Sygn. akt KIO 989/17

WYROK

z dnia 30 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie **26 maja 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 maja 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **J. & J. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa staplerów i oprzyrządowania do zabiegów laparoskopowych i w chirurgii* (nr postępowania ….)
prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Szpital Zespolony w O.**
przy udziale wykonawcy: **M. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego, J. & J. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego, J. & J. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.,** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **odwołującego, J. & J. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.,** na rzecz **przystępującego, M. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.,** kwotę **3600,00 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 989/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Olsztynie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 989/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Szpital Zespolony w O. – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa staplerów i oprzyrządowania do zabiegów laparoskopowych i w chirurgii* (nr postępowania …).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr … 16 marca 2017 r..

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 maja 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – J. & J. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. {dalej również: „J."} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania m.in. w częściach zamówienia {zwanych również „pakietami"} nr 2 i 4, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. {dalej również: „M."}.

17 maja 2017 r. Odwołujący wniósł w odpowiedniej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty M. w pakietach nr 2 i 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty M., której treść nie odpowiada treści SIWZ.
2. Art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
3. Art. 91 ust. 1– przez uznanie za najkorzystniejszą oferty M., która nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w pakietach nr 2 i 4:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, odrzucenia oferty M. i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{zarzuty wspólne dla pakietu nr 2 i 4}

Odwołujący zrelacjonował poniższe okoliczności dotyczące przebiegu postępowania w zakresie pakietu nr 2 i 4 {podkreślono fragmenty pogrubione w odwołaniu}.

Pierwotny opis przedmiotu zamówienia (pakiet nr 2): *Jednorazowe narzędzie laparoskopowe do preparowania za pomocą ultradźwięków, o dł. ramienia roboczego 36cm, całego narzędzia 39cm,* śr. *trzonu 5mm, aktywowany ręcznie, z możliwością stosowania włącznika nożnego. Posiadające możliwość koagulacji i cięcia.*

Pierwotny opis przedmiotu zamówienia (pakiet nr 4): *Jednorazowa końcówka do noża harmonicznego dł. ramienia 36 cm,* śr *5 mm, bransza aktywna wykonana ze stopu tytanu pokryta czarną nieprzywierającą powłoką. Końcówka posiada dwa przyciski aktywujące max i min. Możliwość cięcia i koagulacji, kształt uchwytu pistoletowy.*

Wyjaśnieniami z 11 kwietnia 2017 r. do powyższych opisów dopisano (pakiet nr 2 – odpowiedź na pyt. nr 15; pakiet nr 4 – odpowiedź na pyt. nr 20): …lub *bezprzewodowy nóż ultradźwiękowy do cięcia i hemostazy, zamykający naczynia. oraz peczki naczyniowe do 5 mm, o częstotliwość 55.5 khz, długości roboczej 13cm/23cm/39cm do wyboru Zamawiającego, o* średnicy *5 mm. Uchwyt pistoletowy wyposażony w dwustopniowy przycisk aktywujący, szczęki narzędzia wyposażone w jedną, przegubową branszę ruchomą, umożliwiający równoległy docisk tkanki.*

Dodatkowo na końcu odpowiedzi na pyt. nr 20 znalazło się następujące zdanie: *Zamawiający korzystał z wyżej opisanego rozwiązania przez ostatnie dwa lata z zadowalającym skutkiem.*

M. w obu pakietach zaoferował wyroby o numerach katalogowych SCD396/SCD26/SCD13, powołując się jednocześnie na treść powyższych wyjaśnień.

Tymczasem, jak wynika z dołączonych do oferty katalogów przedmiotowych produktów, zaoferowane wyroby nie spełniają wymogu w zakresie długości roboczej 23 cm, gdyż produkt o numerze katalogowym SCD26 posiada długość 26 cm (SCD13 – 13 cm, SCD396 – 39 cm).

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że w pakietach nr 2 i 4 treść oferty M. jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaoferowany produkt o numerze katalogowym SCD26

zamiast wymaganej długości 23 cm posiada długość 26 cm.

{zarzut dot. poz. 1 i 5 pakietu nr 4}

Odwołujący zrelacjonował poniższe okoliczności dotyczące przebiegu postępowania w zakresie poz. 1. i 5. pakietu nr 4 {podkreślono fragmenty pogrubione w odwołaniu}.

Pierwotny opis przedmiotu zamówienia (poz. 1.): *Jednorazowa rękojeść staplera endoskopowego z wbudowaną artykulacją przeznaczonego do ładunków wykonujących zespolenie o długości 45 lub 60 mm, posiadająca dwie dźwignie zamykającą i spustową. Długość ramienia 34 cm lub 44 cm, nóż w staplerze (Zamawiający każdorazowo określi rodzaj rękojeści przy składaniu zamówienia).*

Pierwotny opis przedmiotu zamówienia (poz. 5.): *Jednorazowy endostapler, przegubowy, długość ramienia 34 cm,* śr. *ok. 12 mm, umożliwiający wykonanie zespolenia na długości 45 mm. Stapler posiadający dwie dźwignie - zamykającą i spustową.*

Wyjaśnieniami z 11 kwietnia 2017 r. do powyższych opisów dopisano (poz. 1. – odpowiedź na pyt. nr 17; poz. 5 – odpowiedź na pyt. nr 21): …lub *jednorazową uniwersalną rękojeść staplera endoskopowego z wbudowaną artykulacją przeznaczonego do ładunków 30mm, 45mm, 60mm, posiadającego jedną dźwignię do zamknięcia oraz wystrzelenia ładunku. Długość ramienia 6cm, 16cm, 26cm do wyboru prze Zamawiającego. Nóż nowy w każdym z kompatybilnych ładunków.*
Dodatkowo na końcu odpowiedzi na pyt. nr 21 znalazło się następujące zdanie: *(Zamawiający każdorazowo określi rodzaj rękojeści przy składaniu zamówienia).*

W ramach pakietu nr 4 w poz. 1 i 5 M. zaoferował tożsame wyroby o numerach katalogowych: 030403 GIA UNIVERSAL 12 mm, 30449 ENDO GIA UINIVERSAL 12 mm oraz EGIAUNIVXL ENDO GIA UINIVERSAL 12 mm, powołując się jednocześnie na treść powyższych wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił, że wyroby zaoferowane przez M. nie spełniają wymaganego parametru rękojeści staplera z wbudowaną artykulacją.

Odwołujący wyjaśnił, że:
– Przez stapler należy rozumieć stosowany w chirurgii przyrząd mechaniczny wykorzystywany do zespalania tkanek, które następuje za pomocą specjalnych zszywek, które zazwyczaj zamykają się w kształcie litery B. Same zszywki są zakładane za pomocą staplerów, które w szczękach aparatu chwytają dwie warstwy tkanek i zbliżają je do siebie.

Zszywki po przejściu przez tkanki wyginają się na kowadełku o kształcie dostosowanym do typu staplera.
– Ładunek jest to oddzielna część staplera, która jest wymienna i służy do zespalania tkanek. Przy czym stapler bez ładunku nie spełnia swojej funkcji i nie może być wykorzystany w procedurze medycznej.
– Przez artykulację (słowo „artykulacja” pochodzi z języka łacińskiego „articulus” i oznacza połączenie, złącze, staw, przegub, ang. „joint”) należy rozumieć urządzenie, w którym dwie lub więcej części narzędzi są ze sobą tak połączone, aby umożliwić większą zdolność, elastyczność ruchu (zgodnie z http://www…., http://www…).

Dlatego też według Odwołującego wymóg Zamawiającego odnośnie artykulacji należy interpretować w ten sposób, że konieczne było, aby artykulacja występowała w rękojeści bez konieczności połączenia z samym ładunkiem.

Tymczasem, jak wynika z dołączonych do oferty M. katalogów przedmiotowych produktów, artykulacja wbudowana jest w jednorazowe ładunki do staplera. Do powstania artykulacji konieczne jest połączenie staplera z ładunkiem.

M. potwierdził powyższe w wyjaśnieniach złożonych 27 kwietnia 2017 r. Zamawiającemu, wskazując, że do artykulacji konieczne jest połączenie staplera z ładunkiem. Bez umieszczonego w staplerze ładunku nie ma możliwości artykulacji.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że wyroby 030403 GIA UINIVERSAL 12 mm , 030449/EGIAUNIVXL ENDO GIA UNIVERSAL 12 mm zostały też zaoferowane przez M. w poz. 2. pakietu nr 5, dla której Zamawiający oczekiwał: *uniwersalny jednorazowy stapler endoskopowy do ładunków jednorazowych laparoskopowych, wspólna rękojeść dla ładunków prostych i z artykulacją (...).*

Odwołujący wyjaśnił, że w tym przypadku Zamawiający wymagał, aby artykulacja

znajdowała się tylko w ładunku.

Odwołujący podniósł, że choć Zamawiający wymagał zaoferowania produktów o dwóch różnych parametrach (rękojeść staplera z artykulacją w ramach pakietu nr 4 pozycja 1 i 5 oraz artykulacji wbudowanej w ładunek dla poz. 2 pakietu nr 5), M. zaoferował produkt o tym samym numerze katalogowym do obu pozycji. Z uwagi na powyższą definicję artykulacji nie ma możliwości spełnienia przez jeden produkt obu parametrów jednocześnie, stąd w jednej z tych pozycji zaoferowany przez M. produkt nie spełnia opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ z analizy treści katalogu produktowego dla wyrobów 030403 GIA UINIVERSAL 12 mm, 030449/EGIAUNIVXL ENDO GIA UNIVERSAL 12 mm wynika, że

posiadają artykulację wbudowaną w ładunek, co spełnia wymagania opis przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 5 poz. 2, ale jednocześnie automatycznie prowadzi do wniosku, że nie może spełniać parametrów określonych w pakiecie nr 4 dla poz. 1. i 5.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że różnica w cenie pomiędzy jego ofertą a ofertą M. wynika z faktu, że konstrukcja staplera z artykulacją wbudowaną w rękojeść jest rozwiązaniem bardziej zaawansowanym pod względem technologicznym w stosunku do staplera z artykulacją znajdującą się w ładunku, co powoduje wyższe koszty produkcji. Odwołujący podkreślił, że konstrukcja staplera z wbudowaną artykulacją umożliwia wykorzystanie do konstrukcji bransz elementów zapewniających optymalną siłę kompresji, która jest dystrybuowana równomiernie na ich całej długości. Umożliwia również zlokalizowanie obsługi artykulcji w taki sposób, aby była obsługiwana jedną ręką przez operatora. Te czynniki wprost proporcjonalnie wpływają na bezpieczeństwo wykonywanej procedury oraz skracają czas jej trwania dzięki mniejszej ilości wymian instrumentów. Kompresja, którą dostarczają staplery z artykulacją, wpływa na jakość formowania się szwu mechanicznego, co jest związane z bezpieczeństwem wykonywanej procedury.

Pismem z 24 maja 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 17 maja 2017 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

19 maja 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez M. P. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

19 maja 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

25 maja 2017 r. wpłynął do Izby sprzeciw Przystępującego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, biorąc pod uwagę, że Przystępujący zgłosił sprzeciw, sprawa została

skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. W imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, sprzeciwie z 25 maja 2017 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym na pakiety nr 4 i 5 tak jak Przystępujący również złożył ofertę. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie:
– zacytowano postanowienia s.i.w.z. oraz treść wyjaśnień udzielonych przez

Zamawiającego, które *de facto* wprowadzały zmiany do opisu przedmiotu zamówienia;
– wskazano również typy wyrobów, które zostały zaoferowane przez M.

Nie ma zatem potrzeby powtarzania tych okoliczności faktycznych, które powyżej zostały przedstawione za odwołaniem.

{zarzuty wspólne dla pakietu nr 2 i 4}

Uzupełniająco Izba ustaliła następujące okoliczności:
– pierwotny opis przedmiotu zamówienia odpowiadał narzędziom medycznym oferowanym przez J. typu J&J H. ACE (jednorazowe *narzędzie laparoskopowe do preparowania za pomocą ultradźwięków…* oraz *jednorazowa końcówka do noża harmonicznego…)* o długości ramienia roboczego 36 cm;
– pytania nr 15 i 20 zostały zadane przez M. i zmierzały do dopuszczenia oferowanych przez niego narzędzi medycznych producenta C. typu S. (bezprzewodowy *nóż ultradźwiękowy do cięcia i hemostazy),* które występuje m.in. w wersji o długości roboczej 39 cm, na co Zamawiający przystał;
– powyższy typ narzędzia w ogóle nie jest oferowany w wersji z ramieniem o długości roboczej 23 cm, istnieje natomiast wersja z ramieniem o długości roboczej 26 cm.

Powyższe okoliczności były niesporne w toku rozprawy, a wynikają nie tylko z dokumentów oferty M. {wypełnionych formularzy cenowych oraz załączonych kart katalogowych}, ale również z załączonego również do odwołania porównania narzędzi produkowanych przez różnych producentów: S. (C.), J&J .H A. (J.) oraz O. T. (O.) {dla tego ostatniego producenta występuje długość robocza 45 cm}.

{zarzut dot. poz. 1 i 5 pakietu nr 4}

Izba stwierdziła, że fragment opisu w brzmieniu *rękojeść staplera endoskopowego z wbudowaną artykulacją* jest zbyt enigmatyczny i lakoniczny, aby uznać, że odpowiadają mu wyłącznie staplery oferowane przez J., gdyż z powyższego sformułowania nie wynika wprowadzenie sugerowanego w odwołaniu parametru, *aby artykulacja występowała w rękojeści bez konieczności połączenia z samym ładunkiem.*

Jednocześnie w piśmie z 27 kwietnia 2017 r. M. potwierdził Zamawiającemu, że w oferowanych staplerach *artykulacja znajduje się w rękojeści staplera oraz ładunku i jest ich*

integralną częścią ponieważ, aby wygiąć ładunek musimy artykułować dźwignię oznaczoną

w poniższym rysunku literą D {integralną częścią wyjaśnień były stosowane rysunki – rzuty boczne staplera}.

Ponieważ w przypadku obu powyższych rozwiązań za artykulację odpowiada dźwignia umieszczona na rękojeści staplera – czyli zgodnie ze znaczeniem słowa „rękojeść" w języku polskim – na części tego narzędzia służącej do trzymania go w ręce, oba należy uznać za spełniające wymaganie, aby rękojeść staplera miała wbudowaną artykulację. Jak to opisano w instrukcji staplera E. G. produkcji C.: *Ramię staplera można obracać o 360° i zginać o 22° i 45° w obu kierunkach przy użyciu dźwigni,* która znajduje się na rękojeści {pkt 4 oraz rysunki w instrukcji złożonej na rozprawie przez Przystępującego}.

Oględziny egzemplarzy zaoferowanych staplerów pozwoliły stwierdzić Izbie, że w przypadku staplera J. artykulacja (zgięcie) następuje na trzonie połączonym na trwałe z rękojeścią (dołączany jest tylko wkład zawierający zasobnik na zszywki). Natomiast w przypadku staplera E. G. zgięcie następuje na przedłużeniu trzonu zintegrowanym z zasobnikiem na zszywki, który należy połączyć z odcinkiem trzpienia połączonym na trwałe z rękojeścią {rysunki wraz z opisem zawarte w instrukcji złożonej na rozprawie przez Przystępującego}.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 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.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., 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 s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z.. 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 s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. 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 s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku 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 s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspominanej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie 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 s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. 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 s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 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. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna,

charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutów wspólnych dla pakietu nr 2 i 4}

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach sprawy nie można stwierdzić, aby treść oferty M. nie odpowiadała treści specyfikacji w rozumieniu normy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, o którym mowa powyżej.

Po pierwsze, zarzucana w odwołaniu niezgodność dotyczy parametru, który obiektywnie był nie do spełnienia, gdyż dopuszczony na mocy wyjaśnień typ narzędzia w ogóle nie występuje w wersji o takiej długości roboczej. Tym samym, choć po otwarciu ofert nie ma możliwości zmiany treści specyfikacji, w tej sprawie uzasadniona jest interpretacja, że alternatywny opis przedmiotu zamówienia w istocie dopuszczał zaoferowanie konkretnych narzędzi, które występują w długości roboczej m.in. 26 cm, a nie 23 cm, jak omyłkowo podał w treści pytania M., na które Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „dopuszcza zaproponowane rozwiązanie".

Po drugie, porównanie z pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia, który wskazywał na jedną długość roboczą spośród występujących w narzędziach produkcji J. (w tym 23 cm) – 36 cm, prowadzi do wniosku, że w praktyce potrzeby Zamawiającego zaspokoi

najbardziej zbliżona spośród długości roboczych narzędzi S. – 39 cm. W toku rozprawy nie pojawiły się żadne dowody ani nawet racjonalne i przekonujące argumenty, które świadczyłyby o tym, że dla zaspokojenia tych samych potrzeb Zamawiającego wystarczy narzędzie Johnsona o jednej długości roboczej, a w przypadku narzędzi konkurencyjnego producenta konieczne są trzy długości robocze.

Po trzecie – Odwołujący forsuje skrajnie formalistyczne podejście, które w tym przypadku jest niezgodne z nadrzędnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Pomimo zmiany opisu przedmiotu zamówienia, która niewątpliwie służyć miała zwiększeniu konkurencji, okazałoby się bowiem, że nadal można zaoferować narzędzia, na które wskazywał pierwotny opis przedmiotu zamówienia, *de facto* narzędzia produkowane przez Johnsona.

{rozstrzygnięcie zarzutów dot. poz. 1 i 5 pakietu nr 4}

Izba zważyła, że drugi zarzut opiera się nie tyle na okolicznościach faktycznych wynikających z treści s.i.w.z., a na założeniach poczynionych przez Odwołującego w związku z lakonicznym, acz jednocześnie pojemnym sformułowaniem *rękojeść staplera endoskopowego z wbudowaną artykulacją*.

Skoro nigdzie w s.i.w.z. nie zostało wyrażone oczekiwanie, aby artykulacja występowała w rękojeści bez konieczności połączenia z samym ładunkiem, nie ma powodów

domniemywać, że taka była intencja Zamawiającego. Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że zaoferowany przez M. system staplera jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Wreszcie należy zauważyć, że zgodnie z powszechnie przyjmowanym w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych stanowiskiem ewentualne niejasności postanowień s.i.w.z. należy zawsze interpretować na korzyść wykonawców, którzy działali w dobrej wierze w zaufaniu do ich treści. Przystępujący złożył w toku oceny jego oferty szczegółowe wyjaśnienia co do sposobu działania oferowanych staplerów, a Zamawiający je przyjął.

{rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów}

Ponieważ pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, gdyż są pochodną zarzutu podstawowego, który nie znalazł potwierdzenia, również muszą zostać uznane za niezasadne.

Sygn. akt KIO 989/15

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a pzp. W pierwszej kolejności zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Ponadto stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a kosztami postępowania odwoławczego obciążono Odwołującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Przystępującego uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika (z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł), wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku.

Przewodniczący: ……