

**WYROK**

z dnia 21 marca 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2014 r. przez **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od **Roche Diagnostics Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Psychiatrycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

.....

**Sygn. akt: KIO 477/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatorów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 11 marca 2014 roku wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego złożonej na pakiety nr 1 i 3, co doprowadziło do nieuzasadnionego unieważnienia postępowania w ww. częściach i zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji lub zaniechania zastosowania art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany spodziewany dochód z tytułu wykonania umowy (odwołujący złożył jedyną ofertę w ramach Pakietu nr 1 oraz Pakietu nr 3), co w związku bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego oznacza, że w razie uwzględnienia odwołania to oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w pakietach 1 i 3.

### 3. Dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów (znak sprawy: SZP 3820 - 9/14). Przedmiot zamówienia podzielono na trzy pakiety (części). Odwołujący złożył ofertę obejmującą Pakiet nr 1 - Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora biochemicznego oraz Pakiet nr 3 - Dostawa pasków wraz z dzierżawą czytnika do analizy chemicznej moczu. Oprócz odwołującego żaden inny wykonawca nie złożył ofert obejmujących Pakiet nr 1 i Pakiet nr 3. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podając lakonicznie, że "Wykonawca nie dostosował się do wprowadzonych modyfikacji SIWZ i złożył ofertę na niewłaściwym formularzu", oraz że odwołujący "złożył ofertę na niewłaściwym formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) i formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik nr 2 do SIWZ)", tj. sprzed modyfikacji SIWZ z dnia 20 lutego 2014 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie przedstawił uzasadnienia faktycznego swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Nie sposób bowiem uznać, że lakoniczne stwierdzenie, iż jego zdaniem „Wykonawca nie dostosował się do wprowadzonych modyfikacji SIWZ i złożył ofertę na niewłaściwym formularzu” wyczerpuje tą powinność. Zamawiający pominął całkowicie konkretne przyczyny dla których uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W tej sytuacji, z jednej strony czynność odrzucenia jest wadliwa i powinna być uchylona (unieważniona), a z drugiej - odwołujący nie jest w stanie podjąć rzetelnej polemiki.

W ocenie odwołującego powodem odrzucenia jego oferty jest wyłącznie formalna niezgodność oferty odwołującego z wymaganiami SIWZ. Skoro jedynym powodem jest niezastosowanie się do wzorów formularzy, to zarazem należy wywieść, że zamawiający nie dostrzegł jakichkolwiek błędów merytorycznych, polegających na nieodpowiednim względem SIWZ świadczeniu zaoferowanym przez odwołującego. Tymczasem zakresu tego świadczenia (przedmiotu oferty) zamawiający nie podważa, a zatem należy go uznać za zgodny z treścią SIWZ, co stanowi kolejny argument za bezpodstawnością odrzucenia.

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący dokonał porównania zastosowanych przez siebie formularzy z tymi, które udostępnił zamawiający po zmianach z dnia 20 lutego 2014 r. i stwierdził, że w żaden sposób nie można uznać, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Nawet gdyby uznać, że pewne cechy oferty odróżniają ją od formy przyjętej w SIWZ, w szczególności w odniesieniu do wzoru formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz formularza asortymentowo- cenowego (Załącznik nr 2 do

SIWZ), to w żadnym razie nie świadczy to o niezgodności skutkującej odrzuceniem oferty. Ewentualne rozbieżności w formie formularza oferty czy formularza asortymentowo-cenowego w stosunku do formy wynikającej z modyfikacji SIWZ należy ocenić jako nieistotne i nie mające wpływu na treść oferty.

Jeżeli chodzi o modyfikacje, jakie w dniu 20 lutego 2014 r. Zamawiający wprowadził do SIWZ, to w formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) zmianie uległ jedynie pkt 9, w którym zdanie "Oświadczamy, iż oferowany przez nas odczynniki/paski będą posiadały termin ważności przynajmniej m-cy (minimum 6 m -cy) od daty dostawy" uzupełniono o następujące zastrzeżenie: "z wyłączeniem krwi kontrolnej, dla której termin ważności wynosi do 3 miesięcy, w przypadku, gdy ta będzie rozdysponowana wg harmonogramu dostaw materiału kontrolnego Z kolei w formularzu asortymentowo-cenowym dla Pakietu nr 3 zmianie uległy dwa fragmenty. Po pierwsze, w tabeli "Koszt dostawy" zmieniono nagłówek w 3 kolumnie o treści: "Cena netto/brutto pasków do analizy chemicznej moczu w ilości 12 000 oznaczeń w okresie 36 m-cy" nadając mu następującą treść: "Cena netto/brutto pasków do analizy chemicznej moczu w ilości 36 000 oznaczeń w okresie 36 m-cy". Po drugie, w tabeli "Parametry graniczne dla automatycznego czytnika pasków" usunięto ppkt 15 o treści "Możliwość stosowania moczu kontrolnych dostępnych na polskim rynku z podanymi zakresami wartości dla oferowanego aparatu i pasków".

Odnosząc powyższe modyfikacje treści SIWZ do treści oferty złożonej przez odwołującego, należy stwierdzić, że w szczególności, brak jest podstaw by kwestionować oświadczenie znajdujące się w punkcie 9 formularza oferty (str. 2 oferty), gdzie Odwołujący zadeklarował, że oferowany przez niego odczynniki / paski będą posiadały termin ważności przynajmniej 6 miesięcy od daty dostawy. Zamawiający zmodyfikował ten fragment formularza oferty i zezwolił by minimalny termin ważności dla krwi kontrolnej wynosi do 3 miesięcy od dostawy, w przypadku, gdy ta będzie rozdysponowana wg harmonogramu dostaw materiału kontrolnego, jednakże nie ma to znaczenia w przypadku, gdy Odwołujący zadeklarował termin ważności 6 miesięcy od daty dostawy dla wszystkich odczynników/ pasków, nie wyłączając krwi kontrolnej (niewątpliwie 6-miesięczny termin ważności jest korzystniejszy dla Zamawiającego niż minimalny termin 3-miesięcy).

Oprócz tego, jak wspomniano, modyfikacja SIWZ dotyczyła zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia w Pakiecie nr 3 z 12.000 oznaczeń w okresie 36 miesięcy do 36.000 oznaczeń w okresie 36 miesięcy oraz rezygnacji z jednego z parametrów automatycznego czytnika pasków, co Zamawiający uwzględnił w swojej ofercie. Otóż, w tabeli "Parametry graniczne dla automatycznego czytnika pasków" Odwołujący skreślił ppkt 15 o treści

"Możliwość stosowania moczy kontrolnych dostępnych na polskim rynku z podanymi zakresami wartości dla oferowanego aparatu i pasków", wskazując na wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 20 lutego 2014 r. (str. 9 oferty Odwołującego). Jedyne przez pomyłkę Odwołujący nie zmienił fragmentu formularza asortymentowo - cenowego, w którym znajduje się zapis o cenie netto/brutto pasków do analizy chemicznej moczu w ilości 12.000 oznaczeń w okresie 36 m-cy, zamiast 36.000 oznaczeń w okresie 36 m-cy. Pomimo tej różnicy, Odwołujący właściwie określił przedmiot oferty wyceniając świadczenie polegające na dostawę pasków w ilości niezbędnej dla uzyskania 36.000 oznaczeń w okresie 36 m-cy. Powyższe kwestie, nawet jeśli wzbudzały wątpliwości, zamawiający winien był wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czego w niniejszej sprawie zaniechał. W konsekwencji, zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, czego z kolei następstwem było wadliwe podjęcie czynności unieważnienia postępowania (z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp - w postępowaniu złożona została przynajmniej jedna oferta w pakietach 1 i 3).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z załączoną fakturą.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 20 lutego 2014 r. zamawiający wprowadził modyfikacje do SIWZ. W formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) zmianie uległ pkt 9, w którym zdanie "Oświadczamy, iż oferowany przez nas odczynniki/paski będą posiadały termin ważności przynajmniej m-cy (minimum 6 m -cy) od daty dostawy" uzupełniono o następujące zastrzeżenie: "z wyłączeniem krwi kontrolnej, dla której termin ważności wynosi do 3 miesięcy, w przypadku, gdy ta będzie rozdysponowana wg harmonogramu dostaw materiału kontrolnego Z kolei w formularzu asortymentowo-cenowym dla Pakietu nr 3 zmianie uległy dwa fragmenty. W tabeli "Koszt dostawy" zmieniono nagłówek w 3 kolumnie o treści: "Cena netto/brutto pasków do analizy chemicznej moczu w ilości 12 000 oznaczeń w okresie 36 m-cy" nadając mu następującą treść: "Cena netto/brutto pasków do analizy chemicznej moczu w ilości 36 000 oznaczeń w okresie 36 m-cy". Ponadto, w tabeli "Parametry graniczne dla automatycznego czytnika pasków" usunięto ppkt 15 o treści "Możliwość stosowania moczy kontrolnych dostępnych na polskim rynku z podanymi zakresami wartości dla oferowanego aparatu i pasków". W formularzu asortymentowo-cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) dodano oświadczenie o treści: „Cena obejmuje: koszt dzierżawy aparatu, koszt dostawy pasków, koszt materiałów zużywalnych w okresie eksploatacji, transport urządzenia do siedziby

Zamawiającego, instalację aparatu wraz z zestawem startowym, szkolenie w zakresie obsługi aparatu”.

Odwołujący złożył ofertę na Pakiet nr 1 i 3. W ofercie zastosował druki sprzed modyfikacji z dnia 20 lutego 2014 roku.

Pismem z dnia 6 marca 2014 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu wskazał, iż:

*Uzasadnienie faktyczne:*

*Wykonawca złożył ofertę na niewłaściwym formularzu ofertowym (Załącznik nt 1 do SIWZ) i formularzu asortymentowo cenowym (Załącznik Nr 2 do SIWZ). Zamawiający dokonując wyjaśnień treści SIWZ w dniu 20.02.2014r. dokonał modyfikacji w/w załączników. Powyższe zmiany wraz ze zmodyfikowanymi załącznikami zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20.02.2014 r.*

*Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty w razie stwierdzenia niezgodności treści oferty z SIWZ.*

*Uzasadnienie prawne:*

*Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający informuje jednocześnie, że brak jest podstaw do poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 tejże ustawy.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezpodstawny.

Stosownie do wskazanego przepisu niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby zamawiający uczynił zadość temu obowiązkowi wskazując, że odwołujący

złożył ofertę na niewłaściwych formularzach oraz że formularze te były przez zamawiającego zmodyfikowane w dniu 20 lutego 2014 roku.

Izba uznała, że taka informacja jest dla wykonawcy wystarczająca. Odwołujący miał przecież wiedzę co do tego, w jakim zakresie formularze zostały przez zamawiającego zmodyfikowane, a zatem składając ofertę na formularzach nieaktualnych nie uwzględnił żadnej z dokonanych modyfikacji. Oczywiście, można zgodzić się z tym, iż zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego mógł wymienić *expressis verbis* dokonane zmiany i stwierdzić, że w tym zakresie oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ, niemniej jednak i tak uzasadnienie podane przez zamawiającego pozwala odwołującemu na powzięcie informacji o faktycznych podstawach dokonanej czynności.

Izba uznała, za niezasadne zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tyku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z kolei – w myśl 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp – zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z powyższego wynika, iż procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. W ocenie Izby żądania odwołującego wykraczają poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

Stosownie zaś do art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.



Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Modyfikacje wprowadzone przez zamawiającego dotyczyły:

- zmiany ilości zamawianych oznaczeń z 12.000 na 36.000,
- terminu ważności krwi kontrolnej
- oświadczenia, iż cena obejmuje: koszt dzierżawy aparatu, koszt dostawy pasków, koszt materiałów zużywalnych w okresie eksploatacji, transport urządzenia do siedziby Zamawiającego, instalację aparatu wraz z zestawem startowym, szkolenie w zakresie obsługi aparatu.

W ocenie Izby wszystkie niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ dotyczą istotnych treści oferty.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

W rozpoznawanej sytuacji zarówno ilość zaoferowanych oznaczeń, jak i termin ważności krwi kontrolnej oraz oświadczenie, co obejmuje cena oferty odnoszą się do przedmiotu zamówienia i stanowią elementy istotne oferty wykonawcy. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....