Sygn. akt: KIO 1815/17

WYROK
z dnia 11 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **– 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ z siedzibą w K.**

przy udziale wykonawcy **P. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. B.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 23, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w pakiecie nr 23 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym pakiecie z uwzględnieniem oferty Odwołującego w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża **Przystępującego – P. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. B. i:**
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **P. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. B.** na rzecz Odwołującego **M. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W.** kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset

złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1815/17

UZASADNIENIE

Dnia 1 września 2017 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017, poz. 1579 - dalej jako „ustawa Pzp"), odwołanie złożył wykonawca **M. A. Sp. z o.o. z siedzibą we W.** (dalej jako „Odwołujący").

Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego i aparatury medycznej częściowo - w zakresie pakietów nr 22-42 - w ramach postępowania konkursowego Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIiS) 2014 -2020 - Oś priorytetowa IX Wzmocnienie strategicznej infrastruktury ochrony zdrowia - Działania 9.2 Infrastruktura ponadregionalnych podmiotów leczniczych na potrzeby 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ w K. prowadzi Zamawiający: **5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ z siedzibą w K..** Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 105-209484.

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, to jest odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w ramach pakietu nr 23. Informację o powyższym fakcie Zamawiający opublikował na stronie internetowej w dniu 23 sierpnia 2017 roku. Odwołanie wniesiono więc jest w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tego samego dnia kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego uznając jej treść jako nieodpowiadającą treści SIWZ w zakresie poszczególnych parametrów przedmiotu zamówienia, w zakresie pakietu nr 23 - mikroskop neurochirurgiczny. Uzasadnieniem faktycznym dokonanej czynności było powołanie się na oczywistą niezgodność oferowanego asortymentu w zakresie regulowanych parametrów przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, zdefiniował niezgodności w zakresie następujących parametrów w ofercie Odwołującego:

1. Załącznik nr 1, opis przedmiotu zamówienia w pozycji nr 4, Zamawiający wymagał zaoferowania mikroskopu wyposażonego w 3 binokulary: dla głównego operatora, dla asysty „face to face" oraz dla asysty bocznej. Binokular główny operatora miał posiadać możliwość pochyłu w zakresie 0-180°, a binokulary asysty możliwość regulacji pochyłu w zakresie 30-150°.

Oferta Odwołującego zawiera wszystkie wymagane parametry opisane przez Zamawiającego z zaznaczeniem, iż binokulary asysty posiadają możliwość regulacji pochyłu w zakresie od 0-180°. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż posiadany zakres regulacji dla

---

binokularów asysty bocznej oferowanego asortymentu zawiera wymagany przez Zamawiającego zakres regulacji pochyłu określony jako 30-150°, który można osiągnąć poprzez regulację pochyłu do oczekiwanego przez operatora. Zaoferowanie szerszego zakresu pochyłu od oczekiwanego przez Zamawiającego nie uniemożliwia ustawienia oczekiwanego pochyłu, opisanego brzmieniem Załącznika nr 1 do SIWZ.

2. Załącznik nr 1, opis przedmiotu zamówienia w pozycji nr 6, Zamawiający wymagał zaoferowania mikroskopu posiadającego odległość roboczą, regulowaną elektromotorycznie w zakresie 225mm - 600mm, realizowaną jednym obiektywem z możliwością regulacji ręcznej w przypadku awarii.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż Zamawiający wprowadził punktację do oceny parametrów zaoferowanych w przedmiotowej pozycji, wprowadzając zasadę, iż za zaoferowanie zakresu 225 do 600 mm przyznawał 0 pkt, za zakres „powyżej" 20 pkt.

Odwołujący zaoferował mikroskop posiadający wszystkie wymagane parametry a posiadana odległość robocza mieści się w zakresie od 200 mm do 625 mm. Jest to jedyna rozbieżność w opisie pozycji nr 6, niemniej jest to rozbieżność, która w ocenie Odwołującego powinna skutkować przyznaniem przez Zamawiającego dodatkowej punktacji gdyż, zgodnie z przyjętym rozumowaniem, szerszy zakres odległości roboczej, zarówno w dolnej jak i w górnej granicy opisywanego parametru, jest zakresem powyżej podstawowego zakresu odległości roboczej, jaki był opisany przez Zamawiającego. Niemniej, odstępując od analizy interpretacji punktacji oceny jakościowej Odwołujący twierdzi, iż zaoferowanie szerszego zakresu regulacji nie uniemożliwia osiągnięcia zakresu opisanego przez Zamawiającego - jest to możliwe poprzez ustawienie pożądanych parametrów, będących parametrami regulowanymi, przez operatora mikroskopu.

3. Załącznik nr 1, opis przedmiotu zamówienia w pozycji nr 8, Zamawiający wymagał zaoferowania mikroskopu posiadającego zakres powiększenia: 1.0x - 12.1 x i pole obserwacyjne: 17,4mm - 210,2mm.

Odwołujący zaoferował asortyment posiadający szersze zakresy, tj.: zakres powiększenia: 1.0x - 20,4x oraz pole obserwacyjne: 11,0 mm - 225 mm. Tak jak w poprzednich przypadkach, zaoferowanie zakresów o wyższych parametrach nie wyklucza ograniczenia ustawień po oczekiwanych przez operatora mikroskopu. Są one osiągalne dla każdego z wymienionych zakresów.

4. Załącznik nr 1, opis przedmiotu zamówienia w pozycji nr 13, Zamawiający wymagał zaoferowania mikroskopu posiadającego zakresy regulacji położenia: przechylanie optyki mikroskopu przód/tył - 307+120° (+/-5°). Pochylanie optyki na boki ±50° (+/-5°). Obrót głowicy wokół własnej osi o zakresie umożliwiającym maksymalne wykorzystanie

funkcjonalności opisanego urządzenia.

Odwołujący zaoferował mikroskop, w którym zakres regulacji przechylania optyki przód/tył -257+135°, pozostałe parametry tożsame z opisem Zamawiającego. Zamawiający uznał zaoferowany parametr za oczywistą niezgodność, z czym po raz kolejny Odwołujący nie może się zgodzić. Zaoferowanie szerszego zakresu regulacji przechylania optyki przód/tył nie wyklucza ograniczenia ustawień przez operatora do regulacji w zakresie -307+120°. Zaoferowanie asortymentu o szerszym zakresie parametrów, podlegających dodatkowo regulacji przez operatora urządzenia, zdaniem Odwołującego nie powinno dyskwalifikować oferty poprzez uznanie niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 lipca 2010 roku, o sygnaturze akt KIO 1460/2011 *„treść oferty na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia".*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie uwzględnił specyfiki przedmiotu zamówienia przy dokonywaniu czynności badania i oceny ofert. Fakt występowania możliwości regulacji opisywanych parametrów, jak i ich oceny jakościowej w przypadku parametru z pozycji nr 6, zostały przez Zamawiającego najwyraźniej pominięte, gdyż w przeciwnym przypadku nasuwa się odmienna konkluzja od prezentowanej - zaoferowane przez Odwołującego parametry zawierały w swoim zakresie regulacji zakresy opisane przez Zamawiającego. Zamawiający posiada możliwość ustawienia oczekiwanych parametrów, jednocześnie posiadając możliwość skorzystania z szerszych parametrów mikroskopu - możliwość, a nie konieczność. Rozróżnienie pomiędzy możliwością a koniecznością ustawień poszczególnych parametrów jest szczególnie istotne przy właściwej Interpretacji zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę, iż uwzględniając specyficzność opisywanego przedmiotu zamówienia, wniosek do którego doszedł Zamawiający, stanowiący o oczywistej niezgodności, zostałby osiągnięty dopiero poprzez zaoferowanie parametrów regulowanych w węższych zakresach od oczekiwanych przez Zamawiającego, gdyż taki schemat powodowałoby ograniczenie możliwości osiągnięcia opisywanych zakresów, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

Zważyć należy na fakt, że w razie gdy nie potwierdzi się zarzut, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji obowiązującej w postępowaniu, Zamawiający winien uwzględnić odwołanie. Dokonanie bowiem bezprawnej czynności mającej wpływ na wynik postępowania (odrzucenie prawidłowej oferty, która posiada walor oferty najkorzystniejszej) stanowi kumulatywnie czyn naruszenia dyscypliny finansów

publicznych. Notoryjnym jednak jest, że zgodnie z art. 17 ust 1a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie dochodzi do popełnienia tego rodzaju czynu, gdy czynność niezgodna z ustawą zostaje skorygowana.

Ewentualne zaniechanie zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 k.c. Zaniechanie Zamawiającego w postaci bowiem uchylenia (unieważnienia) czynności odrzucenia oferty Odwołującego, stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku. W tym stanie rzeczy odwołanie jest, zdaniem Odwołującego, zasadne i w pełni usprawiedliwione.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. Dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego;
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego albowiem wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia „oferty najkorzystniejszej”;

Udzielenia Odwołującemu 4. zamówienia publicznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz

wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **P. P. Sp. z o.o. z siedzibą w S. B.,** dalej jako „Przystępujący”. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

5 września 2017 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzuty odwołania. W związku z powyższym, Przystępujący wezwany został do złożenia oświadczenia o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

W dniu 8 września 2017 roku Przystępujący złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ. Parametry zostały przez Zamawiającego w SIWZ przy opisie przedmiotu zamówienia określone jednoznacznie, zaoferowanie urządzenia o parametrach przekraczających dopuszczalne zakresy regulacji jest niedopuszczalne. Wykładnia zapisów SIWZ powinna odbywać się przy językowym brzmieniu tego dokumentu. Nie jest możliwe i prawidłowo dokonywanie zmiany SIWZ po terminie składania ofert lub próby rozszerzającej wykładni dokumentu. W żadnym z punktów SIWZ, które były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie użył określenia „minimum”, więc parametry nie mogą być dobrowolnie zmieniane.

Izba ustaliła, że:

Z zapisów SIWZ wynika, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć wypełniony we wskazanych miejscach i podpisany Załącznik nr 1 – formularz opis przedmiotu zamówienia – zestawienie wymaganych i oferowanych wymagań.

Wykonawcy powinni także w ofercie potwierdzić spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego wpisując słowo „tak” w rubryce parametry oferowane (przy każdej z pozycji) podając przy tym niezbędne informacje dla każdej pozycji, jak i powinien uzupełnić wszystkie pozycje w tabelce zestawienie warunków granicznych gwarancji wpisując odpowiednie informacje w pozycjach - podać ile, podać jeśli występując (jeśli w tym przypadku zachodzi taka potrzeba), jak i powinien wpisać słowo „tak” w pozycjach w których jest to wymagane, czy też inne informacje cenowe jeśli są one wymagane – pod rygorem odrzucenia oferty.

W pakiecie nr 23 złożono dwie oferty:

- Odwołujący za cenę 1 499 999,04 zł
- Przystępujący za cenę 1 344 600,00 zł

obaj wykonawcy zaoferowali 60-miesięczny termin gwarancji.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zarówno wymagania SIWZ oraz podstawy uznania jego oferty za nieodpowiadającą zapisom SIWZ, co doprowadziło do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, czy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien być w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowany, to jest czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną w treści z treścią SIWZ.

W ramach rozważań natury ogólnej, skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa Pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 Pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 Pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 Pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie

drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz,* wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu

i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO

2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i nie dotyczyła oferty Odwołującego w zakresie parametrów oferowanego w pakiecie nr 23 dla mikroskopu neurochirurgicznego. Wszystkie pierwotnie stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego miały podobny charakter, więc Izba łącznie odniesie się do ich charakteru w uzasadnieniu orzeczenia. We wszystkich przypadkach Zamawiający określił pewien przedział dla parametrów, w którym pracować ma dane urządzenie, nie oznaczając jednocześnie tego przedziału jako parametry minimalne i maksymalne. Ta część argumentacji Przystępującego nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wymagał samodzielnego wpisania w tabeli parametrów sprzętu przez wykonawcę składającego ofertę. Gdyby, jak twierdzi Przystępujący, parametry określone zostały w sposób sztywny, to wystarczającym byłoby potwierdzenie, że dane urządzenie dany parametr spełnia przez wpisanie słowa „TAK” w odpowiednią rubrykę.

Odwołujący zaoferował model mikroskopu, który posiada szerszy zakres parametrów niż wymagał Zamawiający. Takiej sytuacji nie można uznać za zaoferowanie świadczenia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia. Zaproponowany model urządzenia zaspokoi oczekiwania Zamawiającego i umożliwi mu pracę w zakresach określonych w SIWZ. Przystępujący, jako strona postępowania odwoławczego obciążona ciężarem dowodu (po uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego) nie wykazał w jakikolwiek sposób, że cel założony przez Zamawiającego nie zostanie osiągnięty. Zamawiający nie kwestionował również, że podane przez Odwołującego parametry są nieprawidłowe, niemożliwe do osiągnięcia. Izba nie uzyskała odpowiedzi na zadawane pytania, w tym najprostsze z niż: w jaki sposób mikroskop zapewniający pracę binokularów asysty przy regulacji pochyłu w zakresie od 0-180° nie spełnia wymogu SIWZ regulacji pochyłu od 30-150°. Posługując się przykładem – jeżeli pewien przedmiot mieści się w zakresie od „a" do „z", to przedmiot w przedziale od „b" do „e" także w tym zakresie się zawiera. Na złożoną ofertę należy spojrzeć w szerszej perspektywie, uwzględniając cel, który przyświecał Zamawiającemu oraz wymogi funkcjonalne określone dla sprzętu. Jeżeli dla Zamawiającego przy niewątpliwie skomplikowanych i wymagających zabiegach neurochirurgicznych konieczne byłoby, aby mikroskop pracował tylko przy odpowiednim pochyleniu, odległości roboczej, czy zakresie powiększenia przy sztywnym ustawieniu, to takie wymogi zawierałaby SIWZ. Trudno bowiem założyć, że Zamawiający (mając bogate doświadczenie kliniczne) dokonywałby opisu przedmiotu zamówienia z narażeniem życia pacjentów dopuszczając sprzęt, który pracuje także przy innych ustawieniach. Odwołujący zaoferował sprzęt dający większe możliwości pola operacyjnego, co nie stanowi o niezgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Izba zgadza się z przywoływanym przez Przystępującego orzecznictwem dotyczącym niedozwolonej po terminie składania ofert zmiany wykładni SIWZ, tym niemniej jest ono nieadekwatne do przedmiotowej sytuacji. W ocenie składu orzekającego Izby nie doszło do zmiany sposobu rozumienia zapisów SIWZ, a jeżeli już to po stronie Przystępującego, który zbyt rygorystycznie, zapominając o celu, który przyświeca prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonał wykładni zapisów SIWZ stwierdzając, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez minimalne i graniczne parametry. Zamawiający w opisie wskazywał, że sprzęt ma mieć możliwość pracy w określonych zakresach. Odwołujący złożył ofertę wskazując model mikroskopu umożliwiający pracę w podanych zakresach (a także w innych – szerszych), więc o żadnej niezgodności nie może być mowy. Nie każde zaoferowanie przedmiotu o innych parametrach oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Gdyby osiągnięcie założeń ustalonych przez Zamawiającego przy użyciu oferowanego modelu było niemożliwe, wówczas można byłoby wskazywać na istotną wadę oferty Odwołującego.

Z uwagi na powyższe tak naprawdę nie miały znaczenia dla sprawy złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody w postaci wyciągów z folderów reklamowych trzech modeli mikroskopów oraz wykaz jednostek, które używają sprzętu oferowanego przez Odwołującego. Pomijając, że Zamawiający nie żądał złożenia dokumentów przedmiotowych potwierdzających parametry ujęte w tabeli w formularzu ofertowym, nie został w żaden sposób podważony przez Przystępującego sposób sporządzenia oferty przez Odwołującego.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji uwzględniając w całości odwołanie. Izba nakazała powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w ramach tego procesu przyznanie odpowiednio punktacji w ramach ustalonych techniczno-cenowych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 zmianami) – obciążając

Przystępującego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: