Sygn. akt: KIO 2159/21

WYROK

z dnia 2 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 31 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę **ERES MEDICAL Sp. z o.o., z siedzibą w Tomaszowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Augustowie,**

przy udziale wykonawcy **Meden-Inmed Sp. z o.o., z siedzibą w Koszalinie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia, odrzucić ofertę wykonawcy Meden - Inmed Sp. z o.o., z siedzibą w Koszalinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia, powtórzyć czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Augustowie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERES MEDICAL Sp. z o.o., z siedzibą** w Tomaszowicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Augustowie** na rzecz wykonawcy **ERES MEDICAL Sp. z o.o., z siedzibą w Tomaszowicach** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 2159/21

UZASADNIENIE

W dniu 19 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ERES MEDICAL Sp. z o. o. (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Augustowie (dalej „**Zamawiający**") naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wybór oferty Meden Inmed Sp. z o.o. (zwanego dalej: „**Meden**") w zakresie części nr 2 zamówienia, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia;
2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp na skutek doprowadzenia do sytuacji, w ramach której wykonawca Meden dokonał zmiany (modyfikacji) złożonej oferty w toku wyjaśnień jej treści – co doprowadziło do niedopuszczalnych prawem negocjacji treści złożonej oferty;
3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Meden jako niezgodnej z warunkami zamówienia szczegółowo określonymi w uzasadnieniu faktycznym odwołania oraz której treść została przez tego wykonawcę zmieniona w wyniku wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy Meden na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia; przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią Rozdziału III SWZ zatytułowanego "Opis przedmiotu zamówienia": Przedmiotem zamówienia jest dostawa wyposażenia i modernizacja Poradni Rehabilitacyjnej i Działu Fizjoterapii Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w AugustowieZamówienie realizowane jest na potrzeby projektu „Zwiększenie dostępności usług rehabilitacyjnych dla osób starszych". Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Ofertę można złożyć na wszystkie części. Jak wskazał Zamawiający w tym samym Rozdziale SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 2 do SWZ – formularz parametrów wymaganych.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zamawiający żądał: Folderu/katalogu/lub kart charakterystyki/kart technicznych, zawierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych (załącznik nr 2 do SWZ). Zamawiający wezwie Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku stwierdzenia braku w ofercie żądanych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli:

a) przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert

b) lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu

c)albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
W kolejnym Rozdziale IX SWZ zatytułowanym: "Oferta zawiera" Zamawiający wskazał, że oferta zawiera:

1. Sporządzony przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, Formularz ofertowy;
2. Wypełniony formularz parametrów wymaganych, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ;
3. Oświadczenie o którym mowa w art.125 ust.1 ustawy Pzp, sporządzony przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (JEDZ);
4. Folder/katalog, zawierający opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych.

Dalej Odwołujący wskazał, że w Rozdziale X SWZ zatytułowanym: "Wymagania dotyczące dokumentów" Zamawiający żądał przedstawienia:

1. Numer katalogowy podany w formularzu cenowym powinien być wyraźnie oznaczony w załączonych do oferty dokumentach. Ponadto dokumenty należy oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą.
2. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

Dalej Odwołujący wskazał, z zaskarżonym zakresie (w kontekście art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) w ramach zadania nr 2 Zamawiający postawił następujące wymagania wobec jednostanowiskowego zegara zabiegowego oraz stolika zabiegowego:
Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 do SWZ - Zadanie nr 2 Dostawa wyposażenia Poradni rehabilitacyjnej SOZOZ w Augustowie:
poz. 30 Zegary zabiegowe elektroniczne (jednostanowiskowe)
poz. 31 Stoliki zabiegowe Stolik wyposażony w kółka i pochwyty do łatwego przemieszczania. Kółka jezdne wyposażone są w blokadę.
Odwołujący wskazał, że analiza oferty złożonej przez wykonawcę Meden wskazuje, że wbrew wymaganiom Zamawiającego wykonawca ten pozostawił bez zmian załącznik nr 2 do SWZ (formularz asortymentowo – cenowy) nie wpisując oferowanych przez siebie urządzeń – a jedynie załączył do oferty szereg dokumentów (kart katalogowych, specyfikacji technicznych itp.) bez sprecyzowania w wielu pozycjach jakie urządzenia de facto oferuje. Oferta tego wykonawcy w szeregu pozycji jest ofertą blankietową, tj. nie konkretyzującą przedmiotu oferty, typu, modelu, czy producenta oferowanych urządzeń. Załączone karty nie zawierają również żądanych przez Zamawiającego numerów katalogowych i nie sposób ich przyporządkować do pozycji zawartych w załączniku nr 2. DOWÓD:oferta wykonawcy Meden złożona dla zadania nr 2.
Odwołujący wskazał, że niektóre z dokumentów są dokumentami dla kilku typów urządzeń, zaś wykonawca Meden nie sprecyzował który produkt oferuje – czego wprost wymagał Zamawiający w Rozdziale X pkt 1 SWZ. Tak jest np. w przypadku poz. 5 Lampa do naświetleń światłem widzialnym, ultrafioletowym lub podczerwonym, dla którego wykonawca Meden przedstawił wraz z ofertą przypadkowa kartę katalogową Bioptron (dokładnie stronę 175 ogólnego katalogu zatytułowanego „Fizykoterapia"), w której ujęte są trzy różne urządzenia (lampa Bioptron MedAll, lampa Bioptron Pro oraz lampa Bioptron 2). W tym wypadku rolą wykonawcy było jednoznaczne wskazanie oferowanego urządzenia, nie zaś pozostawianie Zamawiającemu wyboru w tym zakresie. DOWÓD: Rozdział X pkt 2 SWZ oraz oferta wykonawcy Meden.
Dla pozycji 11 Fotel do ćwiczeń oporowych kkg i kkd FRD dwugłowicowy, tj. fotel typu FRT/B wykonawca Meden nie wskazał producenta urządzenia i numeru katalogowego w złożonej karcie katalogowej. DOWÓD: oferta wykonawcy Meden.
Analogiczna sytuacja występuje w przypadku poz. 12 Materac rehabilitacyjny składany 3-częściowy 195x85x5, gdzie również nie wskazano producenta przedmiotu oferty. Taka sytuacja ma miejsce również w odniesieniu do:
Poz. 29 - zegarek zabiegowy 5 stanowiskowy.
Poz. 33 – leżanki zabiegowej zwykłej;
Poz. 34 – ławka ISO trzyosobowa;
Poz. 36 - zestaw do pomiarów (goniometry, cyrkiel Martina);
Poz. 38 - drabinki gimnastyczne;
Poz. 39 - Minitalus urządzenie do ćwiczeń stawu skokowego.
DOWÓD: oferta wykonawcy Meden.
Dalej Odwołujący wskazał, że w niektórych pozycjach do oferty dołączono niewyraźne zdjęcia nie pozwalające na identyfikację oferowanych urządzeń, tj. bez wskazania nazwy własnej, modelu, czy też producenta (np. poz. 29 i 30 – zegarki zabiegowe).
Odwołujący wskazał, że z Rozdziału X zatytułowanego „Wymagania dotyczące dokumentów": pkt 1 Numerkatalogowy podany w formularzu cenowym powinien być wyraźnie oznaczony w załączonych do oferty dokumentach. Ponadto dokumenty należy oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą. Oferta wykonawcy Meden jest bowiem nieklasyfikowanym i niepogrupowanym zbiorem dokumentów trudnym do powiązania z załącznikiem nr 2 do SWZ.DOWÓD: Rozdział X SWZ, oferta wykonawcy Meden i załącznik nr 2 do SWZ (w aktach postępowania).
Dalej Odwołujący wskazał, że w zakresie poz. 30 oferta wykonawcy Meden również nie precyzuje przedmiotu świadczenia (brak producenta i modelu) oraz wprost jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Zamiast zegara elektronicznego wykonawca Meden zaoferował zegar tarczowy mechaniczny bez wskazania producenta, marki, typu i numeru katalogowego. W tym wypadku załączył pochodzące z Internetu zdjęcie z zaczernionymi danymi w jakości uniemożliwiającej identyfikację przedmiotu oferty. Taka sama sytuacja ma miejsce w zakresie zegara pięciostanowiskowego (poz. 29 załącznika nr 2 do SWZ), którego nazwa własna na dołączonym zdjęciu jest niemożliwa do odczytania. DOWÓD: oferta wykonawcy Meden (w aktach postępowania).
Dalej Odwołujący wskazał, że również w przypadku poz. 31 „Stoliki zabiegowe". Stolik wyposażony w kółka i pochwyty do łatwego przemieszczania. Kółka jezdne wyposażone są w blokadę" oferta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, gdyż wykonawca ten zaoferował zamiast stolika zabiegowego stolik pod aparaturę medyczną pozbawiony pochwytów służących do przemieszczania. Nie jest to stolik zabiegowy, zaś z informacji znajdującej się na stronie https://meden.com.pl/oferta/stolikimedyczne/22-trolmed-typ-spa-2-stolik-pod-aparature-medyczna.html jego przeznaczenie to transport aparatów zabiegowych i aparatów EKG. Wśród możliwych dodatków (poza standardem) w danych katalogowych wymienia się kosz na akcesoria o pojemności 22 litrów, rozdzielacz elektryczny do podłączenia 2 aparatów oraz wysięgnik dla wersji Cardio. DOWÓD: oferta wykonawcy Meden (w aktach postępowania) oraz

specyfikacja techniczna ze strony: https://meden.com.pl/oferta/stoliki-medyczne/22-trolmedtyp-spa-2-stolik-pod-aparature-medyczna.html.
W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności wskazują, po pierwsze brak spełnienia zasadniczego wymogu Zamawiającego w ramach którego w załączonych do oferty dokumentach powinny zostać wyraźnie określone numery katalogowe, jak również sprecyzowany przedmiot świadczenia. Ponadto dokumenty należało oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą. DOWÓD: Rozdziału X SWZ zatytułowany: "Wymagania dotyczące dokumentów". W ocenie Odwołującego, wykonawcy mieli zatem nie tylko obowiązek sprecyzowania w formularzy (załącznik nr 2 do SWZ) przedmiotu oferty przez wskazanie numeru katalogowego, lecz również dołączenie do oferty dokumentów w postaci: Folderu/katalogu/lub kart charakterystyki/ kart technicznych, zawierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych (załącznik nr 2 do SWZ). Dla szeregu pozycji wykonawcy Meden nie sprecyzował (nie skonkretyzował) przedmiotu świadczenia, jak również złożył dokumenty odnoszące się do kilku różnych urządzeń. DOWÓD: Rozdział III SWZ oraz oferta wykonawcy Meden.
Dla wskazanych urządzeń z poz. 30 i 31 (Zegary zabiegowe elektroniczne (jednostanowiskowe) oraz Stoliki zabiegowe) oferta jest wprost niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. DOWÓD: oferta wykonawcy Meden (w aktach postępowania).
W ocenie Odwołującego, w zakresie tych dwóch pozycji doszło również do niedozwolonej zmiany treści oferty w wyniku składanych przez wykonawcę wyjaśnień – czym naruszono art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający pismem z dnia 24.06.2021 r. wezwał wykonawcę Meden do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 30 i 31 zwracając uwagę na niezgodność oferty tego wykonawcy z wymaganiami ujętymi w dokumentacji postępowania. DOWÓD: wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r. (w aktach postępowania). W złożonych wyjaśnieniach (pismo z dnia 24.06.2021 r.) wykonawca Meden wskazał w zakresie poz. 31 dotyczącej stolika zabiegowego, że jest jego producentem i zostanie on wykonany na specjalne zamówienie, tj. będzie wyposażony w uchwyt do łatwego przemieszczania. Nie odniósł się jednak do okoliczności, że zaoferował stolik pod sprzęt medyczny, nie zaś stolik zabiegowy. DOWÓD: wezwanie i wyjaśnienia z dnia 24.06.2021 r. (w aktach postępowania).
W ocenie Odwołującego powyższe nie zmienia faktu, że oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Po pierwsze oferowany przez wykonawcę Meden stolik to stolik pod aparaturę medyczną, po drugie nie został on wyposażony w uchwyty. W tym wypadku w drodze wyjaśnień wykonawca ten dokonał modyfikacji złożonej oferty.
W ocenie Odwołującego, analogiczna sytuacja zaistniała w przypadku poz. 30 (Zegar zabiegowy elektroniczny jednostanowiskowy), gdzie wykonawca Meden w ramach wyjaśnień z dnia 24.06.2021 r. dokonał zmiany oferty zastępując pierwotnie złożony zegar analogowy nieznanego modelu i typu zegarem elektronicznym marki PERFECT. DOWÓD: oferta wykonawcy Meden, wezwanie i wyjaśnienia z dnia 24.06.2021 r. (w aktach postępowania).
Odwołujący wskazał, że wbrew obowiązkom wynikającym z dokumentacji postępowania wykonawca Meden nie skonkretyzował złożonej w ramach zadania nr 2 oferty, nie przyporządkował złożonych dokumentów do pozycji ujętych w treści załącznika nr 2 do SWZ, złożył nieprecyzyjne przedmiotowe środki dowodowe, jak również w zakresie dwóch pozycji złożył ofertę wprost niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, próbując w toku wyjaśnień zmienić jej treść. Stąd też wybór oferty tego wykonawcy dokonany w dniu 07.07.2021 r. w ramach zadania nr 2 jest wadliwy i winien zostać wyeliminowany z obiegu prawnego, gdyż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
W uzasadnieniu prawnym wskazanych nieprawidłowości, Odwołujący wskazał, że zasadnicze znaczenie dla kwalifikacji, czy mamy do czynienia z merytoryczną treścią oferty i dokumentami oraz oświadczeniami wyrażającymi tą treść ma przepis art. 218 ust. 3 ustawy Pzp (będącego odpowiednikiem art. 82 ust. 3 uchylonej ustawy Pzp). Ustanawia on zasadę, iż treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w szczególności SWZ, OPZ i załącznikach do tych dokumentów). Adresatami normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie są zarówno wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak również instytucje zamawiające. Na wykonawcy spoczywa bezpośredni obowiązek sporządzenia oferty w taki sposób, aby jej treść odpowiadała wymaganiom Zamawiającego. W odniesieniu do powyższego na zamawiającym spoczywa obowiązek przeprowadzenia czynności sprawdzających w celu ustalenia, czy wykonawca składający w postępowaniu ofertę uczynił zadość powyższemu obowiązkowi. W zależności od wyniku tych ustaleń zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty niezgodnej z tymi wymaganiami lub kwalifikuje ofertę właściwą aby stała się przedmiotem kolejnych czynności w postępowaniu, tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, kwalifikacji punktowej w oparciu o kryteria oceny ofert i w zależności o wyniku tej czynności uznaniu jej za najkorzystniejszą lub jedynie uznaniu za ważną i poddaną badaniu oraz ocenie. Rozumienie pojęcia oferty w Kodeksie cywilnym jest jednoznaczne i nie wymaga specyficznych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego interpretacji. Treść SWZ oraz treść oferty nie może być przedmiotem domniemań, przypuszczeń, czy wynikać z intencji poszczególnych podmiotów ich literalną treść. Z pewnością do treści oferty należy zaliczyć każde jej postanowienie i każdy jej element dotyczący kształtu przyszłego świadczenia wykonawcy odnoszący się do wyrażonych, jak również nie wyrażonych w treści SWZ elementów istotnych świadczenia. Należy przyjąć również, iż ze względu na fakt, iż określenie przedmiotu przyszłego świadczenia należy odnieść i uznać za tożsame z przedmiotem przyszłej umowy, to stanowią one z pewnością essentalia negotii zobowiązania wykonawcy. Postanowienia wyrażone w treści oferty należy uznać za przedmiotowo istotne dla przyszłego świadczenia w takim zakresie w jakim zostały uregulowane zapisami SWZ. Tym samym każdy element uregulowany przez zamawiającego w treści SWZ i dokumentach zamówienia należy traktować za istotne dla tego ostatniego.
W niniejszym wypadku przedmiotowo istotnym elementem treści oferty winno być przedstawienie przez wykonawców danych umożliwiających identyfikację przedmiotu ich świadczenia. Zamawiający w treści Rozdziału VIII zatytułowanego „Przedmiotowe środki dowodowe” wskazał, że: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, zamawiający żąda:

1. Folderu/katalogu/ lub kart charakterystyki/ kart technicznych, zawierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych (załącznik nr 2 do SWZ). DOWÓD: Rozdział VIII SWZ

Następnie Zamawiający uszczegółowił powyższe wymagania wskazując w Rozdziale IX zatytułowanym „Oferta zawiera”, że wymaga złożenia:

1. Sporządzonego przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, Formularza ofertowego;
2. Wypełnionego formularza parametrów wymaganych, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ;
3. Oświadczenie o którym mowa w art.125 ust.1 ustawy Pzp, sporządzony przez wykonawcę, według wzoru

stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (JEDZ).

4. Folder/katalog, zawierający opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych.

W ocenie Odwołującego istota tego wymogu było to, aby wykonawca w formularzu asortymentowo-cenowym (załącznik nr 2 do SWZ) wskazał nie tylko cenę oferowanych urządzeń, lecz również przyporządkował do poszczególnych pozycji określone urządzenia i wyroby przez wskazanie numeru katalogowego – tak aby można było zidentyfikować przedmiot świadczenia wykonawcy oraz przyporządkować mu odpowiedni folder/katalog, opis – specyfikację przedmiotu zamówienia. W Rozdziale X SWZ w pkt 1 zostało wskazane, że: Numerkatalogowy podany w formularzu cenowym powinien być wyraźnie oznaczony w załączonych do oferty dokumentach. Ponadto dokumenty należy oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą. DOWÓD: Rozdział X SWZ zatytułowany „Wymagania dotyczące dokumentów".

W przypadku oferty Meden załącznik tego wykonawcy nie został uzupełniony o numery katalogowe umożliwiające identyfikację przedmiotu oferty i przyporządkowanie im odpowiednich dokumentów dołączonych bez żadnego opisu, czy tez klasyfikacji do oferty tego wykonawcy. Wykonawca ten w załączniku nr 2 uzupełnił jedynie ceny (kolumna nr 4 – wartość brutto). DOWÓD: oferta wykonawcy Meden – części 2 zamówienia (w aktach postępowania).

Odwołujący wskazał, że o braku możliwości uzupełniania lub modyfikacji oferty w drodze wyjaśnień wypowiadało się orzecznictwo pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ze względu na okoliczność, że obie instytucje (z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz z art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych). Stąd też tezy zawarte w poniższych orzeczeniach są w pełni aktualne. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r. sygn. akt I CSK 108/09, wyrok KIO z dnia 10 marca 2020 r. sygn. akt 375/20, wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r. Sygn. akt: KIO 758/12 oraz KIO 774/12.

Odwołujący podkreślił, że oferta Meden w dwóch pozycjach (poz. 30 i 31 – zegar elektroniczny zabiegowy jednostanowiskowy oraz stolik zabiegowy) jest wprost niezgodna z wymaganiami ujętymi w dokumentacji postępowania. W odniesieniu do wszystkich urządzeń oferowanych w ramach zadania nr 2 wykonawca Meden nie przedstawił w załączniku nr 2 (formularz asortymentowo – cenowy) numerów katalogowych pozwalających na identyfikację tych urządzeń, zarówno na etapie składania oferty (brak możliwości przyporządkowania im kart katalogowych), jak również na etapie dostawy (a wiec realizacji umowy). To powoduje, że wymienionych na wstępie przypadkach wykonawca ten będzie mógł na etapie realizacji przedmiotu zamówienia dostarczyć dowolny sprzęt - czego Zamawiający nie będzie mógł zweryfikować. Oferta tego wykonawcy w szeregu pozycji ma charakter blankietowy, a więc nieokreślony. W ocenie Odwołującego Załącznik nr 2 do SIWZ stanowił element oferty, więc nie podlegał uzupełnieniu i nie można go traktować jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdzający spełnienie przez oferowany produkt wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał skonkretyzowania w zał. Nr 2 do SWZ oraz przedmiotowych środkach dowodowych przedmiotu świadczenia przez wskazanie numerów katalogowych – czego wykonawca Meden wykonał składają ofertę w niniejszym postępowaniu. Nawet jeżeli jakieś urządzenie nie posiada numerów katalogowych minimalnym wymogiem, wynikającym z istoty procesu oferowania oraz wymagań ujętych w treści SWZ, było wskazanie producenta urządzenia, modelu lub choćby jego nazwy własnej. Brak tego typu informacji w szeregu pozycji wskazanych na wstępie uzasadnienia powoduje brak skonkretyzowania przedmiotu świadczenia. W ocenie Odwołującego tego typu nieprawidłowości w konstruowaniu oferty były wskazywane wielokrotnie pod rządami poprzedniej ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Meden została przygotowana w sposób niedbały, bez analizy wymagań SWZ. Wykonawca ten nie wypełnił załącznika nr 2 do SWZ (formularza asortymentowo – cenowego) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego o numery katalogowe zaoferowanych urządzeń, dołączył do oferty szereg przypadkowych dokumentów (kart katalogowych, specyfikacji technicznych), które obejmują kilka urządzeń lub bez wskazania urządzeń zaoferowanych w postępowaniu, niektóre z nich nie pozwalają na identyfikację zaoferowanych urządzeń lub wprost wskazują, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Ten ostatni dostrzegł tą niezgodność i zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie umożliwiając i akceptując modyfikację oferty przez wykonawcę. Tym samym wykonawca Meden wykorzystując wezwanie do złożenia wyjaśnień dokonał nieuprawnionej zmiany złożonej oferty. Z tego też względu wybór oferty tego wykonawcy w zakresie części nr 2 stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i winien zostać unieważniony.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa wyposażenia i modernizacja Poradni Rehabilitacyjnej oraz Działu Fizjoterapii Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Augustowie w ramach projektu „Zwiększenie dostępności usług rehabilitacyjnych dla osób starszych".

Izba ustaliła, że w Rozdziale VIII SWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SWZ, wykonawca ma obowiązek złożyć: Foldery/katalogi/lub karty charakterystyki/karty techniczne, zawierające opisy - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdzają spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych (załącznik nr 2 do SWZ). Zamawiający wezwie Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w przypadku stwierdzenia braku w ofercie żądanych dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 107 ust 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wezwie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli:

a) przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert;
b) lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu;
c) albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, że w Rozdziale IX SWZ zatytułowanym: "Oferta zawiera" Zamawiający wskazał, że na ofertę składają się następujące dokumenty:

1. Sporządzony przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, Formularz ofertowy;
2. Wypełniony formularz parametrów wymaganych, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ;
3. Oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust.1 ustawy Pzp, sporządzony przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (JEDZ);
4. Folder/katalog, zawierający opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych.

W Rozdziale X SWZ zatytułowanym: "Wymagania dotyczące dokumentów" Zamawiający żądał przedstawienia(3) Numer katalogowy podany w formularzu cenowym powinien być wyraźnie oznaczony w załączonych do oferty

dokumentach. Ponadto dokumenty należy oznaczyć w taki sposób, aby jasno wynikało jakiej pozycji (w tym numeru katalogowego) i jakiej części dotyczą. (4) Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.
Izba ustaliła, że w zaskarżonym zakresie, tj. w ramach zadania nr 2 Zamawiający postawił następujące wymagania wobec jednostanowiskowego zegara zabiegowego oraz stolika zabiegowego: Opis przedmiotu zamówienia: poz. 30 Zegary zabiegowe elektroniczne (jednostanowiskowe); poz. 31 Stoliki zabiegowe - Stolik wyposażony w kółka i pochwyty do łatwego przemieszczania. Kółka jezdne wyposażone są w blokadę.
Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Odwołujący i Przystępujący. Obaj wykonawcy złożyli wraz z ofertą wymagany Załącznik nr 2. Izba ustaliła, że Przystępujący w poz. nr 5, 11, 12, 29, 33, 34, 36, 38 oraz 39 nie wskazał nr katalogowego oferowanego sprzętu jak również nie sprecyzował kto jest jego producentem.
Ponadto Izba ustaliła, że w poz. 30 Przystępujący zaoferował zegar zabiegowy elektroniczny analogowy (na co wskazywały załączone do oferty wydruki). W poz. nr 31 Przystępujący zaoferował stolik pod sprzęt medyczny, który nie jest wyposażony w wymagane przez Zamawiającego uchwyty (vide: załączona do oferty karta informacyjna o produkcie).
Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 24 czerwca 2021 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 30 i 31 Załącznika 2, wskazując na niezgodność oferty wykonawcy z wymaganiami ujętymi w dokumentacji postępowania. Przystępujący pismem z dnia 24 czerwca 2021 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał w zakresie poz. 31, że zaoferowany stolik zostanie wykonany na specjalne zamówienie tzn. będzie wyposażony w uchwyt do łatwego przemieszczania. Ponadto Przystępujący wskazał, że w poz. 30 wykonawca załączył do postępowania ulotkę ze złym zdjęciem oraz, że gwarantuje, że oferowany zegar będzie elektroniczny tak, aby spełniał wymagania wskazane w SWZ.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2.
Izba zważyła co następuje:
W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego. W konsekwencji, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający określa warunki zamówienia w SWZ. W tym zakresie zastosowanie ma, w szczególności, przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący o tym, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Korelacją obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązek wykonawcy przygotowania swojej oferty w sposób określny przez Zamawiającego w SWZ, a więc określenie swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Sposób określenia takiego świadczenia co do zasady winien wynikać z postanowień SWZ. Na etapie publikacji SWZ wykonawcy mają prawo kwestionować niejednoznaczne postanowienia SWZ również w kwestii sposobu określenia wymaganego przedmiotu świadczenia.
Zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na brak określenia co stanowi przedmiot jego oferty. Niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami wskazanymi w SWZ zachodzi w odniesieniu do poz. nr 5, 11, 12, 29, 33, 34, 36, 38 oraz 39 Załącznika nr 2. Wbrew jasno i precyzyjnie określonym w SWZ wymaganiom Zamawiającego, Przystępujący pozostawił bez zmian załącznik nr 2 do SWZ*ww.* pozycjach, nie wpisując oferowanych przez siebie urządzeń – a jedynie załączając do oferty szereg dokumentów (kart katalogowych, specyfikacji technicznych, wydruków) bez sprecyzowania *ww.* pozycjach jakie urządzenia *de facto* oferuje. Tym samym, zdaniem Izby, oferta Przystępującego *ww.* pozycjach jest ofertą blankietową, tj. nie konkretyzującą przedmiotu oferty, typu, modelu, czy producenta oferowanych urządzeń. Załączone karty nie zawierają również żądanych przez Zamawiającego numerów katalogowych i nie sposób ich przyporządkować do pozycji zawartych w załączniku nr 2.
Izba podkreśla, że Przystępujący, będący profesjonalistą w swojej dziedzinie, ubiegającym się o udzielenie zamówienia, winien mieć świadomość, że Zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie wyposażenia w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełnia ono parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał sprecyzowania w treści oferty nr katalogowego, producenta w stosunku do poszczególnych elementów zamówienia. Informacje te nie zostały zawarte w ofercie Przystępującego. Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Prowadzi to do sytuacji, w której, w przypadku wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniej, Przystępujący dopiero na etapie realizacji zamówienia dokona wyboru i identyfikacji poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. To zaś oznacza, że wykonawca precyzuje przedmiot swojego świadczenia na etapie realizacji umowy, nie zaś na etapie składania oferty Zamawiającemu.
W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, brak skonkretyzowania przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią SWZ, polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami Zamawiającego, opisaniu przedmiotu dostawy. Wykonawca nie wskazał bowiem jakie konkretnie wyposażenie oferuje. Uchybienia wskazane przez Odwołującego w zakresie oferty Przystępującego nie mogą być uznane za nieistotny element oferty i pozwalający na konwalidację na późniejszym etapie. Zdaniem Izby załącznik nr 2 do SWZ stanowił część oferty i w jego treści wykonawcy konkretyzowali przedmiotu oferty – tak aby Zamawiający mógł mieć pewność jakie świadczenie zostało mu zaoferowane. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wymaga złożenia wraz z ofertą oświadczenia oraz zestawienia oferowanego wyposażenia wraz z podaniem numeru katalogowego oferowanego przedmiotu zamówienia oraz złożenia wraz z ofertą folderu/katalogu zwierającego opis - specyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z numerami katalogowymi, który potwierdza spełnianie wymagań opisanych w formularzu parametrów wymaganych. Przystępujący uchybił tak określonemu wymaganiu zawartemu w SWZ, co zdaniem Izby, uzasadniało nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 223 ustawy Pzp, należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający poprawia w ofercie m.in. inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie

zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Zdaniem Izba słusznie zarzucił Odwołujący Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Do niedozwolonej zmiany treści oferty Przystępującego doszło w zakresie dwóch pozycji tj. 30 i 31 Załącznika nr 2. Przystępujący pismem z dnia 24 czerwca 2021 r. wskazał w zakresie poz. 31 dotyczącej stolika zabiegowego, że jest jego producentem i zostanie on wykonany na specjalne zamówienie, tj. będzie wyposażony w uchwyt do łatwego przemieszczania. Zdaniem Izby, wykonawcy nie zawarł takich informacji w pierwotnie złożonej ofercie. W treści Załącznika nr 2 nie zostało wskazane, że to właśnie Przystępujący jest producentem wymaganego stolika. Wykonawcy nie sprecyzował, że stolik będzie wykonany specjalnie na potrzeby Zamawiającego, a więc nie ma charakteru standardowego. Ponadto, jak wynika z załączonych materiałów informacyjnych, przedmiot pierwotnie zaoferowany przez Przystępującego w ramach pozycji nr 31 to stolik pod sprzęt medyczny, nie zaś stolik zabiegowy, który nie jest wyposażony w wymagane przez Zamawiającego uchwyty. Zdaniem Izby, dopiero w ramach złożonych wyjaśnień Przystępujący sprecyzował przedmiot świadczenia zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ. Tym samym uznać należy, że dokonał niedozwolonej modyfikacji oferty po terminie składania ofert.
Z podobną sytuacją, zdaniem Izby, mamy do czynienia w przypadku poz. nr 30 (Zegar zabiegowy elektroniczny jednostanowiskowy). Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień z dnia 24 czerwca 2021 r. dokonał zmiany oferty zastępując pierwotnie złożony zegar analogowy nieznanego modelu i typu zegarem elektronicznym marki PERFECT, dokonując tym samym niedozwolonej zmiany przedmiotu świadczenia na rzecz Zamawiającego w ramach wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
Nie ulega wątpliwości, zdaniem Izby, że w ramach złożonych wyjaśnień, Przystępujący zmieniał pierwotny przedmiot świadczenia na rzecz Zamawiającego jaki wskazał w Załączniku nr 2. Wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć jako narzędzie o określenia co jest przedmiotem świadczenia ze strony wykonawcy na rzecz Zamawiającego. Stanowi ono wyłącznie wyjaśnienie pierwotnie wskazanych oświadczeń wykonawcy w ofercie. Jednakże takie wyjaśnienia nie mogę prowadzić do oferowania nowego wyposażenia, które pierwotnie nie zostało wskazane w ofercie wykonawcy. A z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Tym samym, Izba uznała zarzut za zasadny.
Ponadto, Izba wskazuje, że bez znaczenie dla uznania zasadności zarzutów jest okoliczność, że Odwołujący również - w zakresie wskazanym przez Przystępującego - nie wskazał nr katalogowych oferowanych urządzeń, jak również okoliczność, że obaj wykonawcy zaoferowali ten sam przedmiot zamówienia. Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę są zarzuty podniesione w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym. Te zaś nie dotyczą oferty Odwołującego. Izba zaznacza jednakże, że rozstrzygając zarzuty podniesione w niniejszym postępowaniu odwoławczym, nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Tym samym, Zamawiający winien mieć świadomość, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, iż okoliczności podniesione przez Przystępującego względem oferty Odwołującego powinny być przedmiotem analizy ze strony Zamawiającego w procesie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.
Również bez znaczenia pozostają oświadczenia Przystępującego, jak również Odwołującego, że oferowane przez wykonawców wyposażenie jest produkowane w Chinach i trudno jest zidentyfikować producentów. Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest konkretne wyposażenie poradni rehabilitacyjnej w Augustowe. Sprzęt i wyposażenie ma być wykorzystywanie w rehabilitacji pacjentów. Trudno zatem uznać za racjonalne czy zasadne oświadczenia wykonawców, iż tak naprawdę nie wiadomo kto jest producentem urządzeń, które mają być wykorzystywane w procesie rehabilitacji pacjentów. Skoro Zamawiający wymaga wskazania producenta, to obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie wyposażenia pozwalającego na identyfikacji producenta poszczególnych urządzeń w celu sprawdzenia czy spełnione są wymagania określone przez Zamawiającego bądź też zaoferowanie wyposażenia, którego producentem są sami wykonawcy. W obu sytuacjach odpowiadania informacja winna być zamieszczona w Załączniku nr 2.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……