

Sygn. akt: KIO 2808/15

WYROK

z dnia 14 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez **wykonawcę M.H. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Zdrowie M.H., ul. Łangowskiego 2, 48-200 Prudnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Centrum Usług Socjalnych, ul. Mączna 3, 54-131 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **J.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Sanitas J.H., ul. Kościuszki 16, 48-100 Głubczyce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę M.H. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Zdrowie M.H., ul. Łangowskiego 2, 48-200 Prudnik** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę M.H. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Zdrowie M.H., ul. Łangowskiego 2, 48-200 Prudnik** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy M.H. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Zdrowie M.H., ul. Łangowskiego 2, 48-200 Prudnik** na rzecz **Miejskiego Centrum Usług Socjalnych, ul. Mączna 3, 54-131 Wrocław** kwotę **608 zł 46 gr** (słownie: sześćset osiem złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejskie Centrum Usług Socjalnych we Wrocławiu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę leków refundowanych dla mieszkańców, materiałów opatrunkowych, pomocniczych wyrobów medycznych oraz jednorazową dostawę leków, suplementów diety, wyrobów medycznych i innych wyrobów zabezpieczających apteczki oddziałowe w domach pomocy społecznej wchodzących w skład Miejskiego Centrum Usług Socjalnych we Wrocławiu przy ul. Mącznej 3. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 listopada 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 168657.

W dniu 28 grudnia 2015 r. wykonawca M.H. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Zdrowie M.H. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wykonawcy J.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Sanitas J.H. oraz zaniechania odrzucenia oferty Farmacja SPV Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie trybu poprawienia przez zamawiającego innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty wykonawcy, po uprzednim złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazał, że w treści oferty (zał. Nr 2 tabela IV, poz. 30) produkt w postaci sondy nosowo-żołądkowej przeznaczonej do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego (zglobnik z łącznikiem), jest produkowany przez Zarys International Group (sp. z o.o. spółka komandytowa), co uczynił omyłkowo, gdyż spółka ta jest dystrybutorem, a nie producentem tego produktu, którym jest Nutricia Medical Devices B.V., pomimo tego, że omyłka ta nie prowadziła do istotnych zmian w przedmiocie zamówienia, produkt ten odpowiadał wymaganiom określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji, cena produktu nie uległa zmianie, a oferta odwołującego była najkorzystniejszą w postępowaniu, natomiast odrzucenie oferty i nieskorzystanie z trybu poprawienia ww. omyłki przewidzianego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było nieuprawnione w konkretnym przypadku,

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Farmacja SPV Sp. z o.o., pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż:

- w zał. Nr 2 do SIWZ, tabeli II, poz. 11 wskazał produkt: Aqua Pro Iniectione 10 ml, min. 50 amp. w op. Producenta Fresenius Kabi, który od 14 sierpnia 2013 r. nie jest dostępny w ofercie tego producenta z uwagi na stałe wstrzymanie obrotu tym produktem leczniczym na polskim rynku,
- w zał. Nr 2 do SIWZ, tabeli II, poz. 2 wskazał produkt 0,9% NaCl amp. 5 ml (do iniekcji i do inhalacji), producenta Fresenius Kabi w opakowaniu mniejszym od wymaganego treścią SIWZ bo w opakowaniu po 20 szt. zamiast po 50 szt.,
- w zał. Nr 2 do SIWZ, tabeli II, poz. 3 wskazał produkt 0,9% NaCl amp. 10 ml (do iniekcji i do inhalacji), producenta Fresenius Kabi w opakowaniu mniejszym od wymaganego treścią SIWZ bo w opakowaniu po 50 szt. zamiast po 100 szt.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 22 grudnia 2015 r. otrzymał informację zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego (oraz oferty J.H.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Sanitas J.H.) z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na wskazanie w wyjaśnieniach złożonych pisemnie zamawiającemu, że w treści oferty w Zał. Nr 2 tabela IV poz. 30 dla produktu w postaci sondy nosowo-żołądkowej przeznaczonej do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego (zgiębnik z łącznikiem) wykonawca wskazał omyłkowo dystrybutora zamiast producenta czyli Zarys International Group Sp. z o.o., gdyż producentem tego produktu jest Nutricia Medical Devices B.V. Jak zauważył odwołujący, zamawiający pomimo złożenia tych wyjaśnień, nie dokonał poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego pomimo tego, że omyłka ta nie była istotna. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż swoim zachowaniem zamawiający naruszył także zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Pzp), gdyż inny wykonawca Farmacja SPV Sp. z o.o. przy tym samym produkcie także omyłkowo wskazał jego dystrybutora zamiast producenta, gdyż podał, iż producentem jest „Nutricia Polska”. Odwołujący wyjaśnił, że wskazany powyżej podmiot to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy ul. Borowieckiej 6, zaś producentem sondy nosowo-żołądkowej przeznaczonej do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego jest Nutricia Medical Devices B.V. z siedzibą w Niderlandach. Powyższe, zdaniem odwołującego, potwierdza konieczność zastosowania w tym przypadku przez zamawiającego trybu poprawienia omyłki przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., KIO 1147/11). Odwołujący wskazał, że mimo iż z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), to jednak poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Jak zauważył odwołujący, posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek („niepowodujące istotnych zmian”) sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności. Ocena istotności omyłek, a tym samym ocena zakresu stosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi być także dokonywana z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek.

Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2012 r., gdzie Izba podkreśliła, że „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 należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w G. wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (...), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad P.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)” (sygn. akt KIO 1084/12). Odwołujący zaznaczył, że 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.

Jak wskazał odwołujący, w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy 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 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 oraz wyrok KIO z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12). Odwołujący zauważył, że granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. Jak stwierdził odwołujący, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni treści siwz (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z siwz (wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Odwołujący dodał, że weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Jak podkreślił odwołujący, z żadnego przepisu ustawy Pzp, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z dnia 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11 i wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12). Odwołujący podkreślił, że zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do ww. przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się, zdaniem odwołującego, 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. Odwołujący wskazał, że 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 Pzp: „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”. Odwołujący wskazał także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r., w którym Izba zwróciła uwagę, że „W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.” (sygn. akt KIO 354/13).

Przedstawiając argumentację dla zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że Farmacja SPV Sp. z o.o. w Zał. Nr 2 do siwz, tabeli II, poz. 11 wskazał produkt: Aqua Pro Injectione 10 ml, min. 50 amp. w op. Producenta Fresenius Kabi, który od 14 sierpnia 2013 r. nie jest dostępny w ofercie tego producenta z uwagi na stałe wstrzymanie obrotu tym produktem leczniczym na polskim rynku. Jak zauważył odwołujący, w treści siwz w pkt XV.10. zamawiający wyraźnie wymagał: „Wykonawca określając ceny nie może oferować produktów niedostępnych na rynku już w momencie składania oferty(...)”.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, w Zał. Nr 2 do SIWZ, tabeli II, poz. 2 Farmacja SPV Sp. z o.o. wskazała produkt 0,9% NaCl amp. 5 ml (do iniekcji i do inhalacji), producenta Fresenius Kabi w opakowaniu mniejszym od wymaganego treścią siwz, bo w opakowaniu po 20 szt. zamiast po 50 szt. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca zobowiązany był zaoferować ten produkt zgodnie z wymogami siwz, czyli w opakowaniu po 50 szt., gdyż występuje on w przypadku ampułek 5 ml zarówno w opakowaniu zawierającym 20 szt., jak i w opakowaniu zawierającym 50 szt., co wynika z treści wykazu produktów leczniczych - pozycja 5828.

Podobnie, jak wskazał odwołujący, Farmacja SPV Sp. z o.o. w Zał. Nr 2 do siwz, tabeli II, poz. 3 wskazała produkt 0,9% NaCl amp. 10 ml (do iniekcji i do inhalacji), producenta Fresenius Kabi w opakowaniu mniejszym od wymaganego treścią siwz, bo w opakowaniu po 50 szt. zamiast po 100 szt., gdyż występuje on w przypadku ampułek 10 ml tylko w opakowaniu zawierającym 20 szt. i 50 szt., nie występuje w ogóle w opakowaniu zawierającym wymagane przez zamawiającego 100 szt., co wynika z treści wykazu produktów leczniczych - pozycja 5828.

Odwołujący stwierdził, że Farmacja SPV Sp. z o.o. wskazując produkty Frasenius Kabi Polska Sp. z o.o. w opakowaniu mniejszym niż wymagał tego zamawiający w treści specyfikacji zaoferowała cenę 0,01 zł za 1 opakowanie, czyli cenę umowną. Gdyby natomiast wykonawca ten prawidłowo wskazał ww. produkty w opakowaniach min. odpowiednio po 50 szt. (amp. 5 ml) i 100 szt. (amp. 10 ml) musiałby być to produkt firmy Polpharma, któremu określona została cena urzędowa w wysokości netto:

- 28,72 zł za jedno opakowanie zawierające minimum 50 szt. 0,9% NaCl amp. 5 ml (do iniekcji i do inhalacji), cena brutto za 11 opakowań wyniosłaby wówczas 341,19 zł, zamiast 0,12 zł, oraz
- 35,89 zł za jedno opakowanie zawierające minimum 100 szt. 0,9% NaCl amp. 10 ml (do iniekcji i do inhalacji), cena brutto za 4 opakowania wyniosłaby wówczas 155,04 zł, zamiast 0,04 zł.

Powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje na nieuprawnione zaniżenie ceny oferty przez Farmacja SPV Sp. z o.o. w wyniku wskazania produktów niezgodnie z treścią specyfikacji.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Jak zaznaczył odwołujący, przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że ilekroć zaistnieje przesłanka w nim opisana zamawiający musi dokonać odrzucenia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zamawiający traktując na równi wykonawców, którzy należycie sformułowali treść oferty - zgodnie z postanowienia specyfikacji, narusza zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie odrzucając oferty Farmacja SPV Sp. z o.o., która dopuściła się ww. uchybień.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (i J.H.) oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) powtórzenia czynności oceny ofert,
 - b) odrzucenia oferty Farmacja SPV Sp. z o.o.,
 - c) dokonania poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego i J.H. (innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty wykonawcy) poprzez wskazanie w Zał. Nr 2 tabela IV, poz. 30 oferty odwołującego i J.H. przy produkcie w postaci sondy nosowo-żołądkowej przeznaczonej do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego (zglębnik z łącznikiem) producenta Nutricia Medical Devices B.V. w miejsce Zarys International Group (sp. z o.o. spółka komandytowa), i zawiadomienie odwołującego i J.H. o dokonany poprawieniu ww. omyłki z wezwaniem obu w wyznaczonym terminie do wyrażenia na powyższe zgody,
 - d) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z pośród ofert ważnych,
- 3) orzeczenie o kosztach poprzez obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego, w tym na poczet kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby i kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika, jeśli zostanie ustanowiony, według norm przypisanych lub zgodnie z przedstawionym spisem kosztów.

W dniu 30 grudnia 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego zgłosiła Farmacja SPV Sp. z o.o.

W dniu 31 grudnia 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca J.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Sanitas J.H..

W dniu 5 stycznia 2016 r. (pismem z dnia 4 stycznia 2016 r.) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu Izba za nieskuteczne uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez Farmacja SPV Sp. z o.o. Odwołujący zaprzeczył, iż przekazana odwołującemu została kopia przystąpienia. Farmacja SPV Sp. z o.o. nie przedstawiła dowodu przesłania kopii przystąpienia odwołującemu. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, iż Farmacja SPV Sp. z o.o. nie wypełniła obowiązku przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu odwołujący złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Farmacja SPV Sp. z o.o. Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nierównego traktowania wykonawców. W pozostałym zakresie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający we wzorze tabeli – Załącznik nr 2 do SIWZ – tabela IV zobowiązał wykonawców do wpisania dla oferowanych produktów nazwy producenta oraz nazwy oferowanego produktu.

Odwołujący na stronie 30 oferty w pozycji 30 tabeli zaoferował sondę nosowo – żołądkową przeznaczoną do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego jako producenta deklarując Zarys International Group Sp. z o.o.

W dniu 8 grudnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do Zarys International Group z zapytaniem czy posiada w swojej ofercie produkt spełniający wymagania: „Sonda nosowo żołądkowa przeznaczona do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego, rozmiar CH 12/110. Wykonana z miękkiego, przezroczystego poliuretanu, dopasowuje się do kształtu przewodu pokarmowego, nie twardnieje do 6 tygodni, zawiera podziałkę centymetrową do kontrolowania długości. Z prowadnicą ułatwiającą zakładanie. Z linią kontrastującą

w promieniach RTG, umożliwiającą kontrolę położenia zgłębnika. Z bocznymi otworami minimalizującymi ryzyko zatkania. Wyposażona w łącznik do połączenia z zestawem do żywienia dojelitowego. Sterylizowana”.

Tego samego dnia zamawiający drogą elektroniczną uzyskał odpowiedź od przedstawiciela Zarys International Group o treści: „niestety nie posiadamy takich sond w swojej ofercie”.

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w następującym zakresie: „Poz. Nr 30 TABELA IV – proszę o wyjaśnienie jaki produkt dystrybuowany/produkowany przez ZARYS INTERNATIONAL GROUP Sp. z o.o., oferują Państwo w złożonej ofercie w poz. Nr 30 Tabeli IV. Proszę o podanie jego nazwy handlowej oraz opisu. Przedstawione informacje powinny w sposób wyczerpujący potwierdzać, iż oferowany produkt spełnia wymagania sformułowane przez Zamawiającego.”.

Pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. odwołujący wyjaśnił, iż „firma Zarys posiada najszerzą ofertę sprzętu medycznego w Polsce. Aby wyjść naprzeciw potrzebom klientów lista wyrobów jest stale rozszerzana. Wszystkie produkty dobierane są bardzo starannie, dbając o ich jakość, a także o komfort pacjenta. Jako producent posiada własne marki produktów, ponadto jest dystrybutorem światowych producentów sprzętu medycznego. Firma posiada w swojej ofercie sondy nosowo-żołądkowe pod nazwą zgłębnik, lub cewnik do karmienia w szerokiej gamie rozmiarów. W naszej ofercie zaproponowaliśmy Państwu Zgłębnik z łącznikiem typu ENLock przeznaczony do żywienia dożołądkowego lub dojelitowego (...) Firma Zarys jest dystrybutorem w/w zagłębników. Współpracując z tą firmą możemy Państwu oferować produkty najwyższej jakości, oraz zgodne z Państwa oczekiwaniami sformułowanymi w załączniku nr 2 Tabeli nr IV. W załączeniu jako dowód przedkładam pismo z Firmy Zarys potwierdzające dystrybucję preparatów firmy Nutricia.”.

Do ww. wyjaśnień odwołujący załączył wydruk korespondencji na papierze firmowym Zarys International Group przedstawiający informację, że firma ta jest dystrybutorem produktów firmy Nutricia, posiada w swojej ofercie sondy nosowo-żołądkowe przeznaczone do żywienia żołądkowego lub dojelitowego ze wskazaniem parametrów ww. sondy wymaganych przez zamawiającego w specyfikacji.

Pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Farmacja SPV Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający zauważył, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza uprawnienie dla zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienie

treści oferty, nie dopuszczając jednocześnie do umożliwienia wykonawcom dokonania zmiany ofert. Wyjaśnienia treści oferty złożone na podstawie art. 87 ust. 1 lub 26 ust. 4 ustawy Pzp nie mogą zawierać elementów zmieniających treść złożonej oferty, co miało, zdaniem zamawiającego, miejsce w tym konkretnym przypadku. Zamawiający wskazał, że zmiana oferty jest wyraźnie zakazana przez art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Co więcej, taka zmiana nie może być potraktowana jako poprawienie innej omyłki, bo nawet jeśli uznano by to wyłącznie za omyłkę, to będzie to omyłka istotna, a więc niepodlegająca poprawieniu. Zamawiający zauważył również, że złożenie przez wykonawcę odmiennego oświadczenia po otwarciu ofert nie może być inaczej traktowane jak zmiana treści oferty, która nie mieści się w kategorii zmian dozwolonych. Jak podkreślił zamawiający, instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy doprowadzeniu treści oferty do stanu zgodności z przepisami prawa i wymaganiami zamawiającego. Zamawiający uznał, że w zaistniałych okolicznościach nie budzi wątpliwości, że wykonawca złożył oświadczenie odmienne od tego, które stanowiło treść oferty (w ofercie podano producenta Zarys International Group Sp. z o.o., który rzeczywiście jest producentem zgłębników – jednak odmiennych, niż wymagane przez zamawiającego, natomiast w wyjaśnieniach wykonawca poinformował zamawiającego, że oferował produkt producenta Nutricia, zaś Zarys ma być jego dystrybutorem). Tym samym, zdaniem zamawiającego, wykonawca zmienił treść oferty po upływie składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, jak podkreślił zamawiający, zmiana ta została dokonana po zapoznaniu się z treścią oferty konkurencyjnej, co może uzasadniać pogląd, iż okoliczność ta legła u podstaw wprowadzenia zmian do oferty, a to z kolei, gdyby zostało przez zamawiającego zaakceptowane, doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający zwrócił również uwagę, że instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie może prowadzić do określenia przedmiotu świadczenia w sposób całkowicie ignorujący informacje, na które wskazuje wykonawca w złożonej ofercie, jako potwierdzające zgodność oferowanego świadczenia z treścią specyfikacji. To prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawca dowiadując się o negatywnej ocenie swojej oferty po jej otwarciu stara się zastąpić podane wcześniej informacje określające jego ofertę innymi, mającymi na celu jedynie pozytywną ocenę oferty, przy pominięciu oświadczeń kreowanych wcześniej. Dałoby to asumpt do określenia przedmiotu zamówienia na nowo, a tego nie dałoby się pogodzić zarówno z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść wezwania z dnia 8 grudnia 2015 r. wystosowanego przez zamawiającego do odwołującego, treść wyjaśnień odwołującego z dnia 11 grudnia 2015 r., informację o wynikach oceny ofert z dnia 22 grudnia 2015 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest możliwość poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp popełnionej przez odwołującego w ofercie omyłki. Odwołujący w przedmiotowej sprawie złożył oświadczenie, iż na stronie 30 oferty w pozycji 30 tabeli omyłkowo wskazał dystrybutora sondy nosowo-żołądkowej – Zarys International Group Sp. z o.o., zamiast jej producenta, tj. Nutricia Medical Devices B.V. Zamawiający stoi zaś na stanowisku, iż poprawienie takiej omyłki spowodowałoby istotną zmianę treści oferty, która to zmiana zostałaby dokonana po terminie składania ofert, a zatem byłaby niedozwolona przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 87 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy stwierdzić, że wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest do złożenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odzwierciedleniem znajomości wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji jest treść oferty. Wykonawca składając oświadczenie niezgodne z wymaganiami zamawiającego,

lub nie zachowując należytej staranności w precyzyjnym określeniu oferowanego przedmiotu zamówienia, musi liczyć się z konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca dopuścił jednak możliwość poprawienia przez zamawiającego określonych nieistotnych omyłek popełnionych w treści oferty. I tak zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (poza oczywistymi omyłkami pisarskimi oraz rachunkowymi, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Istotność zmian treści oferty zaistniała w wyniku poprawienia omyłek powinna być oceniana każdorazowo dla danej oferty i danego postępowania, bowiem ustawodawca posługując się nieostrym określeniem wskazał na konieczność indywidualnej oceny konkretnego stanu faktycznego. Izba stwierdziła, że dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może polegać na zastępowaniu wykonawcy przy ustaleniu co chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zamawiającego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści oświadczeniu wykonawcy, treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy, zamawiający powinien być w stanie samodzielnie wywieść z treści oferty prawidłowe oświadczenie wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku oceny ofert powinny jedynie w ograniczonym zakresie wpływać na decyzję zamawiającego, w żadnym razie nie mogą zaś kreować nowego oświadczenia woli.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie treść oferty odwołującego nie zawierała żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na dokonanie poprawienia oferty odwołującego na treść przez niego wskazaną w wyjaśnieniach. Odwołujący zobowiązany był do wskazania producenta poszczególnych produktów, w tym sondy nosowo-żołądkowej, i jako takiego producenta wskazał Zarys International Group Sp. z o.o. Brak jest sporu co do tego, iż wskazana przez odwołującego Zarys International Group Sp. z o.o. jest producentem sondy nosowo-żołądkowej, zamawiający nie miał zatem podstaw do domniemania, że wskazanie ww. producenta stanowi omyłkę. Jednocześnie, odwołujący nie wskazał nazwy oferowanego produktu czy jego symbolu, co również uniemożliwiało powzięcie informacji o omyłce odwołującego przy wskazaniu producenta wyrobu. Informację o popełnionej omyłce zamawiający uzyskał dopiero w wyniku wezwania wykonawcy do wyjaśnień. W ocenie Izby, o omyłce w przedmiotowym stanie faktycznym można by ewentualnie mówić w sytuacji, gdyby Zarys International Group Sp. z o.o. nie była producentem tego typu produktów, lub w sytuacji wskazania przez odwołującego nazwy czy symbolu produktu, które wskazywałyby na innego producenta, co pozwoliłoby zamawiającemu na powzięcie wątpliwości co do prawidłowości złożonego przez odwołującego oświadczenia. Izba

stwierdziła, że dokonywanie poprawienia oferty poprzez zmianę producenta w tym konkretnym przypadku prowadzi do zmiany oferowanego produktu, a więc niedozwolonej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany oferty. Prowadziłoby też do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W przedmiotowej sprawie oświadczenie odwołującego, który wskazał jako producenta firmę, która w istocie produkuje urządzenie w postaci sondy nosowo-żołądkowej (czemu odwołujący nie zaprzeczył), ale nie spełniające wymagań zamawiającego, skutkuje uznaniem oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta oraz składające się na nią dokumenty będą odpowiadały wymaganiom stawianym w specyfikacji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje wysoki stopień sformalizowania, i choć ów formalizm nie powinien stanowić celu sam w sobie, to jednak zarówno wykonawcy, jak i zamawiający powinni dokładać należytej staranności przygotowując dokumentację postępowania i ponosić wszelkie konsekwencje związane z własnymi zaniechaniami.

Izba uznała, że motywy czy przyczyny zaistniałego błędu w ofercie odwołującego nie mogą decydować o zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oczywistym jest, że w przedmiotowej sprawie Izba nie ma możliwości obiektywnej weryfikacji motywów, jakimi kierował się odwołujący przedkładając ofertę ze wskazaniem jako producenta Zarys International Group Sp. z o.o. Być może był to efekt omyłki. W ocenie Izby, możliwa jest jednak również sytuacja, w której odwołujący miał na celu zaoferowanie produktu, którego producentem jest właśnie Zarys International Group Sp. z o.o. Choć nie jest to pewne, wobec jednoznacznej treści oferty, zmiana oświadczenia woli wykonawcy złożonego w ofercie przez Izbę bądź zamawiającego byłaby nieuprawniona. Izba stwierdziła, że umożliwienie odwołującemu dokonania zmiany przedmiotu świadczenia po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i umożliwiałoby wykonawcy kształtowanie treści oferty w zakresie jej najistotniejszych elementów już po otwarciu ofert, co jest czynnością niedozwoloną w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez przyjęcie jako prawidłowej oferty Farmacja SPV Sp. z o.o., która w pozycji 30 tabeli IV złożyła oświadczenie, iż oferuje produkt producenta Nutricia Polska. W ocenie Izby, treść oferty Farmacja SPV Sp. z o.o. wskazywała na wolę

zaoferowania produktu firmy Nutricia Medical Devices B.V., czego nie można wywieść z oferty odwołującego.

Izba nie poddała rozpoznaniu zarzutu naruszania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Farmacja SPV Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji z uwagi na jego wycofanie przez odwołującego. Rozpoznaniu nie mogły podlegać również postawione w odwołaniu zarzuty wobec oceny przez zamawiającego oferty złożonej przez J.H.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Apteka Sanitas J.H.. Odwołanie w tym zakresie należy uznać za wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wykonawca ten, widząc zasadność obrony własnej oferty, powinien był ewentualnie wnieść własne odwołanie, wykazać interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieście lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę złożoną przez odwołującego i nie dopuścił się naruszeń ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba za zasadne uznała koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w kwocie 608,46 zł, zgodnie ze złożonym rachunkiem. Z uwagi na dyspozycję § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, wobec nie przedłożenia przez zamawiającego rachunku, Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: