Sygn. akt: KIO 2734/13

WYROK
z dnia 9 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 grudnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : PGF Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i Polska Grupa Farmaceutyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Zielonogórski – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sulechowie, ul. Zwycięstwa 1**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obcią a **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : PGF Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i Polska Grupa Farmaceutyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : PGF Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i Polska Grupa Farmaceutyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3** 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2734/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków zostało wszczęte przez zamawiającego Powiat Zielonogórski – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sulechowie, ul. Zwycięstwa 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym tak e w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2013r. za numerem 2013/S 198-341698.
W dniu 18 listopada 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym w zakresie pakietu nr 13 o wyborze wykonawcy Bialmed Sp. z o.o., ul. Marii Konopnickiej 11 a, 12-230 Biała Piska z ceną oferty brutto - 155 048,48 zł oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : PGF Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120 i Polska Grupa Farmaceutyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Zbąszyńska 3 – dalej odwołujący, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 – dalej ustawy).
W dniu 28 listopada 2013r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 października 2013r. nr 78/2013 udzielonego przez dwóch członków zarządu pełnomocnika konsorcjum działającego

na podstawie § 3 aneksu 2 do umowy konsorcjum z dnia 16 listopada 2011r. zgodnie z odpisem z KRS pełnomocnika załączonym do odwołania. Kopię odwołania przekazano zamawiającemu faksem w dniu 27 listopada 2013r.
Odwołujący zaskar ył czynność odrzucenia swojej oferty oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 13. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie jego oferty, pomimo tego, ze treść tej oferty odpowiada treści siwz, a w przypadku odmiennego zdania zamawiającego, mo e zostać poprawiona,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści zło onej oferty,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- uniewa nienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 13,

- uniewa nienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do zło enia wyjaśnień dotyczących treści zło onej oferty i/lub poprawienia oferty odwołującego (zgodnie z art. 87 ustawy).
Odwołujący wskazał, e ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz mo e ponieść szkodę w postaci utraconego zysku, gdy gdyby jego oferta nie została odrzucona, to powinna była być uznana za najkorzystniejszą w pakiecie nr 13.
W uzasadnieniu odwołujący wskazał na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 50 z dnia 22 października 2013r. i wywiódł, e zarówno z pytania jak i udzielonej odpowiedzi wynika jednoznacznie zasada wyceny leków w ofercie występujących w innych opakowaniach ni wskazane w siwz. Odwołujący przyznał, ze w pakiecie nr 13 w poz. 7 i 12 zaoferował produkty firmy Braun w pełnych opakowaniach, zgodnych z dokumentami dopuszczenia do obrotu w ilościach większych ni zapotrzebowanie wskazane przez zamawiającego w siwz, ale zgodnie z odpowiedzią na pytanie 50 dopuszczalne było zaoferowanie leku w innym, pełnym opakowaniu, w ilościach zaokrąglanych w górę. Zamawiający uznał, e tak zło ona oferta jest niezgodna z treścią siwz. Odwołujący wyjaśnił zamawiającemu samodzielnie powody zaoferowania odmiennej ilości w piśmie z 21 listopada 2013r. Zamawiający odpowiadając na nie podtrzymał swoje stanowisko o odrzuceniu oferty w piśmie z 26 listopada 2013r. Zamawiający nie zwracał się do odwołującego o wyjaśnienia, mimo, e w ofercie odwołujący oświadczył w pkt 9 formularza ofertowego, e zapoznał się i przyjął bez zastrze eń warunki przetargu. Odwołujący stoi na stanowisku, e zamawiający powinien był wezwać go do wyjaśnień ewentualnie poprawić omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, bo w ofercie podany był właściwy przedmiot zamówienia i właściwa cena, a zamawiający za pomocą prostych działań arytmetycznych mógł poprawić wartość oferty. Ofertę zaś mógł odrzucić dopiero, gdyby odwołujący nie wyraził zgody na poprawę. Zamawiający wybrał ofertę dro szą, mimo, e poprawa omyłki u odwołującego nie była istotna dotyczyła zamiany wartości oferty o jedynie 0,03% i tylko w dwóch pozycjach z 42. W ocenie odwołującego to zachowanie zamawiającego godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 28 listopada 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 2 grudnia 2013r. drogą elektroniczną bez podpisu wpłynęło pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego przez Bialmed sp. z o.o. z siedzibą w Białej Piskiej,

ul. M. Konopnickiej 11A. Zgłaszający wskazał, e ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdy jego oferta została wybrana w pakiecie nr 13 jako najkorzystniejsza, zaś w przypadku uwzględnienia odwołania najkorzystniejszą będzie oferta odwołującego, która zawiera w pakiecie nr 13 cenę ni szą ni oferowana przez Bialmed sp. z o.o. W piśmie oświadczono, e kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w zakresie pakietu nr 13 tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 22 października 2013r. i 24 października 2013r., oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania, pisma odwołującego z dnia 21 listopada 2013r., pisma zamawiającego z dnia 26 listopada 2013r.
Na podstawie powy szych dowodów Izba ustaliła, e w pakiecie nr 13 w poz.7 zamawiający wymagał zaoferowania leku - Aqua pro inj. we flak. opakowania stojące z dwoma portami o dawce 100 ml w ilości 25, a w poz. 12 glukozy 20 % we flak. opakowania stojące z dwoma portami o dawce 500 ml w ilości 15
W dniu 22 października 2013r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi dotyczących opakowań leków i zasad sporządzania formularza cenowego :
49. Dot. Formularza cenowego
Czy mo na wycenić leki w opakowaniu innej wielkości ni ądana przez Zamawiającego, a ilość opakowań odpowiednio przeliczyć tak, aby liczba sztuk była zgodna z SIWZ?
Odpowiedź: TAK.
50. Dot. Formularza cenowego
Prosimy o podanie w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych w przypadku występowania na rynku opakowań posiadających inną ilość sztuk (tabletek, ampułek, kilogramów itp.), ni umieszczone w SIWZ (czy podawać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę, czy ilość opakowań przeliczyć do dwóch miejsc po przecinku)?
Odpowiedź: Pełne ilości zaokrąglone w górę.
W formularzu ofertowym odwołującego w poz. 7 podano w nazwie handlowej woda do wstrzykiwań Braun, 20x 100 ml, ecofl, a w ilości 2, a w poz. 12 – w nazwie handlowej Glukoza 20, Braun, 200mg/ml, roztw. Inf. 10x500ml, ecoflac w ilości 2.
W dniu 21 listopada 2013r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o zweryfikowanie poprawności swojej decyzji, co do odrzucenia odwołującego, wskazując na odpowiedź zamawiającego na pytanie 50 z dnia 22 października 2013r. i podnosząc, e zamawiający dopuścił zaoferowanie większej ilości przedmiotu zamówienia ni opisana w siwz. Wskazał,

---

e zaoferowane przez niego produkty w poz. 7 i 12 są oferowane przez producenta w opakowaniach po odpowiednio 20 i 10 sztuk i tak zarejestrowane. Podniósł, e przepisy ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne zezwalają na wprowadzenie do obrotu wyrobów medycznych tylko o ile posiadają one dopuszczenie do obrotu, które zawiera szczegółowe dane zarejestrowanego produktu, w tym wielkość i postać opakowań. Zaoferowanie produktów w opakowaniach niedopuszczonych do obrotu stanowiłoby naruszenie prawa, natomiast dzielenie opakowania wyłącznie na potrzeby porównania ofert byłoby mo liwe, ale i tak takich dzielonych „niezarejestrowanych" opakowań sprzedawać nie wolno. Jako dowód na poparcie swoich twierdzeń załączył kserokopie decyzji administracyjnych do przedło eniu wa ności pozwolenia nr 8756 z 1 grudnia 2008r., decyzji administracyjnych do przedło eniu wa ności pozwolenia nr 9390 z dnia 29 października 2008r., postanowienie z dnia 31 grudnia 2008r. nr SB/0305/08.
W dniu 26 listopada 2013r. zamawiający odpowiedział, e dokonał prawidłowej czynności, odwołujący mógł swoje wątpliwości wyjaśniać na etapie wyjaśniania treści siwz. W pakiecie nr 13 zamawiający ądał podania ceny za flakon, a nie za opakowanie i podał jaką ilość zamierza zakupić. Nie jest rolą wykonawcy samowolna zmiana ilości zamieszczonych w formularzu cenowym i narzucanie zamawiającemu ilości jakie powinien zrealizować. Odpowiedź na pytanie 50 dotyczyła tabletek, ampułek, kilogramów, których nie mo na dzielić, sam odwołujący wycenił płyny proste po 10 czy 20 falkonów, a z niewiadomych przyczyn nie zrobił tego z Glukozą 40%. Ponadto producent Braun wycenia pojedyncze flakony, a nie całe kartony, podobnie jak Fresenius czy Baxter. W CHPL wyznacznikiem

produktu w Polsce jest zapis nie o opakowanych handlowych, lecz o opakowaniach zbiorczych ułatwiających transport. Wskazał na konieczność zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.
Z dokumentów przedło onych przez odwołującego na rozprawie wynika, e Glukoza 20% firmy Braun ma zarejestrowane opakowanie 10 pojemników po 500 ml lub 10 butelek po 500 ml - kserokopia decyzji nr UR/RR/1833/13 oraz charakterystyka produktu leczniczego glukozy 20% Braun. Firma Fresenius-Kabi Polska Sp. z o.o. ma zarejestrowaną glukozę 20% w opakowaniach o wielkości pojedynczego pojemnika – decyzja nr RRM/51/78/08. Woda do wstrzykiwań firmy Fresenius-Kabi Polska jest zarejestrowana jako pojemnik PE o ró nych objętościach - decyzja RRH/2085/08 dla Fresenius-Kabi Polska Glukoza 40 Braun, którą zaoferował odwołujący w poz. 33 pakietu 13, posiada zarejestrowaną wielkość opakowania 1 pojemnik, 1 butelka, a o tym, e wa na jest ta wielkość dla dokonania rejestracji świadczy fakt, i w drodze postanowienia sprostowano oczywista omyłkę we wcześniejszej decyzji - decyzja RRH/2556/08 wraz z postanowieniem nr SD/029308 i decyzją UR/RR/1834/13.

Izba zwa yła, co następuje:
Izba stwierdziła, e zgłoszone przez Bialmed sp. z o.o. przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych opisanych w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Bialmed sp. z o. o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z uwagi na bezskuteczność przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca mo e zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą wa nego kwalifikowanego certyfikatu.
W przedmiotowej sprawie Bialmed sp. z o.o. z mo liwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej skorzystał, co jest bezsporne, jednak zgłoszenia nie opatrzył bezpiecznym podpisem elektronicznym. Bezsporne jest równie to, e zamawiający w dniu 28 listopada 2013r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 2 grudnia 2013r. W tym dniu odwołujący przekazał treść przystąpienia do Izby drogą elektroniczną bez jakiegokolwiek podpisu, w tym bezpiecznego podpisu elektronicznego. Takiemu dokumentowi nie mo na przypisać atrybutu formy pisemnej, ani innej formy zrównanej w swej mocy z formą pisemną. Zgodnie bowiem z art. 78 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące.
Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje tak e § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, e z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a tak e korespondencja kierowana przez Izbę mo e być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną.
O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającemu tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego mo liwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd te nale y wywieść, e przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :
- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a tak e

---

- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie mo e być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić

przystępującego do udziału w postępowaniu.
W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 2 grudnia 2013r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie mo na zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdy jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił mo liwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowały odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, e odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdy zło ył ofertę z ni szą ceną ni wykonawca wybrany i gdyby nie został odrzucony, uzyskałby zamówienie. Jego odwołanie zmierza do przywrócenia oferty do postępowania, a zatem stwarza mu szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący mo e ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści zło onej oferty

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy stanowi, e w toku badania i oceny ofert zamawiający mo e ądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści zło onych ofert. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym treść oferty odwołującego w pakiecie 13 w poz. 7 i 12 nie budziła wątpliwości. W poz.7 zamawiający wymagał zaoferowania leku - Aqua pro inj. we flak. opakowania stojące z dwoma portami o dawce 100 ml w ilości 25, a w poz. 12 glukozy 20 % we flak. opakowania stojące z dwoma portami o dawce 500 ml w ilości 15, a odwołujący zaoferował w poz. 7 podano w nazwie handlowej woda do wstrzykiwań Braun, 20x 100 ml, ecofl, a w ilości 2, a w poz. 12 – w nazwie handlowej Glukoza 20, Braun, 200mg/ml, roztw. Inf. 10x500ml, ecoflac w ilości 2. Zatem odwołujący wody do wstrzykiwań zaoferował 40 flakonów po 100 ml, czyli o 15 więcej

ni ądał zamawiający, zaś glukozy 20 flakonów po 500ml, czyli o 5 więcej ni ądał zamawiający. W ocenie Izby ustalenie treści oferty nie nastręczało trudności. Opis zawarty w formularzu cenowym odwołującego był jednoznaczny i czytelny. W tej sytuacji brak było podstaw do skorzystania przez zamawiającego z instytucji art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający zatem nie dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie rację ma odwołujący, e zamawiający nie mo e stosować art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zanim nie zbada mo liwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i naprawienia niezgodności treści oferty, jednak w przedmiotowym stanie faktycznym Izba podziela stanowisko zamawiającego, e nie zaistniały wszystkie przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga, aby spełnione zostały następujące przesłanki :

1. wystąpiła omyłka nie będąca oczywistą omyłką pisarską, czy rachunkową,
2. omyłka ta ma polegać na niezgodności oferty ze siwz,
3. poprawa zaś takiej omyłki ma nie powodować istotnych zmian w treści oferty.

Powy sze przesłanki muszą nastąpić łącznie.
Izba oceniają występowanie w przedmiotowym stanie faktycznym powy szych przesłanek stwierdziła, e rzeczywiście w ofercie odwołującego wystąpiła omyłka tj. zaoferowano większą ilość opakowań ni wymagał tego zamawiający tj,. w poz. 7 odpowiednio więcej o 15

flakonów, a w poz. 12 o 5 flakonów. W ocenie Izby o tym, e jest to omyłka odwołującego świadczy treść odwołania. Odwołujący omyłkowo zaoferował większe ilości przez błędne odczytanie treści odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 50. Odwołujący bowiem uznał, e odpowiedź na to pytanie dotyczy tak e zarejestrowanych opakowań zbiorczych. Sam odwołujący na rozprawie przyznał, e flakon jest opakowaniem, a nie postacią leku. Treść odpowiedzi na pytanie nr 50 nie dotyczy zaś sytuacji, gdy dany lek jest w jakimś opakowaniu, ale sprzedawany jest w opakowaniach zbiorczych. Pytanie dotyczy sytuacji, gdy dana sztuka leku w opakowaniu opisanym przez zamawiającego występuje w ilości 30 sztuk, a wykonawca mo e zaoferować tę samą sztukę ale w innym opakowaniu, w którym występuje inna ilość poszczególnych sztuk. Pytanie bowiem brzmiało „w jaki sposób prawidłowo przeliczyć ilość opakowań handlowych posiadających inną ilość sztuk ni umieszczone w siwz". Przykładowo określono, e sztuką mo e być tabletka, ampułka, czy kilogram. Czyli, aby wykonawca mógł zaokrąglić pełne ilości opakowań w górę zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie 50, musi wystąpić ró nica w ilości sztuk w opakowaniu. U

---

odwołującego w poz. 7 i 12 taka sytuacja nie nastąpiła. Odwołujący zaoferował to samo opakowanie, które wymagał zamawiający czyli flakon o pojemności odpowiednio 100 ml i 500 ml, ale w zbiorczym opakowaniu po kilka flakonów powodując w konsekwencji zmianę ilości sztuk bo zamawiający wymagał 2500 ml wody do wstrzykiwań, a dostał 4000 ml, zaś co do glukozy zamiast 7500 ml, dostał 10 000 ml, mimo, e ilość sztuk w opakowaniu tj. odpowiednio 100 ml i 500 ml nie była inna ni wymagana w siwz. Błędne rozumienie przez odwołującego udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 50 spowodowało, e naruszona została zasada wyra ona w art. 82 ust. 3 ustawy tj., e treść oferty musi odpowiadać treści siwz, a tak e wyraźna dyspozycja zamawiającego zawarta w odpowiedzi na pytanie nr 49, e ilość sztuk musi być zgodna z siwz. Nie była to omyłka rachunkowa, ani pisarska i polegała na niezgodności oferty z treścią siwz, co do ądanych ilości, zatem dwie pierwsze przesłanki art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zostały spełnione. Jednak w ocenie Izby nie została spełniona przesłanka trzecia to jest wymóg, aby poprawienie omyłki nie spowodowało istotnych zmian w treści tej oferty. W ocenie Izby istotność zmian w treści oferty nie mo e być sprowadzona wyłącznie do oceny wpływu zmiany na wartość oferty. Istotność zmiany przede wszystkim powinna być donoszona do oświadczeń woli wykonawcy dotyczących elementów essentialia negotii przyszłej umowy. Niewątpliwie o takich elementów istotnych nale y oferowany przedmiot zamówienia. Gdyby dokonać poprawy oferty odwołującego w sposób przez niego opisany tj. przez wyliczenie ceny za jeden flakon i przeliczenie tej ceny przez ądaną przez zamawiającego ilość flakonów powstają dwie sytuacje prawne, dostawy zarejestrowaną albo odwołujący dekompletuje podczas (dopuszczoną do obrotu) wielość opakowania, co jak sam twierdził jest niedopuszczalne, bo wielość opakowania ma istotne znaczenie dla rejestracji i odwoływał się w tym przypadku do postanowienia i nowej decyzji w sprawie glukozy 40%, jak i twierdził, e nie wolno wprowadzać na rynek leków w innych opakowaniach ni dopuszczone do obrotu. Odwołujący w ocenie Izby jednoznacznie wykazał, e nie ma dopuszczenia do obrotu dla poszczególnych flakonów wody do wstrzykiwań firmy Braun, jak i dla pojedynczych flakonów glukozy 20% tej firmy. Zatem poprawa jego oferty do wymaganej ilości opakowań powodowałaby niemo ność świadczenia przez odwołującego w sposób zgodny z posiadanym przez producenta dopuszczeniem do obrotu. Natomiast, gdyby przyjąć, e wykonawca dostarcza większą ni wymagana przez zamawiającego ilość, zgodnie z posiadanymi dopuszczeniami do obrotu, ale pobiera wynagrodzenie tylko za wymaganą ilość sztuk (po poprawieniu oferty) to prowadziłoby to do sprzeczności z art. 2 pkt 13 ustawy, który stanowi o tym, e zamówienia publiczne to odpłatne umowy. W tej sytuacji w ocenie Izby nie sposób przyjąć, e poprawienie oferty nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie jego oferty, pomimo tego, e treść tej oferty odpowiada treści siwz, a w przypadku odmiennego zdania zamawiającego, mo e zostać poprawiona

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, tak jak to wywodzono w uzasadnieniu rozstrzygnięcia poprzedniego zarzutu oferta odwołującego jest sprzeczna z treścią siwz, gdy odpowiedź na pytanie 50 nie dotyczyła stanu faktycznego zaistniałego w ofercie odwołującego w odniesieniu do poz. 7 i 12. Jeszcze raz Izba zwróci uwagę na to, e to ilość sztuk ma być inna, a u odwołującego ilość sztuk tj. 100 ml i 500 ml, jest taka jak to opisał zamawiający, więc nie było podstaw do zastosowania się do wymagania zamawiającego wynikającego z odpowiedzi na pytanie 50. Odwołujący zmienił ilość sztuk w sposób niezgodny z siwz, a poprawa tego nie mogła nastąpić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tym stanie rzeczy zatem zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców, jak równie nie stwierdziła, e wybór wykonawcy Bialmed nastąpił niezgodnie z przepisami ustawy. Brak potwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy powoduje, e niezasadne okazały się tak e zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powy sze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 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) obcią ając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……
