

Sygn. akt: KIO 973/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę Salus International Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego z siedzibą w Ostrołęce

przy udziale wykonawcy Farmacol-Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 973/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Salus International Sp. z o.o. z

siedzibą w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Salus International Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Ostrołęce.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 973/20

Zamawiający: Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego z siedzibą w Ostrołęce wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę różnych środków farmaceutycznych i wyrobów medycznych: CPV:33600000 - 6 Produkty farmaceutyczne, 33141100-1 Opatrunki, zaciski, szwy, podwiązki, znak postępowania: MSS-TZP-ZPP-26-38/19.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2019 r. nr ogłoszenia 2019/S 243-596640.

W dniu 24 kwietnia 2020r. Odwołujący: Salus International Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach powziął wiadomość od Zamawiającego o ogłoszeniu wyników postępowania, gdzie ten poinformował go, że :

1) odrzucił ofertę Odwołującego się w zakresie części 1, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 17, 18, 21, 25, 26, 29, 34, 35, 40, 41, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 123, 127, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 151, 152, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 165, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 182, 185, 189, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 210, 212, 213, 214, 215, 222, 223, 231;

2) dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie w/w części z pominięciem oferty Odwołującego się.

Zamawiający wskazał, że podstawę prawną odrzucenia oferty stanowił przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP lub ustawą Pzp i wskazał na niezgodność oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej jako SIWZ w następującym zakresie:

1) brak wskazania w ofercie cen netto produktów w zakresie części 1, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 17, 18, 21, 25, 26, 29, 34, 35, 40, 41, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 123, 127, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 151, 152, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 165, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 182, 185, 189, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 210, 212, 213, 214, 215, 222, 223, 231;

2) dodatkowo w zakresie części numer 18, Zamawiający wskazał, że Odwołujący się zaoferował nieprawidłową ilość leku;

3) dodatkowo w zakresie części numer 163, Zamawiający wskazał, że

Odwołujący się zaoferował produkt „Sanprobi IBS x_20 kaps.- 782 op”^, zatem niezgodnie z SIWZ”.

W ocenie Odwołującego się miały miejsce niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego (wszystko w zakresie wskazanych wyżej części o numerach: 1,

3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 17, 18, 21, 25, 26, 29, 34, 35, 40, 41, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 123, 127, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 151,

152, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 165, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 182, 185, 189, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 210, 212, 213, 214, 215, 222, 223, 231):

1) odrzucenie oferty Odwołującego się, z pominięciem wykonania czynności wskazanych w pkt. 2 w zakresie korekty oferty Odwołującego;

2) zaniechanie Zamawiającego, które polegało na braku poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy PZP.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący w dniu

4 maja 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący się wnosil o:

- 1) uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w powyższych częściach
- 2) uchylenie decyzji o odrzuceniu jego oferty we wskazanych wyżej częściach,
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do dokonania ponownej oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w wskazanych wyżej częściach, poprzedzonego procedurą korekty oferty z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP,
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł.

Odwołujący wskazał, że z treści pisma Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2020r. wynika, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że uzasadnieniem odrzucenia jego oferty spółki był brak wskazania w ofercie cen netto produktów.

Cześć nr 18 zamówienia

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ w części 18 poz. 1 wymagał: „Niejonowy, jodowy środek cieniujący o stężeniu iopromide 370 mg/ml a 100 ml - 772 fl.”. Tymczasem Wykonawca Salus International Sp. z o. o. w części 18 poz. 1 zaoferował: „Ultravist 370 inj. 100 ml x 10 - 73”, zatem nieprawidłowa ilość leku.

Cześć 163 zamówienia

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ i umowy w części 163 poz. 1 wymagał: Lactobacillus planatrum x 30 kaps. - 521 op”. Tymczasem Wykonawca Salus International Sp. z o. o. w części 163 poz. 1 zaoferował: „Sanprobi IBS x 20 kaps.- 782 op”, zatem niezgodnie z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego - z przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, której treść oferty jest niezgodna z SIWZ, jednak przepis ten nie upoważnia do odrzucenia oferty, gdy wykonawca nieprawidłowo wypełnił formularz ofertowy. Samo wypełnienie i sposób wypełnienia formularza ofertowego nie przesądza o tym, że objęta tym formularzem treść oferty jest niezgodna z SIWZ.

Według Odwołującego - należy w związku z tym odróżnić informacje istotne stanowiące treść oferty od pozostałych informacji oczekiwanych przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z częścią XIV SIWZ, Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie w oparciu o ceny brutto i łączną wartość brutto wszystkich części oferty. W tym więc zakresie treść oferty Odwołującego się jest zgodna z SIWZ.

Argumentował, że treść zaś oferty obejmuje te jej elementy, które są przedmiotowo istotne z punktu widzenia umowy, jaką strony mają zawrzeć. Biorąc pod uwagę fakt, że wszystkie produkty będą nabywane przez Zamawiającego w cenach brutto, ceny netto nie stanowią części treści oferty.

Zdaniem Odwołującego - omyłkowy brak ujęcia w treści oferty cen jednostkowych netto nie stanowi zatem niezgodności treści oferty z SIWZ.

Podkreślił przy tym, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP, przesłanką odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z SIWZ, podczas gdy zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z porównania tych przepisów wynika, że zakres korekt dopuszczalny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP jest szerszy, gdyż obejmuje on zarówno treść oferty, jak i inne elementy oferty, które są niezgodne z SIWZ (o ile korekty te nie powodują istotnych zmian w treści oferty).

Dodatkowo wskazał, że nadmierny formalizm może wypaczyć cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegający na wyborze najkorzystniejszej oferty dla Zamawiającego. Wszelkie reguły postępowania, wynikające z przepisów ustawy PZP oraz z SIWZ mają na celu osiągnięcie tego celu.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie elementy pozwalające na jej ocenę w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W opinii Odwołującego - użyty w trybie oznajmującym czasownik „poprawia” oznacza, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania korekty. Zaniechanie powyższych czynności stanowi naruszenie obowiązków Zamawiającego wynikających z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego - niezgodności oferty z SIWZ, które są nieistotne z punktu widzenia oceny ofert, mogą i muszą być skorygowane przez Zamawiającego na podstawie pozostałych danych zawartych w ofercie, którymi Zamawiający dysponuje i nie mogą powodować odrzucenia oferty z powodu braku wskazania w formularzu cenowym ceny jednostkowej netto dla zaoferowanych produktów.

W przekonaniu Odwołującego jego oferta zawiera wskazaną przez Zamawiającego omyłkę. Omyłka ta jednak stanowi „inną omyłkę” (w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych), a jej poprawa nie powoduje żadnych zmian w treści oferty, gdyż oferta oceniana jest wyłącznie w oparciu o ceny brutto i łączną wartość brutto wszystkich części oferty (zgodnie z częścią XIV SIWZ).

Stwierdził przy tym, że informacje te (tj. konieczne dla dokonania oceny ofert ceny brutto) jego oferta zawiera, w związku z czym może podlegać ocenie przez pryzmat przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący przyjął, że powyższy brak cen netto przy jednoczesnym wskazaniu cen brutto stanowił jedynie nieistotne opuszczenie wynikające z niedopatrzenia.

Uzupełnienie oferty o ceny jednostkowe netto nie spowoduje jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, w związku z czym nie zachodzi przesłanka negatywna zawarta w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, a przepis ten powinien być interpretowany możliwie najszerzej.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający błąd ten ma możliwość i obowiązek poprawić samodzielnie na podstawie danych zawartych w treści oferty (na podstawie wskazanych w ofercie: cenie jednostkowej brutto i stawce podatku VAT). Wyliczenie ceny jednostkowej netto wygląda następująco:

- 1) cena brutto : 1,08 = cena netto (dla stawki podatku VAT w wysokości 8%)
- 2) cena brutto : 1,23 = cena netto (dla stawki podatku VAT w wysokości 23%).

Z powyższego wynika, że wskutek poprawienia oferty dochodzi do uzupełnienia treści oferty o dane, które nie podlegają ocenie w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty i są do wyliczenia na podstawie innych danych zawartych w ofercie.

Podkreślił przy tym, że pomimo tego, że oferta nie zawiera ceny jednostkowej netto, zawiera wszystkie informacje pozwalające na jej ocenę w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdyż zawiera ceny brutto, a zatem odrzucenie oferty było nieprawidłowe, gdyż wynikało z braku poprawienia oferty, co było obligatoryjne.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że Zamawiający odrzucił jego ofertę w części nr 18 wskazując, że w pozycji nr 1 zaoferował nieprawidłową ilość leku.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania 772 fiolek leku, lecz umożliwił on oferentom oferowanie produktów zawierających różne ilości fiolek w opakowaniach z przeliczeniem liczby opakowań „w górę” (zgodnie z instrukcją Zamawiającego zawartą w odpowiedziach na pytania z dnia 10.01.2020 (str. 37), Wniosek XXIII, Pytanie 4).

Odwołujący przyznał, że zaoferował produkt zawierający 10 fiolek w opakowaniu, a w formularzu ofertowym błędnie wskazano 73 opakowania tego produktu, podczas gdy prawidłowa liczba wynosić powinna 78.

Błąd ten w jego ofercie należało potraktować jako tzw. błąd obmiarowy i Zamawiający miał obowiązek skorygowania błędów w zakresie ilości jednostek produktów czy robót, jakie miały być zaoferowane.

Według Odwołującego, jeżeli Zamawiający wskazał w SIWZ oczekiwaną liczbę produktów, a wykonawca wskazał oferowaną cenę jednostkową (netto i brutto) oferowanego produktu, to Zamawiający otrzymał od wykonawcy wszelkie konieczne informacje umożliwiające mu skorygowanie oferty i obliczenie prawidłowej wartości brutto dla całej części nr 18.

Odwołujący stanął na stanowisku, że jeżeli w złożonej ofercie podał ilość jednostek nieodpowiadającą ilości jednostek podanych w SIWZ i jednocześnie wykonawca wskazał cenę jednostkową, Zamawiający miał podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i zobowiązany był do poprawienia w ofercie omyłki, gdyż dysponuje informacją o cenie jednostkowej, a oczekiwaną liczbę produktów Zamawiający zna, gdyż wynika ona z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego - okoliczność, że korekta omyłki może ewentualnie mieć wpływ na cenę oferty nie stanowi przeszkody w jej poprawieniu, a zaniechanie czynności poprawienia omyłek świadczy o naruszeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ostatecznie wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując, że w pozycji nr 1 zaoferował nieprawidłową ilość leku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w części 163 poz. 1 wymagał: 15 630 kapsulek (521 op. x 30 kaps.). Jednocześnie Zamawiający umożliwił oferentom oferowanie produktów zawierających różne ilości fiolek w opakowaniach z przeliczeniem liczby opakowań „w górę” (zgodnie z instrukcją Zamawiającego zawartą w odpowiedziach na pytania z dnia 10.01.2020r. (str. 37), Wniosek XXIII, Pytanie 4).

Przyznał, że zaoferował produkt zawierający 20 kapsulek w opakowaniu.

Wyjaśnił przy tym, że w formularzu ofertowym wskazano 782 opakowania tego produktu, w związku z czym oferta obejmuje 15 640 kapsulek.

W związku z tym wywodził, że zaoferowanie 782 opakowań było konieczne związku z przywołaną instrukcją Zamawiającego dotyczącą przeliczenia liczby opakowań „w górę”.

Gdyby spółka Salus International Sp. z o.o. zaoferowała 781 opakowań produktu, oferta obejmowałaby zbyt małą liczbę kapsulek, a zatem odrzucenie oferty było nieprawidłowe, gdyż oferta odpowiada SIWZ w tym zakresie.

Pismem z dnia 21 maja 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

- a) oddalenie odwołania w całości;
- b) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów niniejszego postępowania.

Ewentualnie, gdyby Prezes KIO nie uznał zasadności twierdzeń Zamawiającego, wskazanych w pkt od 1 do 2, wnosił o nieobciążanie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiający podniósł, że przy rozstrzygnięciu tej sprawy oparł się o postanowienia Rozdziału XII SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, gdzie określił on wymagany i obowiązujący dla Wykonawców sposób obliczenia ceny, tj.:

„5 Wymagane obliczenia ceny oferty (patrz Załącznik Nr 1 — Formularz cenowy).

- a. Wartość zamówienia netto według wzoru:

ilość x cena jednostkowa netto — wartość zamówienia netto

- b. Wartość zamówienia brutto według wzoru:

wartość zamówienia netto + kwota podatku VA T — wartość zamówienia brutto.”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że bada i ocenia oferty uwzględniając cenę brutto złożonych ofert, nie mniej jednak musi mieć możliwość weryfikacji prawidłowości wykonanych obliczeń ceny brutto dla każdej pozycji formularza, prawidłowości określenia stawki podatku VAT oraz ceny brutto dla całej części, która stanowi kryterium: Cena - 60%.

Zauważył, że weryfikację prawidłowości tych obliczeń natomiast Zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Kolejnym argumentem Zamawiającego - jak wskazał - jest przewidziany sposób rozliczenia w w/w postępowaniu przetargowym.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przewidział rozliczenia z Wykonawcy jednorazowego, lecz zgonie z zapisami Projektu umowy Załącznik nr 5 do SIWZ/ § 2 pkt. 2 „Wykonawca zobowiązuje się do sukcesywnego zaopatrzenia Zamawiającego w asortyment apteczny w miarę zgłaszanego przez Zamawiającego faksem zaopatrzenia bądź e-mailem.” oraz § 4 pkt. 2 „Zamawiający za realizację przedmiotu umowy zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie obliczone na podstawie iloczynu faktycznie zrealizowanych dostaw przedmiotu umowy oraz cen jednostkowych netto podanych w formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do 8

umowy plus obowiązujący podatek VAT.” i pkt. 3 „Ceny jednostkowe netto obowiązują zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy i nie ulegną zmianie w okresie obowiązywania umowy, za wyjątkiem zmian dopuszczonych w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3”.

Analizując zapisy SIWZ, w tym Projektu umowy — Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości wyliczenia ceny jednostkowej netto, gdyż nie została ona podana.

Dalej, Zamawiający wskazał, że w myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zamawiający zaznaczył również, że w Rozdziale VI SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty: Pkt. 18 postanowił, że : „Wykonawca zobowiązany jest złożyć wypełnione prawidłowo i podpisane formularze będące załącznikami do SIWZ lub jeśli Wykonawca tworzy we własnym zakresie formularze odpowiadające treścią formularzom wymagany w niniejszym SIWZ, muszą one odzwierciedlać minimum treść formularzy wymaganych w niniejszym SIWZ”.

Zdaniem Zamawiającego - minimum treści formularzy równoznaczne jest z zachowaniem podstawowej treści, formy formularzy bez usuwania i zastępowania kolumn innymi/inną treścią, co dokonał Odwołujący.

Według Zamawiającego - ingerencja w Formularz cenowy Odwołującego spowodowała by rekonstrukcję oświadczenia woli Wykonawcy.

Zamawiający argumentował, że działanie „naprawy” ceny oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2 Ustawy PZP odnosilaby się do wszystkich pozycji w ofercie Odwołującego, co generować może kontr zarzut, że Zamawiający działa z przekroczeniem normy art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wywodził przy tym, że dokonując tego rodzaju poprawek Zamawiający nie może pomijać faktu, iż w postępowaniu zostały złożone inne, poprawne oferty, tj. zawierające wszystkie wymagane przez Zamawiającego w formularzu asortymentowo-cenowym kolumny.

Poprawienie całości oferty Odwołującego powinno spowodować u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, czy nie dochodzi do nierównego traktowania wykonawców.

W przekonaniu Zamawiającego - Odwołujący usiłuje przerzucić winę za nieprawidłowo wypełnione pozostałe formularze asortymentowo - cenowe na Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego części 18, Zamawiający wskazał, że Odwołujący

zaoferował nieprawidłową ilość leku.

Wyjaśnił, że na podstawie zapisów pkt. I. 6 SIWZ w przypadku wystąpienia na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabl, amp) niż umieszczone w SIWZ należy je przeliczyć i podać pełną ilość opakowań zaokrąglonych w górę.

Zamawiający przypomniał, że w Załączniku nr 1 do SIWZ w części 18 poz. 1 wymagał: „Niejonowy, jodowy środek cieniujący o stężeniu iopromide 370 mg/ml a 100 ml - 772 fl.”, podczas gdy Odwołujący zaoferował: „Ultravist 370 inj. 100 ml x 10 - 73” czyli zaoferował 73 op., czyli w przeliczeniu 730 fl., bez zastosowania zapisów SIWZ mówiących o przeliczeniu i podaniu pełnej ilości opakowań zaokrąglonych w górę, a zatem zaoferowano nieprawidłową ilość leku.

Zauważył, że Odwołujący w odwołaniu wskazał swój błąd w formularzu cenowym, pomimo, że powołuje się na formularz ofertowy.

Podniósł, że w formularzu ofertowym Odwołujący nie oferował ilości produktów, dokonał tego w formularzu cenowym.

W ocenie Zamawiającego - w ww. postępowaniu wezwanie do poprawy oferty w zakresie innej omyłki jest niezasadne i prowadziło do wykreowania nowej treści oferty.

W części dotyczącej trzeciego zarzutu odwołania w części nr 163 poz. 1 Formularza cenowego - Zamawiający ustanowił następujący wymóg: „Lacyobacillus planatrum x 30 kaps. — 521 op.”, a Odwołujący zaoferował: „Sanprobi IBS x 20 kaps. — 782 op”, zatem zaoferował suplement diety, czyli niezgodnie z SIWZ.

Zamawiający podniósł, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, mając na uwadze art. 87 ust. 1 (...) „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1 1 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”.

Zamawiający przyznał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprawia on w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, lecz podniósł, że nie jest nieistotną zmianą w treści oferty zmiana asortymentu z produktu leczniczego na suplement diety, a zarazem zmiana opisu przedmiotu zamówienia, gdyż zmiana ta powoduje istotną zmianę w treści oferty.

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny jako jednostka prowadząca działalność leczniczą nie może wykorzystywać w procesie leczenia pacjentów asortymentu nie będącego produktem leczniczym.

Zdaniem Zamawiającego - niezgodne jest stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający odrzucił ofertę za zaoferowanie nieprawidłowej ilości leku.

Dodatkowo, wskazał, że Odwołujący mija się z prawdą jakoby w formularzu ofertowym wskazywał opakowania produktu. Formularz cenowy opracowany przez Zamawiającego jest dokumentem, w którym Odwołujący powinien oferować asortyment i jego ilość. Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce jako Zamawiający w Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia oczekiwał produktów leczniczych, a nie suplementów.

Pismem z dnia 7 maja 2020 r. wykonawca Farmacol-Logistyka sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o odrzucenie w całości zarzutów

odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 kwietnia 2020r, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.87 ust.2 pkt 3 i art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3.

Jednocześnie, Izba stwierdziła w zakresie zarzutu nr 2 naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.2 pkt 3 w związku z art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, które nie miało jednak wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a to z tego powodu, że Zamawiający miał podstawę prawną wynikającą z przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp do odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie okoliczności faktycznych, o których mowa w zarzucie nr 1 i 3.

Wymaga wskazania, że stosownie do art.192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, zamiast dokonać jej poprawienia w zakresie uzupełnienia brakujących cen jednostkowych netto i poprawić inne omyłki występujące w ofercie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 2 rozdziału V SIWZ wskazał, że wymaga dołączenia do oferty wypełnionego i podpisanego Załącznika nr 2 do SIWZ - Formularz ofertowy.

Jednocześnie w powyższym załączniku do SIWZ wykonawcy mieli zadeklarować określony przez Zamawiającego produkt medyczny lub równoważny, a także między innymi mieli oni zaoferować ceny jednostkowe netto za ten produkt.

Zamawiający w rozdziale I pkt 9 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia postanowił, że zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne w zakresie przytoczonych norm w niniejszym postępowaniu.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale XII SIWZ uregulował opis sposobu obliczenia ceny w następujący sposób:

1. Oferowana cena, wyrażona w PLN, musi uwzględniać wszystkie wymagania określone w niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Cena netto powinna być wyrażona w PLN i zawierać także:
 - a) koszty dostawy przedmiotu zamówienia,
 - b) koszty frachtu, cło itp.,
 - c) rabaty i upusty finansowe,
 - d) koszty transportu przedmiotu zamówienia do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, w tym koszty związane z ubezpieczeniem transportu,
 - e) koszty rozładunku u Zamawiającego,
 - f) koszty gwarancji,
 - g) koszty szkolenia personelu,
 - h) koszty udostępnienia instrumentarium.
3. Wartość brutto powinna być wyrażona w PLN i zawierać podatek VAT.
4. Wszystkie wartości liczbowe oraz ostateczna cena oferty muszą być wyrażone do dwóch miejsc po przecinku.
5. Wymagane obliczenia ceny oferty (patrz Załącznik Nr 1 - Formularz cenowy):
 - a. Wartość zamówienia netto według wzoru: ilość x cena jednostkowa netto = wartość zamówienia netto
 - b. Wartość zamówienia brutto według wzoru: wartość zamówienia netto + kwota podatku VAT = wartość zamówienia brutto.

Nadto, Izba ustaliła, że w § 2 ust.2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ Zamawiający postanowił, że Wykonawca zobowiązuje się do sukcesywnego zaopatrywania Zamawiającego w asortyment apteczny w miarę zgłaszanego przez Zamawiającego faksem zapotrzebowania bądź e-mailem.

Natomiast, w § 4 ust.2 tegoż wzoru postanowiono, że Zamawiający za realizację przedmiotu umowy zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie obliczone na podstawie iloczynu faktycznie zrealizowanych dostaw przedmiotu umowy oraz cen jednostkowych netto podanych w formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy plus obowiązujący podatek VAT, zaś w ust.3 tego postanowienia umownego wskazano, że ceny jednostkowe netto obowiązują zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy i nie ulegną zmianie w okresie obowiązywania umowy, za wyjątkiem zmian dopuszczonych w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3.

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Odwołujący powyższy formularz do oferty załączył, jednak nie podając cen jednostkowych netto w zakresie części 1, 3, 4, 5, 6, 9,

10, 12, 17, 18, 21, 25, 26, 29, 34, 35, 40, 41, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 75, 79, 80, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 123, 127, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 151, 152, 155, 156, 160, 161, 162, 163, 165, 169, 170, 172, 173, 174, 175, 182, 185, 189, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 210, 212, 213, 214, 215, 222, 223, 231.

Przechodząc do oceny przedmiotowej sprawy, za bezsporną należało uznać okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie złożył oświadczenie niezawierające cen jednostkowych w powyższych pozycjach, co pozostaje w kolizji z oczekiwaniem Zamawiającego wynikającym z powyższych postanowień SIWZ.

Przedmiotowa sprawa wymagała zatem analizy przy uwzględnieniu przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Według zapytywania Izby - nie wpisanie przez Odwołującego w formularzu cenowym wszystkich cen jednostkowych netto nie mieści się w dyspozycji powołanego wyżej przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i nie można tej sytuacji uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby - Odwołujący w ogóle nie udowodnił, dlaczego nie zadeklarował w formularzu ofertowym wymaganych cen jednostkowych netto, podczas gdy taki obowiązek wynikał z powyższych postanowień SIWZ.

Wobec tego Izba nie miała żadnych powodów do przyjęcia, że doszło do drobnej omyłki, skoro pominął on wszystkie pozycje cen jednostkowych netto.

Wymaga wskazania, że ustawodawca przewidział jedynie dopuszczalność poprawienia omyłek, które są zwykle drobnymi pomyłkami (za słownikiem języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN, tom III, str.359, wyd.2007), a nie przewidział poprawienia formularza cenowego poprzez dokonanie wpisania wszystkich wymaganych treścią SIWZ cen jednostkowych, które mają opisane na gruncie SIWZ znaczenie w zakresie tego co zawierają jako elementy kosztowe, a także w jaki sposób będzie następowało rozliczenie sukcesywnej dostawy pomiędzy stronami.

Izba reprezentuje pogląd, że obowiązek podania przez Odwołującego w ofercie cen jednostkowych netto miał charakter obligatoryjny z powodu przyjęcia przez niego oświadczenia Zamawiającego wynikającego w powołanej wyżej treści SIWZ, że rozliczenie sukcesywnych dostaw będzie następować na podstawie iloczynu faktycznie zrealizowanych dostaw przedmiotu umowy oraz cen jednostkowych netto podanych w formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy.

Niezależnie od powyższego, Izba stanęła na stanowisku, że dokonanie poprawienia - dopisania cen jednostkowych netto spowoduje istotną zmianę treści oferty polegającą na tym, że pierwotnie oferta nie zawierała essentialia negotii, a wskutek uzupełnienia cen jednostkowych netto powstała nowa treść oferty.

Przedstawiona przez Izbę ocena prawna koresponduje w całej rozciągłości z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, o których mowa w art.7 ust.1 ustawy Pzp, to jest z zasadą równości i przejrzystości.

Uznanie żądania Odwołującego uzupełnienia treści oferty poprzez wpisanie wszystkich cen jednostkowych netto oznaczałoby nierówne traktowanie innych rzetelnych wykonawców, którzy takie prawidłowe oświadczenie złożyli, podając sporne ceny.

Jednocześnie, jeżeli Odwołujący uważał, że ceny jednostkowe netto wymagane treścią SIWZ nie mają istotnego znaczenia dla realizacji zamówienia, to mógł on wystąpić do Zamawiającego w trybie przepisu art.38 ust.2 i ust.4 ustawy Pzp o zmianę SIWZ poprzez usunięcie cen jednostkowych z formularza cenowego i wzoru umowy jako elementu nie istotnego, czego nie uczynił.

W świetle powyższego stanu faktycznego - zdaniem Izby - Zamawiający mógł skorzystać z przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jeżeli chodzi o drugi zarzut, to Zamawiający - w przekonaniu Izby - mógł dokonać poprawienia zaoferowanej ilości produktu z racji wskazania w formularzu cenowym obok omyłkowej ilości, również ilości wymaganej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w części 18 poz. 1 formularza cenowego Zamawiający oczekiwał: niejonowego, jodowego środka cieniującego o stężeniu iopromide 370 mg/ml a 100 ml - 772 fl., gdzie Odwołujący zaproponował dostarczenie Ultravist 370 inj. 100 ml x 10 - 73, to jest 73 op., czyli w przeliczeniu 730 fl.

W związku z tym Izba stwierdziła, że Odwołujący w swoim formularzu cenowym podał sprzeczne informacje - z jednej strony wpisał ilość wymaganą przez Zamawiającego 772 fl., a z drugiej strony zadeklarował ilość opakowań według nazwy handlowej Salus 73, co po przeliczeniu dawało ilość 730 fl.

Wydaje się, że wobec kolizji tych dwóch oświadczeń, co do zaoferowanych ilości produktu w spornej pozycji, w jednym przypadku prawidłowej, a w tym drugim przypadku niewłaściwej ilości, okoliczności te powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, dając mu możliwość wystąpienia o wyjaśnienie treści oferty na zasadzie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, a następnie ewentualnego dokonania stosownej poprawki w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby - dokonanie poprawienia powyższej omyłki, w warunkach zaoferowania 780 fl. - jak stwierdził Odwołujący, nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty, biorąc pod uwagę dyrektywę z SIWZ umożliwiającą zaokrąglenie ilości leku w „górze”.

W zakresie trzeciego zarzutu - w ocenie Izby - Zamawiający oczekiwał produktu farmaceutycznego, a nie żywności, jaką stanowi suplement diety, co jest okolicznością bezsporną.

Dla rozstrzygnięcia tego zarzutu odwołania kluczowe znaczenia mają następującego postanowienia SIWZ opisane w rozdziale I. Opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa różnych środków farmaceutycznych i wyrobów medycznych. w rodzaju i ilości zgodnej z Załącznikiem nr 1 do SIWZ i umowy - Formularz cenowy.
2. Przedmiot zamówienia podzielony jest na 247 części. CPV:33600000 - 6 Produkty farmaceutyczne, 33141100-1 Opatrunki, zaciski, szwy, podwiązki,
3. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.
4. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

Izba ustaliła, że w części nr 163 poz. 1 Formularza cenowego - Zamawiający wskazał, że wymaga: Lacyobacillus planatrum x 30 kaps. — 521 op., a Odwołujący zaproponował: Sanprobi IBS x 20 kaps. — 782 op.

Na rozprawie Odwołujący przyznał, że powyższy produkt jest suplementem diety, nie przeprowadzając żadnego dowodu na okoliczność przeciwną, że ów produkt mieści się w kodzie CPV:33600000 - 6 Produkty farmaceutyczne, który został określony przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym wymaga powołania przepis art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne, który stanowi, że produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne.

Jednocześnie, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wyrób medyczny to - narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

- a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,
- b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,
- c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,
- d) regulacji poczęć

- który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Natomiast w myśl przepisu art. 3 ust. 3 pkt 39 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia suplementem diety jest środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety, będący skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, pojedynczych lub złożonych, wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie, w postaci: kapsułek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach, saszetek z proszkiem, ampulek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego.

Z powyższego uregulowania wynika *expressis verbis*, że suplement diety nie stanowi produktu posiadającego właściwości produktu leczniczego.

Nadto, stosownie do art. 3a ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety, produktu kosmetycznego lub wyrobu medycznego, określone odrębnymi przepisami, stosuje się przepisy niniejszej ustawy.

Odwołujący również tej okoliczności nie wykazał, co oznacza, że zaoferował żywność (środek spożywczy), o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia będącą każdą substancją lub produktem w rozumieniu art. 2 rozporządzenia nr 178/2002.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucając ofertę Odwołującego, bowiem ten zaoferował żywność, a nie produkt farmaceutyczny, jak wymagał ten pierwszy.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....