



Warszawa, 2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.206.2021.SM
KND/221/21/DKZP

1 Wojskowy Szpital Kliniczny
z Polikliniką SPZOZ w Lublinie

W odpowiedzi na pismo, które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 13 października 2022 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: **Dostawa sprzętu i wyposażenia gastronomicznego przy realizacji zadania inwestycyjnego Nr 91671** (znak postępowania: DZP/PN/67/2021), przeprowadzonego przez 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ w Lublinie, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp¹ oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.206.2021.SM.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp¹, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoferowany przez niego stół chłodniczy w poz. 18 załącznika nr 3.2 do SWZ (formularz cenowy) spełnia minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez Zamawiającego, co doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, w której zaoferowano automatyczny uzdatniacz/zmiękczac do wody (poz. 4 załącznika

¹ t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.

nr 1.1 do SWZ) niespełniający warunków określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Pełnomocnik Zamawiającego wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń.

Ad. 1

W odniesieniu do naruszenia określonego w pkt 1 Wnoszący zastrzeżenia wskazał m. in., że:

>> (...) w orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumiana treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym zob. wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2345/11; wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 663/09).

Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2011 r. sygn. akt: I CSK 348/10, (który pomimo że odnosi się do treści umowy, można także odnieść do treści oferty) „Wskazane jest przyjmowanie logicznego pojmowania całości tekstu, uwzględniania kontekstu sytuacyjnego <dotychczas składane przez strony oświadczenia, statusu stron (profesjonalna działalność gospodarcza>, celu umowy <obu stron lub zamierzenia jednej, znane drugiej>. Wyróżniane są również, jako mające istotne znaczenie, okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, jak też przypisanie mu prawnie wiążącego sensu, nawet odbiegającego od znaczenia wynikającego z reguł językowych.<<

Jak dalej podniesiono w zastrzeżeniach: >>W niniejszej sprawie przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą - z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia i stanowią formę potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż stół miał być elementem wyposażenia w ciągu technologicznym (zgodnie z projektem technologii). Istotnym dla Zamawiającego było zachowanie określonych w dokumentacji parametrów i zaoferowanie przy tym jak najkorzystniejszej ceny oraz warunków gwarancji. Kwestią drugorzędną był natomiast producent, model czy też kraj pochodzenia. Ponadto, nazwy producentów, produktów są specyficzne - Zamawiający jako podmiot, który na co dzień nie funkcjonuje na rynku wyposażenia gastronomicznego, miał prawo zakładać, że wskazany w ofercie produkt danego producenta i przedłożone środki dowodowe dotyczą tego samego produktu.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza „wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i odpowiadającej określonym w SIWZ wymaganiom”, jednakże podkreśliła, że „do złożenia oferty musi dojść i nie chodzi jedynie o fizyczne złożenie dokumentów stanowiących przygotowane przez Zamawiającego druki lecz chodzi o taktyczne zaoferowanie

danego przedmiotu, wskazanie w oświadczeniu tego co oferuje wykonawca. Podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego) stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten sposób oświadcza wykonawca co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest parametrami określonymi przez Zamawiającego”.<<

Ponadto Składający zastrzeżenia wskazał, że: >>W przedmiotowej sprawie Wykonawca zaoferował produkt zgodny z wymogami Zamawiającego i taki też dostarczył. Zamawiający nie miał podstaw, by rozważać czy oferta Wykonawcy jest możliwa do zrealizowania, tym bardziej, że zastrzeżono, iż stół może być produkowany na wymiar. Jak powszechnie wiadomo, producenci wyposażenia bardzo często mają w swoich katalogach konkretne modele, które klient może zamówić, dostosowując do swoich potrzeb. Potwierdzeniem tego jest informacja ze producenta Y „Zajmujemy się produkcją mebli katalogowych, a także specjalizujemy się w indywidualnych zamówieniach Klientów.”

W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć zobowiązanie do spełnienia wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, liczby, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. W niniejszej sprawie, jak już wspomniano, marginalne znaczenie miał konkretny producent - najważniejszym dla Zamawiającego było, by Wykonawca zagwarantował meble gastronomiczne, dostosowane do wymogów wskazanych w OPZ.<<

Równocześnie zdaniem Wnoszącego zastrzeżenia: „Nie można przy tym zgodzić się z Kontrolującym, iż Wykonawca nie złożył w ofercie oświadczenia woli, z którego wynikało, że Wykonawca dostarczy Zamawiającemu stół producenta Y, bowiem w tym wypadku na ofertę sensu stricto składały się również przedmiotowe środki dowodowe. Z dokumentów tych wynikało wprost, że Wykonawca oferuje właśnie wyposażenie tego producenta, które spełniało w pełni wymogi Zamawiającego (zostało to potwierdzone również na etapie realizacji umowy w protokole odbioru).

Przyjęcie przez Kontrolującego, że to jedynie informacje wynikające formularza cenowego Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie oferty, jest w tym przypadku nieuprawnione. Natomiast wszelkie wnioski Kontrolujący wysnuwa właśnie na tej podstawie. Wykonawca, jak wynikało ze złożonych przedmiotowych środków dowodowych, już od momentu złożenia swojej oferty, zaoferował stół producenta Y.

W ocenie Zamawiającego, nie doszło również do ingerencji przez Zamawiającego w treść oświadczenia woli Wykonawcy. Od samego początku, ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów wynikało, że jego wolą było zaoferowanie stołu spełniającego wymogi Zamawiającego- stołu producenta Y. Powyższe znajduje uzasadnienie w treści potwierdzenia instalacji/ odbioru z dnia 25 lutego 2022 r.

Mając na uwadze powyższe oraz zaistniały stan faktyczny należy uznać, że Wykonawca złożył w przewidzianym terminie przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdził, że zaoferowany przez niego stół spełnia minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez Zamawiającego. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit, c ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp”.

W podsumowaniu stanowiska Wnoszący zastrzeżenia zauważył dodatkowo że: „(...) Po pierwsze zamówienie dotyczyło wyposażenia kuchni szpitalnej, niezbędnej dla funkcjonowania Szpitala jako podmiotu, który powinien kierować się przede wszystkim dobrem pacjentów. Po drugie

na uwagę zasługuje fakt, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty, z czego dwie zostały odrzucone.

Oferta złożona przez V (...), zarówno w zakresie Zadania nr 1 - Dostawa sprzętu gastronomicznego oraz Zadania nr 2 - Dostawa wyposażenia gastronomicznego została odrzucona, gdyż nie przekazano jej w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego oraz była niezgodna z przepisami ustawy.

Ofertę, złożoną przez B, (...), zarówno dla zadania nr 1 i Zadania nr 2 odrzucono na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego tj. oświadczenia, iż oferowany przedmiot jest dopuszczony do obrotu na terenie RP, zgodnie z obowiązującym prawem i posiada oznaczenie znakiem CE (załącznik nr 9 do SWZ), co powodowało niezgodność oferty z warunkami zamówienia”.

Dalej zauważono, że: „Zamawiający wybrał ofertę G (...) ponieważ spełniała warunki zawarte w SWZ i uzyskała najwyższą liczbę punktów. W ocenie Zamawiającego oferta ta była najkorzystniejsza i jako jedyna nie podlegała odrzuceniu. W ocenie Zamawiającego, Zamawiający naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców wówczas, kiedy zrównałby sytuację Wykonawcy G, który przedłożył przedmiotowe środki dowodowe odpowiadające de facto produktowi, który rzeczywiście zaoferował z sytuacją Wykonawcy B, którego ofertę odrzucono z uwagi na to, że Wykonawca w ogóle nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, tj. oświadczenia, iż oferowany przedmiot jest dopuszczony do obrotu na terenie RP, zgodnie z obowiązującym prawem i posiada oznaczenie znakiem CE.”

Odnosząc się do ww. argumentacji powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.

Pełnomocnik Zamawiającego w przedłożonych zastrzeżeniach zwraca uwagę, że jego zdaniem, od samego początku ze złożonych przez Wykonawcę G dokumentów wynikało, iż wolą Wykonawcy było zaoferowanie stołu producenta Y. Jednocześnie wysnuwa wniosek, że w tym przypadku na ofertę sensu stricto składały się także przedmiotowe środki dowodowe.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W odróżnieniu od podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą wykonawcy i służą generalnie potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Do przedmiotowych środków dowodowych należą m.in. certyfikaty wydane przez jednostkę oceniającą zgodność albo sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę (por. art. 105 ustawy Pzp), określone przez zamawiającego etykiety, dokumentacja techniczna

producenta (por. art. 104 ustawy Pzp), a także próbki, zdjęcia, makiety itp. Przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy.

W świetle 106 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 ustawy Pzp (etykiety, certyfikaty) przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Jednocześnie art. 106 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia, a także, że powyższe żądanie nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Ponadto zgodnie z brzmieniem art. 107 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Natomiast, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający może także żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Zatem, przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności”. Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego.

Co istotne, odmiennie niż w przypadku podmiotowych środków dowodowych (art. 128 Pzp), gdzie uzupełnianie dokumentów i oświadczeń podmiotowych jest obligatoryjnym ustawowym nakazem dla zamawiającego, przedmiotowych środków dowodowych, co do zasady, nie uzupełnia się. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp może jednak zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu. W takim przypadku uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego. Przyjęty przez ustawodawcę sposób uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych wychodzi naprzeciw specyfice przedmiotowych środków dowodowych i ma na celu uniknięcie automatyzmu w zakresie ich uzupełniania. Zamawiający ma obowiązek wezwania o dokument przedmiotowy tylko wtedy, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, jaką

postać ma przyjąć taka informacja, istotne jest, aby była czytelna i jasno wskazywała na intencje zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający może wskazać w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia na konkretny dokument przedmiotowy (spośród innych wymaganych przedmiotowych środków dowodowych), którego uzupełnianie dopuszcza. W takim przypadku uzupełnieniu podlegać będzie tylko ten wymieniony środek dowodowy, podczas gdy pozostałe nie będą mogły być uzupełniane. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów, pozostawiając mu jedynie uprawnienie do wezwania o wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust. 4 Pzp). Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty i nie reguluje zagadnień dotyczących składania oświadczeń woli, zatem w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp będą miały w tym zakresie zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 66 § 1 kc oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Żeby oświadczenie było ofertą, musi posiadać dwie cechy. Po pierwsze oświadczenie to powinno zawierać skierowaną do drugiej strony (tzw. oblata) stanowczą propozycję zawarcia umowy. Po drugie zaś powinno określać istotne postanowienia tej umowy. Propozycja zawarcia umowy jest stanowcza wówczas, gdy z treści oświadczenia woli w sposób nie budzący wątpliwości wynika wola oferenta, aby zawrzeć umowę o określonej treści. Stanowczy charakter oświadczenia skutkuje tym, że – poza przypadkami, gdy z przepisów prawa wynika szczególna forma związana z zawarciem umowy – oferent nie musi składać dodatkowych oświadczeń, aby umowa doszła do skutku. Kodeks Cywilny nie precyzuje, co należy rozumieć przez pojęcie „istotne postanowienia umowy”, ale można przyjąć, iż chodzi o takie określenie przez oferenta minimalnych warunków proponowanej umowy, które wystarczą do zawarcia umowy, czyli określających typ i charakter zawieranej umowy (najczęściej określenie stron i ich świadczeń oraz ceny jak przy umowie sprzedaży).

Przyjmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozumienie pojęcia oferty z kc, trzeba pamiętać o istnieniu specyficznych dla zamówień publicznych rozwiązań modyfikujących kodeksowy tryb zawierania umowy przez złożenie oferty oraz tryb złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do takich kwestii, jak związanie ofertą (początek związania ofertą i upływ okresu związania ofertą) lub konieczność stosowania, poddanych ogólnym zasadom rządzącym zamówieniami publicznymi, formalnych czynności proceduralnych wynikających z zastosowania określonego trybu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd samo pojęcie „oferta” w ustawie Pzp nie zawsze odpowiada definicji kodeksowej. Jest ono traktowane w ustawie Pzp w sposób funkcjonalny; odnosi się bądź to do oświadczenia woli (np. w art. 59 ustawy Pzp jest mowa o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), bądź do materialnej postaci, w jakiej przedstawiane jest oświadczenie woli (np. w art. 65 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o aplikacjach do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert). Ustawa Pzp wyraźnie odróżnia ofertę od przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych. Takie rozumienie oferty wynika bezpośrednio z treści ustawy Pzp, np. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp), wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia

lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp), albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1 ustawy Pzp). Oferta nie zawsze będzie miała postać jednego dokumentu. Integralną częścią oferty będą, np. specyfikacje techniczne, opisy oferowanych przez wykonawcę produktów czy kosztorysy ofertowe. Ustawa Pzp przewiduje również między innymi techniczną możliwość złożenia oferty częściowo w postaci elektronicznej i częściowo w postaci papierowej, co oznacza rozdzielenie treści tworzących ofertę (por. art. 65 ust. 3 ustawy Pzp)².

Przepisy ustawy Pzp nie definiują również pojęcia „treść oferty”. Mając na uwadze ustawową definicję oferty zawartą w art. 66 § 1 kc, zgodnie z którym ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy można uznać, że treść oferty, o której mowa w omawianym przepisie to merytoryczna zawartość oferty. Treść oferty musi odpowiadać wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia, w szczególności wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach realizacji zamówienia. Przy czym należy pamiętać, że wymagania te nie muszą być określone jedynie w dokumentach sporządzonych przez zamawiającego, jak SWZ, ale również mogą wynikać z innych dokumentów, do których odwołuje się zamawiający, służących do określenia lub opisanego warunków zamówienia (por. art. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Należy również w tym miejscu zwrócić uwagę na regulację zawartą w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty.

Można spotkać się z orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej³ z poglądem, że: *„Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą), o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia. Prawo zamówień publicznych bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot dostawy odpowiada wymaganiom przedmiotu zamówienia. Mają one dotyczyć zatem produktu, który jest przedmiotem oferty i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju*

² Fragment z Komentarza do prawa zamówień publicznych dostępnego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych – art. 218 ustawy Pzp.

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2021 r. sygn. akt. KIO 3522/21.

dokumenty mogą być uzupełniane, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takiemu uzupełnieniu podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczna treść oferty - czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, ale też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niekiedy może mieć miejsce sytuacja, że sam formularz ofertowy nie zawiera odpowiedniego miejsca do wskazania informacji o oferowanym produkcie (np. jego nazwy, modelu, producenta), a ich konkretyzacja następuje w innych składanych wraz z ofertą dokumentach".

Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Mając na uwadze powyższe, za Informacją o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. należy przypomnieć, że Zamawiający na gruncie kontrolowanego postępowania wymagał podania w formularzu cenowym nazwy producenta/kraju pochodzenia oraz nazwy/modelu/typu produktów oferowanych w ramach dostawy. W rozdz. X ust. 14 lit. c) SWZ Zamawiający dodatkowo wskazał, że przedmiotowy formularz cenowy (zarówno załącznik 3.1 jak i 3.2 do SWZ) stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu.

Faktem jest, że Wykonawca G w złożonej ofercie, przy poz. 18 przestanego formularza cenowego (stół chłodniczy dla GN 1/1, 8-szuflad, nierdzewny, rant z tyłu, stal nierdzewna AISI 304) wpisał w rubryce: nazwa/model/typ – stół XY, natomiast w rubryce: producent/kraju pochodzenia – XYZ. Tym samym, poprzez powyższe Wykonawca G wyraźnie oświadczył, iż oferuje dla wymienionej pozycji ten konkretny stół, a oświadczenie to stanowi treść samej oferty.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 SWZ (Wykaz przedmiotowych środków dowodowych) Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m. in.: 1) opisy; fotografie (foldery) lub katalogi, broszury itp. oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzające minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez zamawiającego, które musi spełnić oferowany przedmiot zamówienia określony w załączniku nr 1.1-1-2 do SWZ oraz 3.1-3.2 do SWZ - (z wyraźnym zaznaczeniem pozycji, której dotyczą) dla zadania nr 1,2.

W związku z powyższym należałoby oczekiwać, że realizując obowiązek wynikający z rozdz. VII ust. 1 SWZ ww. Wykonawca przedłoży jednocześnie wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający minimalne wymagania (parametry techniczne) określone przez Zamawiającego, tj.: 8 szuflad; wysuwany agregat z prawej strony, obudowa wykonana ze stali nierdzewnej; blat roboczy ze nierdzewnej, rant min. 40 mm; elektroniczny sterownik z wyświetlaczem temperatury; automatyczne odszranianie/odmrażanie; filtr przeciwpylkowy; automatyczne odparowanie skroplin; izolacja z pianki poliuretanowej min. 60 mm; wymiary: dł. 2380 mm, gł. 700 mm, wys. 850 mm, które musi spełnić oferowany stół chłodniczy, tj. wskazany przez Wykonawcę XY.

Tymczasem Wykonawca G przedłożył wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy dla poz. 18, określający minimalne parametry stołu chłodniczego, niemniej wskazujący bezpośrednio na stół producenta Y, a nie producenta XYZ. Z całą pewnością za niedopuszczalny należy uznać tego rodzaju zabieg, polegający na oferowaniu produktu konkretnego producenta z jednoczesnym wykazywaniem, iż odpowiada on wymaganiom Zamawiającego, poprzez przedłożenie dokumentów dotyczących produktu zupełnie innego producenta.

Przedstawione okoliczności faktyczne i prawne prowadzą do wniosku, że po pierwsze Wykonawca G nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoferowany przez niego w formularzu cenowym, stanowiącym treść oferty, stół chłodniczy (poz. 18 załącznika nr 3.2 do SWZ) spełnia minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez Zamawiającego.

Po drugie, dysponując powyższymi informacjami Zamawiający nie mógł z całą pewnością uznać, że Wykonawca G zaoferował stół chłodniczy producenta Y. A zatem, na podstawie treści formularza cenowego i załączonego do poz. 18 tego formularza przedmiotowego środka dowodowego, Zamawiający mógł mieć uzasadnione wątpliwości, który stół chłodniczy zostanie dostarczony przez Wykonawcę.

Zdaniem Składającego zastrzeżenia: „(...) stół miał być elementem wyposażenia w ciągu technologicznym (zgodnie z projektem technologii). Istotnym dla Zamawiającego było zachowanie określonych w dokumentacji parametrów i zaoferowanie przy tym jak najkorzystniejszej ceny oraz warunków gwarancji. Kwestią drugorzędną był natomiast producent, model czy też kraj pochodzenia”. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający mimo wszystko wyraźnie zastrzegł w SWZ wymóg podania w formularzu cenowym konkretnej nazwy/modelu/typu oferowanego stołu chłodniczego oraz jego producenta/kraju pochodzenia. Zaznaczył również przy tym, że formularz cenowy stanowi treść oferty i nie podlega uzupełnieniu. Złożone przez Wykonawcę oświadczenie w formularzu cenowym, związane z konkretyzacją oferowanego produktu należy uznać za wiążące. Posłużenie się tego rodzaju zapisem w dokumentacji postępowania obligowało wówczas również Zamawiającego do dodatkowej weryfikacji, czy przedmiotowe środki dowodowe odnoszą się do tych samych produktów wskazanych w formularzu cenowym.

Ponadto w ocenie Wnoszącego zastrzeżenia: „(...) nazwy producentów, produktów są specyficzne - Zamawiający jako podmiot, który na co dzień nie funkcjonuje na rynku wyposażenia gastronomicznego, miał prawo zakładać, że wskazany w ofercie produkt danego producenta i przedłożone środki dowodowe dotyczą tego samego produktu”. Nie sposób zgodzić się z powyższym stwierdzeniem. Analiza przedłożonych przez Wykonawcę G dokumentów do upływu terminu składania ofert wyraźnie dowodzi, że w poz. 18 załącznika nr 3.2 do SWZ – formularz cenowy, wskazano nazwę stołu XY oraz w oddzielnej rubryce nazwę samego producenta XYZ, natomiast w przedłożonym przedmiotowym środku dowodowym dla wskazanej pozycji wymieniono nazwę stołu producenta Y, który miał zostać wykonany na zamówienie, a zatem dwa odrębne stoły, różnych producentów. Dodać również należy, że karta stołu Y została przesłana w pliku pn. rrr, znajdował się na niej wyraźny znak wodny: Y.

Powyższe powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości czy zaoferowany w formularzu cenowym przez ww. Wykonawcę stół producenta XYZ spełnia w rzeczywistości stawiane

w postępowaniu wymagania, gdyż złożony przez niego przedmiotowy środek dowodowy tego nie potwierdzał.

Jakkolwiek wykonawca, jako podmiot profesjonalny, ma obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentami zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, w dodatku powinien zadbać o to, aby upewnić się czy deklarowany w składanych dokumentach stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, jego intencji. Niemniej również zamawiający zobowiązany jest w swoim działaniu do dochowania należytej staranności. Zamawiający nie powinien podejmować czynności w postępowaniu w sposób automatyczny, bez racjonalnie usprawiedliwionych założeń, z pominięciem zasad logiki i doświadczenia życiowego. Dokonując badania i oceny ofert powinien wnikliwie zbadać treść formularza oferty jak i dołączonych do niego dokumentów, w tym przedmiotowe środki dowodowe. Znaczna liczba zamawianych produktów, szczegółowo określona w formularzach opracowanych przez Zamawiającego, nie zwalniała go z obowiązku wnikliwej analizy każdej z oferowanych pozycji. Twierdzenie, że Zamawiający „miał prawo założyć”, iż wskazany w ofercie produkt danego producenta i przedłożone środki dowodowe dotyczą tego samego produktu świadczy o niedokładnym zbadaniu przez niego oferty Wykonawcy G i dołączonych do niej dokumentów. Wnoszący zastrzeżenia powołuje się również na okoliczność, że „zamówienie dotyczyło wyposażenia kuchni szpitalnej, niezbędnej do dla funkcjonowania Szpitala jako podmiotu, który powinien kierować się przede wszystkim dobrem pacjentów”, powyższe tym bardziej obliuguje Zamawiającego do starannej weryfikacji oferowanego sprzętu.

Należy również wyjaśnić, że w wyniku przeprowadzonej kontroli nie zakwestionowano tego, że stół producenta Y spełniał wymagania Zamawiającego, możliwości jego zrealizowania i ostatecznego dostarczenia. Niemniej należy przy tym podkreślić, że istotne jest, aby dokonać analizy sprawy według stanu wiedzy jaką posiadał Zamawiający w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie badania i oceny ofert, a nie mając na uwadze treści potwierdzenia instalacji/odbioru dostarczonego stołu na etapie realizacji umowy.

Odnosząc się do twierdzenia Wnoszącego Zastrzeżenia, że Wykonawca G oświadczył w ofercie wyraźnie, iż to właśnie stół producenta Y oferuje, należy wskazać, że takie stanowisko nie ma uzasadnienia w ustalonym stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę funkcję jaką miały pełnić przedłożone dokumenty w postępowaniu należy uznać, że ww. Wykonawca zaoferował stół producenta XYZ i na potwierdzenie spełniania przez wskazy stół parametrów określonych przez Zamawiającego przedłożył karty stołu producenta Y. Nazwa stołu Y nie pada zarówno w poz. 18 załącznika nr 3.2. jak i 1.2 do SWZ, lecz wyłącznie w ramach przedmiotowych środków dowodowych, które w ramach kontrolowanego postępowania miały potwierdzać zgodność oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego.

Gdyby nawet przyjąć, że na treść oferty Wykonawcy G składały się oprócz informacji z formularza ofertowego i cenowego również dane dotyczące stołu zawarte w przedmiotowym środku dowodowym, to w dalszym ciągu pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia, na jakiej podstawie Wnoszący zastrzeżenia uznał, że ostateczne oświadczenie woli Wykonawcy dotyczyło właśnie stołu Y, a nie stołu XYZ, biorąc pod uwagę ówczesny stan wiedzy jaki wówczas mógł posiadać Zamawiający. Bez wątplenia na treść oferty składał się formularz cenowy, który wskazywał *nota bene* na całkiem inny stół, tj. stół XYZ. Już w tym dokumencie Zamawiający wymagał oprócz podania ceny także skonkretyzowania oferowanego asortymentu. W przedmiotowym środku dowodowym została wskazana nazwa stołu innego producenta, jednak Zamawiający nie występował w tym zakresie o wyjaśnienia do Wykonawcy. Powyższe wskazuje na wyraźne i co ważne istotne

rozbieżności w oświadczeniach Wykonawcy G dotyczące tego jaki stół chłodniczy zaoferował. Nie można z pewnością uznać za pożądaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sytuację, gdy Zamawiający musi domyślać się co zostanie mu zaoferowane.

Przyjmując za rzeczywiste jedynie informacje zawarte w przedmiotowym środku dowodowym, Wnoszący zastrzeżenia bezpodstawnie ignoruje informacje zawarte w formularzu cenowym.

Nie można zgodzić się także z twierdzeniem, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przyjął w toku kontroli, że Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie oferty jedynie informacje wynikające z formularza cenowego. Wnoszący zastrzeżenia pomija, że treść naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego. Należy podkreślić, że opis asortymentu określony w przedmiotowym środku dowodowym nie powinien tworzyć odmiennej treści oferty, ale potwierdzać to co zostało już zadeklarowane w formularzu cenowym. Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający w rozdz. VII ust. 1 pkt 1 SWZ wprost wymagał, aby opisy, fotografie (foldery) lub katalogi, broszury oferowanego przedmiotu zamówienia – przedmiotowe środki dowodowe potwierdzały minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez zamawiającego, które musiał spełnić „oferowany przedmiot zamówienia określony w załączniku nr 1.1-1-2 do SWZ oraz 3.1-3.2 do SWZ”. Tymczasem właśnie przedmiotem zamówienia „określonym” w załączniku nr 3.2. do SWZ w poz. 18 Wykonawcy G był stół XY.

Ponadto, Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyraźnie zastrzegł, że nie przewiduje wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W związku z czym Wykonawca G nie mógł złożyć przedmiotowych środków dowodowych dla poz. 18 załącznika 3.2. do SWZ - stołu producenta XYZ. Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach wskazał także, że nie występował do ww. Wykonawcy celem wyjaśnienia powstałych rozbieżności w zakresie poz. 18. Zatem, mając na uwadze powyższe ustalenia, poczynione w oparciu o dostarczoną dokumentację i wyjaśnienia Zamawiającego, należy uznać, że Zamawiający w zasadzie nie miał pewności jakiego producenta stół zostanie mu dostarczony i zaakceptował taki stan rzeczy.

W tym miejscu należy wskazać, że nawet jeżeli ostatecznym zamiarem Wykonawcy było zaoferowanie stołu producenta Y (na co wskazuje tylko sposób realizacji umowy), a wpisanie stołu producenta XYZ w formularzu cenowym nastąpiło na skutek pomyłki, to trzeba mieć na uwadze, że Wykonawca *de facto* zaoferował w ofercie stół XYZ, a zmiana oferty, w tym wypadku zmiana oferowanego produktu na inny, jest uznawana za istotną i niedopuszczalną. Zamawiający nie może bowiem ingerować w treść oświadczenia woli wykonawcy poprzez zastępowanie go przy ustaleniu, co chce zaoferować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podobnie Wykonawca nie może zmieniać swojego oświadczenia w tym zakresie po upływie terminu składania ofert.

Co istotne, wskazanie stołu chłodniczego producenta XYZ w poz. 18 formularza cenowego nie musiało być postrzegane przez Zamawiającego w kategoriach omyłki. Analizując kartę techniczną tego modelu w katalogu str. 349, dostępnym na stronie internetowej producenta XYZ ooo można dostrzec choćby, że wymiary tego stołu odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

W tym miejscu należy również dostrzec, że w świetle art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W związku z czym nie można pomijać faktu, że Zamawiający na gruncie kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucił ofertę Wykonawcy B z tytułu nie przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci załącznika nr 9 do SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, natomiast w przypadku Wykonawcy G zaniechał odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. w pkt 1, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaferowany przez niego stół chłodniczy w poz. 18 załącznika nr 3.2 do SWZ (formularz cenowy) spełnia minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez Zamawiającego, co doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Ad. 2

W zakresie naruszenia określonego w pkt 2 Wnoszący zastrzeżenia wskazał m. in., że: >>W odniesieniu do wymogu 26- W karcie katalogowej przedłożonej przez Wykonawcę były podane wymiary ..., ..., ... - Zamawiający, po uprzednim przeanalizowaniu dokumentacji projektowej uznał, że wskazany produkt będzie spełniał wymogi i zmieści się w przeznaczonym dla niego miejscu. W szeregu pozycji, które nie wymagały restrykcyjnych wymagań metrażowych, uzasadnionych potrzebami Zamawiającego, został dopuszczony szeroki margines tolerancji. Zamawiający dokonał również zmian w odpowiedzi na pytania Wykonawców: odpowiednio w dniu 8 listopada 2021 r. oraz w dniu 9 listopada 2021 r., gdzie Zamawiający dopuścił proponowane przez Wykonawców zmiany w zakresie parametrów technicznych.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 do SWZ (zestaw III), udostępnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 listopada 2021 r., o treści: „Zwracam się z prośbą o dopuszczenie tolerancji wymiarów przedmiotu zamówienia w wysokości +/- 5 %.” Zamawiający odpowiedział, że wymaga zgodnie z SWZ, ponieważ pytanie to było sformułowane zbyt ogólnie i mogło być różnie interpretowane. Prośba ta mogła bowiem dotyczyć tolerancji zmiany wymiarów wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co Zamawiający nie mógł wyrazić zgody, gdyż, jak wspomniano wcześniej, w niektórych przypadkach wymiary musiały zostać zachowane. Ponadto, jeśli potencjalny wykonawca odnosił się do rzeczywistej „wysokości” uzdatniacza tolerancja tego parametru w granicach +/- 5% mogłaby okazać się zbyt duża. Zamawiający, odpowiadając na tak sformułowane pytanie, z ostrożności wolał odwołać się do postanowień SWZ.

Wobec powyższego, Zamawiający podczas oceny ofert uznał, iż materiały informacyjne złożone przez Wykonawcę potwierdzają minimalne wymagania Zamawiającego. Tym samym, zarzut Kontrolującego należy uznać za bezzasadny.<<

W stanowisku końcowym Wnoszący zastrzeżenia zaznaczył dodatkowo, że: >>(…) Zamawiający nie może zgodzić się z wynikami kontroli doraźnej, gdyż w ocenie Zamawiającego nie naruszył przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie „Podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu /u.”(Wyrok KIO z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 366/22). W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie miał podstaw, by stwierdzić, że oferta Wykonawcy pozostaje w sprzeczności z wymogami zawartymi w dokumentacji. Zaoferowano produkty, które, po szczegółowej analizie, zostały uznane za spełniające określone, istotne dla Zamawiającego, kryteria.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie doszukał się również żadnych merytorycznych elementów oferty, które jednoznacznie ukazywałyby sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie Wykonawcy z zobowiązaniem, którego oczekiwał Zamawiający. Wobec tego, Zamawiający nie miał podstaw, by ofertę Wykonawcy G odrzucić.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu występowania kolizji treści oferty z warunkami zamówienia wymaga od Zamawiającego szczegółowego badania wyrażonego przez wykonawcę oświadczenia woli. Nie jest zatem wystarczające przypuszczenie czy domniemanie Zamawiającego, że oferta danego wykonawcy jest sprzeczna z danym warunkiem zamówienia, lecz konieczne jest uzyskanie przez Zamawiającego potwierdzenia, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie będzie odpowiadał jego oczekiwaniom wyraźnie wyartykułowanym w treści SWZ. ” (Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 305/22). W niniejszym przypadku zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiadał oczekiwaniom Zamawiającego, co nie tylko znalazło potwierdzenie w przedmiotowych środkach dowodowych, ale w zaistniałym stanie faktycznym.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ, co w niniejszym przypadku, jak już wielokrotnie wspomniano, nie nastąpiło.

Jak wskazuje się w orzecznictwie „Aby odrzucić ofertę Przystępującego Zamawiający musi mieć pewność, że jest ona niezgodna z SIWZ” (Wyrok KIO z 4 maja 2021 r., sygn. akt KIO 766/21).

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonując wnikliwego badania i oceny ofert, na podstawie dokumentów złożonych przez Wykonawcę G wraz z ofertą (w tym przedmiotowych środków dowodowych) miał pewność, co do zgodności zaoferowanego wyposażenia z wymogami dokumentacji postępowania. Tym samym, udzielenie zamówienia pozwoliło na celowe i racjonalne wydatkowanie środków publicznych, mając przy tym na uwadze główny cel działalności

Zamawiającego jakim jest dbanie o życie i zdrowie pacjentów hospitalizowanych w 1. Wojskowym Szpitalu Klinicznym z Polikliniką SP ZOZ w Lublinie.<<

Odnosząc się do ww. argumentacji powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Składający zastrzeżenia przywołał w zastrzeżeniach treść wszystkich zarzutów stawianych w stosunku do uzdatniacza/zmiękczacza do wody zaoferowanego przez Wykonawcę G w poz. 4 załącznika nr 1.1 do SWZ i swoje stanowisko prezentowane w toku prowadzonej kontroli w tym zakresie. W związku z czym należy zaznaczyć, że naruszenie stwierdzone w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli z dnia 27 września 2022 r. dotyczyło wyłącznie braku spełniania przez zaoferowany uzdatniacz/zmiękczac do wody wymogu określonego w pkt 26 poz. 4 załącznika nr 1.1 do SWZ – wymiary uzdatniacza do wody. Wobec powyższego za nieuzasadnione należy uznać odwoływanie się przez Wnoszącego zastrzeżenia do kwestii nie będących przedmiotem stwierdzonego naruszenia.

Następnie należy przypomnieć, że zgodnie z załącznikiem nr 1.1 do SWZ (Tabela warunków technicznych i eksploatacyjnych w zakresie zadania nr 1) Zamawiający w poz. 4 wskazał automatyczny uzdatniacz do wody w ilości 5 sztuk, wobec którego określił następujące wymiary: **pkt 26 - Długość 320, głębokość 540 wysokość 1140 (wymiary z projektu).**

Wykonawca G w przedłożonym wraz z ofertą załączniku nr 1.1 do SWZ (zadanie 1) zaoferował w poz. 4: uzdatniacz wody ZZ, gdzie oświadczył również, poprzez wpisanie w odpowiednią rubrykę słowa „TAK”, iż spełnia wskazane przez Zamawiającego wymagania. Jednocześnie jako przedmiotowy środek dowodowy ww. Wykonawca załączył wraz z ofertą kartę katalogową wymienionego uzdatniacza.

W przedłożonej karcie katalogowej wskazano wymiary: ... x ... x

W tym miejscu należy wskazać, że w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zatem odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte.

Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98

Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Analiza tej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle ustawy Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą:

1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji),

2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie 1 osoby na 2 różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia),

3) równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazania równoważności (np. zaoferowanie produktu równoważnego bez wykazania równoważności - art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, urządzenie zaoferowane jako równoważne - nie potwierdza prawidłowo opisanych przez zamawiającego standardów równoważności).

Zastosowanie przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert⁴.

Mając na uwadze powyższe, za Informacją o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. należy wskazać, że Zamawiający określił w załączniku nr 1.1 do SWZ (opz w zakresie zadania nr 1) dla poz. 4 - automatyczny uzdatniacz do wody, konkretne, precyzyjne parametry, które miało spełnić wymagane urządzenie.

⁴ Tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2022 r. KIO 483/22.

Faktem jest, że Wykonawca G, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiając kartę katalogową zaoferowanego zmiękczacza/uzdatniacza ZZ wraz z ofertą wykazał, że oferowane przez niego urządzenie posiada wymiary ...x...x... mm. Zatem powyższe dowodzi, że przedmiotowe urządzenie nie odpowiada warunkom określonym przez Zamawiającego w SWZ. Pomimo, iż w załączniku nr. 1.1. do SWZ poz. 4 Wykonawca wyraźnie oświadczył, że wymieniony przez niego uzdatniacz spełnia wszystkie te warunki.

W wyjaśnieniach udzielonych w toku prowadzonej kontroli Pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że jego zdaniem dostępnym urządzeniem spełniającym wymagania dla poz. 4 jest: ZZ, P, R. Jednocześnie wyjaśnił, iż: „(...) W odniesieniu do wymogu 26-W karcie katalogowej przedłożonej przez Wykonawcę były podane wymiary ..., ..., ... -Zamawiający uznał, że różnica 2 cm mieści się w tolerancji/mimo, że jej nie zapisał. Wobec powyższego, Zamawiający podczas oceny ofert potwierdził, iż materiały informacyjne złożone przez Wykonawcę potwierdzają minimalne wymagania Zamawiającego”.

Oceniając ofertę Wykonawcy G Zamawiający uznał zatem, że „różnica 2 cm mieści się w tolerancji/mimo, że jej nie zapisał”. Zamawiający sam zatem przyznał, że w przypadku poz. 4 załącznika nr 1.1. do SWZ nie opisał tolerancji wymiarów, a mimo to ją zastosował. Ponadto podkreślenia wymaga, że wbrew temu, co podnosił Pełnomocnik Zamawiającego różnica w wymiarach urządzenia nie wynosiła 2 cm. Wymagane parametry urządzenia zostały określone w następujący sposób: długość 320, głębokość 540, wysokość 1140 mm, natomiast uzdatniacz zaoferowany przez Wykonawcę G posiadał z kolei następujące wymiary: ...x...x... mm.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający w efekcie dokonania badania oferty Wykonawcy G zamiast ją odrzucić, z uwagi na wyraźny brak spełnienia przez oferowany uzdatniacz warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia, dopuścił tolerancję w zakresie wymiarów, której wcześniej nie określił, niejako modyfikując zapisy SWZ w tym zakresie po upływie terminu składania ofert. Taki zabieg dokonany przez Zamawiającego na powyższym etapie postępowania należy uznać za niedopuszczalny, choćby przez wzgląd na innych potencjalnych wykonawców rozważających złożenie oferty.

Tymczasem w zastrzeżeniach Pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił jedynie, odnosząc się do wymogu z pkt 26 poz. 4 załącznika nr 1.1 do SWZ że: „W karcie katalogowej były podane wymiary ... ,..., ... - Zamawiający po uprzednim przeanalizowaniu dokumentacji projektowej uznał, że wskazany produkt będzie spełniał wymogi i zmieści się w przeznaczonym dla niego miejscu.” Powyższe twierdzenia nie odnoszą się już bezpośrednio do bliżej nieokreślonej tolerancji, o której mowa w poprzednich wyjaśnieniach czy różnicy w wymiarach, niemniej również dowodzą, że zaoferowany uzdatniacz na dzień składania i otwarcia ofert nie spełniał wymogów Zamawiającego, gdyż jak wskazał dodatkowo Składający zastrzeżenia, po przeanalizowaniu dokumentacji uznano, że dopiero „będzie spełniał wymogi” Zamawiającego i „zmieści się” w przeznaczonym miejscu. Powyższe twierdzenia Składającego zastrzeżenia w dalszym ciągu nie uzasadniają odstąpienia przez Zamawiającego od egzekwowania wymaganych w SWZ parametrów.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 września 2022 r. w pkt 2, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, w której zaoferowano automatyczny uzdatniacz/zmiękczac do wody (poz. 4 załącznika nr 1.1 do SWZ) niespełniający warunków określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 27 września 2022 r. naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że zaoferowany przez niego stół chłodniczy w poz. 18 załącznika nr 3.2 do SWZ (formularz cenowy) spełnia minimalne wymagania (parametry techniczne) stawiane przez Zamawiającego, co doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy G, w której zaoferowano automatyczny uzdatniacz/zmiękczac do wody (poz. 4 załącznika nr 1.1 do SWZ) niespełniający warunków określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 9 listopada 2022 r. o sygn. akt KIO/KD 30/22 wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa sprzętu i wyposażenia gastronomicznego przy realizacji zadania inwestycyjnego Nr 91671 (znak postępowania: DZP/PN/67/2021).

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 30/22).

Załączniki:

- Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 30/22).