Sygn. akt: KIO 620/16

WYROK
z dnia 6 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie

przy udziale wykonawcy Promed S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępoania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Aero-Medika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……

Sygn. akt: KIO 620/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Dziecięcy im. prof. dr. med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie dostawy masek i zestawów do nebulizacji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 kwietnia 2016 roku pod numerem 79722.

22 kwietnia 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 pkt 4 Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechania czynności do których Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") z powodu braku wpisania nazwy producenta zaoferowanego asortymentu medycznego, w formularzu asortymentowo- cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ), podczas gdy z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że producentem ww. asortymentu jest Elite Medical Co. Ltd, tym samym oferta jest zgodna z treścią SIWZ i nie powinna ulec odrzuceniu,
- art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnej oceny, że Odwołujący nie wskazał producenta zaoferowanego asortymentu medycznego, pomimo, iż z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że producentem ww. asortymentu jest Elite Medical Co. Ltd, a w konsekwencji pominięcie faktu, iż oferta Odwołującego na dostawy masek i zestawów do nebulizacji za cenę 23.854,00 zł jest ofertą najkorzystniejszą na

podstawie kryteriów oceny ofert, określonych przez Zamawiającego w SIWZ i Pzp;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, przez uzupełnienie w formularzu asortymentowo-cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ), informacji o nazwie producenta zaoferowanego asortymentu medycznego, w sytuacji gdy informacja ta jednoznacznie

wynika z załączonych do oferty dokumentów, stanowiących jej integralną część, a tym samym prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejawiającej się w zaniechaniu prawidłowego korzystania z uprawnień i wykonywania ustawowych obowiązków wynikających z ustawy;
- art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 82 ust 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów, dotyczących wskazania nazwy producenta zaoferowanego asortymentu medycznego, w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości wypełnienia formularza asortymentowo cenowego (załącznik nr 2 do SIWŻ) w tym właśnie zakresie, a tym samym prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejawiającej się w zaniechaniu prawidłowego korzystania z uprawnień i wykonywania ustawowych obowiązków wynikających z ustawy,
- art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy oraz art. 15 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Promed S.A. jako najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, że Odwołujący złożył ofertę, która po dokonaniu ponownej oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego pomimo, że spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego nie została wybrana, lecz niezasadnie została odrzucona, które to działanie Zamawiającego było sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy, interesem publicznym, jak i interesem społecznym. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania nie budzi wątpliwości, gdyż w razie uwzględnienia argumentów Odwołującego to jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, a tym samym zostanie jemu powierzona realizacja zadania

objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Szkoda jaką może ponieść Odwołujący na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów polega na utracie przychodu z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa masek i zestawów do nebulizacji. Zamawiający opracował i w dniu 7 kwietnia 2016 r. udostępnił wykonawcom SIWZ, zgodnie z którym ofertę należało sporządzić na formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz formularzu asortymentowo-cenowym, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ).
Formularz asortymentowo-cenowy stanowi tabelę, zawierającą następujące rubryki: „L.p.”, „Asortyment”, „jm.'', „ilość”, „cena jedn. Brutto", „wartość brutto" oraz „nr kat.
Istotnych wraz Producent/nazwa" (Dowód: Specyfikacja Warunków

Zamówienia
z załącznikami - w aktach postępowania Zamawiającego).
Odwołujący złożył stosownie do wymogów i zasad SIWZ ofertę na dostawę masek i zestawów do nebulizacji. Ofertę w tym zakresie złożył również Promed S.A. (Dowód: oferta cenowa Odwołującego oraz Promed S.A. - w aktach postępowania Zamawiającego).
Pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Promed S.A. i odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty Odwołującego. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty wskazał, że Odwołujący w formularzu asortymentowo-cenowym nie wpisał w wymaganej kolumnie nazwy producenta, oferowanego przez siebie asortymentu medycznego (Dowód: powiadomienie o odrzuceniu, wyborze najkorzystniejszej oferty - w aktach postępowania Zamawiającego).

Odwołujący w formularzu asortymentowo-cenowym w kolumnie omyłkowo pominął podanie nazwy producenta zaoferowanego asortymentu medycznego. Niemniej jednak z treści oferty, a ściślej załączonych do niej dokumentów, stanowiących jej integralną część, tj. Zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, jednoznacznie wynika, że producentem zaoferowanego

asortymentu jest Elitę Medical Co. Ltd.
Odwołujący podkreślił, że częścią oferty są nie tylko wypełniane przez Odwołującego formularze czy tabele, ale również wszelkie dodatkowe dokumenty, przedkładane razem z ofertą. Oferta taka jest całością i należy ją badać jako całość. Zatem nawet w przypadku braku pewnych informacji czy danych w formularzu lub tabeli, do których odsyła SIWZ, Zamawiający powinien zbadać, czy dołączone do oferty dokumenty, stanowiące jej integralną cześć, nie zawierają wymaganych przez Zamawiającego informacji.
W przedmiotowej sprawie, Zamawiający całkowicie pominął dokumenty załączone do oferty, stanowiące jej integralną część, tj. Zgłoszenie do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, z którego jednoznacznie wynika, że producentem zaoferowanego asortymentu, tj. (i) masek tlenowych (pkt 1-3 formularza asortymentowo-cenowego), (ii) zestawów do nebulizacji (pkt 4, 7 i 8 formularza asortymentowo-cenowego), (iii) wąsów tlenowych (pkt 5 formularza asortymentowo-cenowego) oraz (iv) masek do nebulizacji (pkt 6 formularza asortymentowo-cenowego) jest Elitę Medical Co. Ltd.
Oferta może ulec odrzuceniu, tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy po zbadaniu całej oferty (w tym załączników), oczywistym jest, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Stanowisko to jest ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prawa zamówień publicznych. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza; *aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ* (wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r, KIO 218/11).
Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy, wskazać należy, iż Zamawiający nie powinien odrzucać oferty Odwołującego, ponieważ oferta ta odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, że sytuacja, gdy oferta nie spełniała wymagań Zamawiającego, nadal nie może on skorzystać z art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odrzucenie oferty na tej podstawie możliwe jest bowiem jedynie w sytuacji niemożliwości przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy lub wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1

ustawy.
Zgodnie z orzecznictwem o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić jedynie, gdy zaoferowane świadczenie nie odpowiada treści SIWZ. Jednakże przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający ma obowiązek skorzystać z wszelkich możliwości poprawienia ocenianej oferty. Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest

wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a nie oferty jedynie poprawnej pod względem formalnym.
Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie wskazuje, że: *„zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Stwierdzić dalej należy,* że *w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym* wart. *87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust 2 pkt 1-3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia,* że *treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 ust 2 Pzp.” (wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 n, KIO 2743/11).* Nie ulega żadnym wątpliwościom, że *„zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić* żadnych *elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza* że *przepis pozwala zamawiającemu na* żądanie *od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań* (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2012 r., KIO 22/12). W konsekwencji, instytucja odrzucenia oferty może być stosowana po wyczerpaniu przez Zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie, pomimo, że Odwołujący w formularzu asortymentowo-cenowym omyłkowo pominął uzupełnienie jednej rubryki odnoszącej się do nazwy producenta zaoferowanego asortymentu medycznego, to nie ulega wątpliwości, że informacje te zawarte zostały w załączonych do oferty dokumentach. Przyjąć zatem należy, że oferta Odwołującego w całości odpowiada treści SIWZ.
Celem Odwołującego składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez Zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Wola Odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ. Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie Odwołującego polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ. (wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r., KIO 1818/11)
W ofercie Odwołujący zobowiązał się, że w przypadku wyboru oferty, zawrze umowę na warunkach określonych w SIWZ. Treść samej SIWZ nie wskazywała wprost na konieczność podania nazwy producenta oferowanego asortymentu, co wynikało dopiero z oznaczenia jednej z rubryk formularza asortymentowo-cenowego. Odwołujący nie wypełnił w sposób właściwy jednej z rubryk tego formularza, przy tym wymagana nazwa producenta została w jednoznaczny sposób wskazana w dokumentach załączonych do oferty. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że niewłaściwe wypełnienie pola przeznaczonego na podanie nazwy producenta oferowanego asortymentu z całą pewnością nie stanowiło celowego i zamierzonego działania, a było co najwyżej omyłką Odwołującego. Odwołujący podniósł, że wskazane wyżej uchybienie można, co najwyżej, traktować w kategorii omyłki, tak więc Zamawiający mógł dokonać poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Przepis ten przewiduje możliwość poprawiania różnych omyłek w ofercie przez Zamawiającego. Celem tej regulacji jest umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania oferty. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest uzależnione od dwóch przesłanek. Zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu woli o określonej treści. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *„artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych*

niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te

zmiany muszą mieścić się w pojęciu »omyłka«". (Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09) Po drugie, poprawienie niezgodności nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. W rozpatrywanym stanie faktycznym ewentualną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy ocenić jako nieistotną. Pojęcie „istotności zmian treści oferty" należy analizować uwzględniając całokształt okoliczności sprawy Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty. W niniejszej sprawie nie dochodzi w ogóle do zmiany oferty, bowiem nie ulega wątpliwości, że pominięcie podania nazwy producenta zaoferowanego asortymentu w formularzu, a wskazanie go w treści załączonych do oferty i niekwestionowanych dokumentów nie prowadzi do zmiany produktu, ani do zmiany ceny, w związku z tym nie wnosi zmian w treści oferty. Dodatkowo, Zamawiający zobowiązany był poprawić omyłkę tym bardziej, że sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, jednoznacznie wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Odwołujący wskazał, w razie powzięcia wątpliwości co do informacji zamieszczonych w ofercie (poprawności tych informacji, wewnętrznej spójności oferty, jej zgodności z SIWZ), Zamawiający powinien skorzystać z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1ustawy tj. powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia w tym zakresie. Jakkolwiek w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy mowa jest o uprawnieniu Zamawiającego, to w orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten kreuje dla Zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna. Orzecznictwo wskazuje przy tym na absolutną konieczność żądania takich wyjaśnień, jeżeli wątpliwości lub sprzeczności miałyby prowadzić do odrzucenia oferty (wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 992/09). W wyrok z dnia 22 listopada 2011 r, KIO 2428/11, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „wystąpienie *z wnioskiem do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty należy rozpatrywać tylko w kategorii prawa, a nie obowiązku Zamawiającego, zdaniem Izby nie zasługuje na akceptację. Izba wskazuje,* że *przepis art. 87* ust. *1 ustawy nie nakazuje wprost Zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy takim* żądaniem, *to jednak taka potrzeba po stronie Zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie, wynika iż zaniechanie przez*

Zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania (np. wyroki KIO 1327/09; 1443/09; 545/11). Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp winno - zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa w tej kwestii, poprzedzać wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp." W przedmiotowej sprawie, jeżeli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości, powinien zaistniały stan rzeczy wyjaśnić, a nie w sposób arbitralny przyjmować, że rozstrzygającą rolę dla odrzucenia oferty ma brak wypełnienia jednej z rubryk w formularzu asortymentowo- cenowym, pomijając jednocześnie okoliczność, że załączone do oferty dokumenty wskazują informacje wymagane przez Zamawiającego. Ewentualna wada oferty Odwołującego nie miała charakteru merytorycznego i nie była niemożliwa do usunięcia. Tym samym, nie ulega żadnej wątpliwości, że Zamawiający w sposób nieuprawniony, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 82 ust. 3 ustawy odrzucił tę ofertę, w tym z pominięciem procedury poprawienia omyłek, przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz procedury wyjaśnienia wątpliwości na podstawie wskazanego art. 87 ust. 1 i 2 ustawy.

Odrzucenie oferty Odwołującego nie mogło mieć miejsca i spowodowało przeprowadzenie błędnego wyboru oferty złożonej przez Promed S.A. jako najkorzystniejszej dla

Zamawiającego. W szczególności, że wybrana przez Zamawiającego oferta, opiewająca na kwotę 69 705,00 zł brutto jest trzykrotnie wyższa od ceny zaoferowanej przez Aero- Medika sp. z o.o. (23.854,00 zł brutto). Zamawiający dokonał wyboru oferty dla niego niekorzystnej w wyniku błędnej i arbitralnej oceny, iż oferta Odwołującego winna zostać odrzucona, naruszając w ten sposób przepisy ustawy oraz pozwalając na wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem zasad dyscypliny finansów publicznych. Zasada uczciwej konkurencji nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom, a ustawa nie dopuszcza do zastosowania preferencji podmiotowych. Niemniej jednak Zamawiający w sposób nielojalny w stosunku do innych uczestników Postępowania oraz wbrew treści SIWZ, odrzucił ofertę Odwołującego. Istotą całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z

powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę. Przeprowadzona w niniejszym postępowaniu zamówieniowym ocena ofert była wadliwa. Zamawiający nie zastosował wszelkich instytucji prawnych, które powinien zastosować przy badaniu ofert. Nadmiernie formalistyczne podejście prezentowane przez Zamawiającego doprowadziło do odrzucenia najkorzystniejszej oferty. Stanowi to przejaw braku dbałości o środki publiczne i z pewnością nie jest właściwym stosowaniem przepisów ustawy ustawy której formalizm nie jest celem sam w sobie ale ma służyć wyborowi ofert najlepszych (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r, sygn. akt X Ga 23/07).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Promed S.A. z siedzibą w Warszawie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania,*

kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego - przesłał

wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 25 kwietnia 2016 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 27 kwietnia 2016 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.
Uczestnika postępoania odwoławczego w dniu 29 kwietnia 2016 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z tego samego dnia *Pismo procesowe Przystępującego.*

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego:
- (dowód nr 1) – wydrukn ze strony internetowej Urzędu Publikacji UE,
- (dowód nr 2) – wydruk ze strony internetowej słownika jęz. polskiego PWN,
- (dowód nr 3) – wydruk ze strony internetowej Wikipedii.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 4) zawnioskowany na rozprawie przez uczestnika postępoania odwoławczego tj. - wydruk ze strony internetowej różnych produktów producenta, którego wskazał w odwołaniu odwołujący.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny

podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępoania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 .*

W art. 91 ustawy ustawodawca wskazał:
1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, *społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.*

W art. 87 ust. 1 ustawy ustawodawca wskazał – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcom negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*
Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty*

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy – *Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz w ustępie 3 tego przepisu – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*
Art. 7 ust. 2 - *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępoania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*
art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*

W art. 15 ust. 1 ustawodawca wskazał – *Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy stronami sporu.
W trakcie postępoania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny jego oferty, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

III.

Jak wskazano w części historycznej tego orzeczenia (tj. w pierwszej części uzasadnienia zawierającej treść odwołania) Odwołujący w sposób bardzo jednoznaczny i precyzyjny zbudował zarzuty odwołania przez podanie podstaw prawnych ze wskazaniem podstaw

faktycznych oraz rozbudowanym uzasadnieniem.
Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań),* odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna,

szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W *zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi,* że *odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są* ściśle *określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."*
W obliczu powyższego Izba wskazuje, że wskazanie konkretne i precyzyjne podstawy faktycznej stanowi o zakresie zarzutu, tym samym podnoszenie w trakcie rozprawy argumentacji, która zgoła jest odmienna od zawartej w odwołaniu a wręcz sprzeczna z argumentacją faktyczną podniesioną w odwołaniu stanowi w zasadzie budowanie nowego, nieistniejącego na etapie złożenia odwołania zarzutu. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, że podniesiona w trakcie rozprawy argumentacja Odwołującego w konkluzji prowadząca do wniosku, że wykonawca alternatywnie miał podać w ofercie numer katalogowy producenta albo nazwę produktu stanowi zbudowanie nowego, niezwartego w odwołaniu zarzutu. Zaznaczyć bowiem należy, że naruszenie wyartykułowanych przepisów Odwołujący faktycznie argumentował w ten sposób, że „w formularzu asortymentowo-cenowym w kolumnie omyłkowo pominął podanie nazwy producenta zaoferowanego asortymentu medycznego", „braku wpisania nazwy

producenta", „omyłkowo pominął uzupełnienie jednej rubryki odnoszącej się do nazwy producenta zaoferowanego asortymentu", natomiast w trakcie rozprawy argumentacja Odwołującego sprowadziła się, jak wyżej podano, do wykazywania, że nie było wymagane

podanie nazwy producenta a podanie numeru katalogowego producenta było w alternatywie do podania nazwy wyrobu. Taka zmiana retoryki Odwołującego nie może być uznana z uzasadnienie dotychczasowo (w odwołaniu) prezentowanego stanowiska, ponieważ stanowi odmienne, sprzeczne z dotychczasowym i nie zawarte w odwołaniu zarzuty budowane w oparciu o nową, dotychczas nieujawnioną konstrukcję, która w efekcie stanowi nowy zarzut. Nie sposób również uznać, że nowo zbudowana argumentacja w trakcie rozprawy daje się uzasadnić podniesionym zarzutem w odwołaniu a sprowadzającym się do wskazania podstawy prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) oraz wyartykułowanego, że oferta Odwołującego została odrzucona niezasadnie, ponieważ taka konstrukcja zarzutu musiałaby zostać uznana za zbyt ogólną, niezawierającą w zasadzie żadnego uzasadnienia a poczynione w zasadzie uzasadnienie faktyczne na rozprawie należałoby uznać za spóźnione.
Dlatego też, uwzględniając powyższe, odwołanie podlega rozpoznaniu w zakresie zarzutów podniesionych w treści odwołania i zbudowanej w tym odwołaniu argumentacji faktycznej, co również prowadzi do wniosku, że zawnioskowane w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody (dowód nr 1, 2, 3) zostały pominięte przez Izbę w trakcie rozpoznania zarzutów odwołania z uwagi na to, że nie są one spójne z argumentacją zawartą w odwołaniu i zostały przedstawione na wykazanie okoliczności, które nie były kwestionowane w odwołaniu przez Odwołujacego.

IV.

Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.
Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli

niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, że Zamawiający w różny sposób może ukształtować wymagania w zakresie złożenia oświadczenia przez wykonawcę co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie „sformalizował skrajnie" postępoania o udzielnie zamówienia, Zamawiający określił w sposób jednoznaczny, prosty i przejrzysty elementy jakie mają identyfikować ofertowane wyroby i w tym zakresie należy zaszczyć nie wprowadził żądanych szczególnych, trudnych wymagań. Postępowanie o udzielnie zamówienia prowadzone jest przez Zamawiającego zgodnie z zasadami określonymi w ustawie a wymagania jakie określił Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) mają na celu identyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze – z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający

odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku podania nazwy producenta. Wbrew temu co twierdził na rozprawie Odwołujący z uzasadnienia odwołania w sposób jednoznaczny wynika, że było to dla Odwołującego zrozumiałe. Co więcej, z treści odwołania wynika również – ponownie wbrew twierdzeniom czynionym na rozprawie – że Odwołujący miał świadomość tego, że należało podać producenta oferowanego asortymentu a Odwołujący nie uczynił tego omyłkowo (z odwołania: „w formularzu asortymentowo-cenowym w kolumnie omyłkowo pominął podanie nazwy producenta zaoferowanego asortymentu

medycznego", „braku wpisania nazwy producenta", „omyłkowo pominął uzupełnienie jednej rubryki odnoszącej się do nazwy producenta zaoferowanego asortymentu").

Po drugie – Zamawiający zgodnie z SIWZ, Załącznik nr 2 Formularz asortymentowo – cenowy określił w tytule ostatniej kolumny: „nr kat. Producent / nazwa".

Po trzecie - Odwołujący, co wynika również wprost z uzasadnienia odwołania, nie podał w tej kolumnie, w poszczególnych wierszach producenta oferowanych wyrobów. W kolumnie tej Odwołujący podał: dla pozycji 1, 2, 3 – „nie posiada / maska tlenowa", poz. 4 – „nie posiada / zestaw do nebulizacji", poz. 5 – „nie posiada / maska z rezerwuarem tlenu", poz. 6 – „nie posiada / wąs tlenowy", poz. 7 – „nie posiada / maska do nebulizacji", poz. 8 – „nie posiada / maska do nebulizacji".

Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał podania „Producenta" dla oferowanego asortymentu w ostatnie kolumnie formularza asortymentowo – cenowego natomiast Odwołujący nie podał takiej informacji. Tym samym, co należy podkreślić wola Odwołującego składającego ofertę w postępowaniu co do oferowanego asortymentu nie została przez niego ujawniona w tej ofercie. Wymóg podania w formularzu asortymentowo – cenowym poza cenami również numeru katalogowego, producenta oraz nazwy nie stanowi wymagania wygórowanego. W zasadzie Zamawiający przyjął bardzo przejrzysty i prosty sposób złożenia oświadczenia przez wykonawcę składającego ofertę co do oferowanego wyrobu medycznego. Zaznaczyć bowiem należy, że zgodnie z dokumentacją postępoania jedynie przepisanie wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w kolumnie „Asortyment" jest niewystarczające z uwagi na konieczność zindywidualizowania oferty – oferowanych wyrobów przez podanie wymaganych przez Zamawiającego danych, a które to informacje stanowią o tym co dokładnie oferuje w postępowaniu wykonawca i które to dane pozwalają w efekcie na identyfikację i co za tym idzie kontrolę/sprawdzenie zgodności oferowanego przedmiotu (określonego zindywidualizowanego za pomocą danych wymaganych przez Zamawiającego takich jak numer katalogowy, producent, nazwa) a wymaganiami przedmiotowymi Zamawiającego opisanymi w kolumnie asortyment formularza cenowo – asortymentowego. Deklaracja złożona w formularzu oferty dotycząca realizacji zamówienia musi korespondować z pozostałymi oświadczeniami wykonawcy złożonymi w ofercie dzięki którym to oświadczeniom wykonawca uszczegóławia i indywidualizuje ofertę (oświadczenie jego

woli) przez podanie stosowanych wymaganych informacji. Tym samym sama deklaracja realizacji zamówienia zgodnie z SWIZ bez jego indywidualizacji, konkretyzacji – gdy ta indywidualizacja, tak jak w tym przypadku, wymagana jest przez Zamawiającego – jest niewystarczająca, co również wielokrotnie było przedmiotem orzecznictwa Izby. Inne rozumienie w zasadzie wypaczałoby sens zamówienia, którego celem jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego.
Zasadnym jest argument podnoszony przez Odwołującego, że wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i odpowiadającej określonym w SWIZ wymaganiom, jednakże należy podkreślić, że do złożenia oferty musi dojść i nie chodzi jedynie o fizyczne złożenie dokumentów stanowiących przygotowane przez Zamawiającego druki lecz chodzi o faktyczne zaoferowanie danego przedmiotu, wskazanie w oświadczeniu tego co oferuje wykonawca. Podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego) stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten

sposób oświadcza wykonawca co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest parametrami określonymi przez Zamawiającego.
Reasumując, Odwołujący nie podał wymaganych przez Zamawiającego danych identyfikujących przedmiot zamówienia, który zaoferował, nie podał wymaganej informacji dotyczącej producenta danego sprzętu. Odwołujący nie zindywidualizował oferowanych wyrobów tym samym nie istnieje powiązanie pomiędzy złożonym na załączniku nr 2 do SIWZ oświadczeniem a załączonym dokumentem zgłoszenia, bowiem nie istnieje jakikolwiek ciąg informacyjny, który powalałby na stwierdzenie, że dane dokumenty dotyczą złożonego oświadczenia.

Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się

słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.
Zaznaczyć należy, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty).
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień do złożonej oferty, co w ocenie Izby było działaniem prawidłowym. Zaznaczyć bowiem należy, że w treści złożonej oferty, w oświadczeniu wykonawcy brak było elementu, który miałby podlegać wyjaśnieniu, bowiem w nie został podany Producent. Odwoływanie się przez Odwołującego do treści załączonego dokumentu (str. 11 i następne oferty) w którym została podana nazwa producenta nie może być uznane za prawidłowe. Jak słusznie zauważył Zamawiający określone SWIZ wymagania wskazały na konieczność oferowania różnych masek tlenowych w postępowaniu, co w sposób jednoznaczny wynika z formularza asortymentowo – cenowego, natomiast w dokumencie do którego odwoływał się Odwołujący wskazana została tylko jedna maska tlenowa. Jednocześnie należy mieć na względzie fakt, że nie ma żadnego łącznika pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący w formularzu asortymentowo – cenowym (oświadczenie woli wykonawcy) a załączonym dokumentem (powiadomieniem). W tym miejscu w sposób oczywisty uwidacznia się poprawność w określonych przez Zamawiającego wymaganiach co do sposobu identyfikacji przedmiotu zamówienia, który w oczywisty sposób umożliwia również Zamawiającemu dokonanie badania złożonych dokumentów, jak również widoczny jest niemożliwy do usunięcie zgodnie z ustawą brak określonych informacji w złożonej ofercie.
Izba wskazuje za orzeczeniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości* żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.* (...)W *przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą*

na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia **7** *kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)".*
Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania. Odwołujący wskazywał na konieczność poprawienia ofert na ww. podstawie prawnej, jednakże w ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z omyłką, lecz nieuzupełnieniem, brakiem podania nazwy producenta, w zasadzie brakiem zindywidualizowania oferowanego przedmiotu zamówienia. Brak podania wymaganych przez Zamawiającego danych nie uprawnia do dokonywania jakichkolwiek poprawek oświadczenia wykonawcy polegających na uzupełnieniu oferty (oświadczenia) wykonawcy. Słusznie wskazał uczestnik postępoania odwoławczego, że Zamawiający nie może domniemywać treści oferty.

Resumując Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów podniesionych przez Odwołującego we wstępnej części odwołania, tym samym nie doszło do naruszenia zasad

prawa zamówień publicznych oraz nie dokonano wyboru oferty z naruszeniem kryteriów oceny ofert.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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 zmianami).

Przewodniczący: ……