

Sygn. akt: KIO 740/17

WYROK
z dnia 4 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie, w W., w dniu 27 kwietnia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2017 roku przez wykonawcę P. spółka akcyjna z siedzibą w S.G.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego K.M. – KM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przy udziale wykonawcy C.M.E. spółka akcyjna z siedzibą w W. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. spółka akcyjna z siedzibą w S.G. i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. spółka akcyjna z siedzibą w S.G. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy P. spółka akcyjna z siedzibą w S.G. na rzecz wykonawcy C.M.E. spółka akcyjna

1

z siedzibą w W. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 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 W..

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 740/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - K.M. – KM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługi medyczne”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2017 roku pod numerem 2017/S 024-042501.

14 kwietnia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący - P. spółka akcyjna z siedzibą w S.G. - wniósł odwołanie

wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu:
naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez zaniechanie –
odrzućenia oferty wykonawcy C.M.E. spółka akcyjna
z siedzibą w W. (dalej: „E.”), z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z
treścią SIWZ (rozdział III pkt 6 SIWZ), przez co Zamawiający naruszył podstawowe
zasady udzielania zamówienia, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i
równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o: merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego
odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania
na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, nakazanie Zamawiającemu
unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu
odrzućenia oferty E. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie
Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenie na rzecz
Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według
norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, bowiem oferta
Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Ustalenie, że Zamawiający
z naruszeniem przepisów ustawy dokonał wyboru oferty E. i w konsekwencji odrzućenie
oferty tego wykonawcy spowoduje, że oferta Odwołującego zostanie wybrana jako
najkorzystniejsza.
Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

3

Zgodnie z rozdziałem III pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej:
SIWZ) Zamawiający określił warunki realizacji zamówienia objętego postępowaniem,
wskazując m.in., że zamówienie ma być *„realizowane w miejscach wskazanych przez
wykonawcę, z tym że Zamawiający żąda wskazania miejsc wykonywania zamówienia..”*.
Zamawiający określił takie miejsca w stosownych formularzach, stanowiących załączniki do
formularza ofertowego.

Przykładowo oczekiwał, aby wykonawca wskazał placówki w załączniku nr 9 do SIWZ
*„placówki medyczne, w których będą wykonywane usługi z zakresu Pakietu Podstawowego,
w tym: a) w miastach wskazanych przez Zamawiającego (w przypadku braku obiektywnych
możliwości wskazania placówek spełniających kryteria określone w Pakiecie Podstawowym
Wykonawca wskaże placówki spełniające wymagane kryteria, położone najbliżej tych miast),
z wykorzystaniem wzoru wykazu stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ*

Wobec powyższego Zamawiający dopuszczając możliwość przekierowania usług do innych
placówek, niż znajdujące się w wymaganych przez niego miejscowościach, powiązał taką
możliwość tylko i wyłącznie z niemożliwością przedmiotową (obiektywną; na co wprost
wskazał w SIWZ posługując się sformułowaniem *„w przypadku braku obiektywnych
możliwości wskazania placówek”*), a nie niemożliwością podmiotową (subiektywną), czyli
niemożliwością leżącą tylko po stronie danego wykonawcy. Tak więc sytuacja, w której dany
wykonawca nie posiada dostępu do świadczeń medycznych w danej miejscowości ze
względu np. na brak zawarcia stosownych umów z partnerami medycznymi nie może być
podstawą skorzystania z możliwości przekierowania usług do innej, wygodniejszej dla
danego wykonawcy lokalizacji, z całkowitym pominięciem potrzeb Zamawiającego
określonych jako wymagania w SIWZ.

Wykonawca E. złożył Zamawiającemu wykaz placówek medycznych, których zakres w dużej
mierze nie pokrywa się ze wskazanymi i wymaganymi przez Zamawiającego w załącznikach
nr 9 i 10 do SIWZ miejscowościami. Wykonawca ten korzystając z całkowitej swobody oraz z
pominięciem wytycznych w SIWZ, przekierował usługi medyczne do wybranych przez siebie
lokalizacji, całkowicie pomijając, że we wskazanych przez Zamawiającego miejscowościach
istnieje obiektywna możliwość świadczenia usług medycznych w zakresie wskazanym przez
Zamawiającego.

W dniu 7 kwietnia 2017 r. Zamawiający, akceptując złożone przez wykonawcę E. wykazy
placówek medycznych, dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako

podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, że rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca (tutaj w załącznikach do Formularza Oferty wykonawcy E. - brak wskazania placówek medycznych w wymaganych przez Zamawiającego miastach) i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (tutaj rozdział III pkt 6 SIWZ)

Stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Tymczasem wykonawca E. złożył ofertę bez zobowiązania się względem Zamawiającego, zgodnie z jego oczekiwaniami, do zapewnienia usług medycznych we wskazanych przez niego miejscowościach. Złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie, w tym na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Takiej treści oferty nie można także uzupełnić w trybie przykładowo art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż doszłoby do niedopuszczanej zmiany treści oferty w zakresie zobowiązania wykonawcy E..

W postępowaniu według kształtu oferty zaprojektowanego w SIWZ (tutaj rozdział III pkt 6), Zamawiający wprost wymagał, aby wykonawca składając zobowiązanie do zapewnienia usług medycznych zgodnie z wymaganym zakresem ich świadczenia, wykorzystał wzory wykazów stanowiących załącznik nr 9 i 10 do SIWZ. To w ramach tych dokumentów wypełnionych treścią przez wykonawcę i załączonych do Formularza ofertowego nastąpić miało przyjęcie zobowiązania wykonawcy do realizacji świadczenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jasne i niebudzące wątpliwości sformułowanie w pkt. 6 rozdziału III SIWZ

wskazuje, że Zamawiający nie oczekiwał, ale i nie dopuszczał innego sposobu wyrażenia powyższego zobowiązania, niż poprzez złożenie wymaganego oświadczenia w stanowiących załącznik do Formularza Oferty wykazach placówek.

Odwołujący przedstawił w załączniku nr 5 do odwołania szczegółowe zestawienie nieobjętych wykazami wykonawcy E. miejscowości, a które były wymagane przez Zamawiającego, z przywołaniem znajdujących się w tych miejscowościach placówek medycznych, w których „*obiektywnie istnieje możliwość wskazania takich placówek*” (jak wskazuje pkt 6 SIWZ). Zamawiający wbrew bowiem postanowieniem SIWZ (rozdział III pkt 6) nie zweryfikował, czy i w jakim zakresie mogłaby rzekomo istnieć po stronie wykonawcy E. obiektywna niemożliwość wskazania placówek medycznych w wymaganych przez niego miejscowościach. Przy ocenie działań Zamawiającego aprobującego wykazy placówek E., które nie znajdują się w wymaganych miejscowościach, należy wziąć pod uwagę, że Odwołujący dotychczas świadczył usługi medyczne na rzecz Zamawiającego, w tym także w miejscowościach wymaganych także aktualnie przez Zamawiającego, co najlepiej świadczy o obiektywnej możliwości świadczenia w tych miejscowościach usług medycznych w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Zakres świadczeń jakich nie wskazał wykonawca E., a które świadczył w poprzedniej umowie Odwołujący jest obszerny i niewątpliwie stanowi stratę w dostępie do świadczeń dla pracowników Zamawiającego, a

także potwierdza obiektywną dostępność do tych świadczeń w wymaganych miejscowościach. Lista tych świadczeń medycznych obejmuje: konsultacje lekarzy specjalistów np. alergolog, chirurg, dermatolog, diabetolog, endokrynolog, ginekolog, internista, hematolog, kardiolog, laryngolog, neurolog, nefrolog, neurochirurg, okulista, ortopeda, onkolog, proktolog, pulmonolog, reumatolog, urolog oraz USG, RTG, szczepienia, Stomatologię (przeгляд), jak inne badania diagnostyczne. Stąd nie można przyjąć, że wykonawca E. pomijając dużą ilość miejscowości wymaganych przez Zamawiającego i kierując tym samym świadczenie usług do „sąsiednich” miejscowości, gdzie taka usługa może być w jego mniemaniu świadczona - mógł za każdy razem powołać się na „obiektywną niemożliwość”.

Odwołujący wskazał, że tzw. obiektywna niemożliwość świadczenia to zawsze świadczenie rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyroku SN: z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 379/09, nie publ.; z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08, nie publ.; z dnia 8 maja 2002 r., III KKN 1015/99, nie publ.). Obiektywna niemożliwość świadczenia nakazuje przywiązywanie wagi nie do sytuacji konkretnego dłużnika (czyli np. jego możliwości organizacyjnych: tutaj zawarcia bądź nie stosownych umów z placówkami medycznymi!), tylko do samego świadczenia (jego przedmiotu). Świadczenie jest zawsze obiektywnie niemożliwe do spełnienia przede wszystkim z przyczyn fizycznych, np. nieistnienie indywidualnie oznaczonego przedmiotu świadczenia (np. faktyczny brak placówek

6

medycznych w określonej miejscowości, czy zapewnienia w nich oczekiwanych przez zamawiającego świadczeń). Oznacza to, że świadczenie jest niemożliwe do spełnienia obiektywnie, kiedy nie może go spełnić dłużnik (tutaj wykonawca E.), ale także każdy inny podmiot (jak np. Odwołujący). Z obiektywną niemożliwością nie można zatem utożsamiać niemożliwości subiektywnej, istniejąca tylko po stronie dłużnika. Wobec powyższego Zamawiający dopuszczając możliwość przekierowania usług powiązał taką możliwość tylko z niemożliwością przedmiotową (obiektywną; na co wprost wskazał w SIWZ posługując się sformułowaniem „w przypadku braku obiektywnych możliwości wskazania placówek”), a nie niemożliwością podmiotową (subiektywną). Obiektywna niemożliwość świadczenia występuje wtedy, gdy nie tylko kontrahent danej umowy, ale nikt nie może wykonać określonego świadczenia. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe jedynie wtedy, gdy przyczyna niemożliwości leży poza sferą działalności i aktywności dłużnika, tkwi w przedmiocie świadczenia, czyli jest niemożliwością "samą z siebie". Niemożliwość subiektywna zachodzi wtedy, gdy tylko dłużnik nie może spełnić określonego świadczenia (np. wykonawca nie posiadający dostępu do świadczeń medycznych w danej miejscowości że względu na brak zawarcia stosownych umów z partnerami medycznymi), ale może je spełnić jakakolwiek inna osoba (por. K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego*, Warszawa 1983). Powołanie się na skutki wynikające z niemożliwości świadczenia o charakterze obiektywnym jest uzasadnione również tylko wtedy, gdy przeszkody mają cechy trwałości i zupełności. Stanowisko to jest powszechnie aprobowane w doktrynie i w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym wskazuje się, że świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2011 r., sygn. akt III CSK 217/2010) i które jest rzeczywiście niewykonalne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 r., sygn. akt III CKN 1015/99). Nie można zatem zaaprobować sytuacji, w której wykonawca uczestniczący w postępowaniu, jak np. E., nie posiadający - ze znanych tylko sobie powodów - możliwości organizacyjnych (np. podpisanych umów), aby zapewnić oczekiwaną przez Zamawiającego realizację usług medycznych w określonych miejscowościach, mógł być na równi traktowany z wykonawcami, którzy podejmując decyzję o udziale w postępowaniu i złożeniu oferty, złożyli zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający ustalając warunki realizacji zamówienia mógł oczekiwać i oczekuje, że do udziału w Postępowaniu przystąpią tylko wykonawcy rzeczywiście posiadający oczekiwane przez niego zdolności realizacyjne umowy. Wskazać należy, że do tego postępowania przystąpiło tylko trzech wykonawców, co oznacza, że warunki realizacji zamówienia postawione przez Zamawiającego były na tyle wygórowane (ale i uzasadnione jego potrzebami zapewnienia usług medycznych dla swoich pracowników w określonych

7

miejsowościach, które to potrzeby były realizowane dotychczas przez Odwołującego), że nie wszyscy mogli przystąpić do tego postępowania.

Zamawiający przeprowadzając postępowanie ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia (tutaj specjalistyczne usługi, do jakich należą usługi medyczne), osiągnięcie celu gospodarczego zamówienia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać usługę wysokiej jakości przy wykorzystaniu adekwatnych środków publicznych. Nie może to oznaczać konieczności nabycia przez Zamawiającego usług nieodpowiadających jego potrzebom, w tym w szczególności niespełniających oczekiwanej przez niego dostępności usług (tutaj niezapewniającym mu usług medycznych we wskazanych, wymaganych miejscowościach). Powyższa ocena ma szczególne znaczenie także w kontekście różnicy ceny wykonawcy E., a Odwołującego, która wynosi około 10 tys. zł.

Odwołujący wskazał, że przepis ustawy nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami, ale tylko tymi, którzy mogą spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Wykonawca E., takich - obiektywnie możliwych - wymogów nie spełnił oferując sposób realizacji umowy odmienny od oczekiwań Zamawiającego. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach (tutaj w odniesieniu do wymaganych miejscowości). W tych okolicznościach, jeżeli jakieś wymogi są dla danego wykonawcy nie tyle niemożliwe do spełnienia, ale po prostu trudne (choć w pełni obiektywnie możliwe) nie powinno być to podstawą do jakiegokolwiek uprzywilejowanego traktowania wykonawcy, bez uwzględnienia wymagań SIWZ, wiążących zarówno wykonawców jak i Zamawiającego. Wybór wykonawcy E. narusza zatem w tym zakresie podstawowe zasady udzielania zamówienia, w tym w szczególności równe traktowanie wykonawców. Sam fakt istnienia we wskazanych i wymaganych przez Zamawiającego miejscowościach, a tym bardziej świadczenie w nich dotychczas przez Odwołującego usług medycznych na rzecz Zamawiającego - potwierdza obiektywną możliwość zapewnienia usług medycznych w tych miejscowościach. Zamawiający stawiając takie konkretne wymagania jako warunku realizacji przedmiotu zamówienia określił w sposób precyzyjny zakres zamawianego świadczenia. Tym samym zaoferowanie przez wykonawcę E. zobowiązania o odmiennym zakresie jest i powinno być przez Zamawiającego uznane jako niezgodne z treścią SIWZ.

W wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt. KIO 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Odwołujący wskazał, że takimi dokumentami dookreślającymi zobowiązanie wykonawcy są m.in. załączniki nr 8, 9 i

8

10 stanowiące wykazy placówek. Wskazuje na to także wprost brzmienie § 1 pkt 8 projektu umowy, gdzie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca będzie realizował umowę w placówkach wskazanych w załączniku nr 3, 4 i 5 do umowy, zgodnie ze wskazanym zakresem. Wskazane załączniki stanowią odpowiednie załączniki do SIWZ dotyczące wykazu placówek, tj. załącznik nr 8 do SIWZ stanowić będzie załącznik nr 3 do umowy, załącznik nr 9 do SIWZ stanowić będzie załącznik nr 4 do umowy, a załącznik nr 10 do SIWZ stanowić będzie załącznik nr 5 do umowy. Ponadto, zgodnie z § 2 pkt 2 projektu umowy jakkolwiek aktualizacja wykazów placówek podanych w załącznikach nr 3, 4 i 5 do umowy ma odbywać się w obrębie ujętych w tych załącznikach (czyli załącznikach do SIWZ) miejscowościach.

Powyższe oznacza, że zobowiązanie wykonawcy E. złożone w załącznikach nr 8, 9 i 10 do SIWZ będzie stanowiło zobowiązanie tego wykonawcy w ramach realizowanej umowy. Wybór oferty E. nie zapewnia wobec tego spełnienia w pełni wymagań Zamawiającego, co do sposobu realizacji zamówienia. Złożenie oferty nieodpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach SIWZ i odnoszącym się do sposobu realizacji zamówienia, powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy E.. Niedopuszczalne jest bowiem złożenie zobowiązania nieodpowiadającego wymaganiom SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz

oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 kwietnia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

9

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę C.M.E. spółka akcyjna z siedzibą w W. (dalej: E.. sp. z o.o. lub uczestnik postępowania odwoławczego)

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2017 roku przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Wykonawca C.M.E. spółka akcyjna z siedzibą w W. w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył pismo z dnia 27 kwietnia 2017 roku „Sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego”, do pisma został załączony załącznik. Uczestnik postępowania również do protokołu posiedzenia zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - 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.

10

Art. 7 ust. 3 ustawy - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 .

Art 26 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.*

Art. 26 ust. 3 ustawy – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, *Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

11

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciężar dowodu kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza)*. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.* Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem*

przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

12

III.

Izba ustaliła, że Zamawiający w zmodyfikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale II SWIZ – Tryb udzielenia zamówienia wskazał w punkcie 2, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Następnie w rozdziale VII SWIZ – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia Zamawiający wskazała w:

1. Ofertę stanowi:

- 1) wypełniony i podpisany Formularz Oferty, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 1 do SWIZ,
- 2) wypełniony i podpisany Formularz cenowy, z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2 do SWIZ

2. Do oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania oferty oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca:

- 1) Nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie wskazanym w Rozdz. VI SWIZ,
- 2) Spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w Rozdz. V ust. 2 SWIZ.

(...)

3. Do oferty Wykonawca dołącza również:

- 1) Dokumenty, o których mowa w ust. 4, 5, 6 niniejszego rozdziału (jeżeli dotyczy),
- 2) Dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty (...),
- 3) Pełnomocnictwo dla osób podpisujących ofertę w imieniu Wykonawcy, w przypadku jeżeli ofertę podpisuje pełnomocnik,
- 4) Pełnomocnictwo, o którym mowa w ust. 15 pkt 2 (jeżeli dotyczy).

(...)

10. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

13

11. (...)

12. Zamawiający na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, przewiduje w pierwszej kolejności dokonanie oceny ofert, a następnie zbadanie, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

13. Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

(...)

- 12) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego – wypełnione i podpisane Wykazy placówek,

z wykorzystaniem załączników nr 9, 9, 10 do SWIZ.

W rozdziale VIII SWIZ – *Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami* Zamawiający w ustępie 4 - *Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub udzielenie wyjaśnień do oświadczeń lub dokumentów, wyjaśnienia treści złożonych ofert, poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych, pisarskich innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SWIZ* w punkt 1) wskazał:

1) jeżeli wykonawca nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w Rozdz.

VII ust. 2 – 6, 9, ust. 13 pkt 1-6, 8, 10-12, ust. 14 pkt 3, 4 SWIZ, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wyznaczonym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W rozdziale VIII SWIZ – *Opis sposobu przygotowania ofert* w ustępie 1 Zamawiający wskazał: *Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.*

IV.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C.M.E. spółka akcyjna z siedzibą w W. (dalej: „E.”), z uwagi na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią

14

SWIZ (rozdział III pkt 6 SWIZ), przez co Zamawiający naruszył podstawowe zasady udzielania zamówienia, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, co również było podnoszone przez uczestnika postępowania odwoławczego, że Odwołujący podniósł tylko jeden zarzut tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy E. jako niezgodnej z treścią SWIZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie Izby nie znajduje w świetle postanowień SWIZ, przy uwzględnieniu procedury w jakiej prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnienia argumentacji Odwołującego sprowadzającej się do tego, że załączniki nr 9 do SWIZ – Wykaz palcówek medycznych, w których będą wykonywane usługi z zakresu Pakietu Podstawowego w miastach wskazanych przez Zamawiającego i na terenie Warszawy – wzór i załącznik nr 10 do SWIZ – Wykaz palcówek medycznych, w których będą wykonywane usługi z zakresu Pakietu Medycyny Pracy – wzór, których to treść jest kwestionowana przez Odwołującego, uzupełnione na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 marca 2017 roku („Wezwanie do złożenia dokumentów”) stanowiły treść oferty, „doprecyzowaniem, skonkretyzowaniem treści oferty”.

Izba wskazuje, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął w dniu 14 marca 2017 roku, w postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Zgodnie z Działem II Postępowanie o udzielenie zamówienia, Rozdział 4 – Wybór najkorzystniejszej oferty ustawy, wykonawca może złożyć jedną ofertę w postępowaniu (art. 82 ust. 1 ustawy), a jedynie przed upływem terminu do składania ofert może zmienić złożoną ofertę lub ją wycofać (art. 84 ust. 1 ustawy). Te regulacje w sposób jednoznaczny wskazują, że ustawodawca wprowadził graniczny, jedyny i niepodlegający jakiegokolwiek zmianie termin złożenia oferty, a co za tym idzie również nie pozwalający na jakiegokolwiek doprecyzowania, skonkretyzowania, uzupełnienia oferty po upływie tego terminu. Izba wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem 2 – Przygotowanie postępowania Zamawiający w SWIZ obowiązany jest podać miejsce i termin składania i otwarcia ofert (art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy) jak również informację o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający określił jednoznacznie termin i miejsce składania ofert, ten termin to 14 marca br. Zamawiający zatem zgodnie z ustawą, precyzyjnie określił moment złożenia oferty

w przedmiotowym postępowaniu. Zaznaczyć należy również, że w postępowaniu dokonano publicznego, jawnego otwarcia ofert w dniu 14 marca 2017 roku oraz Zamawiający wykonał ciężące na nim obowiązki wynikające z ustawy (art. 86 ustawy) do jakich zobowiązują

15

go przepisy przed i po otwarciu ofert, dla których to czynności terminem wyznaczającym wykonanie tych czynności był 14 marca 2017 roku. Ofertę, której w przedmiotowym postępowaniu otwarciu nastąpiło 14 marca 2017 roku należy rozumieć jako oświadczenie woli wykonawcy uwzględniające zdefiniowane w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczekiwania Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w sposób jednoznaczny zdefiniował co stanowi ofertę w tym postępowaniu (rozdział VII SWIZ ustęp 1) tj. Formularz oferty oraz Formularz cenowy – tym samym Zamawiający jednoznacznie zdefiniował również zakres oświadczenia woli jaki mieli w postępowaniu złożyć wykonawcy składający ofertę. Zaznaczyć należy, że postępowanie prowadzone jest w „procedurze odwróconej” (art. 24 aa ustawy) co wskazał w SWIZ Zamawiający, a czego nie chciał dostrzec Odwołujący choć we wcześniejszej wypowiedzi podał, że załącznik nr 8, 9 i 10 był składany przez wykonawcę w trybie art. 26 ust 1 ustawy a procedura prowadzona jest w trybie art. 24aa ustawy. Tym samym ocena ofert jakiej dokonuje Zamawiający – czyli również w zakresie oświadczenia złożonego co do przedmiotu zamówienia, oczywiście w sposób określony i zdefiniowany przez Zamawiającego – następuje w pierwszej kolejności. Dodatkowo w ocenie Izby potwierdza to niezmienną do tej pory zasadę, że w przetargu nieograniczonym – a w takim trybie prowadzone jest to postępowanie i takiego jedynie dotyczy również procedura „odwrócona” - wyznaczony termin składania i otwarcia ofert wyznacza granicę złożenia oświadczenia przez wykonawcę co do sposobu, przedmiotu, ceny oraz innych elementów świadczenia, których na podstawie złożonej oferty zobowiązuje się w wypadku jej wyboru świadczyć. Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić zmiany sposobu rozumienia pojęcia oferty, jest kompletności i poprawności do którego zmierza w przedmiotowej sprawie Odwołujący. Oferta złożona w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, tak jak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, po wyznaczeniu terminu na jej złożenie i po otwarciu ofert, które następuje w tym samym dniu może podlegać wyjaśnieniom bądź w określonych enumeratywnie w ustawie przypadkach może zostać poprawiona (art. 87 ustawy), tym samym ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

16

Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zaznaczyć należy, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – tym samym w treści złożonej oferty oświadczenie wykonawcy musiało zostać zawarte. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Izba wskazuje za orzeczeniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 71/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna,*

budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza wcześniej zawarte już stanowisko Izby, że po terminie składania ofert nie jest możliwe doprecyzowanie, uszczegóławianie treści oferty przez złożenie wykazów miejscowości według załączników określonych przez Zamawiającego, a których to załączników zgodnie z SIWZ Zamawiający nie żądał od wykonawców wraz z ofertą, a dopiero na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek niż te, o których mowa wyżej, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 ustawy). Poprawa omyłek pisarskich czy też rachunkowych w złożonej ofercie nie rodzi wątpliwości, natomiast szczególny charakter poprawy innych omyłek, a które polegają na niezgodności treści oferty z SIWZ wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Izba podkreśla, że na uwagę zasługuje fakt, że uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy, jednakże nie polega to na

17

dookreślanii, uzupełnianiu czy też tak jak w rozpoznawanej sprawie składaniu dokumentów przewidzianych w SIWZ po terminie składania ofert. Podkreślenia wymaga, że przepis ten wskazuje na nieistotność lub istotność zmiany treści oferty, która w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Podkreślić należy, że przepis ten będzie miał zastosowanie do złożonego oświadczenia woli (oferty) w terminie na to przewidzianym, jak również Izba podkreśla, że nie stanowi on uzasadnienia dla podniesionej argumentacji Odwołującego. W ocenie Izby obowiązująca regulacja prawna w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze odwróconej nie pozwala na przyjęcie za zasadną argumentacji, że w wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia – po upływie terminu składania ofert i ich otwarcia – dokumentów określonych w sposób jednoznaczny w SIWZ jak również wskazanych do uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego doszło do dookreślenia / uszczegółowienia oferty. Oferta została złożona i na jej podstawie dokonana została ocena oraz wybór oferty jako najkorzystniejszej i nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów argumentacja, że załączniki nr 9 i 10 stanowią treść oferty, które konkretyzują zobowiązanie wykonawcy a zostały uzupełnione w oparciu o art. 26 ust.1 .

Raz w swojej argumentacji Odwołujący wskazywał, że możliwe i faktem było uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy by w dalszej części swojej wypowiedzi twierdzić, że wymagania zawarte w ustępie 13 podpunkt 12 rozdziału VII SIWZ choć zbudowane są w oparciu o wyrazy zawarte w art. 25 ust 1 zdanie drugie pkt 2 nie czyni z tego postanowienia SIWZ zobowiązania do uzupełnienia tych dokumentów jako dokumentów żądanych w oparciu o art. 25 ust 1 pkt 2. W tym miejscu dochodzimy do kolejnego argumentu Odwołującego, który w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia. Mianowicie *Odwołujący wskazuje na art. 25 ust 1 i wyjaśnia, że oświadczenie z załącznika nr 9 i 10 SIWZ stanowi dokument mieszczący się w dyspozycji zdania pierwszego art. 25 ust 1. Zdanie drugie art. 25 ust 1 dotyczy materii trzech rodzajów dokumentów. (...) Pełnomocnik odwołuje się do art. 25 ust 1 pkt 2 i wyjaśnia, że mamy do czynienia z dwoma różnymi sytuacjami tj. nie ma mowy, tak jak twierdzi przystępujący, o tym, że zamawiający żąda dokumentu potwierdzającego spełnienia przez oferowane usługi wymagań lecz oczekuje dokumentu wskazującego gdzie będzie świadczona usługa medyczna (tj. treść oferty, treść zobowiązania wykonawcy a następnie treść umowy.) W ocenie Izby takie rozróżnienie*

oferty po upływie terminu jej złożenia i otwarcia nie wynika z obowiązujących przepisów w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze „odwróconej”. Przyjęcie stanowiska reprezentowanego przez Odwołującego prowadziłyby do, po pierwsze, wypaczenia istoty składania ofert, oświadczeń woli w określonym przez Zamawiającego terminie, jak również po drugie prowadziłyby w zasadzie do otwarcia katalogu dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców i to niezależnie od etapu postępowania jak i zakresu tych dokumentów, a które miałyby stanowić treść oferty bądź dookreśloną treść oferty.

Podsumowując Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy nie potwierdził się, bowiem uwzględniając argumentację faktyczną przedstawioną przez Odwołującego a opartą na twierdzeniu, że przedstawione na wezwanie Zamawiającego, co zawarte było w SWIZ, po terminie składania ofert uzupełnione załączniki nr 9 i 10 do SWIZ stanowiły treść oferty nie można uznać za prawidłową w świetle wszystkich wskazanych wyżej uregulowań ustawowych. Izba zaznacza, że Odwołujący nie podniósł żadnego innego zarzutu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: