

## WYROK

z dnia 30 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 30 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę TBK Medical Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Komisji Edukacji Narodowej 5/2, 34-300 Żywiec w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o., ul. A. Piechowskiego 36, 83-400 Kościerzyna,

przy udziale wykonawcy ERES Medical sp. z o.o. z siedzibą Płuszwice Kol. 64 B, 21-008 Tomaszowice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TBK Medical Partner sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o. (83-400) Kościerzyna, ul. A. Piechowskiego prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa 4 lamp operacyjnych i myjki - dezynfektora dla Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie SP. z o.o.”, nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 557486-N-2019 z 6.06.2019.

Odwołujący TBK Medical Partner sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w Postępowaniu, w którym Odwołujący złożył ofertę, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty ERES MEDICAL sp. z o.o. w Płuszwice Kol., pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest droższa od oferty Odwołującego,

2. odrzuceniu oferty Wykonawcy TBK Medical Partner sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, powodującym w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego;

2. art. 14 ust. 1 pzp w zw. z art. 65 §1 k.c. przez niewłaściwą ocenę załącznika 2 do siwz,

3. art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 24aa pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia bądź udzielenia wyjaśnień w zakresie załącznika nr 2 do siwz.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru oferty ERES MEDICAL sp. z o.o. w Płuszwice Kol., jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

II. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z Postępowania,

III. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, względnie uzupełnienia, treści złożonej oferty,

IV. dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

V. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Stan faktyczny

W punkcie II podpunkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że „zgodnie z art. 24aa ust 1 ustawy PZP Zamawiający zastrzega, że w postępowaniu może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” Zamawiający zastosował więc procedurę odwróconą w Postępowaniu.

Termin składania ofert ostatecznie został ustalony na 21 sierpnia 2019 roku.

Na pakiet 1 zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz ERES MEDICAL sp. z o.o., przy czym oferta Odwołującego miała niższą cenę oraz dłuższy okres gwarancji niż oferta konkurencyjna.

W dniu 10 września 2019 roku Zamawiający, po dokonaniu ocen złożonych w Postępowaniu ofert, przesłał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z tą informacją oferta Odwołującego się złożona na pierwszy pakiet została odrzucona, natomiast wybrana została oferta ERES MEDICAL sp. z o.o.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący niewłaściwie wypełnił załącznik nr 2 do SIWZ, gdyż Odwołujący w punktach 5,9,14,15,17,18,19,22,23 „w kolumnie „Wartość Oferowana” nie podał jaki dopuszczony przez Zamawiającego wariant parametru /cechy lampy zaoferował”, natomiast w punktach 7,8,11,12,16,20,21,24,25 „Wykonawca potwierdził spełnienie wymogów minimalnych, jednak nie podał konkretnej wartości oferowanego parametru”

Poprzez wpisanie w kolumnie „Wartość oferowana” słowa „TAK”, zdaniem Zamawiającego Wykonawca na tym etapie składania ofert nie wskazał i nie skonkretyzował przedmiotu dostawy poprzez podanie jednej, konkretnej wartości oferowanej, co należało uznać za niezgodność treści oferty z SIWZ polegająca na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami SIWZ opisanu przedmiotu dostawy. Wykonawca wbrew wymaganiom Zamawiającego nie wskazał, jakie konkretnie parametry i jaki wariant oferuje, zaoferował jedynie urządzenie o bliżej nieokreślonych parametrach odpowiadających wymaganiom Zamawiającego. Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wskazania danych pozwalających na jednoznaczne zwyfikowanie przedmiotu oferty, uniemożliwia weryfikację

oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ."

Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego jest niewłaściwe, a nadto niezgodne z pzp.

## II. Uzasadnienie zarzutów

### 1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 14 ust 1 pzp w związku z art. 65 §1 kc

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał, które konkretnie postanowienie SIWZ zostało naruszone przez Odwołującego przy sporządzaniu oferty ani tym bardziej, z którym konkretnie punktem SIWZ niezgodna jest oferta Odwołującego, czy któremu konkretnemu wymogowi SIWZ oferta nie odpowiada.

Trudno więc w takiej sytuacji zasadnie polemizować z Zamawiającym, czy oferta jest zgodna czy nie jest zgodna z SIWZ.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego można wnioskować, że Odwołujący w formularzu przygotowanym przez Zamawiającego nie zawarł określonych danych, które zdaniem Zamawiającego winny się tam znaleźć. Zwrócić przy tym należy uwagę, że ani w inkryminowanym Załączniku nr 2 ani w SIWZ nie ma jasno sprecyzowanych wytycznych jak ta konkretna kolumna (kolumna nr III załącznika nr 2 do SIWZ) winna zostać przez wykonawców wypełniona. Także wyjaśnienia do SIWZ nie precyzują tej kwestii.

Wskazać również należy, że załącznik nr 2 do SIWZ, który zdaniem Zamawiającego został nieprawidłowo sporządzony jest dokumentem przygotowanym przez Zamawiającego i Odwołujący nie dokonywał w nim żadnych modyfikacji, a jedynie dokonał uzupełnień kolumny III tego załącznika poprzez wpisanie słowa „TAK”.

Abstrahując od możliwości, które w tym zakresie daje art. 26 ust. 3 pzp, to mając na uwadze art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w powiązaniu z art. 14 ust. 1 pzp należy to sformułowanie interpretować jako spełnienie danego wymogu przez Odwołującego. Tytułem przykładu należy wskazać punkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ: „5. Dokument potwierdzający zgodność urządzenia z normą PN-EN 60601-2-41”. Słowa „tak” oznacza, że ten przedmiot dostawy ma ten dokument i Odwołujący się nim legitymuje. Dalej punkt 9 załącznika nr 2 do SIWZ: „Wykaz podmiotów upoważnionych do wykonywania czynności serwisowych (zgodnie z art. 90 pkt 4 Ustawy o wyrobach medycznych)”, zgodnie z kolumną II, wykaz ten należy podać przy dostawie. Słowo „TAK” oznacza, że wymóg ten Odwołujący spełnia.

W ocenie Odwołującego, co zresztą też wprost wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, zarzuty Zamawiającego sprowadzają się w istocie nie do tego, że coś w ofercie Odwołującego jest niezgodne z SIWZ tylko do tego, że oferta Odwołującego ma braki, które nawet nie dokonując wykładni załącznika nr 2 do SIWZ zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, w ocenie Odwołującego podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Skoro tak, to Zamawiający winien w tym zakresie wystąpić do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie/uzupełnienie oferty, a tego ewidentnie zaniechał.

### 2. Naruszenie art. 26 ust. 3 pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 26 ust. 3 pzp 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.

Przepis ten nie doznaje modyfikacji w przypadku zamówień, o których mowa w art. 24 aa pzp (procedura odwrócona), Jak wynika chociażby z uzasadnienia wyroku z 21 listopada 2017 r., sygn. KIO 2336/17 „przepis art. 26 ust. 3 pzp znajduje zastosowanie zarówno na etapie dokonywania oceny wstępnego oświadczenia, w tym oświadczenia złożonego w formie jednolitego dokumentu, a następnie także na kolejnym etapie - tj. w odniesieniu do dokumentów złożonych przez wykonawcę (na podstawie art. 26 ust 1 lub ust. 2 pzp), którego oferta została najwyżej oceniona." Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie w uzasadnieniu innego wyroku KIO 408/18 „Izba zwraca również uwagę, że wykonawcy zostali jeden raz wezwani do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp. W przypadku, gdyby dokumenty te były niekompletne, lub zawierały błędy,

Zamawiający stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zobligowany do ich uzupełnienia."

Takie też jest oficjalne stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, który w opinii („Czy w procedurze z art. 24aa Pzp gdy oświadczenie z art. 25a ust. 1 Pzp zawiera błędy i podlega uzupełnieniu (art. 26 ust. 3) to należy tę procedurę przeprowadzić w stosunku do każdego wykonawcy?”, źródło LEX) wskazuje, że „w postępowaniu prowadzonym zgodnie z zasadami określonymi w art. 24aa (tzw. "procedura odwrócona") stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Należy zauważyć, iż w przypadku "procedury odwróconej" wskazany przepis będzie miał zastosowanie w odniesieniu do braku, niekompletności czy błędów dotyczących oświadczenia, o którym mowa art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jedynie do wykonawcy; którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Tym samym, w sytuacji gdy wykonawca ten do oferty nie dołączył ww. oświadczenia, bądź też złożył oświadczenie, które jest niekompletne lub zawiera błędy, zamawiający wezwie tego wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia, ale dopiero na etapie, gdy ustali, która z ofert jest najwyższej oceniona. Powyższe wynika z celu przyświecającego regulacji art. 24aa ustawy Pzp, który to cel sprowadza się do maksymalnego przyspieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, względnie uzupełnienia załącznika nr 2 do SIWZ w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wiedzę o tym, że oferta ta może być niekompletna/nieprecyzyjna. Zwrócić należy przy tym uwagę, że SIWZ nie zawiera szczegółowej procedury wskazującej w jaki sposób należy uzupełnić załącznik nr 2 do SIWZ, w szczególności w zakresie kolumny III (Wartość oferowana). Z całokształtu załącznika nr 2 do SIWZ wynika, że tylko kolumna II (Wymagania graniczne) mogła być brana pod uwagę przy odrzuceniu ofert, o czym świadczy zapis pod tabelą: „1. Wymogiem jest, aby Wykonawca zaoferował urządzenie, o parametrach CO NAJMNIEJ takich, jakie są przedstawione w rubryce „Wymagania graniczne”. Niespełnienie tego warunku spowoduje odrzucenie oferty." Te wymogi Odwołujący spełnił więc jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu, a co najwyżej uzupełnieniu/wyjaśnieniu.

Podkreślenia przy tym wymaga fakt, że powyższe działanie nie będzie stanowiło niedozwolonego uzupełnienia oferty, gdyż w szczególności zgodnie z punktem XIII SIWZ, dane zawarte w tym załączniku nie stanowiły kryterium oceny ofert. Takimi kryteriami były jedynie cena i okres gwarancji, które zostały wskazane przez Odwołującego w formularzu cenowym.

### III. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Interes prawny posiada więc każdy podmiot, który złożył wniosek (ofertę) w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku na naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Tu warto zwrócić uwagę na postanowienia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG), w myśl których przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez zamawiającego uregulowań prawa. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 grudnia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2506/07 „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej."

Odwołujący upatruje interes w uzyskaniu tego zamówienia w tym, że poprzez bezprawne naruszenie przez Zamawiającego przepisów pzp interes Odwołującego, który złożył ofertę, doznał uszczerbku wskutek odrzucenia jego oferty, która była najkorzystniejsza cenowo, prowadząc w konsekwencji do braku możliwości realizacji zamówienia, co wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 pzp.

### IV. Termin złożenia odwołania

Informacja o wynikach oceny ofert została wysłana przez Zamawiającego 10 września 2019

roku, wobec czego termin do złożenia odwołania upływa 15 września 2019 roku (niedziela). Zgodnie z art. 14 ust. 2 pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Następnym dniem roboczym po 15 września 2019 roku jest poniedziałek - 16 września 2019 roku, więc wniesienie odwołania w tym dniu uznać należy za wniesione w terminie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Zamawiający nie zgadza się z argumentacją i żądaniem Odwołującego i podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące odrzucenia oferty TBK Medical Partner Sp. z o.o.

W załączniku nr 2 do SIWZ — Zestawienie parametrów i warunków wymaganych w:

- pkt. A.II. 5, 9, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 23 Zamawiający dopuszczał opcjonalne, alternatywne parametry techniczne i funkcjonalne. Odwołujący w ofercie, w kolumnie „Wartość oferowana” nie podał jakie dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie alternatywne parametru/cechy lampy zaoferował;

w pkt. A.II. 7, 8, 11, 12, 16, 20, 21, 24, 25 Zamawiający określił wymagane wartości parametrów technicznych jako minimum, maksimum lub z określonego przedziału wartościowego. Odwołujący w ofercie nie podał konkretnej wartości oferowanego parametru.

#### PRZYKŁAD 1

W załączniku nr 2 do SIWZ — Zestawienie parametrów i warunków wymaganych, w kolumnie „Parametry techniczne i funkcjonalne” Zamawiający podał w pkt. 19 „Wielkość pola roboczego regulowana za pomocą panelu sterowania umieszczonego na przegubie każdej czaszy lampy” dodatkowo dopuścił rozwiązanie alternatywne: „Dopuszcza się zaoferowanie lampy operacyjnej, w której regulacja średnicy pola operacyjnego odbywa się za pomocą panelu membranowego umieszczonego na czaszy lampy”. Odwołujący w ofercie w kolumnie „wartość. oferowana” dla pkt., 19 wpisał słowo „TAK”

Odwołujący na etapie składania ofert nie wskazał i nie skonkretyzował przedmiotu dostawy poprzez podanie jednej, konkretnej wartości oferowanej — nie wiadomo jakie rozwiązanie dla panelu sterowania zaoferowano. Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wskazania

danych pozwalających na jednoznaczne zindywidualizowanie przedmiotu oferty, uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ. Analogicznie, jak w przykładzie powyżej, w odniesieniu do pkt. A.II. 5, 9, 14, 15, 17, 18, 22, 23 nie wiadomo, co konkretnie zaoferował Odwołujący, które z dopuszczonych rozwiązań alternatywnych oferuje i w konsekwencji dostarczy Zamawiającemu.

#### PRZYKŁAD 2

W załączniku nr 2 do SIWZ — Zestawienie parametrów i warunków wymaganych, w kolumnie „Parametry techniczne i funkcjonalne” Zamawiający podał w pkt. 24 „Każda czasza zamocowana no podwójnym ramieniu o zasięgu min 170 cm od miejsca mocowania”. Odwołujący w ofercie w kolumnie „wartość oferowana” dla pkt. 24 wpisał słowo „TAK”.

Odwołujący na etapie składania ofert nie wskazał i nie skonkretyzował przedmiotu dostawy poprzez podanie jednej, konkretnej wartości oferowanej. tj. zasięgu ramienia lampy. Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty brak wskazania danych pozwalających na jednoznaczne zweryfikowanie przedmiotu oferty, uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ.

Analogicznie, jak w przykładzie powyżej, w odniesieniu do pkt A.II. 7, 8, 11, 12, 16, 20, 21, 25 nie wiadomo co konkretnie zaoferował Odwołujący, jakie wartości oferuje dla wymagań opisanych przez Zamawiającego, jako minimum, maksimum lub z określonego przedziału wartościowego. Tym samym Zamawiający nie wie jakie parametry będzie posiadał przedmiot dostawy.

Załącznik nr 2 do oferty — Zestawienie parametrów i warunków wymaganych w przedmiotowym postępowaniu jest źródłem ustalenia, co konkretnie zostało zaoferowane, jest treścią - meritum oferty, konkretyzującą świadczenie Wykonawcy. Wskazanie dopuszczonego przez Zamawiającego i wybranego przez Odwołującego rozwiązania alternatywnego w pkt. pkt. A.II. 5, 9, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 23, a także podanie konkretnej wartości oferowanej dla dopuszczonych wartości min./max lub z określonego przedziału

wartościowego w pkt. A.II. 7, 8, 11, 12, 16, 20, 21, 24, 25 w ofercie w załączniku nr 2 miało dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Pozwalało bowiem nie tylko na jednoznaczną identyfikację oferowanych rozwiązań, ale również stanowiąc istotne postanowienia oferty i przyszłej umowy miało umożliwić Zamawiającemu weryfikację treści oferty Odwołującego w procedurze badania i oceny ofert. Jakiegokolwiek doprecyzowanie przez Odwołującego w/w pkt. załącznika nr 2 doprowadziłoby do zmiany treści złożonej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Załącznik nr 2 nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp — jak sugeruje Odwołujący, do którego w istocie ma zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp; jest natomiast dokumentem, który tworzy merytoryczną treść oferty - zobowiązanie wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia/poprawienia załącznika nr 2 — stanowiącego treść oferty.

Nie można zgodzić się także z sugestią zawartą w odwołaniu, że Zamawiający winien wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, gdyż wiązałoby się to z istotną zmianą treści oferty. Oznaczenie i wskazanie konkretnych rozwiązań stanowi treść oferty, jej istotny element, definiujący przedmiot oferty i późniejszej dostawy. W tym zakresie art. 87 ust. 1 pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne uwzględnienie wyjaśnień Odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie wielu niedookreślonych w ofercie parametrów prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści oferty.

Przystępujący do postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego: ERES MEDICAL sp. z o.o. Płusowice Kol. 64B, 21-008 Tomaszowice, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Podzielił zdanie Zamawiającego i wskazał, co następuje.

Zamawiający wymagał wypełnienia zał. nr 2 do SIWZ, gdzie w kolumnie „wartość

oferowana” należało podać określone parametry zaoferowanej lampy. Odwołujący nie podał konkretnych wartości. Tymczasem wskazanie szczegółowego opisu oferowanej lampy było kwestią podstawową i najistotniejszą. Bez podania właśnie tych elementów oferta była dla Zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania, tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze niemożliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie nowych danych do zał. nr 2 do SIWZ, gdyż wiązałoby się to z niezwykle istotną zmianą oferty. Oznaczenie parametrów oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą) i to jej istotny element definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. Ewentualne uwzględnienie wyjaśnień odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przez Odwołującego przedmiotu oferty prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Wykonawca powinien zaoferować przedmiot zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, a odstępstwa należy oceniać jako niezgodność kwalifikującą ofertę do odrzucenia. Pamiętać bowiem należy, że Zamawiający musi mieć możliwość porównania ofert złożonych w postępowaniu, a to jest możliwe jedynie w przypadkach, gdy oferty te odpowiadają przedmiotowo wymaganiom określonym przez Zamawiającego”

Przystępujący nie zgadza się również zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp. Procedura z art. 26 ust. 3 dokonywana jest bowiem pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania i ewentualnego zatrzymania wadium. Nie dotyczy treści oferty, do której zalicza się informacje zawarte w zał. 2 do SIWZ (zestawienie parametrów i warunków wymaganych).

Odwołujący w toku rozprawy wskazał na przykłady Zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie tj. poz. 19 i 24 zauważając, że stanowisko dotyczy również pozostałych pozycji załącznika nr. 2 podanych decyzji o wycofaniu oferty w piśmie procesowym. Zauważył, że w toku badania ofert w razie wątpliwości Zamawiający otrzymałby precyzyjne wyjaśnienia w odniesieniu do wszystkich kwestionowanych pozycji. Stwierdził, że wszystkie pola formularza zostały w całości wypełnione i w toku postępowania możliwe było wyjaśnienie i doprecyzowanie szczegółów oferty. Zwrócił uwagę na koniec tabeli, iż wykonawca ma zaoferować urządzenie o parametrach, co najmniej takich, jakie są przedstawione w rubryce „wymagania graniczne” ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty w razie niespełnienia tego warunku. Wyjaśnił, iż wyniku wezwania złożyłby informacje uzupełniające w drodze oświadczenia, ewentualnie folderu dotyczącego urządzenia. Wskazał na pkt. 5.5 SIWZ (str.

11) gdzie zapisano, iż Zamawiający powinien wezwać do złożenia dokumentów w postaci prospektu producenta.

Przypomniał, że w ofercie podał na wstępie załącznika typ urządzenia i nazwę producenta. Stwierdził, iż z treści specyfikacji oraz załącznika nie wynikał wymóg podania konkretnego parametru w określonych pozycjach formularza. Z podanej informacji o typie urządzenia i producencie wynika, iż nie jest możliwe dokonanie jakiejkolwiek zmiany w szczególności parametrów konkretnego urządzenia, a tym samym zmiany treści oferty. Podtrzymał zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie jego zastosowania. Zauważył także, że Zamawiający mógł zapoznać się z informacjami o urządzeniu samodzielnie na podstawie ogólnie dostępnych dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z treści dokumentacji postępowania na którą składa się załącznik nr 2 do siwz wynika, że w tym dokumencie nazwanym „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych” tabela dla

zadania 1 - Diodowa lampa operacyjna dwuczaszowa - 4 szt. (przedmiot zamówienia”

zawierała pozycje:

„L.p.”, „Parametry techniczne i funkcjonalne”, „Wymagania graniczne”

oraz „Wartość oferowana”.

Pierwsze trzy pozycje zostały wypełnione przez zamawiającego przez wskazanie określonych wymogów (ogólnych i podstawowych), w pozycji „wymagania graniczne” najczęściej opisane słowem „TAK”, odnoszone do opisanych wymogów przez określenie ich jako minimalne, maksymalne lub mieszczące się w określonym przedziale wartościowym.

Z przedstawionej struktury formularza nazwanego załącznikiem nr 2 do siwz wynika, w ocenie składu orzekającego jednoznacznie, że pozycja „wartość oferowana” wymagała wypełnienia przez wpisanie konkretnej oferowanej wartości parametru, którego dotyczy opis w pozycji „wymogi”.

W ofercie wykonawca w kolumnie wpisał dla wszystkich parametrów słowo „TAK”, co oznacza że nie podał jednej wartości oferowanego parametru, co należy uznać za opis przedmiotu dostawy o niesprecyzowanych parametrach. Pomimo, jak wskazano wyżej, wymogu podania wartości oferowanej zgodnie z nagłówkiem przedmiotowej kolumny („Wartość oferowana”).

Odwołujący w toku postępowania wskazał, że z uzasadnienia odrzucenia jego oferty można wnioskować, że w formularzu przygotowanym przez zamawiającego nie zawarł określonych danych, które zdaniem zamawiającego winny się tam znaleźć. Jednakże ani w Załączniku nr 2 ani w SIWZ nie ma jasno sprecyzowanych wytycznych, jak ta konkretna kolumna (kolumna nr III załącznika nr 2 do SIWZ) winna zostać przez wykonawców wypełniona. Także wyjaśnienia do SIWZ nie precyzują tej kwestii. Również załącznik nr 2 do SIWZ, który zdaniem Zamawiającego został nieprawidłowo sporządzony jest dokumentem przygotowanym przez zamawiającego i odwołujący nie dokonywał w nim żadnych modyfikacji, a jedynie dokonał uzupełnień kolumny III tego załącznika poprzez wpisanie słowa „TAK”. W ocenie odwołującego niezależnie od możliwości, które daje art. 26 ust. 3 pzp, to mając na uwadze art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w powiązaniu z art. 14 ust. 1 pzp, należy to sformułowanie interpretować jako spełnienie danego wymogu przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego w zakresie będącym przedmiotem

sporu i rozpoznania, nie zasługuje na uwzględnienie. Nie jest możliwe uzupełnienie braków ofercie w drodze wykładni jej treści zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego. Nie ma wątpliwości, iż wymóg podania wartości oferowanych nie został spełniony przez wykonawcę w ofercie. Świadomość tej okoliczności w istocie podziela również odwołujący wskazując na możliwość i potrzebę uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący stwierdził, że to zamawiający winien w tym zakresie wystąpić do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie/uzupełnienie oferty, a tego ewidentnie zaniechał.

Izba zauważyła, że przepis wskazany nie umożliwia uzupełnienia braków oferty i ma zastosowanie tylko w zakresie i na zasadach w nim uregulowanych, a nie należy do nich wyjaśnienie treści oferty, dokonywane jedynie na podstawie art. 87 ustawy pzp, lub uzupełnianie i zmiana treści oferty, które zasadniczo są niedopuszczalne stosownie do powołanego tu przepisu ustawy. Powyższej oceny nie zmienia w żadnym stopniu sposób procedowania przez zamawiającego w postępowaniu nazywanym procedurą odwróconą (art. 24aa ustawy pzp). Powołane w odwołaniu orzecznictwo dotyczące art. 26 ust. 3 ustawy pzp pozostaje bez związku z niniejszą sprawą. Uzupełnianie bowiem dokumentów w tym trybie dotyczyć może 25a ust. 1 oraz 25 ust. 1 ustawy pzp, które nie stanowią treści oferty lecz są dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi okoliczności przedstawione w niezmiennej co do zasady ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....