

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. H. Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź,**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

**unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego,**

**dokonanie ponownego badania i oceny oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,**

**2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź na rzecz wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa, kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od wykonawcy SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź na rzecz zamawiającego Szpital Kliniczny im. H. Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań, kwotę **4 138 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. H. Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. „Protezy głosowe. Jałowe jednorazowe wyroby medyczne” (numer sprawy DZP/323/2014), o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 07.11.2014 r., pozycja 234421.

Pismem z 4 grudnia 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty m.in. wykonawcy Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę SKAMEX Spółka z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi - w zakresie pakietu nr 2.

Wykonawca Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie - dotyczące pakietu nr 2 - od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, powodujących naruszenie przepisów ustawy Pzp, polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego z powołaniem się na niezgodność oferowanego asortymentu z wymogami zawartymi w SIWZ, podczas gdy oferta odwołującego w tym zakresie odpowiada wymogom zawartym w SIWZ - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k w Łodzi, pomimo że to oferta odwołującego w tym zakresie jest najkorzystniejsza i to ona powinna zostać wybrana - naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego - naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Łodzi oraz odrzuceniu oferty odwołującego;

- 2) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego;
- 3) wpłaty na rzecz odwołującego zgodnej z przepisanyymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

ponadto wniósł o:

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczności podniesione w piśmie, ze szczególnym uwzględnieniem:  
spełniania przez ofertę odwołującego kryteriów pozwalających uznać ofertę za najkorzystniejszą z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań materiałów, technologii i urządzeń, w tym wyrobów medycznych, na okoliczność ustalenia: cech charakterystycznych produktów oferowanych przez odwołującego oraz czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem w szczególności badania odnośnie niezgodności podniesionych przez odwołującego się w tym piśmie.

Uzasadnienie przedstawione przez odwołującego.

W zakresie pakietu nr 2 w poz. 8 SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania następującego asortymentu: „Obwód oddechowy do aparatu do znieczuleń dla dorosłych 2 rury rozciągliwe dł. min. 180 cm po rozciągnięciu, dodatkowa rura do worka o dł. po rozciągnięciu 90 cm, kolanko z portem luer lock, trójnik Y, bezlateksowy lub lateksowy worek oddechowy o poj. min. 2 litrów, czysty mikrobiologicznie.”

W zawiadomieniu o wyborze i odrzuceniu ofert, zamawiający poinformował odwołującego o wyborze w pakiecie nr 2 oferty SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Łodzi oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, z powołaniem się na okoliczność, że zaoferowany przez odwołującego w pakiecie nr 2 pod poz. 8 obwód oddechowy o numerze katalogowym 300/13330 (co oznacza niepowtarzalny kod właściwy dla tego wyrobu medycznego) zawiera ramię dodatkowe po rozciągnięciu o dł. 120 cm., co - w ocenie zamawiającego - determinuje niezgodność z wymogami określonymi w SIWZ i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty odwołującego.

Tymczasem zaoferowany przez odwołującego obwód oddechowy o numerze katalogowym 300/13330 spełnia wszelkie wymogi SIWZ. Na potwierdzenie odwołujący dołączył wymagane materiały katalogowe zaoferowanych produktów. Załączona ulotka katalogowa do poz. 8 pakietu nr 2 (w aktach, dla ułatwienia dołączona również do pisma)

zawiera szkic obwodu oddechowego o kodzie 300/13330 oraz krótki opis produktu pod rysunkiem. Na rysunku zaznaczone są maksymalne długości rur po rozciągnięciu (podstawowa - 180 cm, dodatkowa - 120 cm), ponadto w opisie produktu uwzględniono zakresy długości, w jakich rozciągają się rury (odpowiednio 60/180 cm i 45/120 cm).

Uwzględnivszy powyższe, oczywistym jest, że oferta odwołującego spełnia wymogi SIWZ w opisywanym zakresie, zaś decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty i braku wyboru odwołującego jest zupełnie nieracjonalna i pozbawiona jakichkolwiek podstaw.

Należałoby przyjąć, że jest ona spowodowana błędem osób wykonujących w imieniu zamawiającego czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które dokonując błędnej oceny oferty odwołującego w kontekście wymagań SIWZ, mogły zasugerować się szkicem obwodu oddechowego z załączonej ulotki, w którym dodatkowa rura oznaczona jest jako 120 cm - nie biorąc pod uwagę opisu produktu, w którym dodatkowa rura oznaczona jest jako rozciągalna w zakresie 45/120 cm. Trzeba przy tym mieć na względzie, że zamawiający wymagał zaoferowania obwodu oddechowego z *dodatkową rurą do worka o długości po rozciągnięciu 90 cm*, zaś z pewnością nie określił, że wymaga, aby rura miała 90 cm po maksymalnym rozciągnięciu/całkowitym rozciągnięciu, bowiem nie użył w tym wypadku sformułowania *długość maksymalnej/minimalnej*, jak w innych pozycjach tego pakietu. Tymczasem zaoferowany przez odwołującego obwód oddechowy posiada dodatkową rurę rozciągalną w zakresie 45-120 cm, zatem po jej rozciągnięciu z pewnością uda się uzyskać wymaganą przez zamawiającego długość 90 cm.

Nie bez znaczenia przy tym jest, że możliwość rozciągnięcia dodatkowej rury obwodu zaoferowanego przez odwołującego nie powinna absolutnie stanowić podstawy odrzucenia oferty z powodu rzekomej niezgodności z SIWZ, bowiem możliwość rozciągnięcia rury o dodatkowe 30 cm jest ewidentną zaletą tego wyrobu, która na różnych blokach operacyjnych, gdzie obwód jest używany, przy ustawieniu stołu operacyjnego w różnej odległości od aparatu do znieczulenia, może okazać się zdecydowanym ułatwieniem w pracy anestezjologów, a czasami wręcz czynnikiem decydującym o życiu pacjenta. Zazwyczaj taka dodatkowa możliwość wiąże się także z wyższą ceną, co w tej sprawie nie miało miejsca, bowiem odwołujący zaoferował lepszy, bezpieczniejszy i bardziej funkcjonalny produkt za ceną niższą niż oferta konkurencji.

Powyższe znajduje jednoznaczne potwierdzenie w ugruntowanych poglądach doktryny i orzecznictwa na ten temat. Dla przykładu odwołujący przytoczył tezy wyroków Zespołów Arbitrów: z dnia 14 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06; z dnia 18 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1416/06; z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-49/06.

W tym stanie rzeczy wadliwość postępowania zamawiającego jest w ocenie odwołującego oczywista.

Odwołujący składając w terminie ofertę, stał się potencjalnym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, tj. stał się podmiotem wskazanym w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc dysponującym legitymacją czynną do złożenia odwołania.

Nawet w przypadku uwzględnienia jedynie niektórych zarzutów sformułowanych w odwołaniu, jako zwycięska w zakresie pakietu nr 2, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniająca warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego spośród prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert. Tym samym firma odwołującego składająca odwołanie, bez wątplenia posiada interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej przewidzianego w ustawie Pzp.

Wykonawca - SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., z siedzibą w Łodzi - zgłosił w dniu 12 grudnia 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. H. Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. K. Marcinkowskiego w Poznaniu - przesłał Izbie w drodze faksu kopię informacji z 12 grudnia 2014 r. wskazującej adresata „wg rozdzielnika”, w której powołując się na przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zawiadomił o uwzględnieniu żądań przedstawionych w odwołaniu i dokonywaniu następujących czynności: „1. Unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty firmy COVIDIEN Polska Sp. z o.o. i Biameditek Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 2, z dnia 04.12.2014 r. 2. Dokonuje ponownej analizy złożonych ofert. 3. Dokonuje ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 2”, oferty nr 5 - złożonej przez odwołującego.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wezwany w przedmiocie oświadczenia co do wniesienia sprzeciwu, wniósł w dniu 18 grudnia 2014 r. na piśmie sprzeciw wobec czynności zamawiającego wskazanych w informacji z 12 grudnia 2014 r.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że wykonawca - SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Łodzi - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec skutecznego zgłoszenia przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w skrócie „przystępującym”.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, wniesionej ustnie do protokołu zgodnie z art. 186 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp (*Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu*), złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący, składając oświadczenie ustnie do protokołu, podtrzymał sprzeciw wniesiony na piśmie w dniu 18 grudnia 2014 r., wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie oceniając czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 2, dokonaną w dniu 4 grudnia 2014 r.

### **Izba ustaliła.**

W pkt 9.4.3 SIWZ zamawiający zamieścił następujące wymaganie dotyczące oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę: „Dla oferowanego przedmiotu zamówienia, zamawiający wymaga złożenia opisu zawierającego szczegółowe dane zaproponowanego przedmiotu zamówienia, który umożliwi potwierdzenie spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań ustalonych przez zamawiającego w postaci ulotek informacyjnych, katalogów lub innych dokumentów dla wszystkich oferowanych produktów. Szczegółowe wymagania zostały określone przez zamawiającego w Tomie nr III SIWZ.”

W tomie III SIWZ pt. Opis przedmiotu zamówienia, pakiet nr 2, w pozycji 8, zamawiający zamieścił następujący opis wymaganej dostawy: „Obwód oddechowy, do aparatu do znieczuleń dla dorosłych, 2 rury rozciągliwe, dł. min. 180 cm po rozciągnięciu, dodatkowa rura do worka o dł. po rozciągnięciu 90 cm, kolanko z portem luer lock, trójnik Y bezlateksowy lub lateksowy worek oddechowy o pojemności min. 2 litry, czysty mikrobiologicznie”.

Pytania dotyczące treści SIWZ oraz udzielone przez zamawiającego odpowiedzi z dnia 14 listopada 2014 r., wskazywane przez zamawiającego i przystępującego, brzmiały: „8. Pytanie: Pakiet 2 poz. 8. Prosimy Zamawiającego o dopuszczenie układu oddechowego z 2 rurami nierozciągliwymi długości 150 cm, łącznik Y dodatkowa rura nierozciągliwa długości 60 cm i worek 2 l. Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty na ww. asortyment”.

„18. Pytanie: Pytanie do pakietu 2 poz. 8. Prosimy o dopuszczenie obwodu oddechowego do aparatu do znieczuleń dla dorosłych, 2 rury rozciągliwe 200 cm po rozciągnięciu, dodatkowa rura do worka po rozciągnięciu 150 cm, z portem luer lock oraz łącznikiem Y, bezlateksowy worek oddechowy o pojemności 2 l., mikrobiologicznie czysty. Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”.

Odwołujący zaoferował „Rozciągliwy polipropylenowy obwód oddechowy dla dorosłych”: „300/13330 Polipropylenowy rozciągliwy obwód oddechowy 60/180 cm, ramię dodatkowe 45/120 cm, trójnik z łącznikiem kątowym z portem do kapnografii, worek oddech. 2 l” (ulotka katalogowa). Obwód oddechowy został przedstawiony w postaci szkicu obwodu oddechowego o kodzie 300/13330 oraz krótkiego opisu produktu pod rysunkiem. Na rysunku zostały zaznaczone maksymalne długości rur po rozciągnięciu (podstawowa - 180 cm, dodatkowa - 120 cm), w opisie produktu uwzględniono zakresy długości, w jakich rozciągają się rury (odpowiednio 60/180 cm i 45/120 cm) - str. 135 oferty.

Pismem z 04.12.2014 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uzasadnieniem, że „(...) Wykonawca zaoferował obwód oddechowy o nr kat. 300/13330 z ramieniem dodatkowym po rozciągnięciu o dł. 120 cm.” Przedmiotem sporu jest więc wymagana „dodatkowa rura do worka o dł. po rozciągnięciu 90 cm” - dodatkowe ramię wskazane w ofercie jako rozciągliwe o długości 45/120 cm.

Na rozprawie odwołujący utrzymywał, że wymagana długość dodatkowej rury po rozciągnięciu 90 cm jest spełniona, gdyż zaoferowana długość rury 45/120 cm po rozciągnięciu mieści w tym przedziale długość 90 cm. Wniósł o uwzględnienie odwołania zgodnie z zarzutami i żądaniami przedstawionymi w odwołaniu.

Zamawiający uznał stanowisko odwołującego za zasadne wskazując, że w wyniku udzielonych wyjaśnień dopuścił inne produkty oferowane na rynku (odpowiedź 8). Na pytanie o dopuszczenie dodatkowej rury o długości 150 cm, na podstawie analizy pełnego pytania, odwołał się do postanowień SIWZ (odpowiedź 18). Zamawiający oświadczył na rozprawie, że niewłaściwie zbadał i ocenił ofertę odwołującego, gdyż brał pod



uwagę część treści ulotki zamieszczonej na stronie 135 oferty. Stwierdził, iż uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego przedstawione w piśmie z dnia 04.12.2014 r. jest wadliwe, ponieważ wskazuje, że obwód oddechowy z ramieniem dodatkowym po rozciągnięciu o długości 120 cm stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ, a przyczyną takiej oceny był przedstawiony na rysunku wymiar rzeczywisty rury o długości 120 cm. Po wniesieniu odwołania, Komisja Przetargowa ponownie przeanalizowała przedstawiony rysunek uznając, że wymiar 90 cm mieści się w rozdziale 45/120 cm, zgodnie z opisem zamieszczonym pod rysunkiem, nie uwzględnionym w toku pierwotnego badania i oceny oferty. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący, powołując się na odpowiedzi zamawiającego (wyjaśnienia treści SIWZ) udzielone na pytania 8 i 18 utrzymywał, że zamawiający w konsekwencji dopuścił dwie długości dodatkowych rur: nierozciągliwe 60 cm i rozciągliwe 90 cm po rozciągnięciu. Wskazywał, że wobec nie dopuszczenia dodatkowej rury po rozciągnięciu 150 cm, nie jest dopuszczalna również długość 120 cm po rozciągnięciu. Składając wykaz orzecznictwa Izby w zakresie związania zamawiającego postanowieniami SIWZ od jej udostępnienia wykonawcom oraz w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (KIO 1593/14, KIO 1510/14, KIO 1500/14, KIO 1421/14, KIO 1054/14, KIO 962/13, KIO 734/14, KIO 2971/13, KIO 642/14, KIO 77/14), wniósł o oddalenie odwołania.

### **Izba zważyła.**

Oceniając zarzuty w granicach odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), Izba uznała, że:

- odwołujący spełnia przesłanki przesądzające o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w pakiecie nr 2. Oferta odwołującego przedstawia najniższą cenę (kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 95%), zatem w przypadku uznania, że oferta nie podlega odrzuceniu, odwołujący ma szansę na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą;
- odwołujący wykazał, przy przyznaniu przez zamawiającego faktów, zasadność zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty (do czego sprowadza się rozpoznanie odwołania w związku z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), co skutkuje uwzględnieniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis ten, jako podstawa odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie jak też w orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Na podstawie powyższego wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowiąca podstawę odrzucenia oferty, musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także uprawnienia zamawiającego, żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem niezgodność powinna dotyczyć sfery zobowiązania oczekiwanego przez zamawianego, opisanego w SIWZ oraz oferowanego przez wykonawcę w zakresie sposobu wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do merytorycznej treści zobowiązania, więc treści oferty w rozumieniu wskazanego przepisu. Stwierdzenie niezgodności powinno wykazywać na czym polega niezgodność, co w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami, czy normami SIWZ, ewentualnie wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego uzupełniającymi treść SIWZ.

Można więc przyjąć, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego) - w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1845/13.

Opis zamawiającego co do wymagań w zakresie obwodu oddechowego do znieczulenia dla dorosłych, mimo sporu wyłącznie w zakresie dodatkowej rury, należy oceniać całościowo, gdyż dodatkowa rura, jak sama nazwa wskazuje, stanowi wyposażenie obwodu.

Żądanie zamawiającego w zakresie pakietu nr 2 w pozycji 8 Opisu przedmiotu zamówienia - obwodu oddechowego do aparatu do znieczuleń dla dorosłych, 2 rur rozciągliwych dł. min. 180 cm po rozciągnięciu - wskazywało jednoznacznie minimalną długość skutkującą tym, że zaoferowanie rur rozciągliwych poniżej tej długości nie mogło być uznane jako zgodne z wymaganiami SIWZ, mimo że zaoferowanie rur o maksymalnej

długości 180 cm, nie stanowiło podstawy do uznania niezgodności oferty z wymaganiami.

Opis żądania dodatkowej rury o długości po rozciągnięciu, mimo tego samego obwodu oddechowego, jest odmiennym opisem od opisu dotyczącego 2 rur. Zamawiający wskazał tutaj długość rury po rozciągnięciu 90 cm. Brak wyjaśnień odnośnie tego opisu, wobec braku wątpliwości wykonawców, stanowi o konieczności oceny wymagania zamawiającego w kontekście celu jakemu ma służyć oraz funkcji jaką ma pełnić dodatkowa rura, przy uwzględnieniu wyjaśnień zamawiającego (odpowiedź na pytanie 18).

Pytanie i odpowiedź 18, wskazywane na rozprawie, dotyczyły możliwości zaoferowania 2 rur 200 cm po rozciągnięciu, przy jednoczesnym wskazaniu długości dodatkowej rury po rozciągnięciu 150 cm. Brak danych ma temat zakresu możliwego rozciągnięcia dodatkowej rury, powoduje brak możliwości oceny, czy długość po rozciągnięciu 150 cm mieści wymaganą przez zamawiającego długość 90 cm, czy też nie (okoliczność podnoszona i omawiana na rozprawie).

Na analogicznej zasadzie została oceniona oferta odwołującego w dniu 04.12.2014 r. Oceny dokonano na podstawie rysunku przedstawionego w pierwszej części drugiej (dolnej) tabeli zamieszczonej na stronie 135 oferty, natomiast pominięto opis zamieszczony pod rysunkiem, z którego wynika, że rozciągnięcie ramienia dodatkowego wynosi 45/120 cm (fakty stanowiące zarzut odwołania przyznane przez zamawiającego). Zatem, słuszne są stanowiska odwołującego i zamawiającego o braku podstaw do uznania, że dodatkowa rura (...) po rozciągnięciu do 120 cm nie osiąga opisanych w SIWZ 90 cm z powodu przekroczenia tej długości.

Pytanie i odpowiedź 8, poza informacją, że zamawiający dopuścił zaoferowanie rur o innych długościach (w tym pytaniu rur nierozciągliwych) nie ma zastosowania do oceny zarzutów odwołania.

Przystępujący, poza powołaniem się na pytania i odpowiedzi 8 i 18, nie przedstawił uzasadnienia, czy dowodów pozwalających na odmienną ocenę czynności zamawiającego, o których mowa w piśmie z 04.12.2014 r. Orzecznictwo wskazane w wykazie złożonym na rozprawie nie dotyczy stanu faktycznego adekwatnego do rozpoznawanego w tym postępowaniu.

Poza sporem należy wskazać, że w sytuacji, gdy „(...) potwierdzenie spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań ustalonych przez zamawiającego w postaci ulotek informacyjnych, katalogów lub innych dokumentów dla wszystkich oferowanych produktów” (pkt 9.4.3 SIWZ), następuje na podstawie oświadczeń lub dokumentów,

o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obligatoryjne zastosowanie znajdują przepisy art. 26 ust. 3 i 4 tej ustawy.

W orzecznictwie wskazuje się, że „(...) za treść oferty uznaje się oświadczenie woli wykonawcy wyrażające jego zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, w określony sposób i za określoną cenę. Zobowiązanie to wyrażone jest zwykle w formularzu ofertowym, jednak może znaleźć się również w innych składanych przez wykonawcę dokumentach, mających na celu skonkretyzowanie przedmiotu zamówienia (...).

Dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, nie stanowią ściśle treści oferty, a jedynie służą potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Są to tak zwane dokumenty przedmiotowe (...).

W przypadku braków lub błędów w dokumentach przedmiotowych, Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (...). Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 154/12.)

Dopiero niezłożenie przez wykonawcę prawidłowych dokumentów - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia - będzie skutkowało uznaniem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.” - wyrok z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO1803/14.

Mając na uwadze wykazane naruszenie - w toku badania i oceny oferty - przepisów przedstawionych w odwołaniu (art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp) oraz przyznanie faktów przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie pakietu nr 2 i nakazała jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając od wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz na rzecz

zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby - na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem wynagrodzenia pełnomocników stron do kwot 3 600 zł, wynikającym z przepisów wskazanego rozporządzenia.

**Przewodniczący: .....**