Sygn. akt: KIO 783/13

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 11 i 12 oraz nakazuje unieważnienie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego (w formularzach ofertowym oraz ofertowo-asortymentowym) w zakresie pakietów 11 i 12 poz. 1 oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert**

2. kosztami postępowania obciąża Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa na rzecz Covidien Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 783/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę akcesoriów laparaskopowych do robota chirurgicznego da Vinci”.

Odwołujący Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego polegających na poprawieniu

oczywistych omyłek rachunkowych w złożonych przez Odwołującego ofertach na pakiet nr 11 i 12 formularzach ofertowych oraz asortymentowo-cenowych; zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wyjaśnień dotyczących oferty złożonej w pakietach nr 11 i 12; zaniechaniu odrzucenia ofert Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako Johnson&Johnson) w pakietach nr 11 i 12 jako zawierających błędy w obliczeniu ceny; wyborze jako najkorzystniejszych w pakietach nr 11 i 12 ofert Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako Johnson&Johnson), pomimo braku przesłanek nakazujących wybór ofert tego wykonawcy; zaniechaniu wyboru ofert Odwołującej Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotyczącej pakietów nr 11 i 12 jako najkorzystniejszych w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu.
Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.
Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w złożonych przez Odwołującą się w pakietach nr 11 i 12 formularzach ofertowych oraz asortymentowo-cenowych; odrzucenie oferty Johnson&Johnson dotyczących pakietów nr 11 i 12 jako zawierających błędy w obliczeniu ceny; unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze ofert Johnson&Johnson dotyczących pakietów nr 11 i 12; wyboru ofert Odwołującej Covidien Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotyczących pakietów nr 11 i 12; wpłaty na rzecz Odwołującej Covidien Polska Sp. z o.o. zgodnej z przepisanymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującej Covidien Polska Sp. z o.o. poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty wypełnionego formularza cenowo – asortymentowego oraz formularza cenowego. Formularz asortymentowo cenowy stanowił tabelę, w której w kolumnie 3 w pozycji 1 w obydwu pakietach - 11 i 12 jako

jednostka miary została wykazana sztuka. W kolumnie 4 została wskazana (przez Zamawiającego) oczekiwana ilość (30). Natomiast w kolumnie 5 Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania „ceny jedn. op. netto - ceny jednostkowej opakowania netto”.
Odwołujący wypełnił formularze, podając cenę staplerów o numerach katalogowych 030403, 030449, EGIAUNIVXL jako cenę z opakowanie jednostkowe netto.
Zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty jako potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego następujących dokumentów: Opisy, np.: foldery/prospekty/informacje producenta zawierające zamówienia potwierdzające spełnianie opisy oferowanego przedmiotu parametrów technicznych. W przypadku folderu w języku obcym do oferty należy dołączyć oryginalny folder wraz z ich tłumaczeniem na język polski.
Odwołujący dołączył do oferty strony katalogowe, z zaznaczonymi markerem numerami katalogowymi oferowanych produktów, z dodatkowym określeniem sposobu pakowania, tj. podaniem ilości sztuk w opakowaniu handlowym. Z folderu wynika, że produkty o numerach katalogowych 030403, 030449, EGIAUNIVXL pakowane są po 3 sztuki w opakowaniu jednostkowym.
Odwołujący wypełnił formularz cenowy podając cenę jednostkową opakowania netto.
Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej poprzez przemnożenie ilości 30 sztuk przez cenę opakowania netto (wskazana w ofercie Odwołującego). Odwołujący podkreślił, że wartość jego oferty w zakresie pakietów 11 i 12 została przez Zamawiającego błędnie poprawiona w oparciu o niewłaściwe i pozbawione podstaw oraz znane wyłącznie Zamawiającemu reguły logiczne, podczas gdy Zamawiający wyraźnie opisał poszczególne kolumny formularza asortymentowo-cenowego, a obecnie próbuje narzucić jako słuszną argumentację, że jako opakowanie miał tak naprawdę na myśli sztukę. Na taką nadinterpretację Odwołujący nie zgodził się, tym bardziej, że w pakietach nr 11 i 12 doprowadziła ona do „korekty” ceny zaoferowanej przez Covidien Polska o 45 360 zł, a więc o 10%. Odwołujący wyraził w piśmie do Zamawiającego swój sprzeciw wobec poprawienia omyłki.
Odwołujący nie zgodził się z taką czynnością Zamawiającego. Uznał, że Zamawiający dokonał nieuzasadnionej ingerencji w treść oferty, nie biorąc przy tym pod uwagę opisów

formularza, które sam stworzył. Zdaniem Odwołującego, wypełniając formularz cenowy, wykonawcy byli zobowiązani wypełniać wszystkie rubryki zgodnie z opisem Zamawiającego. Skoro Zamawiający opisał kolumnę 5 formularza asortymentowo-cenowego jako „cena jednostkowa opakowania netto" - oznacza to, że wszyscy Wykonawcy mieli obowiązek podania ceny za 1 opakowanie danego produktu, zgodnie ze sposobem pakowania wskazanym w oficjalnych informacjach producenta lub dystrybutora danego sprzętu medycznego. Jeżeli Zamawiający opisał kolumnę jako „cena jednostkowa opakowania

netto", to Wykonawca był zobowiązany podać cenę za opakowanie. Odwołujący w dniu 28 marca 2013 roku w odpowiedzi na pismo Zamawiającego o poprawieniu omyłek rachunkowych w treści oferty, oświadczył, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłek rachunkowych w pakiecie 11 i 12, gdyż zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający żądał podania ceny jednostkowej za opakowanie netto, a sposób pakowania został wskazany w folderze załączonym do oferty. Odwołujący dodał, że zarówno w pakiecie nr 11 jak i 12 Zamawiający otrzyma 10 opakowań, co daje 30 sztuk sztaplerów (a więc ilość określoną przez Zamawiającego).
Odwołujący w argumentacji podkreślił, że *w* przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z nieuprawnioną ingerencją w treść oferty prowadzącą do deformacji oświadczenia woli oferenta, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia obowiązujących przepisów, a ponadto jest niebezpieczne dla Zamawiającego, ponieważ byłby on zmuszony zakupić asortyment objęty niniejszym postępowaniem po cenach znacznie odbiegających od najniższych cen zaoferowanych przez Odwołującego.
Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, że zamiast skorzystać z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał on bezpodstawnego poprawienia omyłek rachunkowych, wypaczając treść oferty i pozbawiając Odwołującego szansy na zamówienie publiczne.

Odwołujący podniósł także, że oferta wykonawcy Johnson&Johnson w zakresie pakietów 11 oraz 12 zawiera błędy w obliczeniu ceny, które obligują Zamawiającego do jej odrzucenia. W pozycji 1 obydwu pakietów, zgodnie z dołączonymi do oferty stronami katalogowymi, Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o. zaoferowała produkty o numerach katalogowych EC45A, EC45AL, EC60A oraz LONG6OA. Zgodnie z materiałami producenta dołączonymi do oferty, produkty o wyżej wymienionych numerach katalogowych są pakowane po 3 sztuki w opakowaniu zbiorczym. Tymczasem Johnson&Johnson w kolumnie 5 podał cenę za opakowanie jednostkowe, zawierające zgodnie z załączonym katalogiem 3 sztuki produktu. Tym samym nie zgadzają się poszczególne wartości w kolumnach 6 oraz 9 formularzy złożonych przez Johnson&Johnson we wskazanych pakietach, a także wartość całego pakietu w podsumowaniu, a tym samym zaoferowana cena zawiera błędy, które powinny skutkować odrzuceniem oferty.

Wykonawca Johnson&Johnson Poland sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2013 roku wniósł pismo do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości. 18 kwietnia 2013 roku w trakcie

posiedzenia z udziałem stron Wykonawca Johnson&Johnson Poland sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła, że w formularzu asortymentowo – cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ, w kolumnie nr 2 Zamawiający opisał zamawiane urządzenie jako Jednorazowa rękojeść staplera endoskopowego, przegubowego przeznaczonego do ładunków wykonujących zespolenie o długości 45 mm, posiadająca dwie dźwignie zamykającą i spustową. Długość ramienia 28cm -44 cm (krocząco co 1 rozmiar) - do wyboru przez zamawiającego przy zamówieniu. W kolumnie 4 została przez Zamawiającego określona ilość zamawianych urządzeń, tj. 30, zaś w kolumnie nr 3 określono jednostkę miary – szt.
Bezsporny pozostaje fakt, że jedno opakowanie może zawierać jedną lub więcej sztuk urządzeń. Przyznał tę okoliczność także Przystępujący. Z załączonego do oferty Odwołującego folderu dotyczącego staplerów wynika, że opakowanie może zawierać 3 sztuki tego urządzenia.
Istotny jest także fakt, że w tabeli brak było kolumny z określeniem ilość sztuk w opakowaniu. Jednocześnie Zamawiający w żadnej pozycji SIWZ nie określił żadnego wymagania co do ilości sztuk urządzenia w opakowaniu. Oznacza to, że pozostawił w tym zakresie wykonawcom dowolność. Co więcej, w pozostałych wierszach tabeli dla pakietu 11 i 12 (tj. od 2-5) Zamawiający takie wymaganie zawarł, tzn. określił, ile sztuk poszczególnych urządzeń powinno mieścić się w opakowaniu.
W ocenie Izby, skoro brak było określenia wymagań co do liczby urządzeń w opakowaniu (tym samym pozostawiono wykonawcom dowolność), to nie można na tym etapie postępowania wymagać od wykonawców, w tym w szczególności czynić zarzutu Odwołującemu, że zaoferował 3 sztuk urządzenia w jednym opakowaniu.
Omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2, jest to omyłka w przeprowadzonych działaniach na liczbach. Z omyłką rachunkową mielibyśmy do czynienia, gdyby wykonawca niewłaściwie dokonał mnożenia wymienionych składników. Omyłka

powinna mieć charakter oczywisty – co oznacza, że każdy ze składników jest określony i wprost wymieniony, a niewłaściwie przeprowadzone działanie matematyczne doprowadziło do tego, że podany iloczyn jest błędny.
W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Po pierwsze podkreślić należy, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazania, wyszczególniania w tabeli danych dotyczących ilości sztuk rękojeści staplera w opakowaniu. Oznacza to, że jeden ze składników iloczynu pozostawał znany jedynie wykonawcy, niewidoczny i nieznany dla Zamawiającego (nie był wymieniany wprost w treści tabeli). Nie ulega wątpliwości (co wskazano powyżej), że urządzenia mogą być pakowane w różnej ilości - po jednej, po trzy lub po sześć sztuk w opakowaniu. Zatem Zamawiający nie mógł stwierdzić jednoznacznie (gdyż nie było to wskazane w ofercie), ile sztuk urządzenia w jednym opakowaniu zaoferował Odwołujący. Zamawiający nie mógł stwierdzić, że zaoferowano jedną sztukę rękojeści staplera w opakowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy załączono do oferty Odwołującego folder, z którego wynika wprost, że urządzenie o wskazanych numerach identyfikacyjnych pakowane jest po trzy sztuki. Zatem, zanim Zamawiający dokonał jakiejkolwiek poprawki, mógł skorzystać z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego na podstawie artykułu 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez skierowanie do Odwołującego zapytania o ilość sztuk zaoferowanego urządzenia w jednym opakowaniu. Dopiero po uzyskaniu takiej informacji, wyrażonej w wartości liczbowej, w sytuacji, gdy ilość sztuk byłaby inna niż trzy, mógł dokonać poprawienia oferty Odwołującego. W sytuacji zaś, gdy Zamawiający nie miał wiedzy co do ilości sztuk urządzeń w jednym opakowaniu, podczas gdy powszechnie wiadomo o możliwości pakowania różnej ilości rękojeści staplreów w opakowaniu i gdy Odwołujący załączył folder, z którego wynika, że urządzenie pakowane jest po trzy sztuki w opakowaniu, Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania poprawienia omyłki rachunkowej. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający mógłby dokonać poprawienia omyłki tylko w przypadku, gdyby mógł ustalić ją jednoznacznie, bez możliwości wystąpienie innej opcji. Treść oferty Odwołującego mogła wskazywać, że zaoferował większą ilość urządzeń w jednym opakowaniu (na co mogła także wskazywać treść folderu załączonego do oferty). Istnienie wątpliwości co do ilości zaoferowanych urządzeń w jednym opakowaniu (liczba ta nie była wpisywana do tabeli) wyłącza oczywistość omyłki. Co więcej, Zamawiający na chwilę obecną dysponuje oświadczeniem Odwołującego (z dnia 28 marca 2013 roku), że zaoferował on trzy sztuki urządzenia w jednym opakowaniu w pozycji numer 1 w pakiecie 11 i 12.

Izba za bezzasadny uznała argument Przystępującego, że skoro w punkcie XIII ust. 5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wartość brutto była obliczona w następujący sposób: „cena

jednostkowa netto x ilość”, to w pozycji nr 1 pakietu 11 i 12, to Wykonawcy powinni byli dokonać mnożenia ilości 30 sztuk (oferowanego urządzenia) przez cenę opakowania netto. Jak zostało wskazane powyżej, w treści SIWZ Zamawiający załączył formularze zawierające tabele. W tabeli wpisał, że wymagane jest, aby wykonawcy zaoferowali 30 sztuk rękojeści staplera. Wymaganiem wynikającym bezpośrednio z SIWZ (tabeli kolumny nr 5) było, aby wykonawcy podali cenę za jedno opakowanie. Ponownie należy podkreślić, że Zamawiający nie ustanowił w SIWZ wymagania co do ilości sztuk rękojeści staplera w jednym opakowaniu. Tym samym wykonawcom pozostawiona została dowolność w tym zakresie. I tym samym należy uznać, że nie ma błędu w ofercie, gdy wykonawca podaje cenę za opakowanie, które zawiera więcej niż 1 sztukę urządzenia. Błąd ten należy wykluczyć tym bardziej, że Odwołujący załączył folder ze wskazanymi numerami oferowanych urządzeń, z którego wynikało wprost, że jedno opakowanie zawiera trzy sztuki urządzenia.
Wszelkie ewentualne wątpliwości co do treści SIWZ na tym etapie postępowania nie mogą obciążać żadnego z wykonawców.
Za nieuzasadnione należy także uznać stwierdzenie Przystępującego, że skoro Zamawiający operuje w treści SIWZ w poz. nr 1 pakietu nr 11 i 12 określeniem jednostki - sztuka, to znaczy, że wymagał dla każdego zaoferowanego urządzenia oddzielnego opakowania. Ze sposobu sformułowania SIWZ wynika, że Zamawiający wpisywał do treści tabeli w kolumnie p.n. opis przedmiotu zamówienia wymagania co do ilości sztuk, które powinny znaleźć się w opakowaniu (np. w formularzu asortymentowo – cenowym w pozycjach 2-5 określono 1 op. = 12 sztuk). W zakresie pozycji nr 1 w pakiecie 11 i 12 nie znalazło się takie wymaganie. Tym samym, skoro brak było wprost wyrażonego wymagania Zamawiającego co do ilości sztuk urządzenia w jednym opakowaniu w pozycji nr 1 pakietu nr 11 i 12, to nie można uznać, aby Zamawiający oczekiwał, zastosowania dla każdego zaoferowanego urządzenia oddzielnego opakowania. Tam, gdzie Zamawiający takie wymaganie postawił, wyraźnie było to wskazane w określeniu przedmiotu zamówienia.
Nietrafny jest także argument Przystępującego, że działanie Odwołującego prowadzi do modyfikacji treści oferty po terminie składania ofert. W ofercie Odwołującego znalazła się informacja dotycząca ilości sztuk oferowanego staplera w 1 opakowaniu, była to informacja zawarta w załączonym do oferty folderze, wskazano na zawartość opakowania mieszczącego trzy sztuki urządzenia. Zaś tabela nie zawierała pozycji, w której wykonawcy wpisywali ilość sztuk oferowanego staplera w 1 opakowaniu. Tym samym Odwołujący w żaden sposób nie zmodyfikował swojej oferty po terminie otwarcia ofert.
Wobec powyższego Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego w pakiecie 11 i 12 i nakazała unieważnienie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego (w formularzach

ofertowym oraz ofertowo-asortymentowym) w zakresie pakietów 11 i 12 poz. 1 i ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego Johnson & Johnson Poland sp. z o.o. w zakresie pakietów 11 oraz 12, gdyż oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny, które obligują Zamawiającego do jej odrzucenia. Wykonawca ten miał możliwość zaoferowania jednej sztuki staplera w jednym opakowaniu, tym samym mógł cenę jednostkową netto przemnożyć przez ilość sztuk zaoferowanego urządzenia. Z całokształtu oświadczeń Przystępującego wynika, że zaoferował on urządzenia pakowane osobno, zatem 30 sztuk opakowań staplerów, co upoważniało go do przemnożenia ilości 30 sztuk staplerów przez cenę jednego opakowania. Jak wielokrotnie podkreślono powyżej, Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców wskazania ilości sztuk staplerów w 1 opakowaniu. Zaś możliwe jest zaoferowanie jednej lub też kilku sztuk staplerów w jednym opakowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……