

Sygn. akt: KIO 1423/16

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Fresenius Medical Care Polska S.A. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Fresenius Medical Care Polska S.A. w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fresenius Medical Care Polska S.A. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Fresenius Medical Care Polska S.A. w Poznaniu** na rzecz **Dolnośląskiego Szpitala Specjalistycznego im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „dostawy wyrobów medycznych do hemodializy wraz z dzierżawą aparatów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 marca 2016 r., nr 2016/S 062-106764.

21 lipca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Fresenius Medical Care Polska S.A. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania 1 oraz unieważnieniu postępowania w zakresie tego zadania z uwagi brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec czynności:

- a) czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1,
- b) czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania 1,
- c) czynności zatrzymania przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołującego w zakresie zadania 1

odwołujący wniósł 1 sierpnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - b) art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - c) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - d) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych
- przez błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania na zadanie 1 i odrzuceniu oferty odwołującego na zadanie 1 oraz zatrzymaniu wadium.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 24 czerwca 2016 r. nie wyraził zgody na dokonane przez zamawiającego uzupełnienie „formularza cenowego” dla zadania 1. Powołał się na instrukcję jaka została zawarta we wzorze formularza cenowego. Zgodnie z tą instrukcją:

„♦ Należy podać wartość kompletnego pakietu niezbędnego do wykonania 1 zabiegu, opisanego w kolumnie nr 2.

§ Wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy po przetargowej, wyceni poszczególne zaoferowane elementy pakietu niezbędnego do wykonania zabiegu. Powyższa szczegółowa wycena poszczególnych elementów zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zabiegu nie może przekraczać ceny całego zaoferowanego pakietu dla jednego zabiegu, wykazanej przez Wykonawcę w złożonym w ofercie „Formularzu cenowym”.

§ Wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy poprzetargowej, wyceni poszczególne elementy kompletów zaoferowanych wyrobów medycznych. Powyższa szczegółowa wycena poszczególnych elementów kompletów zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów kompletu nie może przekraczać ceny całego kompletu, wykazanej przez Wykonawcę w złożonym w ofercie „Formularzu cenowym”.

Odwołujący podkreślił, że instrukcja sugeruje, że skład pakietu oraz jego szczegółowa wycena zostanie przedstawiona przez wykonawcę po wybraniu oferty. Dokonana czynność zamawiającego stanowiła uzupełnienie formularza cenowego przez określenie składu poszczególnych pakietów oraz ilości poszczególnych pozycji, które stoją w sprzeczności z założonymi parametrami zabiegów przedstawionymi przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawcy oraz protokołami zabiegów stosowanych w oferowanym przez odwołującego aparacie - w szczególności dotyczyło to ilości płynów. Także włączenie do pakietów takich pozycji jak cewnik czy kolce SPIKE nie było w żaden sposób uzasadnione. Odwołujący wskazał dodatkowo, że przygotowując ofertę opracował także zestawienie poszczególnych elementów pakietów niezbędnych do wykonania zabiegów, które stanowiły podstawę skalkulowania wartości pakietów, które z uwagi na cytowaną powyżej instrukcję nie zostały włączone do oferty. W związku z zaistniałą sytuacją odwołujący załączył zestawienie do pisma jako uzupełnienie dokumentów wchodzących w skład oferty, z adnotacją, że dokumenty są ważne na dzień składania ofert. Dostępność materiałów z danymi technicznymi producenta przedłożonych do oferty nie stanowi dla zamawiającego podstawy dla zdefiniowania zawartości i ilości elementów składających się na pakiet, a tym samym narzucenia wykonawcy określonego rodzaju i ilości poszczególnych składników pakietu. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, że łączna cena poszczególnych pakietów została już w ofercie określona i jest wiążąca.

Odwołujący podniósł, że celem wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było ograniczenie sytuacji, w których korzystne cenowo oferty podlegały odrzuceniu z uwagi na fakt, iż pojawiły się w nich mało znaczące błędy niemożliwe jednak do poprawienia na mocy określonych ustawowo zasad. Faktem jest, że przepis ten zawiera wiele pojęć niejednoznacznych i rodzi szereg problemów w praktyce. Nie ulega jednak wątpliwości

kolejny fakt, że aby zamawiający mógł skorzystać z tego przepisu niezbędne jest ustalenie czy dana niezgodność oferty z SIWZ w ogóle ma charakter omyłki (niedopatrzienia, opuszczenia, drobnych różnic, błędów niezamierzonych). Stąd wpisanie w ofercie przez odwołującego zgodnie z instrukcją załączoną do formularza cenowego w zadaniu 1 „*zadanie wieloskładnikowe - poszczególne elementy będą opisane w przypadku wyboru oferty zgodnie z SIWZ 1.3*” przesądza o tym, że nie mogło to zostać potraktowane jako „inna omyłka” w tym sensie, który nadaje jej przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poza tym zmiana dokonana przez zamawiającego spowodowała istotną zmianę treści oferty, co jest również niezgodne z ww. przepisem. Zdaniem odwołującego SIWZ nie nakładała obowiązku podawania szczegółowych składników zestawu na etapie oferty, a w szczególności ilości tych elementów, widać to również w konstrukcji formularza cenowego. Co prawda zawiera on kolumnę „nazwa handlowa, nr katalogowy”, ale jest to nagłówek wspólny dla wszystkich zadań w postępowaniu przetargowym, a przedmiotowe pozycje oddzielone są od nagłówka kilkoma wierszami o innym układzie kolumn. Dodatkowo wskazać należy, że zamawiający nie wymagał nigdzie minimalnej zawartości składników tego pakietu (co ma w ten pakiet wchodzić jakie elementy). Uzupełnienie przez zamawiającego oferty poprzez dodanie jakie składniki wchodzi w skład pakietu oraz w jakich ilościach, bez wątplenia istotnie ingeruje w treść oferty. W szczególności narzuca wykonawcy co i w jakich ilościach ma dostarczyć w ramach pakietu, a SIWZ tego nie regulował. Ponadto powoduje wzrost kosztu pakietu, który pierwotnie został określony na podstawie kalkulacji jakiej dokonał wykonawca w oparciu o parametry zabiegów podane przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawcę oraz protokoły zabiegów stosowane w oferowanym przez odwołującego systemie. Nie wiadomo na jakiej podstawie, czym się sugerując, zamawiający wskazał zawartość pakietu - poszczególne składniki pakietu i ich ilości. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie wziął pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy, w tym instrukcji jaką sam zamieścił w formularzu cenowym, a także oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu cenowym - zadanie wieloskładnikowe - poszczególne elementy będą opisane w przypadku wyboru oferty zgodnie z SIWZ 1.3, a także własnych odpowiedzi w zakresie parametrów zabiegu, mających istotne znaczenie dla ustalenia ilości poszczególnych składników pakietu. Natomiast w oparciu o normę zawartą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zmienił ofertę w sposób dobrowolny - co do rodzaju i ilości elementów pakietu - przedmiotu zamówienia. Odwołujący pismem z dnia 24.06.2016r. nie tyle nie wyraził zgody na poprawę omyłki, co nie wyraził zgody na dokonanie uzupełnienia formularza cenowego dla zadania 1 powodującego zmianę oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp odwołujący podniósł, że z założenia zatrzymanie wadium na ww. podstawie prawnej miało zapobiegać znikom wykonawców, którzy celowo nie uzupełniali dokumentów i w ten sposób wpływali na wynik

przetargu. U podstaw zatrzymania wadium odwołującego leży niezrozumienie oraz nieprawidłowa interpretacja przez zamawiającego przepisów wobec faktu, że oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu w przedmiotowym zakresie. O istnieniu ryzyka zmowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdy umyślnie i celowo nie podporządkowuje się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego z 23 czerwca 2016 r. skierowane do odwołującego o poprawieniu omyłki w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pismo odwołującego z 24 czerwca 2016 r. stanowiące odpowiedź na ww. zawiadomienie, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 z 21 lipca 2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie zadania 1 została odrzucona, zaś postępowanie w tej części unieważnione z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w tej części i unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp unieważnił postępowanie w zadaniu 1 i niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 1. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są „dostawy wyrobów medycznych do hemodializy wraz z dzierżawą aparatów”. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 6 części.

W pkt 1.3. SIWZ zamawiający wskazał, że w przypadku zadania 1 *wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy po przetargowej, wyceni poszczególne zaoferowane elementy pakietu niezbędnego do wykonania zabiegu. Powyższa szczegółowa wycena poszczególnych elementów zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zabiegu nie może przekraczać ceny całego zaoferowanego pakietu dla jednego zabiegu, wykazanej przez Wykonawcę w złożonym w ofercie „Formularzu cenowym”.*

W pkt 3.1. c SIWZ zamawiający wskazał, że uzna iż wykonawca spełnia wymagania dotyczące oferowanego asortymentu jeśliłoży materiały w języku polskim z danymi technicznymi producenta wraz z wyspecyfikowanymi numerami katalogowymi (instrukcje używania, strony katalogów) potwierdzające spełnianie wymagań określonych w formularzu cenowym, stanowiącym integralną część SIWZ oraz nazwę producenta, dla zaoferowanego asortymentu.

W pkt 12.1 ppkt b SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę zawierającą wypełniony formularz cenowy zgodnie ze wzorem złożonym przez zamawiającego stanowiącym integralną część SIWZ, który stanowić będzie następnie załącznik nr 1 do umowy.

W pkt 12.1 lit. o SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć materiały w języku polskim z danymi technicznymi producenta wraz z wyspecyfikowanymi numerami katalogowymi (instrukcje używania, strony katalogów) potwierdzające spełnianie

wymagań określonych w formularzu cenowym, stanowiącym integralną część SIWZ oraz nazwę producenta, dla zaoferowanego asortymentu.

We wzorze formularza cenowego, stanowiącego załącznik do SIWZ, w zakresie zadania 1, zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa 5 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych (pozycja 1). W kolumnie 2, w pozycjach od 2 do 7 wzoru formularza cenowego zamawiający wymagał zaoferowania następującego asortymentu:

- a) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania ciągłej hemodiafiltracji przez okres 72h,
- b) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodializy cytrynianowej przez okres 72h,
- c) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodializy cytrynianowej dla pacjentów we wstrząsie septycznym przez okres 72h,
- d) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania plazmotransferazy,
- e) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania terapii dializy wątrobowej SPAD przez okres 10h,
- f) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodiafiltracji cytrynianowej postdylucyjnej przez okres 72h.

Zamawiający wskazał we wzorze formularza cenowego, dla jakiej liczby zabiegów należy zapewnić asortyment wymieniony powyżej.

We wzorze formularza cenowego, w kolumnie 3, zamawiający oczekiwał podania nazwy handlowej i nr katalogowego oferowanego asortymentu.

Pod wzorem formularza cenowego zamawiający zamieścił następujące uwagi.

„♦ Należy podać wartość kompletnego pakietu niezbędnego do wykonania 1 zabiegu, opisanego w kolumnie nr 2.

§ Wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy po przetargowej, wyceni poszczególne zaoferowane elementy pakietu niezbędnego do wykonania zabiegu. Powyższa szczegółowa wycena poszczególnych elementów zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zabiegu nie może

przekraczać ceny całego zaoferowanego pakietu dla jednego zabiegu, wykazanej przez Wykonawcę w złożonym w ofercie „Formularzu cenowym”.

\$ Wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy przetargowej, wyceni poszczególne elementy kompletów zaoferowanych wyrobów medycznych. Powyższa szczegółowa wycena poszczególnych elementów kompletów zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów kompletu nie może przekraczać ceny całego kompletu, wykazanej przez Wykonawcę w złożonym w ofercie „Formularzu cenowym”.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert ofertę na zadanie nr 1 złożył odwołujący. Odwołujący w formularzu cenowym, dotyczącym zadania nr 1, w wierszu 1, zaoferował zamawiającemu dzierżawę 5 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych o nazwie MultiFiltrate CiCa M201271 firmy Fresenius Medical Care.

W wierszach 2 do 7, w kolumnie 2 formularza cenowego odwołujący zaoferował zamawiającemu:

- a) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania ciągłej hemodiafiltracji przez okres 72h,
- b) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodializy cytrynianowej przez okres 72h,
- c) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodializy cytrynianowej dla pacjentów we wstrząsie septycznym przez okres 72h,
- d) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania plazmotransferazy,
- e) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania terapii dializy wątrobowej SPAD przez okres 10h,
- f) zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy eksploatacyjny do aparatu z poz. 1 do wykonywania terapii nerkozastępczych - niezbędny do wykonania hemodiafiltracji cytrynianowej postdylucyjnej przez okres 72h.

W kolumnie 3 wierszy 2-7 formularza cenowego, zatytułowanej „nazwa handlowa, nr katalogowy”, odwołujący wpisał „zadanie wieloskładnikowe – poszczególne elementy będą opisane w przypadku wyboru oferty (zgodnie z SIWZ 1.3)”.

Do oferty odwołujący załączył instrukcje używania i strony katalogów, które miały dotyczyć zaoferowanego asortymentu.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2016 r., zawiadomił odwołującego, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w jego ofercie omyłki polegające na niegodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazał, że wymagał podania w kolumnie 3 formularza cenowego nazwy handlowej oraz numeru katalogowego zaoferowanych wyrobów. W złożonym w ofercie odwołującego formularzu cenowym dla zadania 1 w pozycjach 2 – 7 odwołujący nie podał ww. nazw handlowych i numerów katalogowych, które to dane znajdują się w materiałach z danymi technicznymi producenta złożonymi w ofercie. W konsekwencji zamawiający zawiadomił, że poprawia formularz cenowy dla zadania 1 w określony przez siebie sposób. W załączeniu do pisma zamawiający wskazał sposób poprawienia, wskazując nie tylko nazwy handlowe i numery katalogowe ale także ilości wyrobów. Zamawiający wskazał także, że oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdy w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia odwołujący nie wyrazi zgody na poprawienie ww. omyłek.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. zawiadomienie odwołujący złożył pismo z 24 czerwca 2016 r. W piśmie tym odwołujący oświadczył, że nie wyraża zgody na dokonane przez zamawiającego uzupełnienie formularza cenowego dla zadania 1. Odwołujący powołał się na przytoczone wyżej uwagi znajdujące się pod wzorem formularza cenowego, stanowiącego część SIWZ. Wskazał, że te uwagi wskazują, iż skład pakietu oraz jego szczegółowa wycena zostaną przedstawione przez wykonawcę dopiero po wybraniu jego oferty. Odwołujący wskazał, że dokonując uzupełnienia zamawiający określił skład poszczególnych pakietów oraz oszacował ilość poszczególnych pozycji w sposób nie odpowiadający założonym parametrom zabiegów oraz protokołowi zabiegów stosowanemu w oferowanym przez odwołującego systemie – w szczególności dotyczy to płynów. Jednocześnie odwołujący nie może zgodzić się na włączenie przez zamawiającego do pakietów takich pozycji jak cewniki czy kolce SPIKE. Odwołujący załączył do ww. pisma sporządzone przez siebie zestawienie poszczególnych elementów pakietów niezbędnych do wykonania zabiegów, które stanowiły podstawę do skalkulowania wartości pakietów. Odwołujący w zestawieniu wskazał na nazwy handlowe i numery katalogowe ale także ilości wyrobów, różniące się od zestawienia sporządzonego przez zamawiającego przy piśmie z 23 czerwca 2016 r.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, uznając, że odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty. W uzasadnieniu faktycznym

zamawiający wskazał, że zamawiający wymagał podania w kolumnie 3 formularza cenowego nazwy handlowej oraz numeru katalogowego zaofiarowanych wyrobów. W złożonym w ofercie odwołującego formularzu cenowym dla zadania 1 w pozycjach 2 – 7 odwołujący nie podał ww. nazw handlowych i numerów katalogowych, które to dane znajdują się w materiałach z danymi technicznymi producenta złożonymi w ofercie. Wobec powyższego zamawiający podjął próbę poprawienia uzupełnienia formularza cenowego o brakujące dane, pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże wykonawca nie wyraził zgody na powyższe. Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej, formularz cenowy stanowić będzie załącznik do umowy, zgodnie z którym będą dokonywane zamówienia. A zatem dane takie jak nazwy handlowe i numery katalogowe są niezbędne do realizowania zamówień zgodnie z umową. Ponadto zamawiający przed dokonaniem rozstrzygnięcia musi mieć wiedzę, jaki przedmiot zamówienia jest oferowany przez wykonawcę w celu należytego zbadania oferty pod względem zgodności oferowanych wyrobów z wymogami zawartymi w SIWZ. Ponadto niedopuszczalne jest, aby wykonawca ustalał oferowany przedmiot zamówienia po otwarciu ofert, gdyż takie postępowanie prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, co prowadziłoby do nadużyć i godziło w jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający poinformował także, że postępowanie w zakresie zadania nr 1 podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający wskazał także, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium wniesione dla zadania 1, gdyż odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w tej części zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący w zakresie zadania nr 1 w formularzu cenowym nie podał w kolumnie 3 nazw ani numerów katalogowych w odniesieniu do oferowanych przez siebie zestawów, płynów oraz sprzętu jednorazowego eksploatacyjnego

do aparatu, które miały być użyte do wykonywania terapii nerkozastępczych, określonych w wierszach 2 – 7 formularza cenowego. W kolumnie 3 wierszy 2-7 formularza cenowego, zatytułowanej „nazwa handlowa, nr katalogowy”, odwołujący wpisał jedynie „zadanie wieloskładnikowe – poszczególne elementy będą opisane w przypadku wyboru oferty ...”. Odwołujący załączył ponadto do oferty instrukcje używania i strony katalogów, które miały dotyczyć zaoferowanego asortymentu.

Jeżeli chodzi o treść SIWZ, to zamawiający w pkt 1.3 wskazał, że wykonawca którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza przed zawarciem umowy przetargowej, wyceni poszczególne zaoferowane elementy pakietu niezbędnego do wykonania zabiegu. Powyższa szczegółowa wycena zostanie wykazana w załączniku nr 1 do umowy. Suma cen poszczególnych wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zabiegu nie może przekraczać ceny dla całego zaoferowanego pakietu dla jednego zabiegu. Tożsama adnotacja znajdowała się pod wzorem formularza cenowego. Ponadto w pkt 12.1 SIWZ zamawiający przesądził, że oferta musi zawierać „wypełniony formularz cenowy” zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ. Z kolei we wzorze formularza cenowego zamawiający, w kolumnie 3, oczekiwał podania nazwy handlowej i nr katalogowego dla przedmiotu zamówienia opisanego w kolumnie 2. W kolumnie drugiej zaś wymieniono zestaw, płyny oraz sprzęt jednorazowy do wykonania określonych zabiegów w określonym czasie.

Analiza wszystkich przytoczonych postanowień SIWZ prowadziła do wniosku, że zamawiający oczekiwał od wykonawców podania już w ofercie nazw i numerów handlowych dla asortymentu oferowanego przez wykonawców. Z przywołanych postanowień wynikało ponadto, że tylko szczegółowa wycena poszczególnych elementów pakietu mogła być przedstawiona po terminie składania ofert. Odwołujący błędnie uznał, iż uprawniony jest do zaniechania ujawnienia w formularzu nazw i nr katalogowych dla oferowanych zestawów, płynów oraz sprzętu jednorazowego. Gdyby istotnie, jak utrzymywał odwołujący, sporne dane miały być ustalane po terminie składania ofert, to zbędna byłaby kolumna 3 formularza. Zamawiający w pkt 12.1 SIWZ wymagał zaś, aby formularz cenowy został przez wykonawcę wypełniony nie przewidując w tym zakresie żadnych odstępstw, w szczególności w odniesieniu do kolumny 3. Ponadto w pkt 1.3 SIWZ i w uwagach znajdujących się pod wzorem formularza, zamawiający ewidentnie nawiązywał jedynie do wyceny, która mogła być przedstawiona w terminie późniejszym. Wbrew stanowisku odwołującego w żadnym wypadku zastrzeżenie to nie odnosiło się natomiast do przedstawienia składu pakietu.

W ocenie Izby uchybienie odwołującego należało potraktować jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a zatem uchybienie o charakterze merytorycznym. Z przywołanych postanowień SIWZ wynikało oczekiwanie zamawiającego co do jednoznacznej identyfikacji oferowanego asortymentu. Jak słusznie wskazywał zamawiający, jednoznaczne

dane pozwalające zidentyfikować przedmiot oferty, były dla niego niezbędne celem zbadania czy odpowiada on wymogom określonym w treści SIWZ. W tej sytuacji zaniechanie odwołującego pozbawiało zamawiającego tej możliwości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z przywoływanego przepisu konieczność odrzucenia oferty musi być poprzedzona analizą, czy niezgodność nie może zostać przez zamawiającego usunięta zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że do oferty odwołującego załączono instrukcje oraz materiały katalogowe odnoszące się do oferowanego przez odwołującego asortymentu. Wobec powyższego zamawiający podjął próbę zrekonstruowania brakujących danych, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co nastąpiło pismem z 23 czerwca 2016 r. Przywoływany przepis stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany treści oferty.

W oparciu o treści pisma zamawiającego z 23 czerwca 2016 r., odpowiedź odwołującego na ww. pismo z 24 czerwca 2016 r. oraz w oparciu o stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy Izba stwierdziła, że czynność poprawienia omyłek z 23 czerwca 2016r. okazała się nieprawidłowa. Zamawiający w oparciu o treść kart katalogowych – i jak twierdzi – doświadczenia personelu medycznego - podjął próbę ustalenia nazw handlowych i nr katalogowych elementów pakietów, które miały być niezbędne do wykonania zabiegów określonych w SIWZ. Jednakże odwołujący w piśmie z 24 czerwca 2016 r. przedstawił własny, w wielu miejscach znacząco odmienny, sposób poprawienia brakujących danych. Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśniał, że oparł swe zestawienie na założeniu, zgodnie z którym miał zaoferować jedynie materiały do dzierżawionego aparatu. Z kolei zamawiający utrzymywał, że oczekiwał zaoferowania wszystkich elementów, jakie mogą okazać się konieczne do wykonania zabiegów określonych w SIWZ. Izba stwierdziła, że – na gruncie postanowień SIWZ – za prawidłowe należało uznać stanowisko zamawiającego. Zamawiający w wielu miejscach SIWZ nawiązywał do „zabiegów”. Powyższe wynikało z samego formularza cenowego, w którym należało wycenić „zestaw, płyny i sprzęt eksploatacyjny do aparatu”, z doprecyzowaniem, iż mają być niezbędne do wykonania zabiegu przez wskazany okres. Nawiązania do zabiegów wynikały także z postanowień pkt 1.3 SIWZ i uwag pod wzorem formularza.

Niezależnie jednak od prawidłowości założenia zamawiającego Izba stwierdziła, że zamawiający nie przedstawił przekonującego dowodu, w oparciu o który można byłoby ustalić, że sposób poprawienia omyłek dokonany w piśmie z 23 czerwca 2016 r., był jedynym możliwym. Przykładowo odwołujący zaprzeczył, aby do hemodializy cytrynianowej miały być stosowane dializaty z zawartością wapnia, do których miały zaliczać się dializaty multibic. Izba stwierdziła że na zamawiającym spoczywał z mocy art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy

Pzp, ciężar wykazania tej okoliczności, albowiem to zamawiający uważał, że ww. elementy są niezbędne do przeprowadzenia zabiegu hemodializy cytrynianowej. W ocenie Izby zamawiający temu obowiązкови nie sprostął, albowiem jego stanowisko pozostało gołosłowne. W świetle ww. stanu faktycznego, Izba zmuszona była dojść do wniosku, że zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oferty odwołującego w sposób dokonany w piśmie z dnia 23 czerwca 2016 r.

Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący, na którym spoczywał z kolei ciężar udowodnienia prawidłowości sposobu poprawienia omyłki przedstawiony w piśmie z 24 czerwca 2016 r., nie udowodnił aby ten sposób był prawidłowy, jedynie dopuszczalny i możliwy do przeprowadzenia przez zamawiającego samodzielnie w oparciu o dane wynikające z treści samej oferty. Z pewnością natomiast oparty był o błędne założenie, o którym wspomniano wcześniej. Uszło również uwadze odwołującego, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą odnośnie treści oferty, zaś zmiana jej treści – poza wyjątkami wynikającymi wprost z ustawy – jest niedopuszczalna. Zaakceptowanie propozycji odwołującego – jak słusznie stwierdził zamawiający – oznaczałoby podjęcie niedozwolonych negocjacji z odwołującym, których celem byłoby kształtowanie przedmiotowej treści oferty wykonawcy po terminie składania ofert. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ nie podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, do powyższych wniosków zamawiający – w okolicznościach danej sprawy – powinien dojść najpóźniej po otrzymaniu pisma odwołującego z 24 czerwca 2016 r. Już w tym momencie zamawiający powinien stwierdzić, że istnieje wiele sposobów poprawienia niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ. Wybieranie przez zamawiającego z wielu możliwych sposobów oznaczałoby zaś zaangażowanie się w niedopuszczalne negocjacje co do oferty. Jak słusznie dostrzegł zamawiający w swym rozstrzygnięciu, powyższe naruszałoby naczelną zasadę postępowania wynikającą z art. 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na prawidłowo dostrzeżoną przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegającą na niewskazaniu nazw i numerów katalogowych oferowanego asortymentu, jednakże nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, lecz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powołanie przez zamawiającego błędnej podstawy prawnej, przy prawidłowo dostrzeżonej podstawie faktycznej, nie prowadzi do konieczności uwzględnienia odwołania. Naruszenie takie nie wywiera i nie może bowiem wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Podkreślenia w tym miejscu wymaga także bliska relacja obu podstaw odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaś do tego ostatniego przepisu odwołuje się

natomiast art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga przy tym, że powodem odrzucenia ofert w obu przypadkach jest de facto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jedyna różnica sprowadza się do tego, że w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest to niezgodność nieusunięta wskutek bezskutecznej próby poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Prawidłowość odrzucenia ofert odwołującego, która okazała się jedyną ofertą, jaką złożono zamawiającemu oznaczała ziszczenie się przesłanek do unieważnienia postępowania wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia tego przepisu, gdyż zamawiający prawidłowo unieważnił postępowanie w zadaniu 1 z braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie m.in. nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Jak stwierdzono wcześniej, za nieprawidłową należało uznać czynność zamawiającego z 23 czerwca 2016 r., polegającą na poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego. W konsekwencji oświadczenie wykonawcy o niewyrażeniu zgody na poprawienie omyłki w sposób proponowany przez zamawiającego nie rodziło skutków z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W tej sytuacji zamawiający powinien unieważnić swą czynność polegającą za zatrzymaniu wadium odwołującego zabezpieczającego jego ofertę w zadaniu 1. Jednakże naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, co stało na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania. Niezależnie bowiem od nieprawidłowego zatrzymania wadium, wynik postępowania polegający na unieważnieniu postępowania z powodu braku ofert niepodlegających okazał się prawidłowy.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem

było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: