

WYROK
z dnia 16 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Anna Packo

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostic Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Instytut Medyczny, 04-141 Warszawa, ul. Szaserów 128** protestu z dnia 30 listopada 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostic Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostic Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostic Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „DOSTAWĘ ODCZYNNIKÓW LABORATORYJNYCH WRAZ Z DZIERŻAWĄ DWÓCH ANALIZATORÓW KOAGULOLOGICZNYCH NR SPRA WY 132/ZP/09-152”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 30 listopada 2009 roku wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B 01-521 Warszawa wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty protestującego i bezpodstawnym unieważnieniu postępowania.

W ocenie protestującego takie postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu.

Wobec powyższego protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Protestujący podniósł, że zamawiający wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert z dnia 20.11.2009 r., że przyczyną odrzucenia oferty protestującego jest niewyszczegółowienie i nieuwzględnienie w jej treści kosztów podłączenia analizatorów do laboratoryjnego systemu PSM. Pierwotny tekst SIWZ nie zawierał takiego doprecyzowania. Pojawiło się ono w piśmie

z dnia 28.10.2009 r., jako odpowiedź na pytanie jakiegoś wykonawcy. Wymóg podłączenia obu analizatorów w chwili instalacji do laboratoryjnego systemu informatycznego PSM, jako taki, znajdował się w załączniku nr 4 do SIWZ (pkt 14) i był obligatoryjny.

Oferta protestującego obejmuje świadczenie w postaci podłączenia obu analizatorów do systemu PSM. Wynika to zarówno z treści załącznika nr 4 znajdującego się przy ofercie protestującego (wraz ze stosownym oświadczeniem), jak i z faktu, iż zamawiający nie stawia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (odrzućenie nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy). Nieprawidłowe jest jednak ustalenie, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Mamy bowiem do czynienia z omyłkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przewiduje, że w przypadku stwierdzenia niezgodności pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ mającej charakter omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w ofercie zamawiający powinien poprawić treść

oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Błąd ujawniony w ofercie protestującego wyczerpuje hipotezę ww. przepisu. Sprzeczność podniesiona przez zamawiającego polega na tym, że protestujący w swojej ofercie nie wyszczegółowił kosztów podłączenia analizatorów do laboratoryjnego systemu PSM. Powodem jednak owego nieuwzględnienia było zwykłe niedopatrzenie ze strony protestującego, wynikające głównie z faktu, że obowiązek wyszczegółowienia kosztów pojawił się tuż przed terminem składania ofert, jako wynik odpowiedzi na pytania wykonawców. Administratorem sieci laboratoryjnej PSM znajdującej się u zamawiającego jest protestujący, w związku z powyższym protestujący nie zakładał, iż powinien w ofercie wymienić koszty instalacji. Świadomość powyższego spowodowała, że protestujący przeoczył wyjaśnienia z dnia 28.10.2009 r. W wyniku tego niedopatrzenia protestujący nie zmienił przygotowanej już wówczas oferty, co stało się jedyną przyczyną nie umieszczenia tych kosztów przez protestującego w ofercie.

Wszystkie te okoliczności dowodzą tego, że błąd był niezamierzony, przeoczony, a tym samym, że mamy do czynienia z „omyłką”. Oferta protestującego oprócz wskazanego niedopatrzenia spełnia wszystkie wymogi stawiane przez zamawiającego w SIWZ i zapewnia mu 100% gwarancję wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Z racji tego, iż koszt podłączenia jest kosztem stałym i wliczonym przez zamawiającego poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Nie ma bowiem wątpliwości, jaki koszt omyłkowo pominięto. Jeśli bowiem pominięto by koszt, co do którego wykonawca miałby swobodę jego określenia, to wówczas poprawienie takiej oferty nie byłoby możliwe, bo zamawiający, bez ustalania z wykonawcą nie byłby w stanie ustalić jakiej kwoty nie uwzględniono. Negocjacje z wykonawcą są zaś zakazane (art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp). Inaczej jest jednak w niniejszym stanie faktycznym. Przedstawia się on bowiem następująco - Protestujący uwzględnił w ofercie wymagane świadczenie (podłączenie do systemu PSM), zamawiający z góry narzucił konkretną wartość tego podłączenia, a protestujący omyłkowo nie dopisał dodatkowej pozycji do formularza cenowego i nie wyszczegółowił w ofercie tego kosztu. Jest to więc przykład zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a następnie, po dokonaniu korekty treści oferty, art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Na takie właśnie okoliczności zostały przewidziane ww. przepisy. Ich intencja jest oczywista - przeciwdziałanie odrzuceniu ofert które zapewniają należyte wykonanie, zamówienia i odpowiedni jego zakres, lecz w wyniku omyłki niedopatrzenia, przeoczenia nie uwzględniono w nich wszystkiego, co sugerowałaby treść SIWZ.

W świetle definicji słownikowej przez „istotny” należy rozumieć główny, podstawowy, duży, znaczny. Zatem tylko poprawienie głównego, podstawowego elementu oferty przetargowej powodowałaby istotną zmianę w treści tej oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wpisanie kosztu 19 276 zł przy wartości całego zamówienia nie stanowi poważnej

ingerencji w treść oferty oraz całkowicie nie ma wpływu na przedmiot świadczenia protestującego, który został określony wyczerpująco.

To wyjaśnienie nie pozostawia wątpliwości, że ww. okoliczność nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty protestującego, gdyż powyższa omyłka powinna być traktowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, którą należy poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Protestujący wskazał, że w piśmiennictwie panuje pogląd, że dopuszczalne jest dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 691/09 stwierdziła, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty. W obecnym stanie faktycznym omyłka ta kwalifikowała się do poprawienia, gdyż bez wątplenia nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty.

Protestujący dodał, że do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest konieczne aby omyłka była oczywista. W związku z tym, w razie wątpliwości, czy w ofercie wystąpiła omyłka, czy celowa zmiana wysokości wynagrodzenia zamawiający powinien był wezwać protestującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W niniejszej sprawie zaniechanie tej czynności jest sprzeczne z ww. przepisem i spowodowało w konsekwencji przedwczesne i bezpodstawne odrzucenie oferty protestującego. W tym miejscu przytoczyć warto orzeczenie KIO z dnia 13.08.2009 r. (sygn. KIO/UZP 992/09), z którego wynika, że zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne.

Tym samym oferta protestującego została odrzucona bezpodstawnie. Wymienione przez zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty stanowią omyłkę, którą należało poprawić z zastosowaniem art. 87 ust. 2 ustawy, po ewentualnym wyjaśnieniu wątpliwości w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tych okoliczności unieważnienie postępowania jest wadliwe,

bowiem w postępowaniu została złożona przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Pismem z dnia 7 grudnia 2009 roku zamawiający oddalił protest. Uzasadniając swą decyzję stwierdził, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie złożone do SIWZ (pismo nr 1515 z dnia 28.10.2009T) wyjaśnił co następuje: „Koszt podłączenia dwóch analizatorów firmy z wysokowydajnych koagulologicznych dowolnej systemem automatycznego przekłuwania korków do istniejącej w naszym laboratorium sieci informatycznej PSM wynosi 19.276,00zł brutto. Wykonawca ma obowiązek w/w koszt wyszczegółować i uwzględnić w ofercie”. Protestujący tego nie uczynił, co spowodowało błąd w obliczeniu ceny w złożonej ofercie.

Zamawiający podniósł, że protestujący w proteście przyznaje, iż cyt: „protestujący jako administrator sieci laboratoryjnej PSM znajdującej się u zamawiającego nie zakładał, iż powinien w ofercie wymienić koszty instalacji. Świadomość powyższego spowodowała, że protestujący przeoczył wyjaśnienia z dnia 28.10.2009r.” Z powyższego jednoznacznie wynika, że nieuwzględnienie przez protestującego w ofercie kosztów przyłączenia było działaniem świadomym i zamierzonym, a tym samym brak jakichkolwiek podstaw do interpretowania tego faktu jako omyłki. Poprawa oferty protestującego stanowiłaby ingerencję w jej treść i istotną zmianę co jest niezgodne z zapisami art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 18 grudnia 2009 roku wykonawca Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego podniósł, iż w związku z tym, że w dniu 1 stycznia 2010 roku weszła w życie ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240) istnieją wątpliwości, czy zamawiający obowiązany jest stosować ustawę Pzp przy udzielaniu zamówień.

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu pismem z dnia 28 października 2009 roku

zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców udzielił następującej odpowiedzi: „Koszt podłączenia dwóch wysokowydajnych analizatorów koagulologicznych dowolnej firmy z systemem automatycznego przekuwania korków do istniejącej w naszym laboratorium sieci informatycznej PSM wynosi 19.276,00 zł brutto. Wykonawca ma obowiązek w/w koszt wyszczegółować i uwzględnić w ofercie”.

Wykonawca Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. w złożonej ofercie nie uwzględnił wskazanego kosztu podłączenia analizatorów. Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z tym, iż zamawiający odrzucił również pozostałe oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. (dalej: odwołujący się) ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie jego oferty uniemożliwia bowiem uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby fakt nieuwzględnienia przez odwołującego się w cenie oferty kwoty podłączenia analizatorów nie jest omyłką podlegającą poprawieniu zarówno na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2, jak i pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przez omyłkę rachunkową należy rozumieć omyłkę w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. Ponadto warunkiem poprawienia omyłki rachunkowej jest jej oczywistość („oczywista” znaczy bezsporna, nie budząca wątpliwości).

Powyższe wskazuje, iż aby móc stwierdzić, iż zaistniała omyłka jest omyłką rachunkową musi ona wystąpić w przeprowadzonym przez wykonawcę działaniu matematycznym (dodawaniu, mnożeniu itp.), ale nie może polegać na nieuwzględnieniu któregośkolwiek ze składników mających charakter cenotwórczy. Poprawienie omyłki rachunkowej poprzez dodanie do ceny oferty wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania nieuwzględnionej przez wykonawcę jednej z czynności technicznych, w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Gdyby zaś przyjąć, iż – jak twierdzi odwołujący się – ujął on w zaoferowanej przez siebie cenie również koszt podłączenia, tyle tylko, że nie wyspecyfikował go jako odrębnej czynności – pojawia się wątpliwość co do tego, czy w istocie zamawiający nie musiałby dwukrotnie płacić za tę samą czynność. Niewykluczone jest również, iż gdyby

odwołujący się nie przeoczył konieczności uwzględnienia kwoty 19.276,00 zł, chciałby obniżyć zaoferowaną przez siebie cenę o koszt podłączenia, który przewidział pierwotnie w cenie oferty. Wątpliwości te dowodzą, iż nie nastąpiła również druga z przesłanek uzasadniająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tzn. nie można mówić tu o oczywistości omyłki rachunkowej.

śądanie zastosowania w niniejszym przypadku art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadne. Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w 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. Zdaniem Izby cena oferty należy do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie. Wagę ceny podkreślił ustawodawca w art.

36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdzie wymaga się od zamawiającego podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu obliczenia ceny oraz w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nakazującemu zamawiającemu podanie podczas otwarcia ofert informacji dotyczących cen zawartych w ofertach. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba stwierdziła, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240). Zamawiający bez wątpienia obowiązany był wówczas do stosowania ustawy Pzp. Izba nie odniosła się tym samym do zgłoszonych przez zamawiającego wątpliwości dotyczących konieczności stosowania przez niego ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami). Orzekając o kosztach postępowania Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego dotyczącego przyznania wynagrodzenia ze względu na fakt, iż pełnomocnik nie przedłożył do akt sprawy rachunków uzasadniających zgłoszony wniosek, do czego był obowiązany na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 wskazanego wyżej rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....