

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Skamex S.A. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

zakończyć postępowanie w zakresie zarzutu nr 1 w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z powodu braku wymaganych badań wobec wycofania w tej części zarzutu nr 1, w pozostałym zakresie uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty wykonawcy Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Skamex S.A. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku na rzecz wykonawcy Skamex S.A. z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1201/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa wyrobów medycznych jednorazowego użytku na potrzeby całego szpitala dla UCK” (znak postępowania: 261/PN/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2023 r. pod numerem 2023/S 200-628019.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 25 złożył wykonawca Skamex S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 25, polegających na wadliwym wyborze oferty wykonawcy Bialmed sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Bialmed”), jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona, a nadto w sytuacji gdy oferta ta została na skutek wyjaśnień w nieuprawniony sposób zmieniona przez tego wykonawcę po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bialmed z postępowania w pakiecie nr 25, mimo że wykonawca ten zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, nieposiadający wymaganych badań, a także niezgodny z wymaganymi przez Zamawiającego parametrami, a w ramach udzielanych po pierwszym unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej wyjaśnień – nawet gdyby przyjąć, że zmiana oferty była dopuszczalna - nieprawidłowości w treści oferty nie zostały usunięte, a wręcz zostały potwierdzone; nadto Zamawiający po dokonaniu drugiej czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wezwał Bialmed do złożenia żadnych wyjaśnień i na podstawie w/w i wcześniej posiadanych dokumentów, ponownie dokonał wyboru tego samego wykonawcy;

2. art. 107 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez wadliwe dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełnienia przez Bialmed przedmiotowych środków dowodowych w postaci katalogu produktu w

sytuacji, gdy dokumenty te były już przedłożone do oferty i nie zachodziły podstawy do zmiany ich treści w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a przedłożenie nowej wersji wskazanych dokumentów na wezwanie Zamawiającego stanowiło niedozwoloną modyfikację treści oferty złożonej przez tego wykonawcę już po terminie składania ofert, co naruszyło także zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - w konsekwencji powyższych uchybień - poprzez wybór oferty Bialmed jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu – w zakresie pakietu nr 25:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty Bialmed z postępowania,

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego. W konsekwencji w przypadku podważenia zwycięskiej oferty, Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowych decyzji Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 28 marca 2024 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 8 kwietnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W pierwszej kolejności Odwołujący przywołał dotychczasowy przebieg niniejszego postępowania w zakresie pakietu nr 25, przypominając o wniesionym przez siebie odwołaniu w dniu 5 lutego 2024 r., wskutek czego w dniu 14 lutego 2024 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty Bialmed, a cofnięcie decyzji Zamawiający uzasadnił powzięciem informacji o okolicznościach powodujących konieczność dokonania czynności nowych oraz powtórzeniu już wykonanych, mających na celu dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący ponownie w dniu 8 marca 2024 r. wniósł odwołanie, wskutek czego w dniu 14 marca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność tę Zamawiający uargumentował powzięciem wątpliwości odnośnie prawidłowości dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec czego za konieczne uznał ponowne rozpatrzenie kwestii wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, w konsekwencji takich czynności Zamawiającego trudno doszukiwać się uzasadnienia, w jaki sposób Zamawiający rozwiązał swoje wątpliwości, na które powołał się w uzasadnieniu unieważnienia czynności, albowiem po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 14 marca 2024 r. nie dokonał on żadnych dalszych czynności działań wobec oferty Bialmed, mimo, że jasno wskazano w odwołaniu niezgodności, które w tej ofercie się znalazły i na nie powołał się Zamawiający w unieważnieniu. Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 28 marca 2024 r. Zamawiający wybrał ofertę Bialmed, co stoi w sprzeczności z treścią jego informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 marca 2024 r.

Odwołujący przywołał treść opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu 25 oraz treść załącznika nr 3 do SWZ, zgodnie z którym, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1. Karty katalogowe i/lub prospekty z wyszczególnieniem numerów REF a także dane techniczne zgodnie z wymogami

2. Deklaracja zgodności (zgodna z załącznikiem nr 4 MDR 2017/745), certyfikat - jeśli dotyczy (zgodny z załącznikiem nr 12 MDR 2017/745)

3. Próbkę zaoferowanego asortymentu w ilości 4 szt. - na potwierdzenie wymagań bezwzględnych

4. Wchłaniałość min. 3500ml - potwierdzona badaniem akredytowanego laboratorium.

Jak wskazał Odwołujący, Bialmed zgodnie z formularzem asortymentowo-cenowym (załącznik nr 3) zaoferował podkład w rozmiarze 100 cm x 227 cm (+/- 2 cm), co potwierdził kartą katalogową złożoną wraz z ofertą. Ze złożonej Deklaracji Zgodności wynika jednak, że podkład ma rozmiar 101 x 225 cm. Natomiast ze złożonego świadectwa z badań nr BL-ME 598.1.2/2022/G wykonanego w laboratorium „Łukasiewicz – Łódzki Instytut Technologiczny” wynika, że badano podkłady w rozmiarach 101 cm x 76 cm (+/- 5 cm), 101 cm x 152 cm (+/- 5 cm), 101 cm x 225 cm (+/- 5 cm), 101 cm x 229 cm (+/- 2 cm). Odwołujący przy tym przypomniał, że Zamawiający w dniu 14 lutego 2024 r. wezwał Bialmed do wyjaśnień w zakresie rozbieżności rozmiaru zaoferowanego podkładu. W związku z powyższym Bialmed udzielił odpowiedzi, a na

potwierdzenie załączył kartę i etykietę zaoferowanego podkładu.

Jak podnosił dalej Odwołujący, Bialmed zaoferował finalnie - faktycznie po niedopuszczalnej zmianie treści oferty - podkład w rozmiarze 101x225 (+/- 5 cm), a zatem zgodnie z tolerancją może on osiągać rozmiar: 96-106 x 220-230 cm. Natomiast – na podstawie załącznika nr 3 do SWZ i wyjaśnień treści SWZ - Zamawiający wymagał rozmiaru 102x230 cm lub 100x227 (+/- 2 cm) tj. 98-102 x 225-229 cm. Produkt zaoferowany przez Bialmed jest niezgodny z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Otóż realnie, na podstawie wymiarów i tolerancji określonych w ofercie Bialmed, Zamawiający może otrzymać produkty o wymiarach:

- np. 96x220 cm, 96x221 cm, 96x222 cm, 96x223 cm, 96x224 cm, a także
- np. 96x230 cm, 97x230 cm, 103x230 cm, 104x230 cm, 105x230 cm, 106x230 cm.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe przykłady nie wyczerpują możliwości rozbieżności w oferowanym produkcie, a te – chociażby wskazane powyżej - w żadnym zakresie nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał też, że opis przedmiotu zamówienia był jednoznacznie opisany przez Zamawiającego i nie było wątpliwości co do jego treści. Nie ma możliwości by po dokonania czynności otwarcia ofert Bialmed modyfikował treść swojej oferty. Wyjaśnienia Odwołującego zmieniały istotne oświadczenie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, a ich przyjęcie prowadziło do zmiany treści oferty, czego zakazuje art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w nieuprawniony sposób umożliwił Bialmed złożenie kolejnych przedmiotowych środków dowodowych, mimo że nie było podstaw do wzywania do ich uzupełnienia, bowiem pierwotnie złożone przedmiotowe środki dowodowe, jak i treści formularza co do parametrów były spójne i wskazywały na zaferowanie produktu niezgodnego z wymaganiami. Następnie po złożeniu wyjaśnień i nowych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający przyjął zmienioną treść oferty Bialmed, mimo że również tak zmieniona oferta nie potwierdzała spełniania przez oferowany produkt parametrów podanych przez Zamawiającego. Oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami opisanego przedmiotu zamówienia, jak również z uwagi na fakt, iż jej treść została w niedopuszczalny sposób zmieniona w toku składanych przez Wykonawcę wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w celu potwierdzenie spełnienia wymogu „Wchłaniałość min. 3500 ml - potwierdzona badaniem akredytowanego laboratorium”, Bialmed złożył świadectwo z badania nr BL-ME 598.1.2/2022/G wykonanego w laboratorium „Łukasiewicz – Łódzki Instytut Technologiczny”. Po zapoznaniu z zakresem akredytacji (Załącznik nr 5) wyżej wymienionego laboratorium, wynika, że laboratorium to nie posiada wymaganej akredytacji w zakresie badania wchłaniałości. Oczywistym w opinii Odwołującego jest, że akredytacja laboratorium nie może być na dowolne zakresy, ale na te, których dotyczyć ma badanie. Akredytacja jest bowiem potwierdzeniem kompetencji podmiotu (jednostki certyfikującej wyroby, usługi, osoby, systemy), laboratorium (badawczego, wzorującego, etc.), jednostki inspekcyjnej, do działań w określonym zakresie. Zakres akredytacji jest załącznikiem do certyfikatu akredytacji i precyzuje obszar potwierdzonych kompetencji. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że produkt zaoferowany przez Bialmed jest niezgodny z postawionymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia, które obowiązują zarówno Wykonawców, którzy muszą zaferować przedmiot zamówienia zgodny z postawionymi wymaganiami, jak i samego Zamawiającego, który zobowiązany jest do badania zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 22 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego Bialmed:

Bialmed przy zgłoszeniu przystąpienia z dnia 11 kwietnia 2024 r. odniósł się do zarzutów i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Pismem z dnia 22 kwietnia 2024 r. podtrzymał to stanowisko.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, że wycofuje w części zarzut nr 1, tj. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Bialmed powodu braku wymaganych badań.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił Bialmed. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego

zgłoszonego przez Bialmed po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu nr 1 w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Bialmed powodu wymaganych badań, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania, a w pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy. Wymaganiem bezwzględny w ramach pakietu nr 25 zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SWZ było to, aby rozmiar podkładu wynosił 102x230 cm. Ponadto Zamawiający udzielając wyjaśnień do treści SWZ dopuścił również rozmiar 100x227 cm (+/- 2cm).

W załączniku nr 3 do SWZ (formularz asortymentowo-cenowy) Zamawiający podał, że w celu potwierdzenia że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ, Wykonawca złoży wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

1. *Karty katalogowe i/lub prospekty z wyszczególnieniem numerów REF a także dane techniczne zgodnie z wymogami*
2. *Deklaracja zgodności (zgodna z załącznikiem nr 4 MDR 2017/745), certyfikat - jeśli dotyczy (zgodny z załącznikiem nr 12 MDR 2017/745)*
3. *Próbki zaoferowanego asortymentu w ilości 4 szt. - na potwierdzenie wymagań bezwzględnych*
4. *Wchłanianość min.3500ml - potwierdzona badaniem akredytowanego laboratorium.*

W swojej ofercie, w treści oferty (w formularzu asortymentowo-cenowym - załącznik nr 3 do SWZ), Bialmed jako rozmiar podkładu wskazał 100x227 cm (+/- 2 cm), a do oferty załączył przedmiotowe środki dowodowe, z których wynikały następujące rozmiary podkładów:

1. Według karty katalogowej (ulotka): 100 x 227 cm (+/-2cm),
2. Według deklaracji zgodności: 101x152 cm, 101x76 cm, 101x225 cm,
3. Według próbek: 102x228 cm, 102x228,5 cm, 101x229 cm,
4. Według badania laboratoryjnego: 101x76 cm (+/- 5 cm), 101x152 cm (+/- 5 cm), 101x225 cm (+/- 5 cm), 101x229 cm (+/- 2 cm).

W dniu 14 lutego 2024 r., na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Bialmed do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z następującymi okolicznościami: „*W wymaganiach bezwzględnych Zamawiający określił, że wymaga zaoferowania podkładu o wymiarach 102 cm x 230 cm. Wykonawca w formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 3 do SWZ) w ramach Pakietu 25 zaoferował podkład ochronny na stół operacyjny o rozmiarze 100 cm x 227 cm (+/- 2 cm – rozmiar dopuszczony w związku z odpowiedziami na pytania wykonawców z dnia 13.11.23 r.). Ponadto dołączona do oferty deklaracja zgodności złożona zgodnie z Załącznikiem nr IV do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych została wydana dla podkładu ochronnego o wymiarach 101 cm x 225 cm. Co więcej – załączona przez Wykonawcę karta katalogowa odnosi się do podkładu ochronnego na stół operacyjny o wymiarach 100 cm x 227 cm*”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, pismem z dnia 16 lutego 2024 r. Bialmed wyjaśnił, że: „*w formularzu asortymentowo cenowym wpisany został rozmiar dopuszczony przez Zamawiającego 100 x 227cm (+/-2cm) z dnia 13.11.2023. W ulotce zaoferowanej do postępowania nastąpiła omyłka pisarska i właściwy rozmiar to 101cm x 225 (+/-5cm) co potwierdza deklaracja zgodności, etykieta opakowania rozmiar ten również znajduje się w badaniu chłonności dostarczonym do postępowania. Na deklaracji zgodności producent nie umieścił tolerancji rozmiarów gdyż nie jest to wymagane ani powszechnie praktykowane. W załączeniu przesyłamy poprawną ulotkę oraz etykietę z opakowania*”.

W tym stanie rzeczy Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bialmed.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba dopatrzyła się naruszeń ustawy Pzp mających swoje zobrazowanie w postawionych przez Odwołującego zarzutach odwołania.

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przesłanka ta ma zastosowanie w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada z warunkom zamówienia opisanym w dokumentach zamówienia, a więc sprowadza się do niezgodności zawartego w treści oferty zobowiązania wykonawcy ze świadczeniem, którego oczekiwał zamawiający, a które to zostało sprecyzowane w dokumentacji. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazywała Izba w wyroku z dnia 16 maja 2022 r. (sygn. akt: KIO 1115/22), Zamawiający nie powinien domyślać się jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości zamawiającego. Brak w ofercie

deklaracji co do oferowanych parametrów urządzeń stanowi o merytorycznej niezgodności oferty z treścią SWZ. Z kolei w wyroku z dnia 13 maja 2022 r. (sygn. akt: KIO 1087/22) Izba potwierdziła, że aby można było zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny. Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia. Podobnie Izba w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. (sygn. akt: KIO 543/22) Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ.

W zaistniałym stanie faktycznym wymogi Zamawiającego w zakresie dopuszczalnego rozmiaru podkładów były jasno sprecyzowane, co nie było sporne. Również okoliczność istnienia rozbieżności w rozmiarze oferowanych podkładów pomiędzy treścią oferty a załączonymi przedmiotowymi środkami dowodowymi nie była sporna pomiędzy stronami, a Zamawiający nie kwestionował tego faktu także na etapie postępowania odwoławczego.

Przed odrzuceniem oferty zamawiający zobowiązany jest – w przypadku powzięcia wątpliwości – do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, według którego, 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 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Należy zatem zauważyć, że w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości przez zamawiającego w stosunku do treści oferty wykonawcy, czy też złożonych przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający uprawniony będzie więc do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

Zamawiający wezwał więc Bialmed do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wobec stwierdzonych rozbieżności w rozmiarze oferowanych przez tego wykonawcę podkładów pomiędzy treścią oferty a załączonymi przedmiotowymi środkami dowodowymi. W wyniku złożonych wyjaśnień, Bialmed oświadczył, że rozmiar podkładów to nie jak pierwotnie wskazał w treści oferty 100x227cm (+/-2cm) a 101x225 cm (+/-5cm), co tłumaczył omyłką pisarską.

Jak wyżej wskazano, w toku wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w ust. 2 i 3 komentowanego przepisu oraz regulacjami dotyczącymi dialogu konkurencyjnego. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać wprowadzanie do oferty nowej treści, czyli takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała.

Wbrew stanowisku wyrażonemu przez Bialmed przy zgłoszeniu przystąpienia, w tym przypadku doszło do zmiany treści oferty, a nie tylko wyjaśnienia jej treści, gdyż, co oczywiste, pierwotnie Bialmed wskazał rozmiar podkładu jako 100x227cm (+/-2cm), a dopiero w ramach wyjaśnień wskazał, że chodzi o rozmiar 101x225 cm (+/-5cm). Również Zamawiający w trakcie rozprawy to zauważył podnosząc, że: „*ta poprawa, która zaszła, nie miała wpływu na wynik postępowania*”. Rzecz jasna, w zakresie braku wpływu zmiany treści oferty na wynik postępowania w ocenie Izby nie sposób się zgodzić z Zamawiającym, bowiem doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Bialmed. Nie można też zakwalifikować tej rozbieżności, na co powoływał się Bialmed, jako oczywistej omyłki pisarskiej. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Cechą omyłki pisarskiej podlegającej poprawieniu jest jej oczywistość. Omyłka oczywista musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”, nie budząc wątpliwości, bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (tak Izba w wyroku z dnia 2 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 949/22). Zamawiający powinien wiedzieć w sposób niebudzący wątpliwości, jak należy poprawić omyłkę. Dlatego poprawienie nie może nastąpić w wyniku wyjaśnień czy pozyskania przez zamawiającego wiedzy na temat oferty z innych źródeł (tak Izba w wyroku z dnia 15 czerwca 2015 r., KIO 1169/15, KIO 1170/15). W zaistniałej sytuacji nie można więc mówić o oczywistej omyłce pisarskiej, gdyż bez wyjaśnień Bialmed trudnym było zidentyfikowanie, który rozmiar zamierzał zaoferować finalnie ten wykonawca. W składanych w celu potwierdzenia że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ, przedmiotowych środkach dowodowych nie można doszukać się konsekwencji, iż dotyczą one jednego, tożsamego rozmiaru, a wskazanie innego rozmiaru w formularzu asortymentowo-cenowym było wynikiem niezamierzonego błędu Bialmed. Przy tak złożonej

ofercie i przedmiotowych środkach dowodowych, Zamawiający mógłby jedynie domyślać się, która wersja rozmiarowa jest tą właściwą. Wobec czego Zamawiający powziął wątpliwości, wzywając Bialmed do wyjaśnień. Jednakże wyjaśnienia te prowadziły do nieuprawnionej zmiany treści oferty. W tej sytuacji, bez zmiany, czy to treści oferty, tak aby odpowiadała ona złożonym przedmiotowym środkom dowodowym, czy też bez zmiany tych środków, aby zgadzały się z wymiarem pierwotnie podanym w ofercie, nie było możliwe ustalenie, iż oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Bialmed dokonał natomiast w ramach wyjaśnień zarówno korekty rozmiaru podkładu, jak też zmienił jeden z przedmiotowych środków dowodowych (o czym szerzej w uwagach co do zarzutu nr 2). W takim przypadku nie sposób dojść do odmiennych wniosków, aniżeli takich, iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Bialmed na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż w toku wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień. W konsekwencji powyższych ustaleń, zbędnym w ocenie Izby było też rozważanie, czy oferta Bialmed po dokonanej w ramach wyjaśnień zmianie rozmiaru podkładu była zgodna z wymaganiem Zamawiającego.

Tym samym potwierdził się zarzut nr 1, gdyż Bialmed nie potwierdził, iż spełnia wymagania Zamawiającego co do dopuszczalnego rozmiaru podkładu.

Co do podniesionej w ramach zarzutu nr 1 kwestii, że: „Zamawiający po dokonaniu drugiej czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wezwał Bialmed do złożenia żadnych wyjaśnień i na podstawie ww i wcześniej posiadanych dokumentów, ponownie dokonał wyboru tego samego wykonawcy”, Izba zauważa, że nie miała ona znaczenia dla oceny przytoczonego zarzutu.

Zarzut nr 2

Możliwość żądania przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty, wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp należy odróżnić od możliwości wzywania do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie służy zatem przypadkom, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. W zaistniałym stanie faktycznym wystąpiła właśnie taka sytuacja. Razem z ofertą Bialmed załączył przedmiotowy środek dowodowy w postaci katalogu, który był kompletny i dotyczył rozmiaru podkładu 100x227 cm (+/-2cm). Natomiast do wyjaśnień z dnia 16 lutego 2024 r. Bialmed załączył nową kartę katalogową (ulotkę) tym razem dotyczącą rozmiaru 101x225 cm (+/-5cm). Niezależnie nawet od innej podstawy prawnej wezwania Zamawiającego ani przedłożenia przez Bialmed nowego katalogu z własnej inicjatywy, stwierdzić należy, że nie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem w sposób wyraźny dopuścił możliwość wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tylko jeśli dany środek nie został złożony albo wprawdzie został złożony, ale jest niekompletny.

Tym samym również zarzut nr 2 zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 3

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 3, to należy wskazać, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutów nr 1 i 2, a wobec uwzględnienia tych zarzutów, należy przyjąć, że również zarzut nr 3 zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....