

WYROK
z dnia 15 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 15 października 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531
Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy
Instytut Medyczny, 00-909 Warszawa, ul. Szaserów 128** protestu /protestów* z dnia 9
września 2008 r.

przy udziale **DPC Polska Sp. z o.o., 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5** zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

**2. Kosztami postępowania obciąża Wojskowy Instytut Medyczny, 00-909 Warszawa,
ul. Szaserów 128**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł
00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531
Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset
sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojskowy Instytut Medyczny,
00-909 Warszawa, ul. Szaserów 128** na rzecz **Roche Diagnostics Polska
Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B** stanowiącej
uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania
odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu
Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset
trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu
Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.,
01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu
nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „dostawę odczynników
i materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą analizatorów dla Zakładu Diagnostyki
Laboratoryjnej”, (Znak Postępowania: 63/ZP/08-85/Apteka/2008) zostało wszczęte przez
Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 00-909 Warszawa zwany dalej:
„Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot
Europejskich za numerem 2008/S 123-164604 w dniu 27.06.2008 r.

W dniu 13.08.2008 r. faxem Zamawiający wezwał DPC Polska Sp. z o.o.,

ul. Olszyńska 5, 31-513 Kraków zwany dalej: „DPC Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” do wyjaśnień w terminie do dnia 19.08.2008 r. odnośnie oferty złożonej w pakiecie VI względem poz. 7 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zamawiający stwierdził, iż wymagał przedstawienia oferty na 11.700 oznaczeń prolaktyny. Zaś z oferty wynikało, iż przedstawiona oferta zawiera tylko 4.000 oznaczeń. DPC Polska Sp. z o.o. w dniu 19.08.2008 r. (faxem, 22.08.2008 r. pisemnie) wyjaśniło, iż nastąpiła omyłka polegająca na podaniu nr katalogowego

2

opakowania na 200 oznaczeń. W w/w pozycji, jak wskazał, chciał zaproponować odczynniki w opakowaniu na 600 oznaczeń co daje 20 opakowań na okres trwania umowy i pokryje to zapotrzebowanie Zamawiającego. Cena bez zmian.

Zamawiający w dniu 03.09.2008 r. faxem w rezultacie otrzymanych wyjaśnień poinformował uczestników postępowania przetargowego w ramach pakietu VI, w trybie art. 87 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”, o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie złożonej przez DPC Polska Sp. z o.o. Stwierdził, iż w poz. 7 pakietu VI Wykonawca zaoferował 20 opakowań testów do oznaczania prolaktyny o numerze katalogowym L2KPR2 i wielkości opakowań 200 testów w cenie 966,35 zł netto. Sumaryczna ilość zaoferowanych testów wynosiła 4.000 szt., natomiast Zamawiający wymagał 11.700 szt. W związku z powyższym Komisja wezwała firmę do wyjaśnień oferty. Z wyjaśnień, jak stwierdził Zamawiający, wynikało, iż nastąpił błąd polegający na wpisaniu złego numeru katalogowego, co w konsekwencji dało zbyt małą ilość testów. Prawidłowy zapis powinien brzmieć: 20 opakowań testów do oznaczenia prolaktyny o numerze katalogowym L2KPR6 i wielkości opakowania 600 testów w cenie 966,35 zł netto.

W dniu 04.09.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty w pakiecie VI firmy: DPC Polska Sp. z o.o.

W dniu 09.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdynskie 6B 01-531 Warszawa zwany dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożył protest pismem z dnia 08.09.2008 r. wobec czynności podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy;
2. dokonaniu bezprawnego poprawienia tekstu oferty DPC Polska Sp. z o.o. wskutek bezpodstawnego uznania, że zawiera oczywistą omyłkę pisarską, przez co doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty tego wykonawcy;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty DPC Polska Sp. z o.o.;

Powyższe czynności Zamawiającego naruszyły, zdaniem Protestującego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 Pzp, art. 5 kc i 58 §1 kc w zw. z art. 14 Pzp oraz inne przywołane w uzasadnieniu.

Wobec naruszenia powyższych przepisów wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3

2. unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie DPC Polska Sp. z o.o.;

3. odrzucenie oferty DPC Polska Sp. z o.o.;

4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Protestujący stwierdził, iż posiada interes prawny, albowiem w przypadku uwzględnienia protestu to jego oferta będzie najkorzystniejsza w postępowaniu.

Podniósł, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia cytowanych na wstępie przepisów wskutek podejmowania przez Zamawiającego kolejnych czynności niezgodnych z Pzp, w efekcie czego doszło do wyboru oferty, która podlega obowiązkowemu odrzuceniu. Uzasadniając powyższe przedstawił następujące argumenty.

Po pierwsze, wskazał, iż bezspornym jest, iż spółka DPC Polska Sp. z o. o.

w załączniku nr 3 do SIWZ dla pakietu nr VI, w zakresie pozycji „Prolaktyna”, zaoferowała 20 opakowań testów o numerze katalogowym L2KPR6, wielkości opakowania 200 testów oraz cenie 966, 35 zł netto. Daje to łączną ilość oznaczeń Prolaktyny 4.000 szt. Nie ulega również wątpliwości, iż Zamawiający wymagał w tabeli arkusza asortymentowo-cenowego zaoferowania m.in. odczynników do wykonania 11.700 oznaczeń Prolaktyny (*vide*: dolna tabela załącznika nr 3 do SIWZ w zw. z pkt. II. 1 SIWZ).

W tych okolicznościach Zamawiający, zdaniem Protestującego, całkowicie bezpodstawnie przyjął, iż oferta DPC Polska Sp. z o.o. zawiera oczywistą omyłkę pisarską możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Jednocześnie Zamawiający zupełnie bezkrytycznie ocenił wyjaśnienia DPC Polska Sp. z o.o., które *de facto* stanowią przyznanie tego Wykonawcy, iż oferta zawiera błąd w stosunku do treści SIWZ. Twierdzenia, iż oferta opiewa na produkt o innym numerze katalogowym oraz innej wielkości opakowania niż podane w jej tekście pierwotnym stanowią zmianę treści oferty po terminie składania ofert, niedozwoloną na gruncie art. 87 ust. 1 *in fine* oraz art. 84 ust. 1 *a contrario* Pzp.

Protestujący zważył, iż przed korektą jakiej dokonał Zamawiający treść oferty DPC Polska Sp. z o.o. opiewała na 4.000 oznaczeń Prolaktyny, natomiast po dokonanej zmiany ilość ta wynosi 12 000 oznaczeń. Podkreślić również trzeba, że DPC Polska Sp. z o.o. ma w ofercie Prolaktynę w opakowaniach po 200 oznaczeń (nr kat. L2KPR2), jak i w opakowaniach po 600 oznaczeń (nr kat. L2KPR6) - co jednoznacznie wynika z ulotki odczynnika. Mamy więc do czynienia z dwoma odrębnymi towarami. W związku z powyższym w wyniku wyjaśnień oferenta, a następnie czynności Zamawiającego, doszło, zdaniem Protestującego, do zmiany treści oferty, a nie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Uległa bowiem zmianie treść oświadczenia woli DPC Polska Sp. z o.o.

Stanowisko niniejsze znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie i piśmiennictwie, jak zauważył Protestujący, czego najlepszym potwierdzeniem jest wyrok KIO z dnia 21.12.2007 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1436/07, KIO/UZP 1451/07), który ma o tyle

4

cenny walor przy analizie przedmiotowego stanu faktycznego, że Izba zdefiniowała w nim oczywistą omyłkę pisarską z uwzględnieniem większości aktualnych komentarzy do Prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych i Zespołów Arbitrów.

Odnosił także, iż DPC Polska Sp. z o.o. musiała mieć świadomość (wolę) oferowania Prolaktyny w opakowaniach po 200 oznaczeń (nr kat. L2KPR2), gdyż zaproponowana cena (966,35 zł netto), która jest adekwatna właśnie dla takiej wielkości. W takiej konfiguracji (966,35 zł netto za opakowanie po 200 oznaczeń) podana cena jednostkowa jest bowiem zbliżona do innego podobnego odczynnika do oznaczania hormonów (Siarczan Dhydroepiandrosteronu DHEA-S) i jest to rzeczywiście przeciętna cena rynkowa za 200 oznaczeń prolaktyny czy DHEA-S (czyli 4,83 zł netto za 1 oznaczenie). Natomiast próba wytłumaczenia, że opakowanie 600 oznaczeń prolaktyny ma także wartość 966,35 zł (a więc 1,61 zł netto za 1 oznaczenie) jest niedorzeczna, albowiem taka cena jest nierealna, odbiega od cen rynkowych tego produktu. Gdyby tak było należałoby postawić zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie DPC Polska Sp. z o.o. oraz oferowania produktów poniżej kosztów jego wytworzenia (oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji), co Protestujący z daleko posuniętej ostrożności procesowej niniejszym czyni.

Mając na uwadze powyższe, Protestujący stwierdził, że w oferta DPC Polska Sp. z o.o. nie zawiera oczywistej omyłki pisarskiej, lecz jest niezgodna z treścią SIWZ, a jednocześnie ma błąd w obliczeniu ceny, bowiem nie obejmuje wszystkich oznaczeń jakich wymagał Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ (w związku z pkt. II. 1 SIWZ). Dlatego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, względnie również pkt 3 i 4 Pzp.

W dniu 09.09.2008 r. Zamawiający (faxem) przesłał uczestnikom postępowania przetargowego w ramach pakietu VI kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 11.09.2008 r. (wpływ bezpośredni – pismo z 10.09.2008 r.) do Zamawiającego wpłynęło pismo od DPC Polska Sp. z o.o., zawierające przystąpienie do postępowania protestacyjnego, w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego i wnosił o oddalenie protestu.

Stwierdził, że Zamawiający w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami Pzp dokonał wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego spełniała bowiem wszystkie

kryteria wskazane w SIWZ i była najtańsza. Zarzut podniesiony w proteście jakoby Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyjął, że oferta Przystępującego zawierała omyłkę pisarską możliwą do poprawienia w trybie art. 87 pkt. 2 Pzp należy uznać przy tym za całkowicie chybiony.

Nie ulega bowiem wątpliwości, zdaniem Przystępującego, że przygotowując ofertę zamierzał on zaproponować taką wielkość opakowań testów, aby była ona odpowiednia dla

5

zapotrzebowania Zamawiającego. Fakt, że Przystępujący posiada w ogóle w swojej ofercie Prolaktynę w opakowaniach po 200 oznaczeń nie jest dowodem na to, że takie opakowania powinny znaleźć się w ofercie. Oferent zaproponował więc odpowiednią ilość opakowań, popełnił natomiast omyłkę pisarską w zakresie ilości testów w opakowaniu (w konsekwencji podał również inny numer katalogowy). Taka omyłka stanowi oczywistą omyłkę pisarską, którą Zamawiający miał prawo poprawić po wyjaśnieniach oferenta. Podkreślił, że to działanie nie stanowi zmiany treści oferty, nie zmieniły się bowiem żadne istotne parametry oferty. Na marginesie należy podnieść, że cena zaproponowana przez oferenta nie jest ceną rażąco niską, nawet jeżeli jest niższa od cen tego produktu występujących na rynku. Oferent dokonał bowiem kalkulacji swojej oferty, zaproponowana cena jest wyższa od ceny zakupu tego zestawu i podwyższona ponadto o odpowiednią marżę oferenta.

Mając na względzie powyższe wnosił jak na wstępie i podkreślił, że Przystępujący posiada interes prawny w przystąpieniu do tego postępowania, gdyż to jej oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a Protestujący domaga się niezasadnie jej odrzucenia.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez brak jego rozpatrzenia, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli 21.09.2008 r.

W dniu 23.09.2008 r. Protestujący na oddalenie protestu poprzez brak jego rozpatrzenia wniósł odwołanie (przesyłka kurierska) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący podtrzymał, iż oprotestował i wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegające na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty firmy Przystępującego oraz poprawieniu zdaniem Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej, które naruszają art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 Pzp, art. 5 kc i 58 §1 kc w zw. z art. 14 Pzp oraz inne przywołane w uzasadnieniu.

Wobec naruszenia powyższych przepisów wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Przystępującego;
3. odrzucenie oferty Przystępującego;
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

6

Podtrzymując argumentację z protestu stwierdził, iż w tych okolicznościach Zamawiający całkowicie bezpodstawnie przyjął, iż oferta Przystępującego zawiera oczywistą omyłkę, pisarską możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Oczywistość omyłki polega bowiem na tym, że jest ona widoczna na pierwszy rzut oka bez potrzeby dokonywania jakichkolwiek wyjaśnień (tak m.in. Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim z 10.08.2006 r. Sygn. akt: II Ca 442/06). Skoro zatem Komisja wezwała firmę do wyjaśnień oferty, to tym samym wadliwie sporządzona oferta Przystępującego nie była tak oczywista, że Zamawiający mógł dokonać jej poprawienia w ramach przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Jednocześnie wskazał, że Zamawiający zupełnie bezkrytycznie ocenił wyjaśnienia DPC Polska, które stanowią przyznanie tego Wykonawcy, iż oferta zawiera błąd w stosunku do treści SIWZ.

Odwołujący podtrzymał także, iż twierdzenia, iż oferta opiewa na produkt o innym numerze katalogowym oraz innej wielkości opakowania niż podane w jej tekście pierwotnym

stanowią zmianę treści oferty po terminie składania ofert, niedozwoloną na gruncie art. 87 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Pzp. Wyjaśnił, iż Zamawiający bowiem dokonując czynności o której mowa w piśmie z dnia 03.09.2008 r. zmienił nie tylko numer katalogowy, ale również kolejną pozycję (opakowanie) i kolejną (ilość).

Stwierdził, że zważyć należy, że przed korektą, jakiej dokonał Zamawiający treść oferty Przystępującego opiewała na 4.000 oznaczeń Prolaktyny, natomiast po dokonanej zmiany ilość ta wynosi 12.000 oznaczeń. Podkreślił również, że DPC Przystępujący ma w ofercie Prolaktynę w opakowaniach po 200 oznaczeń (nr kat. L2KPR2), jak i w opakowaniach po 600 oznaczeń (nr kat. L2KPR6) - co jednoznacznie wynika z ulotki odczynnika. Mamy, więc do czynienia z dwoma odrębnymi towarami. W związku z powyższym w wyniku wyjaśnień oferenta, a następnie czynności Zamawiającego, doszło do zmiany treści oferty, a nie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Uległa bowiem zmianie treść oświadczenia woli Przystępującego. W pozostałym zakresie wskazywał tak jak w proteście.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 23.09.2008 r. Zamawiający przekazał firmie DPC Polska Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 13.10.2008 r. (wpływ faxem do UZP) DPC Polska Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał argumentację z przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

7

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, jak również przedłożonym na rozprawie dowodem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w Części I pkt 2 SIWZ: „Informacje wprowadzające” stwierdził, iż: „*Przedmiotem postępowania jest zamówienie (.....) w zakresie określonym w II części SIWZ*”. W II części pkt 1 SIWZ: „*Opis przedmiotu zamówienia*” wskazał, iż wykaz asortymentowy, którego dostawa stanowi przedmiot zamówienia, wraz z jego szczegółowym opisem, zawiera „*Arkusze asortymentowo-cenowy*” (Załącznik nr 3 do SIWZ). W ramach pakietu VI, Załącznika nr 3 do SIWZ, arkusz asortymentowo-cenowy Zamawiający zawarł dwie tabelę. Pierwszą z przeznaczeniem na wypełnienie przez uczestników postępowania składających ofertę dla tego pakietu. Wymagał wskazania w każdej pozycji przedmiotu zamówienia, numeru katalogowego, opakowania, producenta, kraju pochodzenia, JM, ilości, ceny jedn. netto, wartości netto, stawki VAT wartości brutto oraz podsumowania wszystkich pozycji w pakiecie i podania sumy wartości netto oraz brutto. Drugą która stanowiła wykaz zamawianego asortymentu wraz ze wskazaniem maksymalnej zamawianej ilości (ilość oznaczeń). Ponadto, zgodnie z informacją pod tabelą pierwszą: „*W tabeli należy ująć wszystkie niezbędne odczynniki, kontrole, bufor i itp. oraz materiały zużywalne do wykonania*”. Zamawiający w pozycji 7 wskazał – „*Prolaktynę*” oraz maksymalną ilość oznaczeń 11.700 szt. Przystępujący w ramach oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu na pakiet VI w poz. 7: „*Prolaktyna*” zaoferował produkt o numerze katalogowym L2KPR6 po 20 opakowań testów do oznaczania prolaktyny i wielkości opakowań 200 testów w cenie 966,35 zł netto. Sumaryczna ilość zaoferowanych testów wynosiła 4.000 szt.

Na tak złożoną ofertę Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do Przystępującego. Stwierdził on, iż nastąpiła omyłka polegająca na podaniu nr katalogowego opakowania na 200 oznaczeń. W w/w pozycji chciał zaproponować odczynniki w opakowaniu na 600 oznaczeń, co daje 20 opakowań na okres trwania umowy. W wyniku powyższych wyjaśnień Zamawiający uznał, iż nastąpił błąd pisarski polegający na wpisaniu złego numeru katalogowego, co w konsekwencji dało zbyt małą ilość testów. Prawidłowy zapis powinien brzmieć: 20 opakowań testów do oznaczenia prolaktyny o numerze katalogowym L2KPR6 i wielkości opakowania 600 testów w cenie 966,35 zł netto.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego poprzez wybór oferty firmy Przystępującego oraz poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w jego ofercie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, jak również art. 5 kc i 58 §1 kc w zw. z art. 14 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14.04.2004 r., sygn. akt: II Akz 132/04, sprostowanie omyłek pisarskich nie jest dopuszczalne wtedy, gdy ich „technologiczno-pisarski” charakter nie jest oczywisty, a sprostowanie błędnego zapisu w istocie rzeczy prowadzi nie do pozornej, lecz rzeczywistej ingerencji w materialną treść oświadczenia (w przedmiotowym stanie faktycznym oferty). Ponadto, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28.04.2006 r., sygn. akt: V Ca 147/06 stwierdził, iż: „*Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera wprawdzie definicji oczywistej omyłki pisarskiej, jednakże nie ulega wątpliwości, że do tej kategorii należy zaliczyć widocznie mylną pisownię, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie całego wyrazu lub jego części, bezspornym jest przy tym, że oczywiste omyłki pisarskie mogą występować w treści wyrażonej za pomocą słów, nie zaś innych znaków graficznych będących częścią składową opracowanego w formie rysunkowej szkicu, planu lub schematu*”. Jednakże Izba przychyliła się do stanowiska, iż oczywistość omyłki pisarskiej w treści oferty badać należy *ad casum* (wyrok z dnia 10.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 265/08). Dlatego istotne jest aby rozpatrywać rozumienie oczywistej omyłki pisarskiej w kontekście wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, jak i załączonych do nich dokumentów (wyrok z dnia 19.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 409/08). Konieczne jest bowiem ustalenie podstawowej kwestii, czy w danym postępowaniu miało miejsce poprawienie treści oferty, czy też tylko jego tekstu. Tak też stanowił wyrok KIO z dnia 10.04.2008 r., który stwierdził: „*Jeżeli przedmiot zamówienia, poza oznaczeniem słownym, opisany jest za pomocą innych parametrów, w niniejszej sprawie technicznych parametrów szczegółowych, to należy treść oferty czytać łącznie z powyższymi parametrami*”.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Przystępujący stoi na stanowisko, iż skoro pomyłka nastąpiła w numerze katalogowym to mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską i bez znaczenia jest okoliczność tego rodzaju, iż na skutek jego wyjaśnień

Zamawiający nie tylko zmienił numer katalogowy, ale również dokonał zmiany opakowania oraz ilości oznaczeń (testów) znajdujących się w opakowaniu, czyli sposobu konfekcjonowania. Izba uznała, iż w wypadku gdyby w tym stanie faktycznym doszło do pomyłki w samym numerze katalogowym to okoliczności, a w szczególności fakt, iż parametry produktu byłby te same wskazywałby na słuszność stanowiska o „*zaistnieniu oczywistej omyłki pisarskiej*” oraz poprawienie tylko tekstu oferty, a nie jej treści. Jednakże, tak nie jest, gdyż Zamawiający uznał, co wynika z jego czynności, iż wobec podania błędnego numeru katalogowego należy także uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, czyli poprawienia „*oczywistej omyłki pisarskiej*”. Powyższy punkt widzenia jest błędny, Pzp dopuszcza taka możliwość tylko w odniesieniu do poprawiania omyłek rachunkowych (art. 88 ust.2 Pzp). W rezultacie zmiany numeru katalogowego zmianie uległo opakowanie z ilością oznaczeń (testami) z 200 na 600, co w konsekwencji z oferowanych pierwotnie 4.000 oznaczeń (testami) dało 12.000, przy wymaganych 11.700. Argumentacja Zamawiającego, iż pierwotna treść oferty jest wynikiem błędu komputerowego, gdyż numer katalogowy powoduje automatycznie określone konfekcjonowanie danego odczynnika w opakowaniu, także zdaniem Izby jest niezasadna, gdyż po pierwsze Wykonawcy są podmiotami profesjonalnymi i tak Odwołujący, jaki i Przystępujący biorą udział w wielu postępowaniach i są świadomi konsekwencji swoich oświadczeń woli. Po

drugie, gdyby nawet przyjąć, iż Przystępujący oferował „Prolaktynę” w opakowania po 200 oznaczeń (testów), to powinien zaoferować większą ilość opakowań, tak aby uzyskać wymagana maksymalną ilość przewidzianą przez Zamawiającego dla całego okresu trwania umowy, czego nie uczynił.

Dodatkowym argumentem, za słuszością stanowiska Izby jest fakt, że w ofercie Przystępującego jest zarówno „Prolaktyna” w opakowaniach po 200 oznaczeń (testami) (nr kat. L2KPR2), jak i w opakowaniach po 600 oznaczeń (testami) (nr kat. L2KPR6) - co jednoznacznie wynika z ulotki odczynnika, jak podkreślił Odwołujący. Wobec stanowiska, Przystępującego, który potwierdził niniejszy stan rzeczy, wskazaną okoliczność należy uznać za bezsporną. Świadczy to też o tym, iż w pierwotnej ofercie oferowano istniejący, a nie fikcyjny produkt. Jeżeli chodzi o zwrócenie się Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp o wyjaśnienia, niniejsze nie było błędem i świadczy o tym, iż sam Zamawiający miał świadomość istnienia produktu z pozycji 7 po 200 oraz 600 oznaczeń, dlatego jego działania Izba uznaje za uzasadnione i zgodne z art. 7 Pzp w odróżnieniu od późniejszych.

Poza tym, Izba uznała, że stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w orzeczeniu z dnia 10.12.2002 r. (sygn. akt: V Ca 1514/02), iż: „*sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia lub ceny*” mimo, że zapadłe w innym stanie prawnym jest adekwatne pod „*rzędami*” Pzp. W niniejszym stanie faktycznym

10

w konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej zmienił się rozmiar świadczenia w poz. 7 z pierwotnych 4.000 oznaczeń na 12.000, co w ocenie Izby stanowi zmianę treści oferty po terminie składania ofert, niedozwoloną na gruncie art. 87 ust. 1 *in fine* oraz art. 84 ust. 1 *a contrario* Pzp.

Wszystkie wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, iż Zamawiający nie ograniczył się do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, ale przekroczył jej dozwolony zakres uwzględniając konsekwencje rachunkowe z niej wynikające. Ponadto, poprzez zmianę jednego produktu oferowanego w opakowaniu z 200 oznaczeniami (testami) na inne opakowanie z 600 oznaczeniami (testami) zmienił *de facto* treści oświadczenia woli, czyli pierwotnej oferty poprzez sposób konfekcjonowania. Gdyż mimo, że dany produkt jest „Prolaktyną”, nie jest to już ta sama „Prolaktyna”, ale zupełnie innym produktem niż oferowany pierwotnie. Stanowisko Przystępującego, iż działanie Zamawiającego: „*nie stanowi zmiany treści oferty, nie zmieniły się bowiem żadne istotne parametry oferty*”, jest chybione. Po pierwsze, potwierdza on w sposób pośredni, iż zmiana parametrów miała miejsce, pod drugie kwestia istotnego charakteru tych parametrów lub też nie jest dyskusyjna. Śaden z przepisów nie rozróżnia parametrów istotnych od mniej istotnych. Poza tym, Izba zauważyła, że dla Zamawiającego parametry były tak istotne że zwrócił się o wyjaśnienia, a nie bez znaczenia jest dla niego, czy będzie otrzymywał przez cały okres trwania umowy, czyli przez 36 miesięcy od dnia podpisania umowy każdorazowo opakowania po 200, czy po 600 oznaczeń (testów). Izba w tym ostatnim zakresie, wzięła także pod uwagę argumentację z rozprawy. Bez względu bowiem na jej polemiczny charakter tak kwestia terminu ważności danego opakowania, jak i kwestia czasu w którym Zamawiający zużyje dane opakowanie nie jest bez znaczenia w kontekście konfekcjonowania danego odczynnika.

Izba zwraca także uwagę, iż Zamawiający nie nakładał na wykonawców żadnych wymogów, czy też ograniczeń odnośnie ilości opakowań oraz ilości oznaczeń (testów) w opakowaniu, czyli sposobu konfekcjonowania, dlatego też wszelkie zmiany w tym zakresie nie stanowią błędu co do formy, ale merytoryczną zmianę treści złożonej pierwotnie oferty. Nie miała więc miejsce sytuacja, jak w sprawie z wyroku KIO z dnia 11.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 654/08. Ponadto, Izba uznała, że orzeczenie Zespołu Arbitrów przywołane przez Zamawiającego na rozprawie jest nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, jak również art. 5 kc i 58 §1 kc w zw. z art. 14 Pzp.

11

przywołany w uzasadnieniu) oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba wyjaśnia, że Odwołujący stwierdził, iż ewentualne tłumaczenia Przystępującego, że opakowanie po 600 oznaczeń „Prolaktyny” ma także wartość 966,35 zł, jak w ofercie pierwotnej z opakowaniem po 200 oznaczeń (a więc 1,61 zł netto za 1 oznaczenie) stanowi, iż taka cena jest nierealna, odbiega od cen rynkowych tego produktu. Wobec powyższego z ostrożności procesowej Odwołujący postawił zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) oraz oferowania produktów poniżej kosztów jego wytworzenia (oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). W konsekwencji też wnosił o odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

Przy rozpatrzeniu niniejszego zarzutu Izba wzięła pod uwagę, że został on zgłoszony z „ostrożności procesowej”, jak również okoliczność tego rodzaju, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08).

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach Izba także wskazuje: „Zwrócić należy uwagę, że przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo, że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w w/w przepisie (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp), ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu co cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar dowodu wykazania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę spoczywa na skarżącym wykonawcy (art. 6 kc.)”.

Cena pakietu VI Przystępującego 755.146,17 PLN brutto (20 opakowań, każde opakowanie po 600 oznaczeń, po 966,35 zł netto – cena jedn. netto - poz. 7, co daje 20.679,89 PLN brutto), cena pakietu VI Odwołującego 369.228,96 PLN brutto (117 opakowań, każde opakowanie po 100 oznaczeń, po 850,00 zł netto – cena jedn. netto – poz. 7, co daje 106.411,50 PLN brutto). 1 oznaczenie w ofercie Przystępującego to koszt 1, 61 zł netto, a w ofercie Odwołującego to koszt 8,5 zł netto. W niniejszym pakiecie wpłynęły tylko oferty w/w. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie pakietu VI 840.000,- PLN brutto.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Złożony przez Odwołującego dowód na rozprawie w postaci wydruku komputerowego w postaci skanu strony oferty Przystępującego w innym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała za niemiarodajny z uwagi na formę w jakim został złożony. Powyższy wydruk może mieć charakter tylko informacyjny. Nawet, gdyby przyjąć bowiem niniejszy wydruk jako dowód, to argumentacja Zamawiającego odnośnie otrzymywania cen specjalnych w organizowanych przez niego postępowaniach, w ocenie Izby jest zasadna. Poza tym, dane wynikające ze złożonych ofert, jak i kwota przeznaczona na sfinansowanie pakietu nie pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie oferowania ceny rażąco niskiej, jak i ceny stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji przez Wykonawcę. Złożenie oferty tylko przez wskazanych Wykonawców wytworzyło stan faktyczny nie pozwalający na miarodajną ocenę oferowanych wartości. Zaś kwota przeznaczona na sfinansowanie pakietu prawdopodobnie uwzględniła ofertę cenową tak Przystępującego, jak i Odwołującego. W tym miejscu, Izba także zauważa, iż mimo różnicy cenowej między ofertami Odwołującego, a Przystępującego obie mieszczą się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego pakietu VI, zaś także przy wyborze oferty Odwołującego Zamawiający nie spożytkuje całej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie.

Jednakże z uwagi na fakt, iż przedmiotem zarzutu jest cena jedn. netto oferowana przez Przystępującego w pakiecie VI, poz. 7 Załącznika nr 3 do SIWZ, ściśle zaś cena wynikająca z podzielnia ceny za 1 opakowanie przez liczbę oznaczeń (testów) w niej zawartych, a nie cena końcowa, Izba uznała nie zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, a ponadto, wobec zaistnienia

podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, jak również wobec faktu, iż miało miejsce naruszenie art. 5 kc i 58 §1 kc w zw. z art. 14 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji. W ramach ponownego badania i oceny złożonych ofert Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Przystępującego z uwagi na złożenie oferty, której treść pierwotna jest niezgodna z SIWZ oraz z uwagi na okoliczność tego rodzaju, iż oferta w swym pierwotnym brzmieniu zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Na marginesie Izba wyjaśnia, wzięła pod uwagę całokształt okoliczności i nie kierowała się tylko i wyłącznie literalnym brzmieniem aktualnie obowiązujących przepisów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w przepis.

13

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

14