

Sygn. akt KIO/UZP 1088/08

WYROK

z dnia 22 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 22.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, 60-479 Poznań, ul. Juraszów 7/19** protestu ~~protestów~~ z dnia 16.09.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, 60-479 Poznań, ul. Juraszów 7/19**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, 60-479 Poznań, ul. Juraszów 7/19** na rzecz **Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polska Grupa Farmaceutyczna S.A., 91-342 Łódź, ul. Zbąszyńska 3.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa leków stosowanych przez oddziały Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu, ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE nr 2008 / S 134 – 179555 w dniu 12.07.2008 r.

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Poznaniu postanowił w SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, iż dopuszcza składanie ofert częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub kilka części zamówienia, bądź ofertę na całość zamówienia. Każde z zamówień częściowych będzie oceniane odrębnie, wg kryteriów podanych w SIWZ (pkt 3.2 SIWZ). Przedmiot postępowania podzielony został na 28 zadań częściowych. W postępowaniu wykonawcy złożyli 17 ofert, w tym jeden wykonawca wycofał swoją ofertę przed upływem terminu składania ofert. Termin składania i otwarcia ofert Zamawiający wyznaczył na dzień

05.09.2008 r. Pismem z dnia 11.09.2008 r. nr SZW/SZP/342008/15 Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej w skrócie Pzp, z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. W uzasadnieniu pisma Zamawiający stwierdził, że postępowanie jest obarczone nieusuwalną wadą, która wywiera tak istotny wpływ na umowę, iż powoduje jej bezwzględną nieważność, a tym samym bezskuteczność. Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą polegającą na wprowadzeniu w formularzu cenowym zapisów skutkujących obiektywną niemożnością dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. „Zapis w kolumnie nr 11–VAT formularza cenowego jest niezgodny z zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 12.1 opisem sposobu obliczenia ceny”.

Na czynność Zamawiającego Odwołujący „Polska Grupa Farmaceutyczna” S.A. z siedzibą w Łodzi, Oddział w Łodzi, wniósł protest pismem z dnia 16.09.2008 r., w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż złożone oferty są nieporównywalne i występuje obiektywna niemożność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz, że istnieje niezgodność pomiędzy zapisem w kolumnie 11–VAT formularza cenowego, a opisem sposobu obliczenia ceny zawartym w pkt 12.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i, że w efekcie stanowi to podstawę unieważnienia postępowania. Wskazał, że czynność Zamawiającego narusza również normy prawne wynikające z Kodeksu cywilnego, a mianowicie art. 5 i art. 58 Kc. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie pismem z dnia 23.09.2008r. nr SZW/SZP/43/2008/17 podając w uzasadnieniu, iż w piśmie zawiadamiającym o unieważnieniu postępowania „dokładnie wskazał gdzie wystąpiła niespójność zapisów zawartych w SIWZ i załącznika do niej – formularz cenowy”. Przytoczył treść pkt 12.1 SIWZ dotyczącego opisu sposobu obliczenia ceny oferty i podał, iż załączony do SIWZ formularz cenowy nie pozwala na obliczenie poszczególnych wartości zgodnie z przedstawionymi wskazówkami, albowiem we wskazanej w zawiadomieniu kolumnie nr 11 Zamawiający wpisał tylko VAT nie doprecyzowując czy ma na myśli stawkę VAT, czy jego kwotę. Stwierdził, że sporządzony formularz cenowy i treść specyfikacji w zakresie wyżej omówionym powoduje sytuację, w której zostały złożone oferty nieporównywalne w swej ocenie. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podkreślił, iż od samego początku postępowanie obarczone było wadą prawną skutkującą zawarciem nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-1644/05, z którego wynika, że w przypadku nie zamieszczenia w formularzu SIWZ stawki podatku VAT, dochodzi do popełnienia istotnego błędu wprowadzającego

sprzeczność co do sposobu przedstawienia ceny oferty. Sprzeczność powoduje, iż żaden z wykonawców nie jest w stanie złożyć oferty zgodnie z treścią SIWZ, co w konsekwencji powodowałoby nieważność zawartej umowy.

Pismem z dnia 25.09.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym powtórzył zarzuty zawarte w proteście, potwierdzając naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 pkt 2 Pzp, oraz art. 5 Kc. Podał, że Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. z powodu obarczenia postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, powinien odwołać się do przesłanek powodujących nieważność umowy, zawartych w art. 146 ust. 1 Pzp. Stwierdził, że tylko wyliczone w tym przepisie przyczyny oraz określone w odrębnych przepisach, stanowią źródło prawa Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, żadna z przesłanek powodujących wadę polegającą na nieważności przyszłej umowy, nie zaistniała. Podkreślił, że normy prawne przewidujące nieważność zawartych umów są we wszystkich przepisach wymienione w sposób taksatywny i mają charakter norm bezwzględnie obowiązujących – *ius cogens*.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia/uchylenia jego czynności – oświadczenia z dnia 11.09.2008 r. polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia i nakazanie Zamawiającemu wyboru złożonych w postępowaniu ofert, zgodnie z Prawem zamówień publicznych,
 - przyznanie wykonawcy od Zamawiającego kosztów poniesionych w związku z wniesieniem odwołania,
- ponadto, o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej, która znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ i złożonych w postępowaniu ofert oraz wyjaśnień pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pkt 12.1 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający określił, że „Wykonawca obliczy cenę wg następującego algorytmu: najpierw poda cenę jednostkową netto, przemnoży cenę jednostkową netto przez liczbę oferowanych jednostek, wyliczając tym wartość zamówienia netto. Wartość zamówienia netto przemnoży przez stawkę podatku VAT, wyliczając tym kwotę podatku VAT. Suma wartości zamówienia netto i kwoty podatku VAT daje wartość brutto zamówienia. Wartość brutto zamówienia stanowi cenę ostateczną

oferty.” 28 zadań częściowych przedmiotu zamówienia (3.2 - Opis przedmiotu zamówienia, str. 2/2 SIWZ) Zamawiający nazwał pakietami we Wzorze formularza oferty i w Formularzu cenowym. Załącznikiem do SIWZ jest „Wzór formularza oferty”, w którym Zamawiający podał podział przedmiotu zamówienia na 28 pakietów, oznaczając pakiety liczbami rzymskimi I - XXVIII. W formularzu ofertowym wykonawcy mieli podać: cenę brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, stawkę podatku VAT, kwotę podatku VAT oraz cenę netto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Cena brutto, kwota podatku VAT oraz cena netto – miały być podane dodatkowo słownie. Opisany sposób przedstawienia ceny dotyczy oddzielnie każdego pakietu. Następnym załącznikiem do SIWZ jest formularz cenowy oddzielny dla każdego pakietu. W formularzu cenowym, w wierszu 1 zawierającym opis kolumn, w kolumnie 11 podano wyraz „vat”. Natomiast w poszczególnych wierszach we wszystkich pakietach, w kolumnach 11 podano liczbę 7. W pakietach wskazano następującą ilość pozycji, w których podano nazwy leków:

I – 431, II – 68, III – 3, IV – 19, V – 1, VI – 34, VII – 8, VIII – 10, IX – 1, X – 1, XI – 2, XII – 6, XIII – 6, XIV – 24, XV – 10, XVI – 2, XVII – 1, XVIII – 1, XIX – 1, XX – 4, XXI – 3, XXII – 1, XXIII – 1, XXIV – 1, XXV – 1, XVI – 1, XVII – 2, XVIII – 5.

Z porównania niektórych ze złożonych ofert wytypowanych przez Zamawiającego, a także udostępnionych na wniosek składu orzekającego Izby, w tym oferty Odwołującego, ustalono jak niżej.

Najliczniejszym pakietem zawierającym 431 pozycji nazw leków, jest pakiet I. Na pakiet ten złożyli oferty tylko dwaj wykonawcy, tj. Odwołujący i FARMACOL S.A. Tylko w pakiecie I wykonawcy wskazali dwie stawki VAT – 7% i 22%. Odwołujący wskazał stawkę 22% w 7 pozycjach nazw leków, w pozostałych pozycjach wskazał stawkę 7%. Natomiast wykonawca FARMACOL S.A., wskazując również stawkę 7% i 22%, stawkę 22% wskazał w 7 pozycjach takich samych, jak Odwołujący, natomiast dodatkowo 22% wskazał w pozycji 421 – wazelina biała 20g, gdzie kwota podatku wynosi 1,21 zł. W pozostałych pozycjach podał stawkę 7%. Dla porównania, kwota podatku VAT w pozycji 421, dotyczącej wazeliny białej 20g, w ofercie Odwołującego przy zastosowanej stawce 7%, wynosi 0,9 zł.

KIO ustaliła, że tylko w pakiecie I podano równolegle dwie stawki podatku – 7% i 22%, gdzie obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym pakiecie, wskazali poza jedyną różnicą dotyczącą pozycji 421 – wazelina biała 20g, zgodnie te same stawki podatku. Oferty różnią się wskazaniem stawki podatku VAT w pozycji 421 – pakiet I. W pozostałych pakietach wszyscy wykonawcy zaoferowali jednolitą stawkę 7% VAT.

W ocenie KIO, nie występują różnice pomiędzy opisaniem sposobu obliczenia ceny, zawartym w pkt 12.1 SIWZ, a treścią formularza cenowego – kolumna 11. Opis sposobu obliczenia ceny oferty – pkt 12.1 SIWZ, jednoznacznie i w sposób zrozumiały przedstawia

kolejność czynności, którą powinni wykonać wykonawcy, by zgodnie z wymogami Zamawiającego obliczyć cenę oferty. Wzór formularza ofertowego potwierdza ten sposób, wskazując dla każdego pakietu obowiązek podania ceny netto, stawki podatku VAT, kwoty podatku VAT oraz w efekcie ceny brutto. Formularz cenowy, który jest następnym załącznikiem SIWZ, wskazuje nazwę leku, postać, dawkę, ilość w opakowaniu, KJM, cenę jednostkową netto, ilość, KJM, wartość netto, vat, cenę jednostkową brutto oraz wartość brutto. Z zestawienia wskazanych dokumentów wynika, w ocenie KIO, że wykonawcy powinni w pierwszym rzędzie wypełnić formularz cenowy zgodnie z opisem zawartym w pkt 12.1 SIWZ, a następnie ustalone kwoty i stawkę podatku VAT podać w formularzu ofertowym. KIO uznała, iż Odwołujący w sposób przekonujący uzasadnił, że wykonawcy nie mieli żadnych problemów z wypełnieniem formularza cenowego i formularza ofertowego w sposób zgodny z opisem dotyczącym obliczenia ceny oferty.

W ocenie KIO, rozbieżność w dokumentach (SIWZ - pkt 12.1 i formularz cenowy), na którą powołał się Zamawiający w pismach - o unieważnieniu postępowania i rozstrzygnięciu protestu oraz podczas rozprawy, nie ma żadnego znaczenia dla oceny ofert.

Podkreślić przy tym należy, że obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie oceny ofert, zarówno w zakresie badania formalnego i ustalenia czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a następnie dokonanie merytorycznej oceny ofert. Słusznie Odwołujący podniósł w czasie rozprawy, że w przypadku ustalenia, że wykonawcy podali niewłaściwe stawki podatku VAT na ten sam lek, Zamawiający miał obowiązek ustalenia właściwej stawki podatku i odrzucenia oferty, która zawiera stawkę niewłaściwą. Przepisy art. 93 ust. 1 Pzp określają w 7 punktach przesłanki, które obligują Zamawiającego do unieważnienia postępowania, w razie wystąpienia co najmniej jednej z nich. Ze stanowiska Zamawiającego wynikającego z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, rozstrzygnięcia protestu, jak również prezentowanego podczas rozprawy wynika, że przesłankę unieważnienia stanowił pkt 7 wskazanego przepisu o treści, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oceniając okoliczności zastosowania tej przesłanki należy, jak wskazał to Odwołujący, uwzględnić treść art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp w tym przypadku, gdyż inne punkty tego przepisu nie mogą mieć zastosowania. Pkt 6 stanowi, że umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Na obecnym etapie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego nie można stwierdzić jakie okoliczności odpowiadające wskazanej przesłance miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do uzyskania jakiegokolwiek wyniku postępowania. Zamawiający nie dokonał żadnych czynności po otwarciu ofert, uznając z góry, iż oferty są nieporównywalne na skutek sformułowań w pkt

12.1 SIWZ i formularzu cenowym. Dopiero podczas rozprawy pełnomocnicy Zamawiającego wyjaśnili, iż Zamawiający, dokonując wewnętrznej oceny pracy dotyczącej prowadzonego postępowania, doszedł do przekonania, że mając dodatkowo na względzie postanowienia § 2 ust. 1 wzoru umowy oraz dokonany opis przedmiotu zamówienia, postępowanie należało unieważnić. Zamawiający podniósł również, że spośród 17 złożonych ofert, jeden z wykonawców wycofał swoją ofertę przed upływem terminu składania ofert. W ocenie Zamawiającego, przyczyną wycofania oferty było skrócenie czasu dostawy leków, które miały być dostarczane jako leki „na ratunek życia” (§ 2 ust.1 wzoru umowy). Słusznie, w ocenie KIO, podniósł Odwołujący, że ewentualne ilości leków „na ratunek życia” mogły być modyfikowane w trakcie realizacji umowy, bez konieczności unieważniania postępowania. Ponadto, okoliczność ta nie była przyczyną unieważnienia postępowania. Przyczynę unieważnienia postępowania, zgodnie z pismem z dnia 11.09.2008 r., stanowiła w ocenie Zamawiającego, wyłącznie rozbieżność pomiędzy treścią pkt 12.1 SIWZ i formularzem cenowym – kolumna 11.

KIO, oceniając przedstawione dowody, w szczególności biorąc pod uwagę porównanie przedłożonych do oceny ofert, stwierdziła, iż nie zachodzą w postępowaniu okoliczności powodujące nieporównywalność złożonych ofert. Zatem, Zamawiający ma obowiązek dokonania badania 16 ofert pod względem formalnym, a następnie dokonania oceny merytorycznej ofert wykonawców, których nie wykluczy z postępowania i w konsekwencji dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Unieważnienie postępowania, które jest obowiązkiem Zamawiającego w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 Pzp, jest bardzo ważną czynnością Zamawiającego i czynność ta powinna mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach ściśle odpowiadających treści wskazanego przepisu. Zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów Pzp, unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach. W prowadzonym postępowaniu, Zamawiający nie wykazał, iż zachodzi przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zatem, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*