

**WYROK**

**z dnia 10 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2011 r. w Warszawie  
odwołania wniesionego przez

**Covidien Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego**

**im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Polna 33, 60-535 Poznań**

przy udziale **Anny Ignaciuk prowadzącej działalność gospodarczą pod**

**nazwą „Aksis” Hurtownia Sprzętu Medycznego Anna Ignaciuk**

**ul. Uczniowska 33, 80-530 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie po stronie

zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części 7.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Polna 33, 60-535 Poznań i nakazuje:**

KIO 418/11 1 z 15

- 
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Covidien Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu ul. Polna 33, 60-535 Poznań** na rzecz **Covidien Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** tytułem zwrotu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:**

.....

KIO 418/11 2 z 15

---

**UZASADNIENIE**  
**do wyroku KIO 418/11 z 10 marca 2011 r.**

Zamawiający – Ginekologiczno – Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wyrobów medycznych: czujników do pomiaru saturacji, czujników do pomiaru temperatury, osłon na czujnik

temperatury do inkubatora, butelek jednorazowych do karmienia noworodków, smoczków uspokajaczy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 grudnia 2010 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 lutego 2011 r. Odwołujący – Covidien Polska Sp. z o.o. otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez panią Annę Ignaciuk prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Aksis” Hurtownia Sprzętu Medycznego oraz o odrzuceniu swojej oferty ze względu na to, że złożył ofertę nie odpowiadającą specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do ilości wymaganego asortymentu (ilości sztuk) w poz. 1, 2 i 3 części 7.

28 lutego 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie w zakresie części 7.:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty firmy Aksis jako najkorzystniejszej pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także poprzez odrzucenie oferty Covidien Sp. z o.o. w zakresie części 7. oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty firmy Aksis jako najkorzystniejszej oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

KIO 418/11 3 z 15

---

3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie firmy Aksis do uzupełnienia próbek pomimo braku ustawowej przesłanki do wezwania, a co za tym idzie, zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

4. § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez dopuszczenie do końcowej oceny ofert oferty firmy Aksis jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, mimo niewykonania zobowiązań, do których wykonawca ten był zobligowany tj. mimo nieprzedłożenia pierwotnie próbki właściwego produktu,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Aksis pomimo zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że jej treść nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego,

6. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu i niedopuszczeniu do końcowej oceny oferty Odwołującego w zakresie części 7., gdyż oferta ta spełniała warunki udziału w postępowaniu i była ofertą najkorzystniejszą,

3. uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na nieodrzuconiu i dopuszczeniu do końcowej oceny oferty firmy Aksis w zakresie części 7., gdyż zaistniały przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

4. uznanie za nieważne czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty firmy Aksis w zakresie części 7. jako najkorzystniejszej,

5. nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na

badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 7.,

6. nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert dopuszczonych do postępowania i nieodrzuconych w zakresie części 7.,

7. nakazanie Zamawiającemu, aby odrzucił ofertę firmy Aksis w zakresie części 7. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego,

8. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Covidien Sp. z o.o. w zakresie części 7. jako najkorzystniejszej,

9. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określone zostały ilości asortymentu składającego się na część 7.

w następujący sposób: punkt 1. – 1600 sztuk czujników jednorazowych, sterylnych nie zawierających lateksu, samoprzylepnych dla noworodków poniżej 3 kg, w kształcie litery L – sensor kompatybilny z technologią OxiMax, kalibrowany cyfrowo i analogowo; punkt 2. – 2000 sztuk czujników sterylnych Oximax Softcare bezklejowych hipoalergicznym, nie zawierających lateksu dla wcześniaków z wrażliwą skórą o wadze powyżej 1500 g, zawierających dodatkową stabilizującą opaskę na kostkę; punkt 3. – 400 sztuk czujników sterylnych Oximax Softcare bezklejowych hipoalergicznym, nie zawierających lateksu dla wcześniaków z wrażliwą skórą o wadze poniżej 1500 g, zawierających dodatkową stabilizującą opaskę na kostkę. Jak wynika z powyższego, czujniki powinny być sterylne, co zapewnia odpowiednie opakowanie. Czujniki te nie występują w obrocie jako pojedyncze sztuki, lecz w opakowaniach po 24 sztuki. W związku z powyższym Odwołujący zaoferował w zakresie punktu 1. – 67 opakowań zawierających łącznie 1608 sztuk, w zakresie punktu 2. – 83 opakowania zawierające łącznie 1992 sztuki, w zakresie punktu 3. – 17 opakowań zawierających łącznie 408 sztuk. Zachowanie wymogu sterylności nie byłoby możliwe, gdyby oferta miała zawierać czujniki rozpakowane, w związku z powyższym zasadne było przyjęcie, iż Zamawiający oczekuje zaoferowania konkretnej liczby zamkniętych opakowań z czujnikami. Zatem jedyną formą złożenia oferty, która nie pozbawiałaby oferowanego towaru waloru sterylności, było zaoferowanie takiej liczby opakowań, która w przeliczeniu na sztuki czujników jak najbardziej odpowiadałaby liczbie sztuk czujników określonej przez Zamawiającego, tak też został zrozumiany wymóg zaoferowania określonej liczby sztuk. Dodatkowo § 2 ust. 5 wzoru umowy stanowi, że w przypadku niezłożenia przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy zamówień na całą kwotę, wykonawca nie będzie

dochodził od Zamawiającego żadnych roszczeń, co wskazuje jednoznacznie, iż podane ilości stanowią wartości szacunkowe. Załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierający wspomnianą tabelkę i operujący ilościami sztuk nie pozwala na racjonalne dopasowanie ilości opakowań do ilości wymaganych w zamówieniu sztuk i z tej też przyczyny wynikała omyłka w treści złożonej oferty polegająca na niedzieleniu opakowań na części składowe.

Zamawiający odrzucając ofertę Covidien Sp. z o.o. powołał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jest stosowany z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 mówiącego, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Skoro założenie Zamawiającego było takie, iż oferta winna w sposób ścisły odzwierciedlać ilości sztuk podane we wspomnianym załączniku, to zgodnie z wyżej cytowaną normą, obowiązkiem Zamawiającego było poprawienie w ofercie tej omyłki przez zmianę ilości opakowań lub odpowiednie dodanie i odjęcie ich części. Zmiana taka nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający znając dane ujęte w wypełnionym przez Odwołującego formularzu dotyczące liczby opakowań i liczby sztuk w opakowaniu, mógł bez konieczności odwoływania się do jakichkolwiek innych dokumentów wprowadzić odpowiednie zmiany, przeliczając na ułamki liczbę opakowań i korelując tym samym wartość odpowiednich pozycji, nic nie stało zatem na przeszkodzie

poprawieniu oferty bez wypełniania jej jakkolwiek dodatkową treścią.  
W pierwotnie złożonej ofercie firmy Aksis w części 7. w pozycji nr 4 zaoficerowany został wyrób firmy Dräger Medical, który oznaczony został przez firmę Aksis kodem 8310415. Ponadto w wykazie próbek przedłożonym przez firmę Aksis próbka ta została wyszczególniona pod pozycją 4. Punkt 4. dotyczył sondy termicznej skórnej do pomiaru temperatury powierzchniowej zaopatrzonej w niskoalergizujący przyklep, kompatybilnej z monitorami Dräger. Bezspornym jest jednak, że próbka opisana przez firmę Aksis w ww. pozycjach nie jest sondą kompatybilną z monitorem, jest to bowiem sonda kompatybilna z inkubatorem. Potwierdzeniem tej niezgodności jest działanie samego Zamawiającego, który jednak zamiast odrzucić ofertę firmy Aksis, zwrócił się o uzupełnienie próbek oferowanych wyrobów. Zamawiający potwierdził

KIO 418/11 6 z 15

---

swym pismem, że wystąpiła niezgodność pomiędzy próbką złożoną przez firmę Aksis a jej danymi zawartymi w formularzu cenowym.

Na nieokreślonym etapie postępowania wspomniany formularz cenowy złożony przez firmę Aksis został zmieniony, Odwołujący nie posiada informacji na temat tego, kto tej zmiany dokonał. Bezspornym jest jednak, że dokonano modyfikacji polegającej na zmianie numeru katalogowego z numeru 8310415, który został przekreślony, na numer TDSK-06 pozostawiając w formularzu nazwę Dräger Medical, co powoduje dalszą niezgodność oferty firmy Aksis, gdyż dopisany kod TDSK-D6 nie jest przypisany do produktów firmy Dräger Medical, lecz firmy BluePoint Medical. W efekcie oferta firmy Aksis jest wewnętrznie sprzeczna: uzupełnione dokumenty wskazują, iż w ofercie Aksis znajduje się czujnik BluePoint Medical o kodzie TDSK-D6, ale formularz cenowy wskazuje, że w ofercie Aksis znajduje się nieistniejący produkt firmy Dräger Medical o kodzie TDSK-D6. W formularzu cenowym firmy Aksis w momencie oceny ofert pozostawał więc nieistniejący produkt, co winno być uznane za oczywistą niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i skutkować odrzuceniem oferty firmy Aksis w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powyższego wynika, że w ciągu całego postępowania firma Aksis nie zdołała wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w efekcie czego winna zostać wykluczona z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę dokonanie powyższych wykreśleń w treści oferty firmy Aksis oraz że pierwotnie firma Aksis zaoficerowała czujnik firmy Dräger Medical do inkubatorów, a potem Zamawiający zażądał próbki produktu, złożona próbka potwierdziła, że oferowana przez firmę Aksis dostawa nie odpowiada wymogom oferowanym przez Zamawiającego. Nie było więc zasadne wzywanie przez Zamawiającego firmy Aksis do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepis ten bowiem przewiduje uzupełnienie wówczas, gdy wykonawca nie złożył wymaganej próbki, co nie miało miejsca w tej sprawie, lub wówczas, gdy wykonawca złożył próbkę zawierającą błędy, co również nie miało miejsca w tej sprawie, bo próbka złożona pierwotnie przez firmę Aksis nie była obciążona żadnym błędem, była to próbka innego towaru niż wymagany.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie niezgodności ilości sztuk, przy czym niezgodność ta wynosiła 0,2% zamówienia w opisywanym zakresie

KIO 418/11 7 z 15

---

i wynikała z mylącego sformułowania pól tabeli załącznika cenowego przez Zamawiającego, a Zamawiający mógł i powinien był tę omyłkę poprawić we własnym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast firma Aksis złożyła o wiele bardziej wadliwą ofertę, która nie została konwalidowana w stopniu całkowitym, od początku zawierała wadę jakościową (zaoficerowanie próbek niezgodnych z wymaganym produktem) i od początku kwalifikowała się do odrzucenia, Zamawiający jednak, mimo że mógł i powinien odrzucić ofertę, wezwał do uzupełnienia próbek. Firma Aksis dokonała uzupełnienia, lecz w efekcie powyższego zmieniony został również formularz cenowy firmy Aksis. Mając na względzie rażąco

różne traktowanie przez Zamawiającego firmy Aksis i Covidien Sp. z o.o. zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy jest uzasadniony.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia została określona konkretna liczba sztuk. Jeśli powodowała ona, iż Odwołujący nie mógł zaoferować pełnej liczby opakowań, mógł zadać Zamawiającemu pytanie, aby Zamawiający odpowiednio zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia. Natomiast w niniejszym przypadku doszło do złożenia oferty w sposób sprzeczny z przedmiotem zamówienia i twierdzenia zawarte w odwołaniu potwierdzają, że złożenie oferty na inną liczbę sztuk nie było omyłką, lecz świadomym zabiegiem zmiany oferowanej liczby tak, aby liczba ta jak najbardziej odpowiadała wymaganiom. Podkreśla, iż w niniejszym postępowaniu nie zaistniała sytuacja, że nie da się wyliczyć konkretnej liczby sztuk lub ceny sztuki. Zamawiający sporządzając specyfikację nie oczekiwał zaoferowania danej liczby opakowań, ale sztuk asortymentu, wykonawcy oferują bowiem różne wielkości opakowań. W związku z tym, iż nie zaszła tutaj omyłka po stronie Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa i nie musiał poprawiać oferty, gdyż zaistniała niezgodność nie może mieć charakteru zamierzonego. Stwierdza, iż Zamawiający musiałby ustalać cenę jednostkową towaru. Poza tym, skoro

KIO 418/11 8 z 15

---

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający poprawiając omyłkę może skorygować ilość do wymaganej, to również Odwołujący mógł to uczynić na etapie składania oferty. Wskazuje na brak interesu Odwołującego w negowaniu oferty Przystępującego. Stwierdza też, iż zarzut dotyczący nieuprawnionego uzupełnienia próbki jest złożony po terminie, gdyż Odwołujący wiedział o tym fakcie już wcześniej. Stwierdza, iż na gruncie § 5 rozporządzenia o dokumentach próbka traktowana jest jak dokument i podlega uzupełnieniu, natomiast błąd polegał na tym, że była to próbka innego towaru.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła Anna Ignaciuk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Aksis” Hurtownia Sprzętu Medycznego, zwana dalej „Przystępującym” wnosząc o :

1. odrzucenie odwołania w zakresie niespełnienia wymogów określonych w art. 187 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. uznanie zarzutu, iż oferta Odwołującego niezasadnie została odrzucona, za chybiony, w konsekwencji oddalenie odwołania w tym zakresie,
3. odrzucenie odwołania w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że Odwołujący powołuje się na postępowanie znak sprawy ZP.62/07/10, natomiast Przystępujący nie złożył oferty w postępowaniu o tym numerze. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga powołania się w korespondencji na numer sprawy PN-62/10. Postępowanie, do którego domniemy Odwołujący się odnosi, posiada znak PN-62/10 i znajduje się na każdym piśmie Zamawiającego. W związku z powyższym odwołanie nie może być uznane za właściwe do postępowania PN-62/10. Tym samym Odwołujący nie spełnił warunku art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do obrazu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania, którego treść zawiera błędy formalne.

Poza tym stanowisko Odwołującego, jakoby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty była nieuprawniona, nie znajduje podstaw i przeczy stanowi faktycznemu i prawnemu.

Bezspornym jest, że opis przedmiotu zamówienia/formularz stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może być przez oferentów zmieniany w zakresie merytorycznym oraz ilościowym. Odwołujący w swojej ofercie zmniejszył wymagane przez Zamawiającego ilości czujników saturacji, tym samym podlegając wykluczeniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiany ilościowe Odwołujący motywuje brakiem możliwości kalkulacji ilości opakowań do wymagań Zamawiającego. Czujniki saturacji pakowane są w zwykłe kartony oklejone taśmą, a otwarcie opakowania zbiorczego nie ma żadnego wpływu na pojedynczo pakowane czujniki znajdujące się w środku. Jednocześnie fakt, iż na opakowaniu zbiorczym znajduje się ostrzeżenie w języku angielskim „Do not use if unit package is opened or damaged” wskazuje, iż nie należy używać ich w przypadku otwarcia lub uszkodzenia opakowania jednostkowego. Nie istnieją przepisy regulujące kwestię sprzedaży wyrobów medycznych sterylnych w ilościach innych niż podane na opakowaniu zbiorczym warunkiem zachowania ich sterylności. Opakowanie zbiorcze ma charakter umowny, istotne jest zaś tylko pod względem logistycznym, gdyż ułatwia kalkulację podczas składania zamówienia oraz transportu. Dodatkowo istotnym jest fakt, że Zamawiający w formularzu cenowym określił wymagane ilości asortymentu w sztukach, nie zaś opakowaniach, pozostawiając tym samym oferentom dowolność w kształtowaniu opakowań zbiorczych, z czego Covidien Polska Sp. z o.o. nie skorzystała. Uwzględnienie odwołania we wskazanym zakresie prowadziłyby do obrazy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców – art. 89 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Firma Aksis dołączyła próbkę czujnika temperatury w zakresie pakietu 7. pozycja 4. do monitora funkcji życiowych. Niewątpliwie inkubator jest urządzeniem służącym do pomiaru ww. funkcji. Brak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkowych wymagań dotyczących kompatybilności

pozwolił na zaoferowanie czujnika o numerze katalogowym 8310415 produkcji firmy Dräger. W toku rozpatrywania złożonych ofert Zamawiający wezwał firmę Aksis na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia próbek żądając, według przypuszczeń Przystępującego, próbek kompatybilnych z kardiomonitorem firmy Dräger, niemniej wobec ogólnikowego opisu przedmiotu zamówienia pierwsza próbka winna być uznana za prawidłową. W odpowiedzi próbka została uzupełniona. Powyższa zmiana nie miała wpływu na cenę oferty, inaczej niż w przypadku zaniżenia przez Covidien Polska Sp. z o.o. ilości wymaganych przez Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania we wskazanym zakresie prowadziłyby do obrazy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 26 ust. 3 poprzez ograniczenie prawa Zamawiającego do wezwania oferentów do uzupełnienia wymaganych specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokumentów i wyjaśnień oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez odrzucenie oferty firmy Aksis pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu Przystępujący nie dokonywał żadnych zmian w formularzu cenowym oferty po terminie składania ofert, a wszelkie poprawki zostały dokonane przed tym terminem. Zmiana znajdująca się na formularzu cenowym jest parafowana i podpisana przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy, data zaś jest tożsama z datą przygotowania oferty. Uwzględnienie odwołania we wskazanym zakresie prowadziłyby do obrazy przepisów ustawy Prawo

zamówień publicznych – art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz art. 89 ust. 2 poprzez odrzucenia oferty, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

KIO 418/11 11 z 15

---

publicznych. Izba stwierdziła, iż wskazana przez Przystępującego przyczyna (błąd w numerze postępowania) nie stanowi powodu odrzucenia odwołania, które zostało jednoznacznie zidentyfikowane jako dotyczące danego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym istotnych zamówienia, oferty specyfikacji warunków Odwołującego pism oraz z i Stron Przystępującego, wskazanych wyjaśnień i Przystępującego i stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania, zatem nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

Bezsporne jest, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że wymaga zaoferowania w pozycjach 1 – 3 części 7. odpowiednio 1600, 2000 i 400 sztuk czujników, określając we wzorze formularza specyfikacji cenowej ceny nie za sztukę, lecz opakowanie czujników (ilość opakowań i sztuk w opakowaniu mieli podać wykonawcy). Jako że powyższe wartości nie są podzielne przez 24, Odwołujący, jak wynika z uzasadnienia odwołania, z własnej inicjatywy „skorygował” w ofercie wymaganą przez Zamawiającego liczbę sztuk do odpowiadającej mu ilości opakowań, przy czym wyraźnie stwierdził, że jego intencją było zaoferowanie Zamawiającemu 1608, 1992 i 408 sztuk czujników. Tym samym, niezależnie od uznania, że Odwołujący składając ofertę w taki sposób niewątpliwie miał jak najlepsze intencje, należy przyznać rację twierdzeniu Zamawiającego, że jego działanie jest działaniem celowym, a nie omyłkowym. Zatem, pomimo iż dokonanie korekty oferty byłoby proste i nie wprowadzałoby istotnej zmiany do jej treści, nie zachodzi zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka zaistnienia omyłki. Do ziszczenia się bowiem możliwości dokonania korekty oferty w oparciu o ww. przepis,

KIO 418/11 12 z 15

---

konieczne jest równoczesne spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek.

Gdyby jeszcze we wszystkich spornych pozycjach liczba oferowanych sztuk była wyższa niż wymagał Zamawiający, można by było ewentualnie rozważyć, że dodatkowe sztuki są oferowane jako „gratisy”, jednak w poz. 2. intencją było zaoferowanie mniejszej liczby sztuk niż wymagana.

Na etapie składania ofert nie ma znaczenia, czy w trakcie realizacji umowy Zamawiający zakupi wszystkie zamawiane czujniki, gdyż ocenia się przedmiot oferty, a przedmiotem oferty miało być odpowiednio 1600, 2000 i 400 czujników. I niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawcy będą według

własnego uznania określać zakres przedmiotu zamówienia i w inny sposób określili go wykonawca, który oferuje opakowania po 10, 15, 24, 25 czy 30 sztuk. Oczywiście, określenie przez Zamawiającego w formularzu specyfikacji cenowej z niewiadomych przyczyn ceny za opakowanie, a nie za sztukę, było niezrozumiałe, jednak nic nie stało na przeszkodzie, by Odwołujący zwrócił na tę kwestię uwagę przed złożeniem oferty, zamiast samowolnie zmieniać wymagania Zamawiającego.

Natomiast w odniesieniu do oferty Przystępującego Izba stwierdziła, że Zamawiający i Przystępujący dokonali niezgodnej z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiany treści oferty. Jak wynika bowiem z formularza specyfikacji cenowej, Przystępujący wskazał w nim jako oferowaną w poz. 4 sondę Dräger Medical 8310415. Ta sama nazwa i symbol pojawia się w dalszej części oferty, w poz. 4 załącznika „Oświadczenie – wykaz załączonych do oferty próbek” i na kserokopii karty katalogowej produktu. Według zgodnych oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego również ten produkt został przedłożony w terminie składania ofert w postaci próbki. Tym samym treść oferty jest jednoznaczna i ze sobą zgodna, a próbka odpowiada deklaracji w części pisemnej oferty, zatem rzeczywiście nie zaistniał tu brak lub błąd, który wymagałby naprawienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast wezwanie Zamawiającego i przedłożenie nowej próbki wraz z kartą katalogową doprowadziło do zmiany treści oferty poprzez zmianę oferowanego produktu na produkt BluePoint

KIO 418/11 13 z 15

---

Medical o symbolu TDSK – D6 (w treści formularza specyfikacji cenowej nie dokonano zmiany, wskazana przez Odwołującego poprawka, to tylko adnotacja ołówkiem pod tabelą). Izba uznała, że nawet jeśli Odwołujący wcześniej wiedział lub mógł się dowiedzieć o dokonanej zmianie oferty, Zamawiający do chwili poinformowania wykonawców o wyniku postępowania, mógł skorygować swoją czynność i uznać ją za bezskuteczną, a ofertę ocenić w pierwotnym brzmieniu. Poza tym przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu jest również decyzja dotycząca domniemanego zaniechania odrzucenia oferty oraz prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponieważ po upływie terminu składania ofert zmiana treści oferty jest niemożliwa (poza poprawkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), dokonana zmianę należy uznać za bezskuteczną i Zamawiający powinien dokonać oceny oferty w postaci, w jakiej została złożona, czyli w odniesieniu do sondy Dräger Medical o symbolu 8310415 i jeśli uzna, iż jest ona, jego zdaniem niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, ofertę odrzucić – Izba wskazuje, że dokonanie zmiany oferowanego producenta i modelu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niemożliwe. Natomiast Izba nie nakazuje w sentencji niniejszego wyroku odrzucenia tej oferty, gdyż ów wątek ewentualnej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec zmiany treści oferty nie był przez Zamawiającego kontynuowany, a może być sporny i wobec dokonania nowej czynności, będzie mógł być przedmiotem środków ochrony prawnej. Ponieważ jednak powtórzenie czynności badania oferty Przystępującego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba, w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

**Przewodniczący**

.....