

Sygn. akt: KIO 3167/22

WYROK

z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę:

Arkan Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **COPERNICUS Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Części nr 1 z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;
2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Arkan Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy: Arkan Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwotę 1 375 zł 60 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wykonawcy poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę oraz noclegu.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

COPERNICUS Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. „Dostawa wyrobów medycznych i niemedycznych II”; numer sprawy D10.251.62.F.2022 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 12 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 155-440777.

W dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę: **Arkan Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (dalej: „odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie Części 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył przepisy:

1. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Części nr 1 z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego pomimo, że powód unieważnienia nie jest wadą, gdyż w postępowaniu istniała możliwość złożenia oferty prawidłowej, porównywalnej i jednoznacznej. Takie jednoznaczne oświadczenie woli złożył odwołujący i wykonawca Tuttomed Farmacja Sp. z o.o. z siedzibą w Suchym Lesie (dalej „Tuttomed”);
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w Części nr 1 pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert prawidłowo złożonych i niepodlegającą odrzuceniu;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak traktowania przez zamawiającego wszystkich oferentów na równych prawach i brak rzetelnego prowadzenia postępowania z dochowaniem należytej staranności, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w trakcie badania i oceny ofert, poprzez unieważnienie postępowania ze względu na uznanie, że złożenie błędnej, wariantowej i niejednoznacznej oferty przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą

w Gdańsku (dalej „przystępujący” lub „PHU Portal”) jest wystarczającą przesłanką do unieważnienia całego postępowania, ze szkodą dla pozostałych uczestników postępowania, których oferty są prawidłowe, jednoznaczne i porównywalne, na co zamawiający sam wskazał poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę odwołującego jako jednoznaczną i najkorzystniejszą (wyniki postępowania z dnia 4 listopada 2022 r.).

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w Części 1 i 2; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie części nr 1, 3; odrzucenie wariantowej oferty złożonej przez wykonawcę PHU Portal, błędnie wyliczonej i nie spełniającej wymogów zamawiającego, wraz z dokonaniem wyboru oferty Arkan Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu w części nr 1.

Odwołujący, uzasadniając treść postawionych zarzutów argumentował, że zamawiający 18 listopada 2022 r. zamieścił informację o unieważnieniu postępowania w zakresie Części nr 1. Jako uzasadnienie faktyczne podał: „Opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ- formularz asortymentowo- cenowy, w Części 1 worki na śmieci zawierał błędne zapisy dotyczące sposobu obliczania ceny oferty w przypadku zaoferowania innego sposobu konfekcjonowania.” Odwołujący nie widzi podstaw do takiego stwierdzenia. Zamawiający we wcześniejszych swoich postępowaniach, w których dopuszczał zaoferowanie innego sposobu konfekcjonowania, zawsze w ten sam sposób tworzył zapisy obliczania ceny, otrzymywał poprawnie złożone, jednoznaczne i porównywalne oferty, a następnie spośród nich wybierał najkorzystniejszą ofertę, po czym podpisywał umowę z wybranym wykonawcą. Jako jeden z wielu przykładów wskazał postępowanie prowadzone pod nr D10.251.38.C.2022 - część 11 i 12. Stworzony formularz cenowy wyglądał identycznie do tego, który zamawiający przygotował w tym zamówieniu. W cytowanym postępowaniu nr D10.251.38.C.2022 oferta złożona przez odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Powyższe potwierdza, że kształt formularza, który został przygotowany przez zamawiającego w tym, jak też poprzednio prowadzonym postępowaniu, nie uniemożliwia złożenia jednoznacznego oświadczenia woli. Odwołujący przypomniał, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia oferty prawidłowej, jednoznacznej i porównywalnej.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo braku istnienia ustawowej przesłanki dla podjęcia takiej decyzji. Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, albowiem istniała możliwość złożenia oferty prawidłowej, jednoznacznej i porównywalnej. Taką ofertę złożył odwołujący i kolejni wykonawcy. Błędne, wariantowe i niejednoznaczne złożenie oferty przez jednego wykonawcę, którym jest PHU Portal nie może być przesłanką do unieważnienia całego postępowania, ze szkodą dla pozostałych jego uczestników.

W ocenie odwołującego wykonawca PHU Portal złożył ofertę wariantową w Części nr 1. Zaoferował jednocześnie opakowania o innej wielkości, niż pierwotnie wymagał zamawiający, teoretycznie przeliczył ilość opakowań, a cenę wyliczył uwzględniając ilości podane pierwotnie przez zamawiającego. Z uwagi na powyższe niewiadomym i niejednoznacznym jest dla zamawiającego i innych wykonawców jaką ofertę złożył PHU Portal tj. czy zaoferował inne wielkości opakowań, co sugerowałoby wypełnienie tabeli w formularzu cenowym w kolumnie „inny sposób konfekcjonowania”, czy też zaoferował wielkości opakowań wymagane przez zamawiającego, co sugeruje wyliczenie wartości brutto. Wykonawca PHU Portal wyliczył cenę w tej pozycji mnożąc kolumnę „ilość opakowań” x „cena jednostkowa brutto”.

Odwołujący podkreślił, że informacji tej nie można jednoznacznie określić, pomimo złożenia wraz z ofertą kart katalogowych. Karty te nie zawierają bowiem danych o ilości worków w jednym opakowaniu, nie zawierają również numeru katalogowego którego się tyczą, niezbędnego do identyfikacji towarów. Zatem oferta nie jest jednoznaczna. Wykonawca, wygrywając postępowanie, mógłby dostarczać opakowania mniejsze, w cenie opakowań zawierających większą ilość worków, ze szkodą dla zamawiającego. PHU Portal, wypełniając w ten sposób formularz cenowy oferuje 16 000 opakowań po 25 szt. worków w 1 opakowaniu. Zamawiający otrzyma w ten sposób o połowę mniej asortymentu, niż wymaga. Podobna sytuacja tyczy się pozycji 6, 10, 11, 14 w Części nr 1.

Odwołujący zauważył, że zamawiający nie może domyślać się wariantu jaki produkt zaoferował wykonawca, a nie ulega wątpliwości, że PHU Portal złożył ofertę wariantową. Odwołujący w tym miejscu przypomniał zapis § IV specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), zgodnie z którym zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. Jego zdaniem zapis: „inny sposób konfekcjonowania” należy traktować analogicznie do ilości opakowań i ilości w opakowaniu, wskazanej przez zamawiającego. Zapis w tabeli „inny sposób konfekcjonowania” jest koniecznym do wypełniania jedynie w przypadku oferowania innego sposobu konfekcjonowania. Sposób obliczania ceny podany przez zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowy. Zamawiający w tabeli odnosi się do swoich potrzeb, do ilości jakie są mu niezbędne. To do wykonawcy należy złożenie oferty jednoznacznej, takiej która nie budzi wątpliwości zamawiającego.

Oferent stosuje przeliczenia adekwatne do oferowanego przez siebie towaru, tak aby oświadczenie woli było jednoznaczne. Ponadto czynności: przeliczenia oferty przez zamawiającego, wniesienia odwołania przez PHU Portal w sprawie o sygn. akt KIO 2969/22 w zakresie przeliczenia oferty, uwzględnienie odwołania w całości przez zamawiającego dowodzą, że rozumienie oferty PHU Portal jest wariantowe i niejednoznaczne, a zatem nie jest prawidłowe i porównywalne z innymi ofertami. To świadczy, że oferta jest niezgodna z SWZ i nie może podlegać ocenie, a zamawiający ma obowiązek taką ofertę odrzucić.

Tym samym decyzja unieważnienia postępowania podjęta przez zamawiającego 18 listopada 2022 r. podlega unieważnieniu, ze względu na brak zasadności jej podjęcia przed zakończeniem postępowania odwoławczego. Firma PHU Portal wniosła odwołanie do omawianego postępowania pod sygn. akt KIO 2969/22. Do odwołania przystąpił odwołujący a zamawiający uwzględnił odwołanie. Przed terminem wyznaczonym na wniesienie sprzeciwu przez przystępującego, wobec „uwzględnienia odwołania”, zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Zamawiający może podjąć działania, nie czekając na orzeczenie Izby, jedynie takie których słuszność wynika z ustawy Pzp.

Zatem zamawiający może i powinien, biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności przywołane poniżej, potwierdzić niezwłocznie słuszność dokonanego wyboru z dnia 4 listopada 2022 r. i podpisać umowę na dostawy w zakresie zadania nr 1 z odwołującym. W związku ze sprzeciwem odwołującego, złożonym w ww. postępowaniu odwoławczym i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego, jak też cofnięciem odwołania przez firmę PHU Portal, które skutkowało umorzeniem postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, odwołanie traktuje się jako zwrócone lub w ogóle nie wniesione.

W konsekwencji: czynność unieważnienia postępowania podjęta przez zamawiającego w rezultacie wniesienia odwołania przez PHU Portal uznaje się za niebyłą, odwołanie PHU Portal uznaje się za nie wniesione, co powoduje przywrócenie stanu z dnia 4 listopada 2022 r., czyli z dnia ogłoszenia wyniku. Mając na uwadze powyższe dokonany przez zamawiającego wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1, jest obowiązujący i prawidłowy.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do zgłoszenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosił wykonawca: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy

odpowieź na odwołanie (pismo z 6 grudnia 2022 r.) w którym poinformował, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w całości. Pismo zostało złożone drogą elektroniczną i podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania zamawiającego.

Przystępujący, działając w oparciu o art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części

tj. w zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że przystępujący złożył w postępowaniu w Części 1, błędną, wariantową i niejednoznaczną ofertę, która w związku z tym podlega odrzuceniu. Argumentację w tym zakresie przedstawił w piśmie procesowym z 9 grudnia 2022 r., złożonym do akt sprawy oraz prezentując swoje stanowisko na rozprawie.

W konsekwencji Izba, działając na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba rozpoznaje odwołanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania - skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie. Izba umorzyła postępowanie w zakresie, w jakim zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu, a PHU Portal nie wniósł sprzeciwu, orzekając w tej części, co do której wykonawca PHU Portal złożył swój sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu stanowiska uczestnika postępowania, zaprezentowanego ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie Części 1

zamówienia pomimo, że jak odwołujący twierdził brak jest ku temu przesłanek opisanych w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PHU Portal. Tym samym gdyby, w wyniku wniesionego odwołania, zarzuty w nim podnoszone potwierdziły się, odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez przystępującego na rozprawie, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w postaci faktur na dostawę worków, dostarczanych zamawiającemu przez przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w pkt III SWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa wyrobów medycznych i niemedycznych II. Zamawiający podzielił zamówienie na 7 części. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określający wymagania zamawiającego, w tym zamawiane ilości zawarte zostały w załączniku nr 1 do SWZ - Formularz asortymentowo-cenowy oraz w załączniku nr 6 do SWZ - Projekt Umowy. Wykonawca, wypełniając wskazane pozycje w załączniku nr 1 do SWZ potwierdza spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego.

Z kolei w pkt IV SWZ zamawiający zawarł między innymi informację, że dopuszcza składanie ofert częściowych (na wybrane całe części). Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. Zgodnie z zapisem w pkt VII, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych: (i) kart technicznych producenta wyrobu lub kart katalogowych producenta wyrobu - dla oferowanych części (dot. części 1-7). Każdą ze stron kart należy opisać, którego zakresu i pozycji dotyczy; (ii) kart charakterystyki oferowanego produktu (dot. części 3-7); (iii) potwierdzenie producenta wyrobu, że oferowany asortyment jest kompatybilny z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego (myjnia ETD firmy Olympus) - dot. części 5. Jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, zamawiający nie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Z kolei terminy realizacji zamówienia, dla poszczególnych części, zostały określone

w pkt VIII SWZ i tak, dla części 1 i 2 przewidziano dostawy sukcesywne w okresie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dla części 3- 7: dostawy sukcesywne w okresie 24 miesięcy

od dnia podpisania umowy. Termin dostawy zamówienia częściowego: do 5 dni roboczych od dnia otrzymania zamówienia przez wykonawcę. Termin dostawy stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

Sposób obliczenia ceny zamawiający opisał w pkt XVII SWZ, w którym wskazał, że wykonawca określi ceny ofertowe (brutto) poprzez wypełnienie wskazanych rubryk w Formularzu asortymentowo- cenowym załącznik nr 1 do SWZ - zgodnie z wzorem zamawiającego. Ceny brutto wszystkich elementów zamówienia należy skalkulować w sposób jednoznaczny, tzn. uwzględnić ewentualne oferowane upusty, koszty transportu, koszty ubezpieczenia, podatku VAT, gwarancji, rozmieszczenia, instalacji, montażu oraz prezentacji przedmiotu zamówienia w siedzibie zamawiającego oraz wszystkie inne niewymienione koszty, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Ceny należy podawać w złotych polskich. Podane ceny należy zaokrąglić do drugiego miejsca po przecinku. Rozliczenia między zamawiającym i wykonawcom będą prowadzone w złotych polskich.

Załącznikami do SWZ były między innymi Formularz oferty (załącznik nr 4 do SWZ), w którym wykonawcy wpisywali cenę za realizację zamówienia oraz terminy dostaw, odrębnie na poszczególne części. Jednocześnie, zobowiązani zostali przez zamawiającego do wyliczenia oferowanej ceny na podstawie załącznika nr 1 do SWZ - Formularz asortymentowo-cenowy, w którym znajdowały się następujące pozycje: liczba porządkowa, asortyment, ilość w opakowaniu, ilość opakowań, inny sposób konfekcjonowania (ilość w opakowaniu, liczba opakowań), cena jednostkowa brutto (zł.), wartość brutto (zł.), producent, nr katalogowy.

Izba ustaliła ponadto, że swoje oferty w postępowaniu dla Części 1 zamówienia złożyli: odwołujący oferując cenę 1 064 426,00 zł. brutto, termin dostawy 1-2 dni robocze; przystępujący za cenę 999 395,75 zł. brutto, termin dostawy 1-2 dni robocze; Tuttomed za cenę: 1 092 837,50 zł. brutto, termin dostawy 1-2 dni robocze.

Jednocześnie, z treści Formularza ofertowo-cenowego złożonego przez przystępującego wynika, że zaproponował on odmienny sposób konfekcjonowania w pozycjach: 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11,13, 14 tj. ilość worków w opakowaniu i liczba opakowań były odmienne od wskazanych w kolumnie 3 i 4. Do złożonego Formularza asortymentowo-cenowego wykonawca PHU Portal załączył karty katalogowe, potwierdzające spełnienie parametrów, opisanych jako wymagania bezwzględne. Podobnie swój Formularz

asortymentowo-cenowy wypełnił wykonawca Tuttomed, który zaproponował odmienny sposób konfekcjonowania w pozycji 17.

Dalej, skład orzekający ustalił, że pismem z 20 października 2022 r. zamawiający poinformował PHU Portal o poprawieniu w ofercie wykonawcy omyłek rachunkowych, na co ten nie wyraził zgody, o czym powiadomił zamawiającego pismem z 21 października 2022 r.

W dniu 4 listopada 2022 r. zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym w Części nr 1 zamówienia, wybierając ofertę złożoną przez odwołującego. Jednocześnie podał, że cena oferty złożonej przez PHU Portal wynosi 1 518 342,70 zł., czyli wartość będącą konsekwencją dokonanej przez zamawiającego korekty, na którą to poprawę wykonawca nie wyraził zgody.

PHU Portal, nie zgadzając się z powyższą decyzją, 8 listopada 2022 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Pismem z 18 listopada 2022 r. zamawiający poinformował, że dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie tej części na podstawie art. 255 ust. 5 ustawy Pzp tj. postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. PHU Portal poinformował, że cofa wniesione odwołanie w piśmie z 21 listopada 2022 r.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2022 r. zamieścił informację o unieważnieniu postępowania w zakresie Części nr 1. Jako uzasadnienie faktyczne podał: Opis przedmiotu zamówienia, stanowiący zał. nr 1 do SWZ - formularz asortymentowo- cenowy, w części 1 worki na śmieci zawierał błędne zapisy dotyczące sposobu obliczania ceny oferty, w przypadku zaoferowania innego sposobu konfekcjonowania.”

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Nie sposób bowiem podzielić zastrzeżeń odwołującego, kierowanych do oferty złożonej przez PHU Portal w Części 1 zamówienia.

Odwołujący wskazywał w pierwszej kolejności, że przystępujący, prezentując odmienny sposób konfekcjonowania i wypełniając Formularz asortymentowo-cenowy, jednocześnie złożył w tej części ofertę wariantową, czego zamawiający nie dopuścił przygotowując SWZ dla tego postępowania. Ponadto wskazywał, że pomimo, że PHU Portal zaoferował opakowania o innej wielkości, niż pierwotnie wymagał zamawiający, jednocześnie teoretycznie przeliczył ilość opakowań, a cenę wyliczył uwzględniając ilości podane pierwotnie przez zamawiającego. Z uwagi na powyższe niewiadomym i niejednoznacznym jest dla zamawiającego i innych wykonawców jaką ofertę złożył PHU Portal tj. czy zaoferował inne wielkości opakowań, co sugerowałoby wypełnienie tabeli w formularzu cenowym w kolumnie „inny sposób konfekcjonowania”, czy też zaoferował wielkości opakowań wymagane przez zamawiającego, co sugeruje wyliczenie wartości brutto. Wykonawca PHU Portal wyliczył cenę w tej pozycji mnożąc kolumnę „ilość opakowań” x „cena jednostkowa brutto”.

Z takimi twierdzeniami nie sposób zgodzić się z następujących powodów. Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z ust. 2, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia: 1) minimalne wymagania dla oferty wariantowej, oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej; 2) kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dopuścił ani nie wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia oferty wariantowej, w pkt IV SWZ wprost bowiem zaznaczył, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

Tym samym, na podstawie akt niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości Izby, że zamawiający nie skorzystał ze swojego uprawnienia, które mu przysługuje, dotyczącego przewidzenia możliwości składania ofert wariantowych. Tym samym nie budzi wątpliwości, że wymaganie odnośnie możliwości lub obowiązku złożenia oferty wariantowej w danym postępowaniu nie występuje, gdyż zostało to jednoznacznie zakomunikowane wykonawcom w dokumentach zamówienia. Nie można także wywodzić możliwości złożenia oferty wariantowej w sposób dorozumiany, z jakichkolwiek innych postanowień SWZ w sytuacji, gdy odpowiednie jednoznaczne postanowienia w tym zakresie nie zostały przez zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu czy w SWZ.

Powstaje zatem pytanie, jak należało traktować zapisy zawarte w Załączniku nr 1 - Formularz asortymentowo-cenowy, gdzie zamawiający wskazał na możliwość przedstawienia innego sposobu konfekcjonowania, jednocześnie nie definiując w żadnym miejscu w SWZ jak należy takie sformułowanie rozumieć. Analiza treści tego dokumentu wskazuje, że zamawiający dopuścił, aby ilość worków w opakowaniu była inna, niż ta która została wskazana w kolumnie 3, jednocześnie (co było konsekwencją dopuszczenia takiej możliwości) wykonawca miał wpisać w kolumnie 4 jaka będzie liczba opakowań w sytuacji, gdy tych worków w opakowaniu będzie odpowiednio więcej lub mniej. Nie sposób jednak uznać tych zapisów jako dopuszczenie możliwości złożenia oferty wariantowej, a odmienny sposób wypełnienia formularza jako taką deklarację wykonawcy.

Takie odmiennie rozwiązania, wbrew temu co twierdzi odwołujący, zaproponowało dwóch wykonawców: PHU Portal i Tuttomed. Ich oferty w tym zakresie należy uznać za zgodne z treścią SWZ, albowiem oparte o zapisy Formularza asortymentowo-cenowego (stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, który każdy wykonawca zobowiązany był wypełnić).

Jednocześnie nie sposób zgodzić się z tym, że oferta przystępującego nie jest w swojej treści jednoznaczna i może budzić wątpliwości zamawiającego co do tego, jakie rozwiązania zaproponował wykonawca w swojej ofercie, gdyż pomimo zaproponowania odmiennego sposobu konfekcjonowania, cenę swojej oferty wyliczył mnożąc dane w kolumnie A - ilość opakowań przez cenę jednostkową wpisaną w kolumnie B. Wykonawca ten bowiem, obliczając cenę swojej oferty zastosował się do zapisów pkt XVII SWZ - Sposób obliczenia ceny, w którym zamawiający wskazał, że wykonawca określa ceny ofertowe (brutto) poprzez wypełnienie wskazanych rubryk w Formularzu asortymentowo-cenowym zał. nr 1 do SWZ i ma to zrobić zgodnie z wzorem zamawiającego. Z treści Formularza asortymentowo-cenowego wynika wprost, że wartość brutto w zł. należy obliczyć mnożąc ilość opakowań przez cenę jednostkową ($A \times B$). Zgodnie z tym wzorem PHU Portal obliczył cenę oferty wpisując, tak jak stanowiła SWZ, w kolumnie oznaczonej literą „B” ceny jednostkowe brutto, które dotyczyły kolumny „A”, celem dokonania wymaganego w SWZ obliczenia „wartości brutto” = „ $A \times B$ ”. Jego obliczenia zatem należało uznać za prawidłowe.

Co w niniejszej sprawie kluczowe, w treści SWZ nie sposób doszukać się żadnego innego opisu czy dodatkowej wskazówki, odnoszącej się do tego jak wykonawca powinien obliczyć cenę złożonej oferty w przypadku, gdy proponuje zamawiającemu inny sposób konfekcjonowania. Tym samym przyjęty wzór, ustalony na podstawie wytycznych zawartych w treści SWZ i Formularza asortymentowo-cenowego, należy uznać za jedyny obowiązujący i poprawny w tym postępowaniu. Nie można zatem czynić przystępującemu zarzutów, że takie rozwiązanie zastosował i przyjął.

Przypomnieć należy, że to rolą zamawiającego w postępowaniu jest opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wszystkich wymagań w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, a jeśli powstaną na tym tle wątpliwości, to takie należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tylko taki sposób procedowania gwarantuje bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się natomiast do zarzutów odwołującego, że PHU Portal wygrywając postępowanie, mógłby dostarczać opakowania mniejsze, w cenie opakowań zawierających większą ilość worków, ze szkodą dla zamawiającego, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia przystępującego złożone na rozprawie, jak też przedłożone przez tego wykonawcę dowody. PHU Portal wyjaśnił, co przyznał w treści odwołania sam odwołujący, że takie rozwiązania były już wcześniej przez zamawiającego stosowane tj. podobne zapisy odnoszące się do sposobu konfekcjonowania były zamieszczane w dokumentacji postępowania, a PHU Portal analogiczne w swojej treści oferty - wcześniej składał. W przypadku, gdy proponuje on zamawiającemu np. zamiast 50 szt. worków w opakowaniu, dwa opakowania worków po 25 szt. to zgodnie z opisem na fakturze, która zamawiającemu jest wystawiana w kolumnie „jednostka miary” wpisywana jest ilość 50 szt. To, że przyjęty został inny sposób konfekcjonowania wynika jedynie z opisu zawartego w kolumnie „nazwa”. Wówczas opisuje się dostarczony towar np. w następujący sposób: Worki na śmieci 35 l. czarne (zestaw 2 x 25). Nie zmienia się jednak ani przyjęta liczba sztuk (jednostka miary nadal wynosi 50 szt.), a wpisana na fakturze cena jednostkowa odnosi się do opisanej jednostki miary.

W konsekwencji nie sposób też zgodzić się z zarzutami odwołującego, że oferta złożona przez PHU Portal w Części 1 zamówienia jest niezgodna z treścią SWZ i, w konsekwencji, podlega odrzuceniu. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie i w doktrynie podnosi się, iż mówiąc o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, chodzi o niezgodność oferty z jakimikolwiek merytorycznymi warunkami co do przedmiotu lub realizacji zamówienia postawionymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przy czym chodzi tu o inne przypadki niż błędy w obliczeniu ceny albo też omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 10 i 11). Przesłanka ta nie obejmuje również błędów formalnych. Do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny, zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu.

Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, iż w żadnym wypadku nie doszło do jakiegokolwiek niegodności merytorycznej treści oferty PHU Portal z warunkami zamówienia. Sporządzona przez wykonawcę oferta odpowiada wymaganiom SWZ co do opisu oferowanej dostawy, nie została też sporządzona czy przedstawiona w inny sposób, niż wynikałoby to z opisu zawartego w dokumentach zamówienia, gdyż z treści Formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wynika inny, możliwy sposób zaprezentowania danych, których zamawiający oczekiwał.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :