

WYROK
z dnia 24 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2016 r. przez wykonawcę - **POLMIL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Przemysłowa 8; 85-758 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów, ul. Żeromskiego 113; 90-549 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **J. C., A. M. "MEDICA" Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 4; 59-300 Lubin,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLMIL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Przemysłowa 8; 85-758 Bydgoszcz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLMIL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Przemysłowa 8; 85-758 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów, ul. Żeromskiego 113; 90-549 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa sprzętu jednorazowego użytku*”.

Dnia 31 października 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 listopada 2016 roku wykonawca POLMIL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Przemysłowa 8; 85-758 Bydgoszcz (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 84 ust. 1 ustawy - poprzez dokonanie zmiany treści oferty po otwarciu ofert,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - poprzez bezpodstawne dokonanie zmian w treści oferty złożonej przez J. C., A. M. Medica sp. j. z siedzibą w Lubinie,
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez błędną ocenę wyrobów dostarczonych przez Medica, a co za tym idzie prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1,
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu 1,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Medica,
- 5) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 1 złożył Odwołujący,
- 6) w przypadku uwzględnienia odwołania zawarcia w sentencji wyroku nakazania w zakresie pakietu 1:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
 - c) odrzucenia oferty złożonej przez Medica

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał w pakiecie nr 1, poz. 4 „*Igła iniekcyjna ostra 0,6x30 mm opak. x 100 szt. oznaczenie zastosowanego typu ścięcia ostrza na opakowaniu 1 szt. i opakowaniu 100 szt.*”

Medica zaoferowała igłę MEDOJECT o numerze katalogowym CH23112 w rozmiarze 0,6x40 mm, co potwierdza dołączony do oferty katalog. Pragniemy zauważyć, iż zamawiający na etapie udzielania wyjaśnień nie dopuścił igły 0,6x40mm zamiast 0,6x30mm. Medica wskazała w formularzu cenowym konkretny, istniejący produkt mający swoje odzwierciedlenie w karcie katalogowej, ale nie spełniający podstawowych parametrów s.i.w.z. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oczekiwał w pakiecie nr 1, poz. 5 „*Igła iniekcyjna ostra 0,7x30 mm opak. x 100 szt. oznaczenie zastosowanego typu ścięcia ostrza na opakowaniu 1 szt. i opakowaniu 100 szt.*”

Medica zaoferowała igłę MEDOJECT o numerze katalogowym CH21112 w rozmiarze 0,8x40 mm, co potwierdza dołączony do oferty katalog. Pragniemy zauważyć, iż zamawiający na etapie udzielania wyjaśnień nie dopuścił igły 0,8x40mm zamiast 0,7x30mm. Firma Medica wskazała w formularzu cenowym konkretny, istniejący produkt mający swoje odzwierciedlenie w karcie katalogowej, nie spełniających podstawowych parametrów s.i.w.z.

Zdaniem odwołującego, zamawiający bezpodstawnie dokonał *de facto* zmiany treści oferty Medica. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia - w trybie art. 87 ust. 1 ustawy - wyjaśnień treści s.i.w.z. w zakresie poz. 4 - 6. W przedmiotowej sytuacji nie było podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy, ponieważ w ofercie Medica zostały wyraźnie wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych wyrobów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tym przypadku nie można mówić o omyłce, ponieważ wykonawca zaoferował wyroby nie spełniające wymagań opisanych w s.i.w.z. Oferta musi odpowiadać treści s.i.w.z.

Tymczasem składając wyjaśnienia Medica zmieniła treść złożonej oferty, a zamawiający wyjaśnienia te uwzględnił i dokonał tym samym zmiany treści oferty. Jest to niedopuszczalne, gdyż tym samym doszło do nieuprawnionej zmiany treści oświadczenia woli, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Takie działanie jest wypaczeniem celu przepisów art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, których celem jest usunięcie niezamierzonych omyłek w treści oferty, a nie konwalidowanie ewidentnych błędów wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, zasadnym jest przyjęcie, iż wskazane powyżej okoliczności powodują, iż treść (merytoryczna) oferty Medica nie odpowiada treści s.i.w.z., co z kolei obliguje zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Należy bowiem z całą mocą podkreślić, iż zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, co do której zaistniały przesłanki do odrzucenia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że odwołujący jest profesjonalnym podmiotem od wielu lat funkcjonującym na rynku dostaw będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, zamawiający dokonał czynności z naruszeniem przepisów ustawy, następnie dokonał oceny ofert w sposób nieuwzględniający kryteriów zawartych w s.i.w.z. oraz w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym doprowadził do tego, że oferta odwołującego nie została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym naraża odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca J. C., A. M. "MEDICA" Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 4; 59-300 Lubin.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający opracowując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami, podał jaki zakres zamawianych produktów wchodzi w skład pakietu nr 1. Zamawiający w szczególności opracował załącznik nr 2 do s.i.w.z., w którym opisał asortyment, które będzie zamawiał. Zgodnie natomiast z działem II ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający podał, iż ewentualne użycie

w dokumentacji określić i nazw własnym ma jedynie charakter przykładowy i służy określeniu klasy i jakości przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy otrzymując taką informację od zamawiającego oraz wzór załącznika nr 2 do s.i.w.z. mieli za zadanie stosownie określić przedmiot swojej oferty.

Przystępujący Medica w swojej ofercie, w zakresie spornych materiałów nie podał innego asortymentu niż wymagał tego zamawiający, wręcz przeciwnie asortyment opisany przez przystępującego odpowiada wymaganiom zamawiającego. Jest to okoliczność bezsporna. W kolumnie, w której zamawiający wymagał podania nazwy producenta, nazwy handlowej, nr katalogowego oferowanego towaru przystępujący podał (w zakresie poz. 4 i 5) numer katalogowy produktu, który nie odpowiada opisowi asortymentu z kolumny nr 2.

Zamawiający zauważył powyższą nieścisłość i w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie powyższej okoliczności (pismem z dnia 18 sierpnia 2016 roku).

Przystępujący składając zamawiającemu wyjaśnienia m.in. w powyższym zakresie oświadczył, iż *„W pakiecie 1 w poz. 4 igła iniekcyjna 0,6x30 mm, nastąpiła omyłka. Jest CH 23112. Winno być: CH 23114. Oświadczamy, że wolą wykonawcy wyrażoną w kolumnie „Asortyment” jest dostarczanie zamawiającemu igły iniekcyjnej 06x30 mm. Nie ma igły iniekcyjnej 0,6x30 mm producenta Chirana T.Injecta a.s. o numerze katalogowym CH23112”*. Analogiczne wyjaśnienie złożył przystępujący w zakresie pakietu nr 1 poz. 5, cyt. *„W pakiecie 1 w poz. 5 igła iniekcyjna 0,7x30 mm, nastąpiła omyłka. Jest CH 21112. Winno być: CH 22114. Oświadczamy, że wolą wykonawcy wyrażoną w kolumnie „Asortyment” jest dostarczanie zamawiającemu igły iniekcyjnej 0,7x30 mm. Nie ma igły iniekcyjnej 0,6x30 mm producenta Chirana T.Injecta a.s. o numerze katalogowym CH23112”*.

Przyjmując powyższe wyjaśnienia, zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonał poprawienia oferty przystępującego zastępując błędnie podane numery katalogowe, prawidłowymi.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego należało uznać za prawidłową, znajdująca swoje oparcie o treść przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Izba stwierdziła, że zakres poprawek dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalny ww. przepisem albowiem nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a jedynie doprowadza ofertę do stanu zgodnego z rzeczywistością. Podnieść należy, że przystępujący w swojej ofercie podał asortyment jaki jest przedmiotem jego oferty i jednocześnie omyłkowo podał numer katalogowy dotyczący innego asortymentu. O nieistotności stwierdzonej omyłki świadczy również fakt, iż zgodnie z oświadczeniem

przystępującego nie ma igły iniekcyjnej o określonym rozmiarze producenta Chirana T.Injecta a.s. o numerze katalogowym podanym w ofercie. Odwołujący dowodu przeciwnego nie zgłosił. Powyższe oznacza, że przystępujący w swojej ofercie popełnił omyłkę, która jest omyłką nieistotną, niemającą wpływu na przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co z kolei musi prowadzić do wniosku, iż zamawiający miał podstawę prawną, popartą podstawą faktyczną, do dokonania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy nie występuje sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie dałoby się poprawić przy zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przyjmując powyższe stanowisko za zasadne, Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisów art. 84 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, które są niejako pochodnymi zarzutów dotyczących naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: