

Sygn. akt: KIO 2470/15

WYROK

z dnia 26 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 listopada 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo „Trans – Med” s.c. W. P., P. D.,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Tarnowie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. wykonawcę Przedsiębiorstwo „Trans – Med” s.c. W. P., P. D. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo „Trans – Med” s.c. W. P., P. D.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa „Trans – Med” s.c. W. P., P. D.** na rzecz zamawiającego **Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Tarnowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy

sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 12 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo „TRANS-MED” s.c. W. P., P. D. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Szpitalowi Wojewódzkiemu im. Św. Łukasza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Tarnowie (dalej „**Zamawiający**”) w zakresie 1 i 9 naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”), o ile nie zawiera ona omyłek niepowodujących istotnych zmian w jej treści, które winien poprawić Zamawiający, gdy tymczasem oferta Odwołującego, co do której na wezwanie Zamawiającego złożył on w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, w terminie żądane wyjaśnienia, odpowiada treści SIWZ w pełni;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy, który zobowiązuje Zamawiającego do wezwania oferentów do złożenia wymaganych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub do poprawienia błędów złożonych dokumentów lub oświadczeń, w którym to zakresie wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2015 roku (znak: SWLOG-271-KS-107-4161/15) winno zostać rozszerzone.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 20 października 2015 roku Zamawiający wezwał go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień co do wpisania w załączniku nr 1A Specyfikacji asortymentowo - ilościowej cenowej w zakresach 1 i 9 w kolumnie 2 zamiast kodu produktu jednostki miary (j.m.), w terminie do 23 października 2015 roku. Pismem z dnia 20 października 2015 roku Odwołujący złożył żądane wyjaśnienia, wskazując, że zamiast kodu produktu w kolumnie 2 powyższego załącznika nr 1A wpisano jednostki miary omyłkowo. Jednocześnie wraz z tym pismem Odwołujący złożył Zamawiającemu prawidłowo wypełnione załączniki nr 1A dotyczące zakresów 1 i 9.

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 3 listopada 2015 roku Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu zawiadomienie o wyborze ofert (znak: SWOLG-271-KS-107-4347/15), w którego punkcie 4 wskazał, że oferta Odwołującego w zakresach 1 i 9 została odrzucona, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jako podstawę faktyczną

swej decyzji Zamawiający podał, iż oferta Odwołującego w kolumnie 2 załącznika nr 1A zamiast kodu produktu zawierała jednostki miary.

W ocenie Odwołującego Zamawiający jednak w ogóle nie wziął pod uwagę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przedłożonych przez niego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego w zaistniałej sytuacji Zamawiający uchybił aż dwóm, wyżej wskazanym przepisom ustawy. Prawidłowo Zamawiający, skoro powziął wątpliwości co do treści oferty, wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień dostrzeżonym błędów. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był jednak wyraźnie wskazać, że pismem z dnia 20 października 2015 roku żąda od Odwołującego nie tylko złożenia wyjaśnień co do dokumentów wskazanych w art. 15 ust. 1 ustawy (co do czego winien był jako podstawę prawną wskazać art. 26 ust. 4 ustawy, co jednak pominął), ale - skoro dostrzegł błędy w dokumentach złożonych wraz z ofertą - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy winien był wezwać go także do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Zamawiający jednak nie wezwał Odwołującego do złożenia poprawionych dokumentów, a to załączników nr 1A w zakresach 1 i 9, czym naruszył normę art. 26 ust. 3 ustawy obligującą go do takiego żądania.

W ocenie Odwołującego jedyną przesłanką uprawniającą Zamawiającego do nie żądania od oferenta złożenia poprawionych dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy, w zamian za złożone ale zawierające błędy, jest istnienie innych podstaw do odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Zaznaczyć należy, że w przedmiotowej sprawie nie istniały podstawy do unieważnienia postępowania, a także nie było przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazał, w szczególności oferta nie była niezgodna z ustawą, nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący nie został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak też jej treść była zgodna z SIWZ, choć zawierała błędy, lecz nie w obliczeniu ceny. A ponadto to Odwołujący, bez odrębnego wezwania Zamawiającego, złożył z własnej inicjatywy poprawione dokumenty.

Odwołujący zaznaczył, że poprawienie błędów oferty Odwołującego w zakresie zastąpienia omyłkowo wpisanej w kolumnie 2 jednostki miary kodem produktu nie stanowi zakazanej art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści oferty. Powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) w wyroku z 18 listopada 2014 roku, sygn. KIO 2320/14.

W zakresie ustalenia istotności zmian oferty Odwołujący wskazał natomiast pomocniczo na wyrok KIO z 14 kwietnia 2015 roku, sygn. KIO 666/15. Tym samym w ocenie Odwołującego

czynność Zamawiającego odrzucająca ofertę Odwołującego jest niezgodna z ustawą, na co wskazują rzeczony wyżej okoliczności i ugruntowane orzecznictwo KIO.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 163-298256 z dnia 25 sierpnia 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w dniu 20 października 2015 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 20 października 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) treść oferty Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Sukcesywna dostawa materiałów opatrunkowych dla Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 30 części, dopuszczając składanie ofert częściowych. W załączniku nr 1A – Specyfikacja asortymentowo – ilościowo – cenowa - Zamawiający określił informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, które wykonawcy winni uzupełnić składając ofertę.

Pismem z dnia 20 października 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że w kolumnie 2 w Zakresie 1 i 9 wykonawca zamiast kodu produktu wpisał jednostki miary. Pismem z dnia 20 października 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, wskazując, że jednostka miary została omyłkowo wpisana oraz przedłożył prawidłowo wypełniony załącznik nr 1A.

Jak wynika z protokołu postępowania przetargowego za najkorzystniejszą w zakresie zadania 1 oraz 9 została uznana oferta wykonawcy Paso Trading sp. z o.o. oraz Polmil sp. z o.o. S.K.A., odpowiednio. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodna z SIWZ.

W dniu 25 listopada 2015 r. na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie zadania 9. Odwołujący bowiem złożył najkorzystniejszą ofertę cenową. W przypadku potwierdzenia się zarzucanych Zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, ma on szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż posiada legitymację do skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie zadania 1. Oferta Odwołującego nie była bowiem ofertą najkorzystniejszą, zaś Odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów w zakresie czynności Zamawiającego w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej. Niezależnie zatem od zasadności zarzutów Odwołującego podniesionych w stosunku oceny jego oferty w zakresie zadania 1 nie ma on możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym nie wykazał spełnienia warunków koniecznych do skorzystania ze środków ochrony prawnej wynikających z art. 179 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. I z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty złożonej przez Odwołującego.

Wskazać należy po pierwsze, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał sprecyzowania przedmiotu objętego ofertą danego wykonawcy poprzez wypełnienie w określony sposób załącznika nr 1A. W załączniku tym wykonawca był zobowiązany określić m.in. ilość oferowanych produktów, nazwę handlową, producenta oraz kod produktu. Bezspornym pomiędzy stronami było to, że powyższy załącznik nie został prawidłowo wypełniony przez Odwołującego, który sam w treści pisma z dnia 20 października 2015 r. wskazał, że doszło do omyłki i zamiast wpisać kod produktu, wpisane zostały jednostki miary. Rozstrzygnięcia więc wymagało czy załącznik nr 1A stanowi część oferty wykonawcy, a jeśli tak to czy możliwe było poprawienie oferty Odwołującego w zakresie przez niego żądanym.

Co do pierwszej z powyższych kwestii, w ocenie Izby, nie ma żadnych wątpliwości, że załącznik 1A winien być traktowany jako część oferty Odwołującego. Informacje jakie

wykonawcy zobowiązani byli wskazać w tym dokumencie stanowiący przedmiotowo istotne elementy przyszłego świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego, a w związku z tym uznać je należy za istotny element oferty wykonawcy. Zamawiający oczekiwał od wykonawców zaofiarowania konkretnych produktów spełniających określone wymaganie, w określonej ilości, w określony sposób zindywidualizowane, zaś elementy te winny być sprecyzowane przez wykonawców w załączniku nr 1A. Dlatego też, w ocenie Izby, załącznik nr 1A stanowi część oferty wykonawcy, gdyż to właśnie w jego treści wykonawca określił istotne cechy i elementy swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego.

Co do drugiej kwestii, w ocenie Izby, nie zaistniały przesłanki do dokonania zmiany treści oferty Odwołującego w sposób przez niego wskazany tj. poprawienie treści oferty z powodu rzekomej omyłki i wpisanie w ramach uzupełnienia właściwych kodów produktów. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 87 ust. 2 dopuszcza trzy możliwości poprawienia oferty danego wykonawcy. Punkt 1 oraz 2 nie mają zastosowania w omawianym stanie faktycznym. Nie mamy bowiem do czynienia z oczywistą omyłką pisarską czy rachunkową. W ocenie Izby brak jest również podstaw do poprawienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie zostały spełnione przesłanki zastosowania powyższego artykułu. Proponowana przez Odwołującego zmiana treści Załącznika 1A stanowiłaby bowiem sprecyzowanie świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w obecnie obowiązujących regulacjach. Należy bowiem podkreślić, że o ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ (tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – 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. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne (instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ (instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W omawianym stanie faktycznym instrumenty te zostały wykorzystane przez Zamawiającego w sposób właściwy i potwierdziły, że Odwołujący nie sprecyzował w swojej ofercie w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiotu przyszłego świadczenia.

Podkreślić należy, że w postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże jego istotne elementy – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że enumeratywnie wymienione sytuacje dopuszczające możliwość zmiany treści oferty określone przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, np. przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W rozstrzyganej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją, że Odwołujący nie skonkretyzował oferowanych produktów w stopniu pozwalającym na ocenę, co dokładnie zostało zaoferowane. Wnioskowanie, a dokładniej odgadywanie przez Zamawiającego, jakie konkretnie produkty zostały zaoferowane nie stanowi dopuszczalnego w świetle ustawy Pzp ustalenia treści oferty, gdyż Odwołujący zaniedbał podania wystarczających informacji. Z kolei nie mogły być one uzupełniane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż sprowadzałoby się to do istotnej zmiany treści oferty po terminie składania ofert i stanowiłoby też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący miałyby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie produktów zgodnego z treścią wymagań SIWZ. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że brak podania jakiegokolwiek oznaczeń indywidualizujących dla oferowanych produktów uniemożliwiłby Zamawiającemu rzeczywistą weryfikację produktów wskazanych w treści oferty z produktem rzeczywiście przekazanym w ramach realizacji zamówienia oraz wymaganiami zawartymi w SIWZ. Bez podania indywidualnego kodu producenta wykonawca mógłby bowiem dowolnie zmieniać oferowany produkt na etapie realizacji zamówienia w ramach grupy produktów oferowanych przez wskazanego producenta, a tym samym potencjalnie wpływać na koszt realizacji zamówienia. Odwołujący w ramach postępowania nie wykazał również, że wskazany przez niego w treści ofert producent oferowanych produktów produkuje wyłącznie jeden rodzaj produktów oferowanych w zakresie 9.

Zdaniem Izby ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu, a nie jest ona możliwa do otworzenia na podstawie innych dokumentów, których w tym postępowaniu Zamawiający nie zażądał, ofertę należy uznać za niezgodną w powyższym zakresie z SIWZ. Tym samym Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący błędnie przyjął, że Załącznik nr 1A jest dokumentem przedmiotowym, a jego treść może zostać uzupełniona czy też zmieniona w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Jak Izba wskazała powyższej, Załącznik nr 1A określał istotne elementy świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego i stanowił tym samym treść oferty wykonawcy. Ta zaś może polegać ewentualnym modyfikacjom wyłącznie na zasadach określonych w art. 87 ustawy Pzp, zaś jak Izba wskazała powyższej, nie ziściły się przesłanki dopuszczalnej modyfikacji treści oferty Odwołującego określone w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący:.....