

Sygn. akt: KIO 2439/18

WYROK
z dnia 7 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **Farmacol – Logistyka Sp. z o.o. 40-431 Katowice, ul. Szopienicka 77**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Lubiążu 56-100 Lubiąż, ul. Mickiewicza 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Neuca S.A. Farmada Transport Sp. z o.o. 87-100 Toruń, ul. Szosa Bydgoska 58**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dla części pierwszej zamówienia (Pakiet nr 1) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Neuca S.A., Farmada Transport Sp. z o.o. 87-100 Toruń, ul. Szosa Bydgoska 58** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części pierwszej (Pakiet nr 1), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Lubiążu 56-100 Lubiąż, ul. Mickiewicza 1** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: **Farmacol – Logistyka Sp. z o.o. 40-431 Katowice, ul. Szopienicka 77**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Lubiążu 56-100 Lubiąż, ul. Mickiewicza 1** na rzecz Odwołującego: **Farmacol – Logistyka Sp. z o.o. 40-431 Katowice, ul. Szopienicka 77** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika;
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 630763-N-2018 z dnia 2 października 2018 r. przez **Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Lubiążu 56-100 Lubiąż, ul. Mickiewicza 1** (zwany dalej: „zamawiającym”). Zamawiający dokonał podziału zamówienia na trzy pakiety (części).

W dniu 21 listopada 2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części obejmującej zamówienie dla pakietu nr 1 oraz przekazał informację wykonawcom.

W dniu 26 listopada 2018 r. wykonawca **Farmacol – Logistyka Sp. z o.o. 40-431 Katowice, ul. Szopienicka 77** zwany dalej „odwołującym”, działając na podstawie art 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp”, w zw. z art. 179 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na braku odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. Toruń, ul. Szosa Bydgoska 58 w przedmiotowym postępowaniu, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i pozostającego z nim w związku art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne poprawienie oferty w zakresie pakietu nr 1 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. i zaniechanie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty w zakresie pakietu nr 1 złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1;
2. dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty w zakresie Pakietu nr 1 złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A.

i Farmada Transport Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, jako niezgodnej z treścią SIWZ;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że zamawiający dokonując ponownego badania ofert stwierdził, że w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. zaoferowano, w Pakiecie nr 1 w poz. 448 Syrop Prawoślazowy zamiast Syropu Sosnowego złożonego. Zamawiający uznał, że Syrop Prawoślazowy nie jest zamiennikiem Syropu Sosnowego złożonego. Po szczegółowej analizie oferty, wyjaśnień i zapisów SIWZ, zamawiający uznał zaoferowanie leku w poz. 448 za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i postanowił, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprawić tę omyłkę poprzez wykreślenie w ofercie tego wykonawcy, w załączniku do oferty nr 2 - Spis leków, w Pakiecie 1, leku zaoferowanego w poz. 448: SIR. PRAWOŚLAZOWY 125G ALTHAEAE /HASCO. W związku z wykreśleniem zaoferowanego leku w poz. 448, uległy zmianie wartości netto i brutto oferty i tak: wartość netto w miejsce kwoty 634 630,05 zł wpisano: 634 045,05 zł.; wartość brutto w miejsce kwoty 685 836,72 zł wpisano: 685 203,72 zł.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ, zamawiający dopuścił braki w ofercie wynoszące maksymalnie 5% wszystkich pozycji leków, czyli wykonawca mógł nie zaoferować 25 z 516 poz. leków. Po poprawieniu omyłki oferta zawiera 515 pozycji zaoferowanych leków, czyli brak dotyczy jednej pozycji, co stanowi mniej niż 0,2% wszystkich pozycji leków. Wartość wykreślonej pozycji wynosi mniej niż 0,001 wartości brutto całej oferty. W ocenie zamawiającego zmiany w ofercie są więc nieistotne, nie mają wpływu na miejsce oferty w rankingu, oferta po poprawieniu omyłki nadal spełnia oczekiwania zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że nie zgadza się z wynikami oceny ofert w zakresie Pakietu nr 1 i podnosił, odnośnie zarzutunaruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że podstawowymi zasadami polskiego systemu prawa zamówień publicznych są: zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z cytowanym przepisem zamawiający, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji.

Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu pomimo, iż nie odpowiada treści SIWZ nie została odrzucona. Zamiast odrzucenia zamawiający uznał zaoferowanie leku w poz. 448 za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i postanowił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawić tę omyłkę poprzez wykreślenie tej pozycji w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Taka zasada nie została zachowana przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i pozostającego z nim w związku art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, odwołujący podnosił, że w pakiecie nr 1 pozycja 448 zamawiający wymagał zaoferowania syropu sosnowego złożonego 125g. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. zaoferowali w pakiecie nr 1, w tej pozycji Syrop Prawoślazowy 125g, który nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wskazań. Również i sam zamawiający podczas ponownego badania ofert stwierdził, że Syrop Prawoślazowy nie jest zamiennikiem Syropu Sosnowego złożonego. Jest to okoliczność bezsporna i znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 listopada 2018 roku. W związku z powyższym oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. winna zostać odrzucona jako niezgodna z zapisami SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma bowiem charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej, tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi skutkować odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest konsekwencją czynności zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie złożonych ofert z treścią SIWZ. Z kolei stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ Treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ w szczególności wówczas, gdy Wykonawca oferuje zamawiającemu przedmiot inny niż przedmiot zamówienia opisany w SIWZ, w tym nie spełniający określonych przez zamawiającego wymagań i parametrów technicznych. Tymczasem zamawiający uznał zaoferowanie leku w poz. 448 za inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w jej treści i postanowił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawić tę omyłkę poprzez wykreślenie jednej pozycji w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o.

Pozycja 12 pkt. 5 SIWZ zawiera jedynie sposób obliczenia ceny oferty. Stanowi on, że w przypadku braku w ofercie w Pakiecie nr 1 pojedynczych pozycji leków/ brak nie może przekraczać 5% ogólnej ilości/ do porównania ceny oferty będziemy brali pod uwagę najwyższe ceny brakujących leków zaoferowane przez innych wykonawców. Na podstawie takiego zapisu nie można uznać, że lek nie został zaoferowany. SIWZ wyraźnie określa, że zapis ten znajduje zastosowanie tylko „w przypadku braku w ofercie”, a takich braków w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. nie było, gdyż produkt został zaoferowany. Taka ingerencja w treść oferty wykonawcy jest nieuprawniona, biorąc pod uwagę zapis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, który zawiera szczegółowe regulację dotyczące poprawiania przez zamawiającego omyłek występujących w ofercie. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie: (i) oczywiste omyłki pisarskie; (ii) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; (iii) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. *Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców.

Po pierwsze, wskazanie towaru niespełniającego wymagań zamawiającego nie nastąpiło skutkiem omyłki, lecz było świadomym działaniem wykonawcy. W ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. w Pakiecie 1 w poz. 448 zaoferowano Syrop Prawoślazowy zamiast Syropu Sosnowego. Brak omyłkowości działania wykonawcy powoduje, że zamawiający nie może poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który pozwala wyłącznie na sanację oferty w zakresie omyłek. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zawsze oświadczeniem woli wykonawcy, który kształtuje ją samodzielnie, odpowiadając na oczekiwania zamawiającego wyrażone w SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy

z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. W omawianym stanie faktycznym oświadczenie woli wykonawcy jest sprzeczne z oczekiwaniami zamawiającego, w pakiecie 1 pozycja 448 zamawiający wymagał zaoferowania syropu sosnowego złożonego 125g. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. zaoferowali w pakiecie 1, pozycji 448 Syrop Prawoślazowy 125g, który nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wskazań. Niewątpliwie niezgodność ta nie ma charakteru formalnego, redakcyjnego, a jest niezgodnością merytoryczną, odnoszącą się do treści oświadczenia woli Wykonawcy. Nie sposób uznać jej za błąd pisarski czy też inny w ujęciu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp To wykonawca w sposób suwerenny ustala, jakie produkty chce zaoferować zamawiającemu, a zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oferta może być zmieniona wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy jest więc instytucją stanowiącą wyjątek od reguły niezmienności treści oferty, a jej istotą we wszystkich sytuacjach opisanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest przywróceniu ofercie brzmienia zamierzonego przez wykonawcę. Przepisy te nie mogą być wykładane rozszerzająco i pod tym względem w odniesieniu do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie obowiązują reguły inne niż w odniesieniu do art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może zatem polegać na wcielaniu się zamawiającego w rolę wykonawcy, zastępowaniu go przy ustaleniu, co chce lub nie chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zamawiającego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści zniekształconemu oświadczeniu wykonawcy, treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy. Tymczasem oferta wykonawcy nie zawierała żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na dokonanie poprawienia oferty.

Po drugie, poprawienie omyłki (choć w ocenie odwołującego zaoferowanie w Pakiecie 1 w poz. 448 Syropu Prawoślazowego zamiast Syropu Sosnowego nie jest omyłką) zmieniło ofertę w istotnym zakresie. Oferta przed poprawieniem omyłek i po ich poprawieniu zmieniła zakres przedmiotowy świadczenia zaoferowany przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. W związku z wykreśleniem zaoferowanego leku w poz. 448, uległy zmianie wartości netto i brutto oferty. Dostrzeżenie wymaga również fakt, że po poprawieniu oferty uznana została jako najkorzystniejsza, zaś gdyby nie została poprawiona to powinna zostać odrzucona.

Zamawiający, w dniu 27 listopada 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania poprzez przesłanie kopii odwołania drogą elektroniczną, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 30 listopada 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Neuca S.A. i Farmada Transport Sp. z o.o. (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 6 grudnia 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W treści złożonego pisma procesowego wskazywał, że dopuścił składanie ofert, w których braki zaoferowanych pozycji leków nie przekraczały 5%. Informację na ten temat zamieścił w SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3 ppkt 5, pkt 12 ppkt 5, w Opisie sposobu obliczenia oferty – pkt 12 ppkt 5 oraz w załączniku nr 1 do SIWZ – Formularz oferty (cena oferty). Podczas badania ofert zamawiający stwierdził, że w ofercie przystępującego zaoferowano w pakiecie 1 w poz. 448 Syrop Prawoślazowy zamiast Syropu Sosnowego złożonego. Zamawiający uznał, że zaproponowany produkt nie może być uznany jako zamiennik opisanego w SIWZ. W związku z powyższym zakwalifikował zaoferowanie leku w poz. 448 za inną omyłkę, polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i poprawił ją na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wykreślając tę pozycję z formularza. W związku z tym uległy zmianie wartości netto i brutto oferty, co zamawiający również poprawił, opierając się na zapisach SIWZ. Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W ocenie zamawiającego wykreślenie pozycji z formularza stanowi nieistotną zmianę treści oferty, gdyż nie miało to wpływu na miejsce oferty przystępującego w rankingu, oferta po dokonanej korekcie nadal spełnia wymagania zamawiającego (brak jest jednej pozycji, co stanowi mniej niż 0,2% pozycji leków, natomiast wartość wykreślonej pozycji wynosi mniej niż 0,001 wartości brutto całej oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą przystępującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym w niniejszym postępowaniu, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Ustawy oraz złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w tym dla części pierwszej zamówienia. Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert, w wyniku czego dokonał wyboru oferty przystępującego w części 1 (Pakiet nr 1) pomimo, że oferta tego wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert i odrzucił ofertę przystępującego, oferta złożona przez odwołującego byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu dla tej części zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym ubiegającym się o udzielenie zamówienia w części pierwszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 1 SIWZ, jest dostawa leków lub produktów równoważnych wg specyfikacji załącznika nr 2 – spis leków (3 pakiety). W punkcie 2 znalazł się zapis, że dopuszcza się wycenę leku równoważnego pod względem składu chemicznego i dawki lecz różniącego się postacią przy zachowaniu tej samej drogi podania, pod warunkiem że zaferowany lek będzie też równoważny pod względem terapeutycznym. W punkcie 5 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający poinformował, że oferta zawierająca mniej niż 95% pozycji z ogólnej ilości leków będzie odrzucona jako niekompletna.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale 12 – Opis sposobu obliczania ceny oferty, pkt 5 zapisał, że w przypadku braku w ofercie w Pakiecie nr 1, pojedynczych pozycji leków (brak nie może przekraczać 5% ogólnej ilości) do porównania ceny oferty będzie brał pod uwagę najwyższe ceny brakujących leków zaferowane przez innych wykonawców. Analogiczny zapis zamieścił w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1) – Cena

oferty. W załączniku nr 2 zamawiający zawarł spis leków, w tym w Pakiecie nr 1 w poz 448 wpisał: Syrop sosnowy złożony 125 g, w kolumnie ilość wpisał: 300 opakowań.

Przystępujący w Pakiecie nr 1, w poz. 448 zaoferował lek: SIR. PRAWOŚLAZOWY 125 g. ALTHAEAE/ HASCO.

Izba ustaliła, że pismem z 8 listopada 2018 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim ten zaoferował inny produkt niż opisany przez zamawiającego w SIWZ. W odpowiedzi na powyższe przystępujący, pismem z 9 listopada 2018 r. wyjaśnił, że w pakiecie nr 1 pozycja 448 nie miała zostać wyceniona. W związku z tym prosił o usunięcie i wykreślenie tej pozycji jako nie wycenionej, zgodnie z zapisem SIWZ pkt 3 ppkt 5.

Pismem z 14 listopada 2018 r. zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu innych omyłek, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegających na wykreśleniu tej pozycji z Formularza ofertowego. Jednocześnie zawiadomił, że w związku z wykreśleniem tej pozycji uległy zmianie wartości netto i brutto oferty i tak: w miejsce kwoty 634630,05 zł. wpisuje się 634045,05 zł.; wartość brutto; w miejsce kwoty 685836,72 zł. wpisuje się 685203,72 zł. Przystępujący, pismem z dnia 15 listopada 2018 r., wyraził zgodę na poprawienie w jego ofercie innych omyłek.

Pismem z dnia 21 listopada 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty w zakresie dotyczącym Pakietu nr 1 – informując o dokonaniu wyboru oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami, dotyczący zagadnienia natury prawnej, Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, prowadzenia go z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę. Ustawa Pzp zobowiązuje między innymi w art. 89

ust. 1 pkt 2 do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych, nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza porównanie wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ z treścią oferty w zakresie, w jakim wykonawca opisał przedmiot oferowanego świadczenia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy zatem oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”), czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Należy mieć przy tym na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo też sposobu wykonania zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub też, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania.

Należy podkreślić, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca przewidział bowiem, że zamawiający poprawia w ofercie stwierdzone przez niego niezgodności z treścią SIWZ, jeśli nie prowadzą one do istotnych zmian w treści złożonej przez wykonawcę oferty. W przypadku zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 każdorazowo następuje zmiana treści oferty, jednakże zawsze granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09). W ocenie Sądu ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego

stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Należy również mieć na uwadze, że pomyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności polegającej na ich poprawieniu mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że "oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień pozyskanych od wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, zmiany zakresu oferowanego świadczenia czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy w ocenie Izby zamawiający nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonując wykreślenia jednej z pozycji w Formularzu oferty przystępującego tj. w zakresie w jakim ten zaoferował w Pakiecie nr 1, w poz. 448 lek: SIR. PRAWOŚLAZOWY 125 g. ALTHAEAE/HASCO. Należy zauważyć, że zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie określonych produktów, dopuszczając zaoferowanie leków równoważnych pod względem składu chemicznego i dawki, lecz różniących się postacią przy zachowaniu tej samej drogi podania, pod warunkiem że będą równoważne pod względem terapeutycznym. Nie ulega wątpliwości, że przystępujący w swojej ofercie wpisał lek, który nie spełniał tych wymagań. Uczynił to w sposób świadomy, składając w ofercie oświadczenie woli o określonej treści. Nie uczynił tego zatem omyłkowo, lecz zaproponował produkt, który w ocenie zamawiającego nie był równoważny do opisanego w tej pozycji. Oczywiste jest zatem, że w tym zakresie wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Dokonując poprawienia treści oferty przystępującego zamawiający powoływał się na zapisy SIWZ zamieszczone w Rozdziale 12 – Opis sposobu obliczania ceny oferty, pkt 5 stanowiące, że w przypadku braku w ofercie w Pakiecie nr 1, pojedynczych pozycji leków (brak nie może przekraczać 5% ogólnej ilości) zamawiający do porównania ceny oferty będzie brał pod uwagę najwyższe ceny brakujących leków, zaoferowane przez innych wykonawców oraz analogicznych zapisów zamieszczonych w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1). Tymczasem zapisy te odnoszą się jedynie do sytuacji, kiedy wykonawca w sposób zamierzony nie wycenia niektórych pozycji w ofercie, mając świadomość, że nie

posiada ich w swojej ofercie a nie ma również możliwości zaoferowania produktów równoważnych. W razie wystąpienia takich okoliczności zamawiający przewidział mechanizm, który służyć miał temu, aby możliwe było porównanie ofert w przypadku gdy w ofercie danego wykonawcy brak jest wyceny dla niektórych pozycji. Tymczasem przystępujący, składając ofertę w Pakiecie nr 1, w kwestionowanej pozycji wpisał konkretny lek, który nie spełniał wymagań zamawiającego. Nie mamy więc do czynienia z brakiem wyceny, czy jak to określił zamawiający z „niekompletną” ofertą, ale z zaoferowaniem świadczenia, które nie odpowiada co do przedmiotu zamówienia wymaganiom SIWZ. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że zapisy SIWZ dają mu podstawę do dokonania poprawienia treści oferty wykonawcy w taki sposób, że możliwe jest wykreślenie tej właśnie pozycji w treści oferty.

Zamawiający dokonując wykreślenia w ofercie jednego z produktów dokonał w istocie zmiany przedmiotu świadczenia oferowanego przez wykonawcę, którego wolą było dostarczenie wszystkich produktów opisanych w SIWZ, w Pakiecie nr 1. Nieuprawnione, w ocenie Izby były twierdzenia zamawiającego, że przystępujący omyłkowo zaproponował ten właśnie produkt, a jego intencją było nie wypełnienie tej pozycji w ogóle. Przystępujący zaoferował bowiem produkt zastępczy w pozycji 448, pozostając w przekonaniu, że spełnia on wymagania zamawiającego, nie mogąc jednak zaoferować produktu takiego samego, jaki wynikał z opisu zawartego w SIWZ. Wnioski zamawiającego, co do intencji przystępującego, pochodziły z treści wyjaśnień przystępującego zawartych w piśmie z 9 listopada 2018 r., w którym stwierdza, że w ogóle nie chciał on wypełniać tej pozycji.

Należy podkreślić, że wprowadzie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza poprawienie przez zamawiającego innej omyłki, ale czynność taka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Przepis nie precyzuje też jaka jest bezpieczna granica dokonywania zmian, niewątpliwie jednak ograniczeniem w tym zakresie będzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zakazujący prowadzenie jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej przez niego oferty. Wprowadzie nie oznacza to braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty i zamawiający może skorzystać z tej instytucji również dla ustalenia w jaki sposób omyłkę należałoby poprawić, ale nie może to prowadzić do ustaleń pomiędzy wykonawcą a zamawiającym co do przedmiotu świadczenia, tak jak to miało miejsce w tym przypadku. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do oferowanego przez niego przedmiotu zamówienia i na tej podstawie ustalił intencje wykonawcy co do tego czy jego wolą było zaoferowanie określonego produktu czy też nie. W rezultacie doprowadziło to do zmiany oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Bez

znaczenia dla oceny niniejszej sprawy jest, w ocenie Izby, że zmiana taka dotyczyła jednej pozycji w ofercie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: