

WYROK

z dnia 6 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez wykonawcę ASCLEPIOS S.A. we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PGF URTICA Sp. z o.o. we Wrocławiu, (2) Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w Łodzi, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na różne produkty lecznicze w tym dierzawę parowników dla SPWSZ w Szczecinie – Środki przeciwnowotworowe i immunomodulacyjne (część nr 40), w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PGF URTICA Sp. z o.o. we Wrocławiu, (2) Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w Łodzi jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez ASCLEPIOS S.A. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Szczecinie na rzecz ASCLEPIOS S.A. we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie:

osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na różne produkty lecznicze w tym dzierżawę parowników dla SPWSZ w Szczecinie – z podziałem zamówienia na części, w tym na dostawę środków przeciwnowotworowe i immunomodulacyjne stanowiącą część nr 40 zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 19 lipca 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 137-245641.

W dniu 12 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 22 września 2014 r. ASCLEPIOS S.A. we Wrocławiu wniosła odwołanie względem wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 40 zamówienia, a konkretnie zaniechania odrzucenia oferty wybranej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PGF URTICA Sp. z o.o. we Wrocławiu, (2) Polska Grupa Farmaceutyczna S.A. w Łodzi (zwanych dalej „Przystępującym”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego - wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 40,
- nakazanie odrzucenia oferty złożonej w Zadaniu nr 40 przez Przystępującego,
- nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert w Zadaniu nr 40.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W dniu 12.09.2014r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o uzyskanie zamówienia, o wynikach dokonanej oceny ofert.

Z informacji tej wynika, iż Zamawiający dokonał oceny ofert i jako najkorzystniejszą w Zadaniu nr 40 wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum Firm: PGF URTICA Sp. z o.o. (Lider), ul. Krzemieniecka 120 54-613 Wrocław; Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź (dalej zwanym „Konsorcjum”).

Dowód 1: zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 12.09.2014 r.

Tymczasem oferta ta jest niezgodna z SIWZ. Powyższe wynika z faktu zaoferowania przez Konsorcjum w poz. 1 Zadania nr 40 produktów leczniczych w ilości niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi arbitralnie w SIWZ, w Załączniku nr 1 do SIWZ - (poprawiony III) na stronie 16.

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający precyzuje, iż wymaga dostarczenia w Zadaniu nr 40 w poz. nr 1 produktu leczniczego o nazwie: Interferon beta 1a w ilości 312 opakowań, w opakowaniach według wyboru wykonawców:

- 44 mcg x 12 amp.-strz. , lub
- wkłady 132 mcg/1,5 mix 4 szt

Dowód 2: strona nr 16 w Załączniku nr 1 do SIWZ - (poprawiony III)

Konsorcjum zaoferowało w powyższej pozycji produkt leczniczy o nazwie: Rebif roztw. do wstrz: do wyboru: 44 mcgx 12 amp.-strz. / wkłady 132 mcg/1,5 mix 4 szt. w ilości zaledwie 104 opakowań, zamiast wymaganych przez Zamawiającego 312 opakowań.

Dowód 3: oferta Konsorcjum

Odwołujący pismem z dnia 09.09.2014. poinformował Zamawiającego o niezgodnej z jego wymaganiami określonymi w SIWZ ofercie Konsorcjum w Zadaniu nr 40. Pismo to pozostało bez odpowiedzi.

Dowód 4: pismo Odwołującego z dnia 09.09.2014r.

Informacja Zamawiającego o wyborze ofert w Zadaniu nr 40 wskazywała na wybór oferty Konsorcjum o cenie 3.267.522,85 zł. (patrz: Dowód 1.) Tymczasem, cena

oferty Konsorcjum na Zadanie nr 40 wynosiła w dniu otwarcia ofert 2.713.973,95 zł. (patrz: Dowód 3.) Różnica w wysokości ceny tej oferty, to jest w kwocie 553.548,90 zł., stanowi bardzo istotną zmianę treści oferty po jej złożeniu i mogła być dokonana wyłącznie przez samego Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Wywodząc dalej z faktu, że zaoferowanie dostaw towarów w ilości sprzecznej z treścią SIWZ nie może stanowić ani omyłki rachunkowej (błąd w działaniach obliczeniowych - patrz: wyr. KIO z 30.4.2013 r., KIO 869/13, KIO 916/13), ani oczywistej omyłki pisarskiej (przypadkowa niedokładność - patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.7.2005 r., V Ca 592/05), Jedyną podstawą działania Zamawiającego pozostawał zatem art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp., co w badanym przypadku oznacza, że zaoferowanie przez Konsorcjum trzykrotnie mniejszej ilości towarów od wymaganych w SIWZ zostało potraktowane przez Zamawiającego jako „inna omyłka nie powodująca istotnej zmiany treści oferty” !

Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa sądów okręgowych oraz KIO, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy 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, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art.* 87 ust. 1 ustawy. 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 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, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyr. KIO z 24.6.2013 r., KIO 1341/13).

Niezależnie od powyższego, zmiana ceny oferty w Zadaniu nr 40 o przeszło pół miliona złotych (o ponad 20%) stanowi bardzo istotną zmianę treści oferty, co wyklucza stosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy mieć również na względzie ustawowy zakaz zmian w treści oferty zapisany w art. 87 ust. 1. od którego wyjątkiem jest upoważnienie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjątek ten nie może być jednak interpretowany rozszerzająco czyniąc zakaz z art. 87 ust. 1 fikcją, a obowiązek

odrzuca ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), sposobem zamawiających na eliminację tylko „niezaprzyżnionych” wykonawców.

Biorąc pod uwagę fakt braku obowiązku Zamawiającego do informowania innych wykonawców o fakcie dokonania zmian w ofercie jednego z nich, a także odległość do siedziby Zamawiającego (ew. zapoznanie się z dokumentacją przetargową), Odwołujący zadał Zamawiającemu w dniu 18.09.2014r. za pośrednictwem poczty elektronicznej pytanie o podstawę prawną zmiany oferty Konsorcjum po jej otwarciu (zgodnie z procedurą komunikowania się wykonawców z Zamawiającym przewidzianą w rozdz. VII pkt 5 SIWZ) . Do dnia sporządzenia przedmiotowego odwołania odpowiedzi nie udzielono.

Podsumowując stwierdzić należy, iż oferta Konsorcjum w Zadaniu nr 40 jako sprzeczna z SIWZ, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Zamawiający zaś zaniechał dokonania tej czynności, a tym samym naruszył normę art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp. [...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, które znajdują zastosowanie do stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania, i które miał naruszyć Zamawiający, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z

zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast przepis art. 87 ust. 1 stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Ponadto zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) 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.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Następnie Izba stwierdza, iż stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny. Jak najbardziej zaistniała w tym przypadku niezgodność treści

oferty Przystępującego złożonej w zadaniu nr 40 z SIWZ w postaci opisywanej w treści odwołania (przytoczonej powyżej), jak też doszło do poprawienia oferty w tym zakresie przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sposób przewidywany w treści odwołania.

Powołany przepis dla dopuszczalności poprawienia zaistniałej niezgodności treści oferty z SIWZ (omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ) wymaga, aby poprawienie takie nie prowadziło do istotnych zmian treści oferty.

W rozpatrywanym przypadku oferta odwołującego pozostawała niezgodna z wymaganiami SIWZ w swojej merytorycznej części stanowiącej o zakresie oferowanego świadczenia. Wykonawca oferował 104 opakowania zamawianego leku, zamiast wymaganych 312. Natomiast dokonana zmiana (poprawienie oferty) polegała nie tylko na poprawieniu rzeczowego zakresu oferty, ale również żądanej ceny ofertowej (jej zwiększenie o ponad 550 000 zł.). Przy czym zaznaczyć należy, iż była to cena ryczałtowa przewidziana za niezmienny i określony z góry zakres zamówienia, a wskazywana cena jednostkowa za opakowanie nie miała tu żadnego znaczenia poza informacyjnym (również bez jej znajomości możliwe byłoby matematyczne poprawienie ceny postulowane przez Zamawiającego i Przystępującego – cenę jednostkową można było przez proste dzielenie zastanych wielkości wyliczyć).

Tym samym ofertę zmieniono w zakresie jej dwóch zasadniczych przedmiotowo istotnych części: zakresu rzeczowego i ceny. Ponadto zmieniono ją znacznie.

Powyższe nie wyczerpuje ustawowej przesłanki „nieistotności” dopuszczalnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i przez to wyklucza możliwość zastosowania tego przepisu.

Z uwagi na powyższe należało potwierdzić naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nakazać odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Tudzież oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą – Zamawiający i Przystępujący dokonując jej nieuprawnionej zmiany doprowadzili do jej niezgodności z art. 87 ust. 1 Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż nie wyklucza, że opisywana niezgodność treści oferty z SIWZ była omyłką wykonawcy. Jednakże nie wszystkie omyłki mogą być poprawione na podstawie ww. przepisu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).