

Sygn. akt: KIO 2301/18

**WYROK**  
z dnia 22 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **Mediso Polska Sp. z o.o. 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 133d**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155**

przy udziale wykonawcy: **Siemens Healthcare Sp. z o.o. 03-821 Warszawa,**

**ul. Żupnicza 11,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża odwołującego: **Mediso Polska Sp. z o.o. 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 133d, i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Mediso Polska Sp. z o.o. 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 133d** tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od odwołującego: **Mediso Polska Sp. z o.o. 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 133d** na rzecz zamawiającego: **Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155** kwotę w wysokości **3 600 zł. 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) 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:**

.....

Sygn. akt: KIO 2301/18

**Uzasadnienie**

Zamawiający – **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155** prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz Szpitala Pomorskiego w Gdyni i 10 wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ

w Bydgoszczy pn.: Dostawa Fabrycznie nowej aparatury medycznej: gamma kamera SPECT-CT w liczbie 2 szt. numer referencyjny: ZZP-165/18, zwane dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 20 września 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 181-409449.

**Mediso Polska Sp. z o.o. 92-318 Łódź, Al. Piłsudskiego 133d** (zwany dalej „odwołującym”), działając na podstawie art 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), podczas gdy treść oferty odwołującego odpowiadała treści SIWZ oraz wyborze oferty wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Siemens Healthcare Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego.

Podnosząc powyższe wskazywał, że zamawiający w dniu 29 października 2018 r. dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego w Postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podał, iż w druku cenowym oferty nie została podana cena całkowita brutto za wyposażenie dodatkowe dla Szpitali Pomorskich w Gdyni oraz cena całkowita brutto za wyposażenie dodatkowe dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy.

W dniu 30 października 2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Siemens Healthcare Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Tymczasem w świetle rozdziału VI pkt 1.2.1 SIWZ przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest dostawa fabrycznie nowej, nieużywanej aparatury medycznej: Gamma Kamery SPECT - CT w liczbie 2 sztuk wyprodukowanej w 2018 roku (...) jej instalacja, uruchomienie oraz wszystkie czynności związane z prawidłowym funkcjonowaniem urządzenia. Z kolei zgodnie z pkt 1.2.2 oraz 1.2.5 w rozdziale VI SIWZ oferowana aparatura medyczna musi spełniać wszystkie minimalne wymagane parametry techniczno - eksploatacyjne i warunki graniczne określone przez zamawiającego w załączniku nr 2a do oferty, zaś szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (parametry graniczne) został określony w załączniku nr 2a do oferty, który wypełniony musi zostać dołączony do arkusza cenowego. W świetle załącznika nr 2a do SIWZ wykonawca wyłoniony w Postępowaniu zobowiązany jest do zapewnienia, by oferowany przez niego przedmiot dostawy spełniał obligatoryjne parametry techniczno - eksploatacyjne: ogólne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia (pkt 1 tabeli, ppkt 1-11); moduł scyntygraficzny (pkt II tabeli, ppkt 12 - 42); moduł TK (ppkt 43-66); stacja akwizycyjna (pkt IV tabeli, ppkt 67 - 83); stanowiska opisowe lekarskie (pkt V tabeli, ppkt 84 - 101); dodatkowe wymagania ogólne (pkt VI, ppkt 102 -110); warunki serwisu gwarancyjnego (pkt VII, ppkt 111 - 118). Załącznik nr 2a do SIWZ - który jest wyłącznym, jedynym i kompletnym opisem świadczenia wykonawcy - nie zawiera w żadnym punkcie elementu „wyposażenie dodatkowe”. Co istotne, także wszystkie elementy wskazane w tymże załączniku nr 2a mają charakter „obligatoryjny”, a nie „dodatkowy”. Z kolei parametr „dodatkowe wymagania ogólne” - które poprzez użycie wyrażenia „dodatkowe” mogłyby sugerować zbieżność z pozycją z formularza „wyposażenie dodatkowe” - w ogóle nie odnosi się do wyposażenia, a do usług. Takiej pozycji jak „wyposażenie dodatkowe” nie przewiduje także SIWZ, załącznik nr 2b do SIWZ - Specyfikacja ocenianych parametrów techniczno - użytkowych, jak również załącznik nr 2c do SIWZ - Warunki serwisu pogwarancyjnego. Co istotne, także liczne wyjaśnienia zamawiającego do treści SIWZ, udzielone na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, nie odnoszą się do kwestii „wyposażenia dodatkowego”. Tymczasem formularz ofertowy w pkt 1 „Cena oferty” zawiera pozycje: gamma kamera SPECT - CT; wyposażenie dodatkowe; koszty dostawy, transportu, rozładunku, montażu, instalacji i uruchomienia nowej aparatury, ubezpieczenia, (m.in. Ubezpieczenia aparatury w okresie pomiędzy dostawą a rozpoczęciem montażu), integracji

z systemami informatycznymi szpitala, szkoleń pracowników oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie od właściwego organu (jeżeli to konieczne) i innych kosztów spełniających wymogi SIWZ - odpowiednio dla Szpitali Pomorskich w Gdyni oraz 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy. Zgodnie z rozdziałem VI pkt 6.2 SIWZ cena oferty stanowi kwotę wynagrodzenia ofertowego, jaką Wykonawca chce uzyskać

za wykonanie każdego elementu przedmiotu zamówienia, o których mowa w dokumentacji przetargowej. Oznacza to, iż w cenie oferty Wykonawca miał obowiązek uwzględnić wszystkie elementy wskazane w załączniku nr 2a do SIWZ. Odwołujący wypełniając załącznik nr 2a wskazał, iż jego oferta spełnia wszelkie obligatoryjne elementy przedmiotu zamówienia, w złożonym przez siebie formularzu ofertowym wpisał odpowiednie kwoty w pozycjach: gamma kamera SPECT - CT; koszty dostawy, transportu, rozładunku i inne koszty spełniające wymogi SIWZ oddzielnie dla każdego ze szpitali. Ponieważ dokumentacja przetargowa, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, nie przewidywał odrębnego zamówienia na „wyposażenie dodatkowe” rubryka została niewypełniona, zaś wszelkie koszty związane z dostawą gamma kamer, które odpowiadały opisowi przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2a do SIWZ - zawarte zostały w dwóch pozycjach wyodrębnionych oddzielnie dla każdego ze szpitali, tj. pozycji „gamma kamera SPECT - CT” oraz „koszty dostawy, transportu, rozładunku (...) i inne koszty spełniające wymogi SIWZ”.

W dalszej treści odwołania wywodził, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższy obowiązek skutkuje tym, iż zamawiający ma sporządzić opis przedmiotu zamówienia, tak aby zakres świadczenia wykonawcy był jasny i precyzyjny i pozwalał mu na oszacowanie oferty. W świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18 „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych”. Skoro opis przedmiotu zamówienia - sporządzony z uwzględnieniem dyrektywy płynącej z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny i wyczerpujący nie zawierał pozycji „wyposażenie dodatkowe”, zamawiający nie może zobowiązywać Wykonawcy do wyceny takiej pozycji w formularzu ofertowym. Skoro obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży

na zamawiającym, Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający, a w szczególności w innych materiałach niż w opracowanym przez niego opisie przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok KIO z 27 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2649/11), zaś opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (wyrok KIO z 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1556/11). Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oznacza, że opis przedmiotu zamówienia musi mieć tylko jedno znaczenie (musi być rozumiany jednakowo przez wszystkich zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia) i nie może budzić wątpliwości. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Jeśli nie zrobi tego zgodnie z art. 29-31, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak wyrok KIO z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1709/11)” - (Edmund Nowicki, Prawo zamówień publicznych, komentarz). Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, dokonane w załączniku nr 2a

do SIWZ umożliwiło odwołującemu bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w SIWZ. Bez wątplenia opis przedmiotu zamówienia, wynikający z załącznika nr 2a do SIWZ został sporządzony w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości odwołującego i wyceniony zgodnie z VI pkt 6.2 SIWZ, zgodnie z którym cena oferty stanowi kwotę wynagrodzenia ofertowego, jaką Wykonawca chce uzyskać za wykonanie każdego elementu przedmiotu zamówienia, o których mowa

w dokumentacji przetargowej. Stąd też uznać należy, że rubryka wynikająca z formularza ofertowego „wyposażenie dodatkowe” - jako nieznajdująca odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia - nie powinna być uwzględniana w wycenie oferty i wypełniana przez wykonawców. Co istotne także pozycja formularza ofertowego „wyposażenie dodatkowe”

- w odróżnieniu od pozycji „koszty dostawy, transportu, rozładunku (...) i inne koszty spełniające wymogi SIWZ” - ogólnie nie zawiera odniesienia do konkretnej pozycji SIWZ,

a w szczególności OPZ. Co więcej to właśnie pozycja „inne koszty spełniające wymogi SIWZ” stanowi katalog otwarty obejmujący wszelkie inne koszty, które odpowiadają pozycjom wymienionym w załączniku nr 2a do SIWZ, ale które nie zostały wyraźnie wymienione

w innych pozycjach formularza. Tymczasem, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że brak wskazania kwoty w pozycji „wyposażenie dodatkowe” w formularzu ofertowym powoduje, że oferta ta jest sprzeczna z SIWZ. Takie działanie ze strony zamawiającego jest nieuzasadnione.

W dalszej części odwołujący wskazywał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika w jakich przypadkach dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 34/18; wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2698/17 oraz Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2651/17 stwierdzając w konkluzji, że przesłanki do odrzucenia jego oferty nie zachodziły. Oferta odwołującego nie jest sprzeczna lub niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż obejmuje ona wszelkie koszty i pozycje wskazane w tym opisie. Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ oczekiwania co do zobowiązania wykonawcy

do zapewnienia „wyposażenia dodatkowego” i nie opisał jego zakresu i rozmiaru. Istotnym jest także fakt, że oferta podlega odrzuceniu jedynie w przypadku niezgodności jej treści z SIWZ, a nie w przypadku niezgodności jej formy z wymaganiami SIWZ - wszelkiego rodzaju wzory tabel, wykresów itp. mogą być zmieniane przez wykonawców, o ile tylko będą w nich zawarte wymagane przez zamawiającego informacje (tak: Skubiszak - Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Tabela nr 1 zawarta w formularzu ofertowym odwołującego zawiera wycenę wszelkich obowiązkowych elementów wymienionych w załączniku nr 2a do SIWZ. Wobec powyższego uznać należy,

że to formularz oferty opracowany przez zamawiającego zawiera pozycję nieznaną opisowi przedmiotu zamówienia, niewypełnienie której stało się podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający bowiem w ogóle nie przewidział w SIWZ zamówienia

na „wyposażenie dodatkowe”, tym samym nieuprawnione było żądanie od Wykonawców wypełnienia tej pozycji formularza. Takie działanie Zamawiającego skutkuje tym, iż jedynym źródłem zobowiązania Wykonawcy do świadczenia „wyposażenia dodatkowego” jest tabelka formularza ofertowego, a nie opis przedmiotu zamówienia. W konsekwencji uznać należy,

że to SIWZ jest obarczona błędem, gdyż istnieje sprzeczność pomiędzy treścią i zakresem świadczenia wykonawcy wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia a formularzem ofertowym, gdyż w tym ostatnim przewidziany został zakres świadczenia niewynikający

z opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli nawet Zamawiający oczekiwał, że w pozycji tej każdy wykonawca uwzględni określone koszty wynikające z załącznika nr 2a do SIWZ ale nieobjęte pozostałymi pozycjami formularza ofertowego, powinien wskazać wykonawcom sposób wypełnienia formularza i grupowania poszczególnych kosztów w odrębne rubryki. Skoro tego nie uczynił, nie może oczekiwać od Wykonawców że będą doszukiwać się oni znaczenia wyrażań użytych w formularzu ofertowym. W konsekwencji nie może wywodzić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy, który wypełnił formularz działając

w dobrej wierze, że opis przedmiotu zamówienia jest kompletny. Trudno oczekiwać, iż każdy wykonawca jednakowo zrozumiałby jaka była faktyczna intencja i zamiar zamawiającego przy formułowaniu wzoru formularza ofertowego, skoro pojawiła się w nim pozycja nieznana opisowi przedmiotu zamówienia. To powoduje, że wyrażenie „wyposażenie dodatkowe” może być różnie interpretowane przez dwóch różnych wykonawców, co potwierdza wynik Postępowania, a co jest sytuacją niedopuszczalna na gruncie ustawy Pzp. Ugruntowane stanowisko w orzecznictwie i doktrynie nie pozostawia wątpliwości, że wszelkie wątpliwości i niejasności wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia obarczają Zamawiającego (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt VIII Ga 554/17).

W konkluzji stwierdził, że czynność zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, stanowi naruszenie art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zamawiający poprzez takie ukształtowanie zapisów SIWZ, która jest wewnętrznie niespójna i sprzeczna, doprowadził do sytuacji w której uznał,

że interpretacja formularza ofertowego dokonana przez jednego z oferentów jest bardziej właściwa dopuścił się tym samym naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nie wskazał jasnych i precyzyjnych reguł prawidłowej interpretacji wprowadzonych w formularzu ofertowym wyrażań. W konsekwencji nieuprawniony był wybór oferty wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o.

Zamawiający, w dniu 8 listopada 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 9 listopada 2018 r. wykonawca: **Siemens Healthcare Sp. z o.o. 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2018 r., złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W treści złożonego pisma procesowego podnosił, że zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca

podał cenę za: wyposażenie dodatkowe dla Szpitala Pomorskiego w Gdyni oraz wyposażenie dodatkowe dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy. Brak wskazania tej ceny w Formularzu oferty, ze wskazaniem że jest ona zawarta w innym elemencie, jest odmową podania niezbędnej treści oferty. Podnosił, że wynikiem postępowania mają być dwie osobne umowy, każdy z ośrodków do którego będzie dostarczany sprzęt będzie umowę tą zawierał osobno z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Zwracał uwagę, że przedmiotem każdej umowy jest indywidualnie dobrany sprzęt, którego wartość jest inna. Odwołujący, nie podając ceny za wyposażenie dodatkowe uniemożliwił rozliczenie umowy, dając sobie jednocześnie możliwość zaniżenia lub zawyżenia wartości poszczególnych elementów właściwych dla danego szpitala.

Zamawiający zwracał uwagę, że każdy z wykonawców składających ofertę winien, w Formularzu oferty, podać następujące elementy składające się na cenę: koszt dwóch gamma kamer; wartość wyposażenia dodatkowego dla Szpitala Pomorskiego w Gdyni; koszt dostawy, transportu, rozładunku, montażu, instalacji i uruchomienia nowej aparatury (...)

i innych kosztów spełniających wymogi SIWZ dla Szpitala Pomorskiego w Gdyni; wyposażenie dodatkowe dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ

w Bydgoszczy; koszt dostawy, transportu, rozładunku, montażu, instalacji i uruchomienia nowej aparatury (...) i innych kosztów spełniających wymogi SIWZ dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy i także łączną cenę całkowitą

za realizację zamówienia. Odwołujący, samowolnie, wykreślił (wpisując znak „X”) rubryki wyposażenie dodatkowe, wskazując następnie, że cena za te elementy jest wliczona w cenę urządzenia.

Zdaniem zamawiającego odwołujący zrozumiał wymagania SIWZ w tym zakresie, o czym świadczy z jednej strony fakt, iż w innym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego (znak ZPP-175/18), na tożsamy przedmiot zamówienia i przy analogicznym wzorze Formularza ofertowego – podał również ceny za wyposażenie dodatkowe a ponadto okoliczność, że nie kwestionował on zapisów SIWZ w tym zakresie na etapie przed złożeniem oferty. Brak podania ceny za ten element świadczy, w ocenie zamawiającego, o odmowie złożenia przez odwołującego oferty zgodnej z treścią SIWZ.

Zamawiający nie zgadza się również z odwołującym, iż z treści załącznika nr 2a do SIWZ nie wynikało, które elementy stanowią wyposażenie dodatkowe. Zamawiający opisał te elementy poprzez dopisanie do danej pozycji, w nawiasie, wskazania na ośrodek medyczny dla którego wyposażenie dodatkowe jest przeznaczone (np. „tylko dla WSKzP” w poz. 82), w niektórych przypadkach z podaniem liczby (np. „dla SP – 3” w poz. 86). Rozróżnienie to znalazło następnie odzwierciedlenie w treści Formularza ofertowego,

w którym zamawiający wyodrębnił dwie oddzielne pozycje dotyczące wyposażenia dodatkowego dla dwóch ośrodków.

Zamawiający podkreślał, że w ofercie wybranego wykonawcy: Siemens Healthcare Sp. z o.o. cena została podana w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem cen za wyposażenie dodatkowe dla obu ośrodków. Stąd nie można zamawiającemu stawiać zarzutu, że dokonał wyboru oferty w tym postępowaniu w sposób nieprawidłowy.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty odwołującego i przystępującego, treścią pisma informującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu, zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie, w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Jego oferta opiewa na niższą cenę niż oferta złożona przez przystępującego, wobec czego unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowna ocena pozwoli mu na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty odwołującego i przystępującego, treści pism informujących o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego, akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 1996/18 i KIO 1997/18, zgodnie z wnioskiem zamawiającego który przekazał część dokumentacji w niniejszym postępowaniu oraz dopuściła dowód złożony przez przystępującego na rozprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w SIWZ jest dostawa fabrycznie nowej, nieużywanej aparatury (w liczbie 2 sztuk), wyprodukowanej w 2018 roku, pochodzącej z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta na terenie Polski lub Unii Europejskiej, nieobciążonej prawami osób trzecich, jej instalacja, uruchomienie oraz wszystkie czynności związane z prawidłowym funkcjonowaniem urządzenia. Oferowana aparatura medyczna musi spełniać wszystkie minimalne wymagane parametry techniczno - eksploatacyjne i warunki graniczne określone przez zamawiającego w załączniku nr 2a do oferty. Zgodnie z Rozdziałem I – Opis sposobu przygotowania oferty, pkt 7 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył ofertę na (bądź w formie) formularza „oferta”. Wykonawcy nie wolno dokonywać żadnych zmian merytorycznych we wzorze formularza „oferta”, opracowanym przez zamawiającego i zamieszczonym wraz z niniejszą SIWZ

na stronie internetowej zamawiającego pod adresem: . Jednocześnie, zgodnie z opisem w Rozdziale VI – Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy niniejsze Postępowanie realizowane jest w ramach zadań Narodowego Programu Zwalczenia Chorób Nowotworowych pn. „Doposażanie zakładów radioterapii w Polsce” w 2018 r. Ponadto w Rozdziale VI pkt 6 – Cena oferty zamawiający zapisał, że Wartość oferty stanowi cena całkowita brutto za całość przedmiotu zamówienia (wyrażona do 2 miejsc po przecinku).

Cena oferty zaś stanowi kwotę wynagrodzenia ofertowego, jaką Wykonawca chce uzyskać za wykonanie każdego elementu przedmiotu zamówienia, o których mowa w dokumentacji przetargowej. Wykonawca powinien przewidzieć wszystkie koszty skalkulowane z należytą starannością i okoliczności, które towarzyszą lub mogą towarzyszyć wykonaniu tego zamówienia i które są konieczne dla prawidłowej realizacji tego zamówienia.

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowiły Ogólne warunki umowy, zgodnie z §1 wykonawca zobowiązywał się do dostarczenia sprzętu, zgodnie ze złożoną ofertą, zaś oferta miała zostać załączona do niniejszej umowy. Formularz oferty stanowił załącznik nr 2 do SIWZ i przewidywał (po zmianach w formularzu opublikowanych, zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej zamawiającego, dokonanych w dniu 10 października 2018 r.), że wykonawca wskaże cenę ofertową podając takie elementy składające się na wartość przedmiotu zamówienia: gamma kamera SPECT – CT szt. 2 (wiersz 1); wyposażenie dodatkowe dla Szpitali Pomorskich w Gdyni (wiersz 2); koszty dostawy, transportu, rozładunku, montażu, instalacji i uruchomienia nowej aparatury, ubezpieczenia, (m.in. ubezpieczenia aparatury w okresie pomiędzy dostawą, a rozpoczęciem montażu), integracji z systemami informatycznymi szpitala, szkoleń pracowników oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie od właściwego organu (jeżeli to konieczne) i innych kosztów spełniających wymogi SIWZ dla Szpitali Pomorskich w Gdyni (wiersz 3); wyposażenie dodatkowe dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy (wiersz 4); Koszty dostawy, transportu, rozładunku, montażu, instalacji i uruchomienia nowej aparatury, ubezpieczenia, (m.in. ubezpieczenia aparatury w okresie pomiędzy dostawą, a rozpoczęciem montażu), integracji z systemami informatycznymi szpitala, szkoleń pracowników oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie od właściwego organu (jeżeli to konieczne) i innych kosztów spełniających wymogi SIWZ dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy (wiersz 5). Izba ustaliła również, że formularz oferty w pierwotnym brzmieniu nie przewidywał konieczności podania kwot za wyposażenie dodatkowe (wiersz 2 i 4 powyżej).

Odwolujący, składając ofertę w postępowaniu, wypełniając formularz oferty, w pkt 1 – Cena oferty podał cenę brutto za dostawę sprzętu (wiersz 1), wpisał „X” w kolumnie cena jednostkowa w wierszu 2 i 4 oraz podał cenę w wierszu „koszty dostawy ...” w wierszu 3 i 5.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający, pismem z 29 października 2018 r., poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w Postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podał, iż w druku cenowym oferty nie została podana cena całkowita brutto za wyposażenie dodatkowe dla Szpitali Pomorskich w Gdyni oraz cena całkowita brutto za wyposażenie dodatkowe dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy.

W dniu 30 października 2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Siemens Healthcare sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o. pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Artykuł 7 ust. 1 ustawy Pzp zawiera naczelną regułę prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi, że "zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości." Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z art. 87 ust 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy następujące omyłki: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwolujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów, wskazywał że w jego ocenie złożona oferta spełniała wymagania zamawiającego opisane

w załączniku nr 2a do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia pod względem oferowanych parametrów techniczno-eksploatacyjnych sprzętu a zatem przedmiot świadczenia wykonawcy jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Wywodził, że zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości odwołującego i uczynił to w taki sposób, że rubryka z formularza ofertowego „wyposażenie dodatkowe”, jako nieznajdująca odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia, nie powinna być uwzględniana przez wykonawców składających ofertę a w konsekwencji brak jej wypełnienia przez odwołującego nie powinien skutkować sankcją w postaci odrzucenia jego oferty. Skoro zamawiający nie wyspecyfikował co należy rozumieć pod pojęciem „wyposażenie dodatkowe” i nie wskazał jakie elementy należy skalkulować w tych pozycjach (dla ośrodków do których dostarczany będzie sprzęt), nie miał podstaw wymagać aby odwołujący

w określonych sposób przygotował formularz oferty. Prawidłowo zatem, w sposób odzwierciedlający żądania zamawiającego, przygotował formularz oferty, kalkulując oddzielnie cenę sprzętu oraz odrębnie (w innej pozycji) wszystkie pozostałe elementy składające się na przedmiot zamówienia a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2a do SIWZ.

Izba, rozpoznając przedmiotową sprawę, nie podzieliła argumentacji odwołującego

z następujących powodów. Należy zauważyć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,

o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to tzw. kwestie "merytoryczne", a zatem dotyczące sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też te, które polegają na sporządzeniu i przedstawieniu oferty

w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy). Do kwestii formalnych można zaliczyć takie wymagania co do sposobu sporządzenia i przedstawienia oferty jak wygląd i liczba formularzy (ale już nie treść zawartych w nich oświadczeń), numeracja stron, spis treści itp. Natomiast do kwestii "merytorycznych" zaliczyć należy opisanie i potwierdzenie zobowiązania/ świadczenia ofertowego, w tym między innymi sposób obliczenia i wyrażenia ceny, tzn. co wykonawca ma w niej ująć i w jaki sposób ją przedstawić w formularzu ofertowym/ cenowym lub też jakie elementy uwzględnić w danej pozycji formularza. Niedopełnienie tych wymogów również stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający przewidział cenę ryczałtową za realizację zamówienia, jednakże dokonał podziału tej ceny, żądając od wykonawców składających ofertę wyszczególnienia oddzielnie: kosztów sprzętu, wyposażenia dodatkowego oraz odrębnie skalkulowania kosztów dostawy i innych, składających się na opis przedmiotu zamówienia. Zgodzić się należy z zamawiającym, że nawet przy cenie ryczałtowej podział taki może być istotny. Miało to miejsce i w tym przypadku, albowiem postępowanie niniejsze realizowane jest w ramach zadań narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych (czemu dał wyraz w treści SIWZ) a z zasad dofinansowania wynika, że refundowane są jedynie koszty sprzętu (w tym mieści się też wyposażenie dodatkowe), zaś pozostałe koszty ponoszone są przez same ośrodki. Stąd celem zamawiającego, dokonującego podziału ceny na poszczególne elementy, była chęć pozyskania dofinansowania w jak największym zakresie. Zamawiający, biorąc te kwestie pod uwagę dokonał zmiany w formularzu oferty w tym zakresie, zmieniając treść SIWZ i publikując nowy wzór formularza na swojej stronie internetowej. Niezależnie jednak od argumentacji podnoszonej przez zamawiającego co do przyczyn dla których zamawiający zażądał przedstawienia ceny w dany sposób, jeśli zażądał tego w SIWZ, sporządzając tabelę w formularzu ofertowym, należy jego wymaganie spełnić. Oferta Wykonawcy, który wymogom tym nie sprostą, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. pkt 2 ustawy Pzp.

Poza sporem w niniejszym postępowaniu było, że zamawiający sporządził formularz ofertowy zawierający tabelę wyceny obejmujący trzy osobne pozycje. W SIWZ zastrzegł, że wykonawcy nie wolno dokonywać w tym formularzu żadnych zmian merytorycznych, w punkcie SIWZ – cena oferty wskazał, że stanowi ona kwotę wynagrodzenia jaką wykonawca chce uzyskać za wykonanie każdego elementu przedmiotu zamówienia, elementy te z kolei wyspecyfikował w Formularzu. Bezspornym jest również, że przedmiot zamówienia miał być dostarczony do dwóch różnych ośrodków i niektóre z elementów składających się na zamówienie dla jednego ośrodka różniły się od przedmiotu zamówienia dla ośrodka drugiego, w zakresie w jakim sprzęt zamawiany był z elementami dodatkowymi. Zamawiający dał temu wyraz w treści załącznika nr 2a w taki sposób, że wskazał różnice w wyposażeniu (poprzez dopisanie w danych pozycjach np. „dla 10 WSKzP” lub „dla SP” czy też „tylko dla”) a zatem wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia mógł te różnice w sposób łatwy wychwycić. Zamawiający nie użył wprawdzie w załączniku sformułowania wyposażenie dodatkowe, nie sprecyzował także, że wykonawca wszystkie te elementy winien skalkulować w wierszu 2 (dla Szpitali Pomorskich w Gdyni) i wierszu 4 (dla 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Bydgoszczy), jednakże poprzez wskazanie różnic w zapotrzebowaniu co do skanerów i licencji dla tych dwóch ośrodków dał wyraz jakie elementy będą dodatkowymi w odniesieniu do zamawianych urządzeń. W ocenie Izby oznaczało to jednoznaczne polecenie dla wykonawców, że należało wziąć pod uwagę różnice w wyposażeniu dodatkowym dla każdego z zamawianych urządzeń, odrębnie dla każdego z ośrodków, każdą z tych pozycji należało skalkulować biorąc pod uwagę te różnice, wpływające niewątpliwie na cenę oferty oraz, że każdą należało wycenić osobno. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że zamawiający de facto sam nie wie jakie pozycje wycenił w wierszu „wyposażenie dodatkowe” przystępujący, albowiem nie sformułował w tym zakresie jednoznacznych wytycznych. W ocenie Izby wskazanie w załączniku nr 2a jakie elementy przypisane są do jednego czy drugiego urządzenia bezsprzecznie decydowało, że elementy te należy skalkulować w formularzu oferty, w pozycji wyposażenie dodatkowe, odrębnie dla danego ośrodka. Tym samym, w ocenie Izby, wykonawca nie mógł samodzielnie zmodyfikować tabeli formularza ofertowego nie podając w niej cen w pozycji „wyposażenie dodatkowe”, podejmując samodzielnie decyzję o "przeniesieniu" kosztu do innej pozycji, gdyż jest to jawnie sprzeczne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Izba nie może również zgodzić się z argumentacją odwołującego, że z treści złożonego przez niego formularza cenowego wynika, że w cenie oferty zawarł wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 2a do SIWZ.

W istocie jest bowiem tak, że nie wiadomo czy wykreślając pozycję „wyposażenie dodatkowe” dla jednego i drugiego ośrodka i nie wskazując ceny za realizację danego (ale istotnego) elementu zamówienia zadeklarował wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

W szczególności nie sposób wywieść, że wszystkie elementy zamówienia, poza dostawą sprzętu, zostały skalkulowane w pozycji 3 i 5 formularza oferty. W samej treści formularza cenowego nie sposób również znaleźć oświadczenia, że wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia zostały ujęte w cenie oferty, a jeśli tak, to w jakiej pozycji zostały przewidziane koszty wyposażenia dodatkowego.

W ocenie Izby wycena oferty niewątpliwie stanowi treść oferty, o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia wykonawcy, podlegającą dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym niezgodność wyceny

z wymaganiami SIWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z jej treścią. Znaczenia tej wyceny dla treści złożonej oferty nie da się w żaden sposób porównać z takim uchybieniem formalnym jak brak numeracji stron czy niemożność zdekompletowania oferty, co próbował czynić odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....