

Sygn. akt: KIO 2616/11

WYROK
z dnia 21 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez **Asclepios S.A. we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Asclepios S.A. we Wrocławiu** 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 **Asclepios S.A. we Wrocławiu** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu** kwotę **4 247 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, a także dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawy produktów leczniczych.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2011 r. pod numerem 2011/S 181 – 294653.

W dniu 30 listopada 2011 r. pismem z dnia 29 listopada 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Asclepios S.A. we Wrocławiu (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 38 oferty złożonej przez Salus International sp. z o.o. (dalej „Salus”).

Dnia 9 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego na zadanie 38 zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Salus, pomimo jej sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej

„siwz”), a tym samym naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7, art. 91 ustawy.

W konsekwencji odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Salus,
- 3) nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż oferta Salus, wybrana jako najkorzystniejsza na zadanie 38, jest niezgodna z siwz. Zgodnie bowiem z załącznikiem do siwz w zadaniu 38 w zakresie leku Rituximab 500mg, zamawiający wymagał dostarczenia 10 opakowań leku po 2 fiołki leku w każdym opakowaniu. Preparat ten jednak jest dopuszczony do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jedynie w opakowaniu zawierającym 1 fiołkę, co wynika z treści Części IB Urzędowego Wykazu Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Ministra Zdrowia Nr 4, poz. 41 z dnia 14 kwietnia 2011 r. (treść Wykazu dostępna na stronach internetowych Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych www.urpl.gov.pl/pl-urzedowy-wykaz-produktow-leczniczych). W dniu 11 października 2011 r. zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert dotyczących opakowań zawierających 1 fiołkę leku Rituximab 500mg. Taką ofertę, opartą na dostawie 20 opakowań (czyli 20 fiołek) preparatu Rituximab 500mg, złożył odwołujący jak i inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Tymczasem Salus, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaoferował dostawę jedynie 10 opakowań przedmiotowego preparatu. Informacje tej treści znajdują się w ofercie spółki Salus. Z formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty, wynika wprost, iż oferta dotyczy opakowań jednofiołkowych i dostawy 10 opakowań. Okoliczność tę potwierdza również zaoferowana cena jednostkowa 4 838,46 zł. oraz cena ogólna netto 48 384,60 zł.

Zatem w ocenie odwołującego oferta złożona przez spółkę Salus w zakresie zadania 38 nie odpowiada treści siwz (zaoferowano dostawę 10 fiołek zamiast wymaganych 20).

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, iż nie było możliwe dokonanie poprawienia przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp treści oferty Salus, gdyż czynność taka wiązałaby się z dokonaniem istotnych zmian w treści oferty - miałyby wpływ zarówno na ilość oferowanego preparatu, jak i na zaoferowaną cenę. Odwołujący podkreślił, iż nie jest dopuszczony do obrotu na terenie RP preparat Rituximab 500mg w innych

opakowaniach, niż jednoliolkowe. W przypadku gdyby więc Salus zaferował opakowania dwuliolkowe, oferta złożona przez tego wykonawcę byłaby sprzeczna z siwz w związku z wymogiem wynikającym z treści siwz, że zaferowane środki farmaceutyczne muszą być dopuszczone do obrotu na terytorium RP, a także sprzeczna z ustawą Prawo farmaceutyczne.

Podsumowując odwołujący stwierdził, iż oferta Salus złożona na zadanie 38, jako sprzeczna z siwz, powinna zostać przez zamawiającego odrzucona. Zamawiający zaś zaniechał dokonania tej czynności, a tym samym naruszył normę art. 89 ust. 1 pkt Pzp. Ponadto w związku z faktem, iż zamawiający dokonując wyboru ofert wziął pod uwagę ofertę, która powinna być odrzucona, naruszył normę art. 91 oraz 7 Pzp. Odrzucenie w wyniku orzeczenia Izby oferty Salus wiązać się będzie z koniecznością dokonania ponownej oceny ofert, zatem zdaniem odwołującego i drugie z żądań niniejszego odwołania ocenić należy za zasadne.

Pismem z dnia 19 grudnia 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający argumentował, iż dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawy omyłek stwierdzonych w ofercie Salus złożonej na zadanie 38 w zakresie 47 – Rituximab, poprzez modyfikację treści kolumny „ilość w opakowaniu” oraz „ilość opakowań”, a także zmianę ceny (kolumny „wartość netto” oraz „wartość brutto”), doprowadzając do zgodności treści oferty Salus z siwz. Salus w piśmie z dnia 25 listopada 2011 r. wyraził na te zmiany zgodę.

Na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę produktów leczniczych. Przedmiot zamówienia podzielił na 61 pakietów. Wymagał, aby przedmiot zamówienia posiadał pozwolenie na dopuszczenie do obrotu na terytorium RP zgodnie z obowiązującymi przepisami (część I siwz – przedmiot zamówienia). Do siwz załączono m.in. wzór formularza cenowego, w którym - w zakresie pakietu 38 (łącznie 51 pozycji) – leki przeciwnowotworowe w wierszu 47 dotyczącym leku Rituximab - w kolumnie „ilość w opakowaniu” (kolumna 4) podano „2”, a w kolumnie „ilość opakowań” (kolumna 7) podano 10. W pozostałych

kolumnach określono dawkę (500mg/50ml), postać (fiolka). Do wypełnienia pozostały kolumny „cena”, „wartość netto”, „wartość brutto” oraz „producent”.

W dniu 11 października 2011 r. (pismo DA. 271 – 44 -23/11) zamawiający odpowiadając na pytanie nr 3 „czy zamawiający wyrazi zgodę na oferowanie innych wielkości opakowań preparatów niż wymagane w siwz (celem zaoferowania korzystniejszej oferty cenowej lub gdy na rynku występuje tylko opakowanie handlowe o wielkości innej, niż wymagane w siwz), z odpowiednim przeliczeniem ogólnej ilości i zaokrągleniem ewentualnych ułamkowych ilości do pełnego opakowania w górę” wyjaśnił, że tak.

Biorąc pod uwagę powołane postanowienia siwz ofertę na zadanie 38 złożył Salus w formularzu cenowym dotyczącym tego pakietu w wierszu 47 tabeli w kolumnie „ilość w opakowaniu” (kolumna 3) wpisał „2”, a w kolumnie „ilość opakowań” (kolumna 8) podał „20”. W kolumnie „nazwa handlowa oferowanego leku, ilość w opakowaniu” podał „Mabthera inj. 500mg/50ml x 1 fiolka”. W kolejnych kolumnach wskazał na cenę za opakowanie 4 833,46 zł, wartość netto – 48 384,60 zł oraz wartość brutto – 52 255,37 zł. Łączna cena za realizację pakietu 38 to netto 621 258,93 zł, a brutto 670 959, 65 zł (k. 16 oferty). Te same ceny zostały podane w formularzu ogólnym (k. 5 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2011 r. zawiadomił spółkę Salus o poprawieniu w treści oferty omyłek m.in. w zakresie zadania 38. Poprawiono w formularzu ogólnym cenę netto na cenę 669 643,53 zł, cenę brutto na 723 215,02 zł oraz podatek z 49 700,72 zł na 53 571, 49 zł. Ponadto w formularzu cenowym w pozycji 47 w kolumnie 3 – „ilość w opakowaniu” podano „1”, a w kolumnie 8 – „ilość opakowań” - „20” oraz wartość netto podwojono zmieniając ją na 96 769,20 zł (kolumna 10), a wartość brutto na 104 510,74 zł (kolumna 11). Cena jednostkowa podana w kolumnie 9 (4 838,46 zł) pozostała bez zmian. Powołane korekty znalazły odzwierciedlenie w formularzach załączonych do oferty (k. 5 i 16 oferty), w których odrębnie w dniu 28 listopada 2011 r. zostały naniesione adekwatne poprawki.

Nie jest okolicznością sporną, iż oferowany przez Salus preparat jest dopuszczony do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jedynie w opakowaniu zawierającym 1 fiolkę.

Pismem z dnia 15 listopada 2011 r. Salus wyraził zgodę na poprawę omyłek m.in. w zakresie zadania 38.

Zamawiający na zadanie 38 dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Salus, o czym poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu dnia 30 listopada 2011 r. (pismo z dnia 29 listopada 2011 r., DA - 271 - 44 - 64/11). Do pisma załączył druk – ocena ofert /wybór oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadania 38 wskazujący na wybór spółki Salus, która zaoferowała realizację zamówienia za cenę 670 959,65 zł. Wybór ten został zakwestionowany przez odwołującego.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba oddaliła odwołanie.

Istotą sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość zastosowania przez zamawiającego w odniesieniu do oferty Salus złożonej na pakiet 38 art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienie oferty w zakresie dotyczącym ilości fiolek Rituximabu w opakowaniu oraz ilości opakowań, a w konsekwencji także ceny.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu zasadne jest powołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażonego w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację

zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...). Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Granice dopuszczalnej ingerencji w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, których poprawa nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty – innymi słowy zatem omyłki te nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy (oferty) ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i

rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Izba podziela jednocześnie pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian”, do którego odwołuje się przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, „należy odnosić do całości treści oferty konsekwencje tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż nie jest sporny zakres niezgodności treści oferty Salus z treścią siwz. Strony różnią się co do oceny, czy poprawienie przez zamawiającego omyłek prowadziło do istotnej zmiany treści oferty złożonej przez Salus.

Izba wyraża pogląd, iż przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty Salus zostały spełnione.

W przekonaniu Izby w okolicznościach faktycznych sprawy dokonanie przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawy w pozycji 47 formularza cenowego ilości fiolek w opakowaniu w kolumnie 3 z dwóch na jedną, w sytuacji gdy:

- po pierwsze w kolumnie 6 tej samej tabeli („nazwa handlowa oferowanego leku, ilość w opakowaniu”) Salus wskazał, iż opakowanie zawiera jedną fiolkę,

- po drugie do obrotu na terenie RP dopuszczone są wyłącznie opakowania jednofiolkowe tego produktu

należy ocenić jako dopuszczalne i nie powodujące istotnej zmiany w treści oferty, w szczególności, iż we wskazanym zakresie oferta zawierała sprzeczność – w kolumnie 3 wskazano na opakowanie zawierające dwie fiołki, a w kolumnie 6 – zgodnie z siwz jedną fiołkę, a do obrotu na rynku polskim, jak już Izba wskazała, dopuszczone są wyłącznie opakowania z jedną fiołką.

Odnosząc się do korekty dokonanej w kolumnie 8 określającej liczbę opakowań (zmiana ilości opakowań z 10 na 20), trzeba także stwierdzić, iż niezgodność z treścią siwz nie sposób zakwalifikować jako istotną. Ilość oferowanych opakowań jest niewątpliwie ważnym, lecz jednym z wielu elementów zobowiązania wykonawcy. Zamawiający w siwz wymagał 20 jednofiolkowych opakowań przedmiotowego leku. Uwzględniając fakt, iż pakiet 38 obejmował 51 różnych pozycji, a tylko w jednej została popełniona omyłka dotycząca ilości opakowań, biorąc pod uwagę także fakt, iż zamawiający dopuszczając w odpowiedzi na pytanie nr 3 pismem z dnia 11 października 2011 r. zaoferowanie leków w opakowaniach innych niż określona w siwz wielkość, nie dokonał odpowiedniej modyfikacji załączonych do siwz wzorów formularzy pozostawiając w nich przyjęte pierwotnie ilości, należy przyjąć, iż w omawianym zakresie niezgodność treści oferty z siwz ma charakter nieistotny.

Oczywistą konsekwencją stwierdzonych i poprawionych nieprawidłowości w treści oferty Salus było także przeliczenie ceny za Rituximab. Zamawiający prawidłowo przyjął za podstawę obliczeń cenę za jedno opakowanie (4 838,46 zł). W wyniku dokonanych korekt cena oferty za zadanie 38 odpowiednio wzrosła do 723 215,02 zł brutto. Jest to wzrost o ok. 8%, który należy także ocenić jako nieistotny. Podnoszona przez zamawiającego okoliczność, iż poprawienie omyłki pozostało bez wpływu na ranking ofert, bowiem cena oferty Salus nadal pozostała najniższa pozostaje bez znaczenia dla oceny dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ocenie podlega, czy poprawa niezgodności oferty z treścią siwz skutkować będzie istotnymi zmianami treści oferty, a nie pozycją oferty w rankingu (zmianą wyniku postępowania).

W ocenie Izby zakres zmian w stosunku do całokształtu oferty obejmuje w niniejszej sprawie jej niewielki wycinek. Zatem zarówno poprawkę dotyczącą liczby fiołek w opakowaniu, jak i ilości oferowanych opakowań, bowiem dotyczy tylko jednej z 51 pozycji obejmujących zadanie 38. Kilkuprocentowy wzrost ceny uznać należało także za nieistotny.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego w toku rozprawy argumentacji, iż w załączniku do pisma z dnia 29 listopada 2011 r. (nr pisma DA - 271 - 44 - 64/11) informującym o wyniku postępowania, została podana cena oferty Salus sprzed korekty, co mogłoby wskazywać, iż zamawiający w stosownym terminie poprawy omyłki nie dokonał bądź że w powołanym piśmie omyłkowo podał nieprawidłową kwotę, Izba na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego (pismo zamawiającego z dnia 23 listopada 2011 r. nr DA.271-44-60/11 dotyczące poprawienia omyłek oraz odpowiedź Salus z dnia 25 listopada 2011 r. wyrażająca zgodę na dokonanie korekt, a także odręczne adnotacje na k. 5 i 16 oferty datowane na 28 listopada 2011 r.) stwierdza, iż zamawiający dokonał poprawy omyłki zgodnie z wymaganą ustawą procedurą, a nieścisłość co do ceny oferty Salus należy zakwalifikować jako omyłkę pozostającą bez znaczenia dla oceny prawidłowości dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ustosunkowując się do twierdzeń odwołującego, iż w analogicznej do analizowanej sytuacji znajdował się wykonawca, który złożył ofertę nr 4 na zadanie 27, co ma wskazywać na naruszenie przez zamawiającego art. 7 Pzp Izba podkreśla, iż zarzut taki nie znalazł się w odwołaniu, zatem nie mógł być przez Izbę rozpoznany (art. 192 ust. 7 Pzp). Zarzut bowiem stanowi nie tylko powołanie przepisu ustawy, lecz także okoliczności faktyczne mające uzasadniać uchybienie przez zamawiającego powołanym przepisom.

Konkludując Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia obejmującego 51 różnych leków poprawienie niezgodności oferty z siwz w zakresie dokonanym przez zamawiającego uznać należy za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym.

Zważywszy przedstawioną argumentację Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak również dopatrzyła się naruszenia przez niego 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz 7 i 91 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....