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ. W tym zakresie, Przystępujący przedstawił w toku postępowania rzeczowe wyjaśnienia, które nie zostały w sposób skuteczny podważone przez Odwołującego. Ilości wskazane w pozycjach 571-573, nazwy tych pozycji, jak również porównanie cen, potwierdzają, że uczestnik postępowania jedynie wyodrębnił te pozycje, a nie dołożył pozycje dodatkowe do formularza asortymentowo-cenowego. Zasadny był też argument, iż cena oferty jest ceną ryczałtową, a Zamawiający nie przewidział możliwości rezygnacji z kupna części wyposażenia. Należy przy tym podkreślić, że także w zakresie omawianych powyżej podstaw zarzutu odwołania, Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń. Nie wykazał w tym zakresie inicjatywy dowodowej, ani nie przedstawił rzeczowych argumentów, dla wykazania zarzucanej niezgodności, w szczególności nie sprecyzował, z jakimi dokładnie postanowieniami SIWZ, kwestionowana część oferty Przystępującego miała pozostawać w sprzeczności.

O zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na nie odrzucenie oferty wykonawcy Warbud S.A., nie mogły przesądzić również argumenty Odwołującego dotyczące dostarczenia przez Przystępującego prototypu przewijaka w kolorze zielonym. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego, nie stanowi o niezgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 33 Opisu Technicznego, stanowiącego załącznik do SIWZ, Zamawiający wymagał dostarczenia prototypu do pielęgnacji noworodka w celu akceptacji oferty. Projekt miał zostać wykonany według załączników rysunkowych: 5.4 oraz rysunków szczegółowych blatu nr 2.4, 2.5, 2.7. Jednocześnie jednak w Opisie Technicznym, Zamawiający określił w pkt 31 kolorystykę blatów, wskazując m.in. oddział położniczy (sekcja A, C i F): blaty wykonane z materiału PREMIUM: RAL 100 80 20. Następnie, pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 31 wskazał, że: „Przewijak należy wykonać z blatu w kolorze RAL 100 80 20”. Należy zauważyć, że zarzuty Odwołującego dotyczą prototypu modułu do pielęgnacji noworodka. W Opisie Technicznym w pkt 33, zostało wyszczególnione, że projekt ma zostać wykonany m.in. według rysunków szczegółowych blat, w tym rysunku nr 2.5., w którym podano kolor

inny niż RAL 100 80 20, wynikający z Opisu Technicznego i odpowiedzi Zamawiającego. Niemniej jednak podkreślenia wymaga, że zgodnie z Rozdziałem XVI SIWZ – Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu podpisania umowy, Zamawiający wskazał, że *„Moduł do pielęgnacji noworodka przedstawiony przez tego wykonawcę zostanie zaliczony na poczet zamówienia”*. W tych okolicznościach, wykonanie blatu w kolorze podanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r., odmiennym od koloru wskazanego w samym rysunku nr 2.5, nie powinno skutkować dla wykonawcy ujemnymi konsekwencjami. Wykonawca dostosował swoje działania do informacji otrzymanych od Zamawiającego i nie sposób czynić mu z tego tytułu zarzutu, a tym bardziej wywodzić niezgodności oferty z treścią SIWZ, która ostatecznie – w zakresie blatu przewijaka będącego elementem prototypu modułu do pielęgnacji noworodka, mającego następnie zostać zaliczonym na poczet zamówienia – może zostać uznana za odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Niezależnie od tego, wymaga wskazania, że w pkt 33 Opisu Technicznego, ustalone zostały warunki krytyczne przyjęcia prototypu. Jednym z warunków jest zgodność warstw wierzchnich oraz rodzajów materiałów użytych do produkcji. Z treści tych zapisów nie wynika jednak w sposób jednoznaczny, że sam kolor blatu przewijaka jest kryterium krytycznym warunkującym przyjęcie prototypu modułu. W pkt 33 Opisu Technicznego zastrzeżono, że niespełnienie warunków będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Z uwagi na rygor, którym zostały opatrzone wyspecyfikowane warunki, nie można w ocenie Izby, dokonywać w tym zakresie wykładni rozszerzającej i na obecnym etapie postępowania wyszczególniać warunki, które nie zostały wyrażone wprost w ramach przyjętych warunków krytycznych. Wsparciem dla przedmiotowej oceny jest przy tym treść Protokołu z oględzin projektu z dnia 2 lipca 2014 r., z którego wynika, że zgodność warstw wierzchnich – odmiennie od innych kwestii, o których poniżej – została akurat sprawdzona, a badanie dotyczyło materiału typu PREMIUM (zgodnie z projektem), elementów korpusu zabudowy wraz z frontami (zgodnie z projektem), nadruku (zgodnie z projektem) oraz materiału, z którego wykonany jest materacyk (zgodnie z projektem). Powyższe nakazuje przyjęcie stanowiska, że warunkiem krytycznym przyjęcia prototypu był materiał, z którego wykonano blat.

Izba uznała natomiast za zasadne zastrzeżenia dotyczące zachowania przez wykonawcę Warbud S.A., w prototypie modułu do pielęgnacji noworodka wymiarów waniarki. Jednocześnie należy w tym miejscu poczynić uwagę, że wyniki postępowania odwoławczego pozwoliły jedynie na stwierdzenie wątpliwości, co do zachowania wymaganych wymiarów i przeprowadzenia szczegółowego badania tych kwestii przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił bowiem ostatecznie dowodów, które w sposób definitywny mogłyby zdecydować o uznaniu jego twierdzeń. Postępowanie odwoławcze potwierdziło natomiast, że kwestie te nie zostały zbadane przez Zamawiającego w sposób

należy i powinno to stanowić przedmiot dalszych działań Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że w warunkach krytycznych przyjęcia prototypu modułu do pielęgnacji noworodka zostało wyszczególnione, że zostaną zmierzone wszystkie wymiary wanienki. Nie były przy tym zasadne argumenty Przystępującego, że SIWZ zawierała rozbieżności w odniesieniu do wymagań w zakresie wymiarów wanienki. Nie mogła o tym przesądzić podnoszona (lecz nie udowodniona) okoliczność, że model poglądowy, który Zamawiający przedstawił wykonawcom nie spełnia parametrów podnoszonych przez Odwołującego. Zamawiający określił bowiem w sposób precyzyjny wymagane wymiary wanienki w dokumentacji projektowej i te dokumenty, a nie model poglądowy, stanowiły treść SIWZ, którą wykonawcy winni byli się kierować przy tworzeniu projektu modułu. W piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r., w odpowiedzi na pytanie nr 5: *„Wykonawca prosi o określenie wymiarów produkcyjnych wraz z określeniem profili i promieni niezbędnych do wykonania wzorcowej wanienki”*, Zamawiający wskazał, że doprecyzował rysunek nr 2.4 określający szczegółową geometrię wanienki, a rysunek jest załącznikiem do odpowiedzi na pytanie. Z rysunku nr 2.4 w sposób jednoznaczny wynikają natomiast wymiary 39x65 (szerokość x długość) oraz wymiar 22 (głębokość). Dokumentacja postępowania nakazuje jednocześnie przyjąć, że Zamawiający nadał istotne znaczenie wymiarom i wykonaniu wanienki, będącej elementem prototypu modułu. W piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r., w odpowiedzi na pytanie nr 15: *„Czy Zamawiający, gdy nie będzie posiadał formy (prototypu formy) do wykonania wanienki lub jej nie udostępni albo w przypadku nie posiadania przez Zamawiającego warsztatowych rysunków wykonawczych lub ich nie udostępnienia Zamawiający wyrazi zgodę, aby wanienka została wykonana wg uznania wykonawcy przy zachowaniu wymiarów oraz funkcjonalności podanych na projektach załączonych do SIWZ celem przedstawienia możliwości technologicznych wykonania oraz jakości, a ewentualne szczegóły wykonania, które będą rozbieżne w dostarczonym prototypie w stosunku do oczekiwań Zamawiającego zostaną ustalone na etapie realizacji zamówienia, gdyż niewielkie korekty nie będą elementami cenotwórczymi?”* wskazał: *„Nie, zamawiający nie dopuszcza wykonania wanienki w sposób opisany w pytaniu”*. W powołanym piśmie, w odpowiedzi na pytanie nr 30: *„Czy Zamawiający dopuszcza dostarczenie wanienki z rys. nr 2.4 wykonanej w uproszczony sposób bez uwzględnienia siedziska i wyprofilowania na nogi?”*, Zamawiający stwierdził, że nie dopuszcza wykonania wanienki w sposób opisany w pytaniu. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie nr 14, w którym podniesiono, że załączone projekty/rysunki są jedynie rysunkami poglądowymi i pomimo wykonania wanienki zgodnie z opisem poszczególne wanienki prezentowane przez wykonawców mogą różnić się od siebie oraz od oczekiwań projektanta głównego i Zamawiającego, wskazano wyraźnie, że m.in. doprecyzowany rysunek 2.4. jest rysunkiem wykonawczym.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości Izby, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia wanienki odpowiadającej wymiarom określonym w dokumentacji projektowej, którym to wymiarom nadał znaczenie warunku krytycznego opatrzonego rygiem odrzucenia oferty. Jednocześnie jednak Zamawiający nie przeprowadził w sposób należyty sprawdzenia wymogów przez siebie postawionych. Z protokołu oględzin z dnia 2 lipca 2014 r. wynika, że w odniesieniu do wanienki została sprawdzona jedynie jej głębokość (22 cm, zgodnie z projektem). Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego, po okazaniu stronom i uczestnikowi postępowania przedmiotowego protokołu wskazał, że nie ma w tym protokole stwierdzeń, co do wymiarów zawartych na rysunku nr 2.4, z wyjątkiem głębokości wanienki, która została wyraźnie podana. Z Opisu Technicznego (pkt 33), jak wskazano wcześniej, wynika natomiast, że w ramach warunków krytycznych zostaną sprawdzone wszystkie wymiary wanienki. Ponadto, w powołanym pkt 33, Zamawiający wskazał, że dostarczone prototypy modułów będą komisyjnie sprawdzane pod kątem zgodności z projektem oraz opisem technicznym. Z protokołu z dnia 3 lipca 2014 r. z prac Komisji Przetargowej wynika, że komisja zwróciła się do biegłej o dokonanie oceny prototypu, biegła dokonała jego oceny uznając przewijak za zgodny z projektem. Nie wydaje się, by załączenie do protokołu opinii biegłej (nie będącej członkiem komisji przetargowej) czyniło zadość zastrzeżeniu, że prototypy będą komisyjnie sprawdzane. Wynika bowiem z niego, że nie sama opinia może stanowić podstawę oceny komisji, ale ocena to powinna zostać powzięta także na podstawie sprawdzenia prototypu przez samą komisję. W tym kontekście, nie mógł zostać uznany za trafny argument Przystępującego, iż kluczową rolę dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ ma projektant z uwagi na to, że czynności te wynikają z nadzoru autorskiego. Należy przy tym wskazać, że w piśmie z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający na pytanie nr 7 dotyczące sposobu, w jaki ma odbywać się nadzór autorski podczas wykonywania formy pod wanienkę wskazał m.in, że nie przewiduje się wizyt projektanta przy wykonywaniu formy, nie przewiduje się kontaktów projektanta z wykonawcami przygotowującymi oferty oraz, że zamawiający nie wymaga potwierdzenia ze strony głównego projektanta, iż forma pod wanienkę została wyprodukowana pod nadzorem autorskim projektanta. Wskazano jedynie, że projektant w ramach nadzoru autorskiego po dostarczeniu prototypu Zamawiającemu będzie weryfikował zgodność wykonanego prototypu z jednoznacznymi rysunkami technicznymi. Weryfikacja ta nie może jednak oznaczać, że to projektant decyduje o zgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż ocena ta – która, jak wskazano wcześniej ma być przeprowadzona komisyjnie – należy do Zamawiającego.

Reasumując, Zamawiający nie przeprowadził kompleksowej i rzetelnej oceny, co do zachowania przez wykonawcę Warbud S.A. wymiarów wanienki, do czego był zobowiązany zgodnie z treścią SIWZ. Z uwagi na powyższe, na tym etapie postępowania, wobec braku jednoznacznych dowodów ze strony Odwołującego, Izba nie mogła jednocześnie przyjąć,

jako udowodnionej, tezy o sprzeczności tych wymiarów z treścią SIWZ, a tym samym orzekać o odrzuceniu oferty Przystępującego. W tym zakresie zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy był zarzutem przedwczesnym. Niemniej jednak Izba nie uznała, by zaniechania Zamawiającego nie stanowiły naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania, które uzasadniają uwzględnienie odwołania. W odwołaniu, w jego podstawie prawnej, nie podano, co prawda, naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, nie oznacza to jednak, że z całościowej analizy treści odwołania nie należało wywieść tych zarzutów. Obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie, zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie ulega wątpliwości Izby, że w ramach powyższych zasad, Zamawiający ma obowiązek dokonania rzetelnej oceny oferty wykonawcy, sprawdzenia jej zgodności z wymogami zawartymi w treści SIWZ, gdyż tylko takie działanie pozwala na uznanie, że oferta została wybrana zgodnie z prawem, a zamówienie udzielone wykonawcy spełniającemu wszystkie warunki. Ponadto, w ramach zarzutu zaniechania odrzucenia wybranej oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, w naturalny sposób zawarta jest materia dotycząca sposobu przeprowadzenia oceny tej oferty. Niniejsze postępowanie wykazało zaś, że ocena ta – w zakresie zachowania wymogów dotyczących wymiarów wianienki – nie została przeprowadzona w należyty sposób. Konsekwencją tych zaniechań jest wadliwość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dalszym toku postępowania przeprowadzi powyższą ocenę z zachowaniem należytej staranności i zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 7 Pzp. W tożsamy sposób Zamawiający przeprowadzi także badanie i ocenę oferty Odwołującego. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że sygnalizowane na rozprawie wady oferty Odwołującego pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nie były to okoliczności objęte postępowaniem odwoławczym, a ponadto – co przyznał Zamawiający – badanie oferty Odwołującego ograniczyło się dotychczas jedynie do kwestii braku terminu wykonania zamówienia w formularzu ofertowym, co jak wskazano wcześniej nie uzasadniało, zdaniem Izby, odrzucenia jego oferty i w okolicznościach tej sprawy mogło być sprostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jednocześnie, skład orzekający, pragnie wyrazić opinię, co do ewentualnych dalszych działań Zamawiającego na wypadek potwierdzenia, że dostarczone prototypy – czy to przez Przystępującego, czy Odwołującego – nie spełniają wymiarów wynikających z dokumentacji projektowej. W toku postępowania wykonawcy postawili pytanie: *„Czy w przypadku niedołączenia prototypu modułu do pielęgnacji noworodka, o którym mowa w punkcie V SIWZ lub dołączenia prototypu modułu do pielęgnacji niezgodnie z opisem Zamawiający wezwie wykonawcę do uzupełnienia prototypu zgodnego z opisem zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp”*. W odpowiedzi, pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający

wskazał, że pytanie nie dotyczy treści SIWZ. Zamawiający nie wykluczył więc trybu z art. 26 ust. 3 Pzp i to jego obowiązkiem będzie ewentualna ocena, co do zasadności jego zastosowania. Informacyjnie warto przy tym wskazać, że w wyroku z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13, zajęto stanowisko, że *„konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione. Podobną konkluzję zawiera wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1695/09, w którym wskazano, że: "próbki zestawów były wymagane przez zamawiającego (...), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Kwalifikowane są zatem, jako oświadczenie lub dokument o charakterze przedmiotowym, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, co potwierdza dokonane przez zamawiającego wezwanie odwołującego się do uzupełnienia próbek w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Próbki stanowią dla zamawiającego źródło wiedzy o zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami siwz (Justyna A., w: *Próbki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz praktyczny, opubl. w SIP LEX z modułem Zamówienia Publiczne, kom. do § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*)". Podobne stanowisko zostało przedstawione w Komentarzu do § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (J. Olszewska-Stempel, stan prawny: 25.03.2013, Lex/el.), w którym wskazano, że „Gdyby podczas oceny ofert okazało się, że przedstawiona próbka nie spełnia określonych wymogów postawionych przez zamawiającego, które dodatkowo podlegają ocenie, nie ma możliwości jej uzupełnienia, gdyż byłoby to w istocie uzupełnienie treści oferty (...). Gdyby natomiast wymóg próbki był związany jedynie z potwierdzeniem spełniania warunku, zatem miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to uzupełnienie tego rodzaju jest uzasadnione". Kwestie te będą jednak ewentualnie musiały zostać ocenione w pierwszej kolejności przez Zamawiającego.*

Mając wszystko powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: