Sygn. akt KIO 1463/17

WYROK

z dnia 1 sierpnia 2017 r.

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

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie **27 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **Z. B. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa materiałów wszczepialnych dla Zespołu Oddziałów Chirurgii Urazowo Ortopedycznej i Rehabilitacji M. Szpitala B. w W. Sp. z o.o.* (nr postępowania …)
prowadzonym przez zamawiającego: **M. Szpital B. w W. sp. z o.o. z siedzibą w W.**
przy udziale wykonawcy: **E. A. P., W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – Z. B. 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 pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Z. B. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **odwołującego Z. B. P. sp. z o.o. z siedzibą w W.** na rzecz **zamawiającego M. Szpitala B. w W. sp. z o.o. z siedzibą w W.** kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający M. Szpital B. w W. sp. z o.o. z siedzibą w W. 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” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa materiałów wszczepialnych dla Zespołu Oddziałów Chirurgii Urazowo Ortopedycznej i Rehabilitacji M. Szpitala B. w W. Sp. z o.o.* (nr postępowania …)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 marca 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej …

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

7 lipca 2017 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Z. B. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. {dalej również: „Z.”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym

wyborze ofert: w części 6. zamówienia – S. & N. sp. z o.o. z siedzibą w W. {dalej również: „S&M"}, w części 27. zamówienia –E. A. P. z W. {dalej również: „E."}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego w części 27. zamówienia.

17 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty S&M w części 27. zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej w części 6. zamówienia oferty S&N.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&N w części 6. zamówienia.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w części 6. zamówienia oferty Odwołującego.
4. Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej w części 27. zamówienia oferty złożonej S&N.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez odrzucenie w części 27. oferty złożonej przez Odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty E..
6. Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej w części 27. zamówienia oferty Odwołującego.
7. Art. 7 ust. 1 i 2 pzp – przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji

podczas badania treści złożonych ofert w części 27. zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 6. i 27. zamówienia.
2. Odrzucenia oferty złożonej przez S&N w części 6. zamówienia.
3. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego w części 27. zamówienia.
4. Powtórzenia oceny i badania ofert w częściach 6. i 27. zamówienia.
5. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach 6. i 27 zamówienia.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Według relacji Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że: *Wykonawca w poz. 3 formularza ofertowego „czytnik kodów kreskowych do systemu EOD" zaoferował urządzenie Z., Symbol …. Zgodnie z informacjami podawanymi przez*

{ad zarzutów dot. części 6. zamówienia}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wielokrotnie zmieniał SIWZ. 29 maja 2017 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej ostateczną wersję Formularza Specyfikacji Asortymentowo-Cenowej zawierającej m.in. opis przedmiotu zamówienia {podkreślenia za odwołaniem}.

W zakresie części nr 6 ostateczny opis brzmiał następująco:
Endoproteza cementowa, kłykciowa, część udowa z chromokobaltu, anatomiczna w 8 rozmiarach, część piszczelowa tytanowa, pokryta PMMA w 8 rozmiarach. Wkładka polietylenowa zatrzaskiwana na całym obwodzie w wysokościach 9, 10, 12, 14 ,17, 20 mm. Proteza umożliwiająca zgięcie kończyny do 155st. Możliwość śródoperacyjnego *wyboru implantu zachowującego więzadło krzyżowe lub tylnostabilizowanego.*
Zamawiający dopuszcza zaoferowanie Endoproteza cementowana kłykciowa, część udowa z chromokobaltu, anatomiczna w 8 rozmiarach część piszczelowa tytanowa, bez pokrycia PMMA (w SIWZ pokryta PMMA) w 8 rozmiarach. Wkładka polietylenowa zatrzaskiwana na całym obwodzie w wysokościach 9, 11, 13, 15, 18, 21 mm (w SIWZ 9, 10, 12, 14, 20 mm) bez podtrzymania pierwotnych zapisów SIWZ W przypadku zaoferowania tej protezy należy wycenić poszczególne elementy niezbędne do przeprowadzenia takiej ilości operacji jak wskazano w specyfikacji dla pierwotnie opisanej protezy.

Wykonawca S&N zaoferował w części nr 6 endoprotezę całkowitą stawu kolanowego o nazwie handlowej G. U, jednocześnie wskazując w formularzu cenowym typoszereg

numerów katalogowych dla wszystkich oferowanych elementów.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez S&N wkładka polietylenowa nie spełnia wymogu zatrzaskiwania na całym obwodzie, gdyż w jej mocowaniu występują przerwy. Dodał, że niezgodności wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą, których Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełniania wymagań (pkt 10.8 *Karty katalogowe wraz z opisami technicznymi w języku polskim. Zamawiający dopuszcza katalogi w języku angielskim wraz z opisami technicznymi oferowanych wyrobów w języku polskim - dotyczy wszystkich części.).*

{ad zarzutów dot. części 27. zamówienia}

Odwołujący podał, że w części nr 27 Zamawiający wymagał zaoferowania endoprotezy cementowanej całkowitej stawu kolanowego typu „m. p. ", którą będzie charakteryzowała następującymi parametrami {podkreślenia za odwołaniem}:
(…) *Cementowany modułowy system do pierwotnej protezoplastyki stawu kolanowego w wersji z instrumentarium umożliwiającym korektę kąta odchylenia osi anatomicznej od mechanicznej w zakresie od 0-9 stopni. System dający możliwość* śródoperacyjnego *wyboru wkładek piszczelowych wykonanych z polietylenu niesieciowanego typu 1, w wersji symetrycznej typu deep dish ze specjalnie podniesionym przednim brzegiem wkładki pozwalającej na wycięcie WKT bez konieczności wycinania skrzynki w kości udowej i asymetrycznej wkładki piszczelowej typu m. p. umożliwiającej pozostawienie/ wycięcie WKT wymuszającej fizjologiczną rotację w przedziale przyśrodkowym. Rozmiar wkładki piszczelowej dobierany analogicznie do rozmiaru elementu udowego. System zapewniający pełną modułowość między wkładką piszczelową a tacą piszczelową w którym każdy rozmiar wkładki piszczelowej pasuje do każdego rozmiaru elementu piszczelowego. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie Endoprotezy cementowej, kłykciowej, część udowa z chromokobaltu, anatomiczna w 8 rozmiarach, część piszczelowa tytanowa, pokryta PMMA w 8 rozmiarach. Wkładka polietylenowa zatrzaskiwana na całym obwodzie w wysokościach 9, 10, 12, 14, 17, 20 mm. Proteza umożliwiająca zgięcie kończyny do 155 st. Możliwość* śródoperacyjnego *wyboru implantu zachowującego więzadło krzyżowe lub tylnostabilizowanego. Pkt. 1, 2, 3, 4, 5, i 6 bez zmian, przy spełnieniu minimalnych warunków równoważności ti.: system m. p. , minimum 8 rozmiarów, wkładka fix w minimum 4 rozmiarach.*

Z. zaoferował system o nazwie handlowej: N. C. K. S.

Odwołujący w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że *zaoferowana endoprotez nie spełnia warunku równoważności w zakresie systemu m. p. ..*

Odwołujący zarzucił, że powyższe twierdzenie nie jest prawdziwe, gdyż zaoferowany system dysponuje równoważnym w stosunku do typu m. p. rozwiązaniem, które odtwarza naturalny, anatomiczny pivot podczas zgięcia w zdrowym stawie kolanowym. Podczas dokonywania zgięcia w stawie kolanowym z implantem z założoną płytą piszczelową NexGen typu m. p. poboczny kłykieć kolanowy przesuwa się do tyłu (rolls back) lub do przodu, podczas gdy kłykieć przyśrodkowy pozostaje, obracając się w tym samym miejscu. Takie rozwiązanie techniczne jest fizjologicznie i biomechanicznie równoważne z innymi systemami tego typu dostępnymi na rynku ortopedycznym (np. Microport i inni producenci) i wypełnia zakres równoważności dla systemu typu m. p. .

Odwołujący dodał, że wytwórca systemu m. p. (Microport) na stronie internetowej określa co to system m. p. , jakie są jego funkcjonalności oraz zalety. Oświadczył, że wraz z niniejszym odwołaniem składa również dokumenty w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem fragmentów dotyczących systemu m. p. , Załącznik nr 5), z których jednoznacznie wynika, że zaoferowany system C. F.jest równoważny do m. p. , gdyż zachowuje wszystkie jego funkcjonalności i właściwości.
Przyśrodkowa oś obrotu

Wiele badań naukowych wykazało że zdrowe kolano obraca się wokół osi której stałe centrum przechodzi przez przyśrodkową cześć piszczeli. W rezultacie poboczny kłykieć kolanowy przesuwa się do tyłu podczas gdy kłykieć przyśrodkowy pozostaje relatywnie w tym samym miejscu w płaszczyźnie AP. Większość systemów kolanowych typu ruchomej wkładki obraca się w osi centralnej i jest to niefizjologiczne ponieważ ruch do tyłu po jednej stronie jest równoważony przez ruch do przodu po stronie przeciwnej.
System C. F. ruchomej wkładki został skonstruowany z myślą odtworzenia naturalnej kinematyki kolana. System C. F. ruchomej wkładki ma przyśrodkową oś obrotu wbudowaną w konstrukcję płyty piszczelowej i odpowiedniej wkładki, która pracując z tylnym wiązadłem krzyżowym umożliwia ruch typu „roli back" kłykcia pobocznego. Ta filozofia działania jest zgodna z konstrukcją systemu komponentów udowych N. C. i C. f.., których budowa umożliwia zastosowanie pobocznego ruchu typu „roli back" przy współpracy z tylnym wiązadłem krzyżowym. 2 badania fluoroskopowe pacjentów z założonym systemem C. F.udowodniły większy poboczny ruch typu roll back i naturalny fizjologiczny ruch kolana u pacjentów operowanych przez 4 różnych operatorów.
Tłumaczenie strony internetowej Microport:
System kolanowy typu m. p. został skonstruowany w celu odtworzenia stabilności i ruchu zdrowego kolana. Wraz ze stabilnie obracającą się stroną przyśrodkową i stroną poboczną która przesuwa się do tyłu i do przodu podczas zginania, nasz system kolanowy jest skonstruowany do funkcjonowania i odczuwania jak normalne zdrowe kolano.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ system N. C. K. S. jest tożsamy i równoważny dla m. p. , Zamawiający nie miał podstaw do odzrucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący dodał, że jeżeli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości odnośnie oferowanego systemu N. C. K. S., mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 pzp, zwracając się o wyjaśnienie treści złożonej oferty, lub z art. 26 ust. 3 i 4 pzp, wzywając do złożenia odpowiednich dokumentów stanowiących potwierdzenie spełnienia wymagań zakreślonych regulacjami SIWZ.

20 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez E. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc 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.

Przystępujący wyjaśnił, że w przypadku bardzo zaawansowanej wieloprzedziałowej artrozy stawu kolanowego bardzo często jest ono niewydolne w utrzymaniu prawidłowej stabilności stawu kolanowego w płaszczyźnie strzałkowej, aby zachować mechanizm roll-back. Zdaniem Przystępującego dlatego Zamawiający w SIWZ wyraźnie opisał wymagania techniczne implantu spełniającego kryteria m.-p. w przypadku wycięcia WKT.

Przystępujący podniósł {podkreślenia Przystępującego}, że opisane przez Odwołującego rozwiązanie opiera się na założeniu współpracy z więzadłem krzyżowym tylnym, co oznacza, że dla celów implantacji musi być całkowicie wydolne więzadło krzyżowe tylne. Natomiast w przypadku jego wycięcia system implantów zaoferowany przez Z.a nie może być zastosowany, co wynika z jego dokumentacji technicznej (złożonej Zamawiającemu): *W protezie C f. promień tylno-boczny zwiększ się w kierunku tylnym, aby dodatkowo wspomóc naturalne przednio-tylne przesunięcie przy obecności więzadła krzyżowego przedniego tylnego (PCL).*
(…) *Mimo, iż używając tradycyjnych implantów zachowujących więzadła krzyżowe można uzyskać duży kąt zgięcia, konstrukcja tych implantów może nie zapewniać optymalnego bezpieczeństwa zginania protezy o kąt większy niż 120'. Proteza stawu kolanowego z wkładką N. C.-F. – została zaprojektowana w taki sposób aby umożliwić bezpieczne zginanie kolana o kąt do 150 stopni pacjentom, którzy są w stanie i chcą to robić, przy zachowaniu funkcji kinematycznych, pozwalających na naturalny ruch prostujący protezy stawu*

Sygn. akt KIO 1463/17

kolanowego, zachowującej więzadło krzyżowe.

21 lipca 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 20 lipca 2017 r.), w której Zamawiający uznał zasadność zarzutów dotyczących części 6. zamówienia. nie uznał zarzutów odwołania.

Natomiast Zamawiający nie uznał zarzutów dotyczących części 27. zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że nie zmienił wymagań podstawowych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynie na wniosek jednego z wykonawców dopuścił możliwość zaoferowania endoprotezy cementowej o określonych parametrach, wskazując przy tym minimalne warunki równoważności, które muszą być spełnione.

Zdaniem Zamawiającego zaoferowany przez Z. a system o nazwie N. C. K. S. nie spełnia warunku równoważności w zakresie systemu m. p. , co wynika z minimalnych warunków tej równoważności, a więc asymetrycznej wkładki piszczelowej typu m. p. umożliwiającej zarówno pozostawienie, jak i wycięcie WKT, wymuszającej rotacje w przedziale przyśrodkowym. Zastosowanie powyższego systemu nie jest bowiem możliwe wyłącznie w razie pozostawienia WKT, a nie w każdym przypadku jest to możliwe. Udzielenie zamówienia Odwołującemu spowodowałoby brak osiągnięcia celu, dla którego zostało przeprowadzone postępowanie.

Według Zamawiającego w tym przypadku nie znajdzie zastosowania zasada, że wszelkie niejasności są interpretowane na korzyść wykonawcy, gdyż opis przedmiotu zamówienia był precyzyjny.

Zamawiający wskazał, że zastosowanie art. 87 ust. 1 pzp jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem, a w tym przypadku nie miał żadnych wątpliwości, które należałoby wyjaśnić, gdyż z oferty jednoznacznie wynikało, że zaoferowany system nie jest równoważny.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę w zakresie zarzutów, które nie zostały uznane przez Zamawiającego, czyli w zakresie dotyczącym części 27. zamówienia.

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę w zakresie zarzutów dotyczących części 27. zamówienia, które nie zostały uznane przez Zamawiającego, do rozpoznania

Sygn. akt KIO 1463/17

na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska..

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

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp 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 ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę korzystniejszą według kryteriów oceny ofert niż oferta Przystępującego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

Po pierwsze – nie ma potrzeby powtarzania w całości postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}, treści wyjaśnień specyfikacji, treści oferty Z.a, czy treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu tej oferty, gdyż adekwatnie zostały one odzwierciedlone w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia lub odpowiedzi na odwołanie.

Po drugie – odnośnie wyjaśnień treści specyfikacji udzielonych w piśmie z 14 kwietnia 2017 r. zaznaczyć trzeba, że pytanie nr 6 z zestawu 9, które zostało zadane przez Z.a, sprowadzało się do wskazania oczekiwanej treści opisu części 27. zamówienia. Natomiast Zamawiający co prawda w odpowiedzi dopuścił ten opis, jednocześnie jednak zastrzegł, że pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 dotychczasowego opisu wynikającego z formularza asortymentowo-cenowego pozostają bez zmian, przy spełnieniu minimalnych warunków równoważności, tj. w szczególności systemu m. p. .

Po trzecie – użycie określenia „system m. p. " dla oceny równoważności oznacza, że punktem odniesienia są wszystkie elementy składające sią na ten system, a nie wyłącznie funkcjonalność akcentowana przez Odwołującego, w tym możliwość zastosowania elementów składających się na ten system w każdej sytuacji śródoperacyjnej, a więc zarówno, gdy możliwe jest zachowanie więzadła krzyżowego tylnego („WKT"), jak i wtedy, gdy WKT należy wyciąć lub go już nie ma.

Po czwarte – z odwołania i dowodów wnioskowanych przez Odwołującego wynika, że oferowany przez niego system N. C. K. S. z wkładką C. F.wymaga zachowania WKT, a więc nie może być uznany za równoważny systemowi m. p. .

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

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. 18 pkt 4 przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy 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.

W tej sprawie, jak powyżej Izba ustaliła, poza wszelkim sporem jest, że zaoferowany przez Z. a system endoprotezy cementowanej całkowitej stawu kolanowego nie może być uznany za równoważny dla systemu m. p. , co było bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego.

Cała argumentacja Odwołującego sprowadza się do zupełnie nieprzekonującej próby wykazania, że Zamawiający dopuścił bez zastrzeżeń opis wnioskowany w toku wyjaśnień treści s.i.w.z., względnie, że warunki równoważności określone przez Zamawiającego mają inne znaczenie niż w rzeczywistości. Tymczasem już z odwołania wynika, że Odwołujący był w stanie odczytać, co jest wymagane w ramach równoważności, gdyż jako profesjonalista oferujący tego typu rozwiązania doskonale wiedział, co składa się na system m. p. Tym samym nie powinien mieć żadnego problemu ze zrozumieniem, że wymagane było, aby możliwe było zastosowanie oferowanych implantów w każdej sytuacji śródoperacyjnej, a nie tylko w przypadku zachowania WKT. Pozostała argumentacja Odwołującego jest niespójna z powyższym rozumieniem i w istocie nie wiadomo, co miałoby być niejasne w określeniu równoważności przez Zamawiającego.

Jednocześnie w chwili podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Z. a Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami, które był w stanie uzyskać we własnym zakresie. W tych okolicznościach wezwanie do wyjaśnień było bezcelowe i bezprzedmiotowe, zwłaszcza że w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych nowych informacji, które miałyby znaczenie dla sprawy.

Wreszcie należy zauważyć, że w sprawie nie było miejsca na rozważanie zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż ani kwestia ta nie była objęta zarzutami odwołania, ani Odwołujący nie twierdził, że sprzeczność treści jego oferty z treścią specyfikacji jest wynikiem omyłki. Natomiast w tej sprawie Odwołujący bezpodstawnie interpretował wymaganie opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający parametrom systemu implantów, które zaoferował.

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 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……