

Katowice, 21.03.2022

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

Szpital Ogólny w Kolnie
Ul. Wojska Polskiego 69
18-500 Kolno

Odwołujący:

„Farmacol-Logistyka” Sp. z o.o.
ul. Szopienicka 77
40-431 Katowice

Postępowanie: o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę leków dla potrzeb Działu Farmacji Szpitala Ogólnego w Kolnie; znak sprawy: Sz.O./ZP/01/2022

ODWOŁANIE

do postępowania: o udzielenie zamówienia publicznego na:
Postępowanie: o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę leków dla potrzeb Działu Farmacji Szpitala Ogólnego w Kolnie; znak sprawy: Sz.O./ZP/01/2022

Data powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania: 16.03.2022
(INFORMACJA O ODRZUCENIU/WYNIKU POSTĘPOWANIA)

Jako Odwołujący, w oparciu o art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, dalej w skrócie: UPZP, ustawa Pzp) niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego (zaniechań czynności do których Zamawiający zgodnie z prawem jest zobowiązany), tj.:

- odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 UPZP w zakresie Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13 tj. za niezgodność z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ);
- bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo tego, iż jej treść odpowiada SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia określonego w formularzu asortymentowo-cenowym;
- zaniechanie wezwania Odwołującego w toku badania i oceny ofert a przed odrzuceniem jego oferty do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 107 ust. 2, 128 ust. 1 - 5 UPZP, 223 ust. 1 i 2 UPZP, w szczególności dotyczących przeliczeń zaoferowanego asortymentu i cen dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13 mimo przesłanek ku temu i uznanie a priori, że zaoferowany przez Odwołującego asortyment jest niezgodny z SWZ;
- prowadzenie niniejszego postępowania bez uwzględnienia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższym czynnościom (zaniechaniom) Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 UPZP w związku z art. 107 ust. 2, 128 ust. 1 - 5 UPZP, 223 ust. 1 i 2 UPZP poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo tego, iż jej treść odpowiada SWZ dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13 oraz braku możliwości wyjaśnienia treści złożonej oferty;
- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 UPZP w związku z art. 107 ust. 2, 128 ust. 1 - 5 UPZP, 223 ust. 1 i 2 UPZP poprzez zaniechanie przed odrzuceniem oferty Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13 - do czego Zamawiający był zobowiązany;
- zarzut naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt. 1, 2 i 3 UPZP.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Zadaniu nr 1, 4, 5, 13,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w Pakiecie/Części nr 1, 4, 5, 13 jako ważnej, nie podlegającej odrzuceniu, wygrywającej dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13
- 3) unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej w w/w postępowaniu dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13 z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej, nie podlegającej odrzuceniu, wygrywającej dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13

UZASADNIENIE

Zamawiający pismem z dnia 16.03.2022 poinformował, że dokonał odrzucenia oferty FARMACOL LOGISTYKA Sp. z o.o. w Pakiecie/Części nr 1, 4, 5, 13 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 UPZP, tj. ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ):

W ramach Pakietu Nr 1, 4, 5 i 13 niezgodności dotyczą ilości i dawek zaoferowanych leków:

- a) W pakiecie Nr 1 poz. 80 Zamawiający wymagał zaoferowania leku o nazwie Sulfathiazolum argentum w ilości 400 g krem x 2 opak. co daje ilość 800 g krem, natomiast Wykonawca zaoferował 100 g krem x 7 opak co daje ilość 700 g. Tym samym ilość leku jest zaniżona i niezgodna z treścią SWZ.
- b) W pakiecie Nr 4 poz. 34 Zamawiający wymagał zaoferowania leku o nazwie Bisacodylum w ilości 5 czopków x 6 opak. co daje ilość 30 czopków, natomiast Wykonawca zaoferował 6 czopków x 4 opak. co daje ilość 24 czopków. Tym samym ilość leku jest zaniżona i niezgodna z treścią SWZ.
- c) W pakiecie Nr 5 poz. 54 Zamawiający wymagał zaoferowania leku o nazwie Spiramycinum w ilości 16 tabl. x 2 opak. co daje ilość 32 tabl., natomiast Wykonawca zaoferował 10 tabl. x 3 opak. co daje ilość 30 tabl. Tym samym ilość leku jest zaniżona i niezgodna z treścią SWZ.
- d) W pakiecie Nr 13 poz. 47 Zamawiający wymagał zaoferowania leku o nazwie Pantoprazolum w ilości 56 tabl. x 10 opak co daje ilość 560 tabl., natomiast Wykonawca zaoferował 28 tabl. x 100 opak co daje ilość 2800 tabl. Tym samym ilość leku jest znacznie zawyżona i niezgodna z treścią SWZ.

W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę z przedmiotowego postępowania w części dotyczącej Pakietu Nr 1, 4, 5 i 13.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający odrzuca powyższą ofertę w zakresie Pakietu Nr 1, 4, 5 i 13 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 z późn. zm.), gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w Formularzu asortymentowo-cenowym istotnie wymagał zaoferowania konkretnej ilości opakowań zawierających daną ilość sztuk leków, podczas gdy Odwołujący zaoferował **prawidłowy asortyment o dawkach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, jednakże bez dokonania właściwych przeliczeń ilości oferowanych opakowań:**

Było:

Pakiet Nr 1

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
80	Sulfathiazolum argentum	Argosulfan	krem	20mg/g	400g	7	63,12 zł	8%	68,17 zł	441,84 zł	477,19 zł	Argosulfan 20mg/g 100g krem

Pakiet Nr 4

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
34	Bisacodylum	Bisacodyl GSK	czopki	10mg	5 czopków	4	10,39 zł	8%	11,22 zł	41,56 zł	44,88 zł	Dulcobis 10mg * 6czopków

Pakiet Nr 5

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
54	Spiramycinum	Rovamycine	tabletki powlekane	3mln j	16 tabl	3	17,32 zł	8%	18,71 zł	51,96 zł	56,12 zł	Rovamycine 3mln j.m.*10tabl.powl.

Pakiet Nr 13

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
47	Pantoprazolum	Pantoprazole Bluefish	tabletki dojelitowe	40mg	56tabl.	100	4,25 zł	8%	4,59 zł	425,00 zł	459,00 zł	Ozzion 40mg * 28tabl.dojelit.(bliser)

Powinno być:

/wkleić z formularza asortymentowo-cenowego/ /opis merytoryczny – DPiZP/

Pakiet Nr 1

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
80	Sulfathiazolum argentum	Argosulfan	krem	20mg/g	400g	8	63,12 zł	8%	68,17 zł	504,96 zł	545,36 zł	Argosulfan 20mg/g 100g krem

Pakiet Nr 4

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
34	Bisacodylum	Bisacodyl GSK	czopki	10mg	5 czopków	5	10,39 zł	8%	11,22 zł	51,95 zł	56,11 zł	Dulcobis 10mg * 6czopków

Pakiet Nr 5

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
54	Spiramycinum	Rovamycine	tabletki powlekane	3mln j	16 tabl	4	17,32 zł	8%	18,71 zł	69,28 zł	74,82 zł	Rovamycine 3mln j.m.*10tabl.powl.

Pakiet Nr 13

Lp.	Nazwa międzynarodowa	Przykładowa nazwa preparatu	Postać	Dawka	Opak.	Ilość opak.	Cena jedn. Opak. netto	Vat%	Cena jedn. Opak. brutto	Wartość netto	Wartość brutto	Nazwa preparatu oferowanego przez wykonawcę
47	Pantoprazolum	Pantoprazole Bluefish	tabletki dojelitowe	40mg	56tabl.	20	4,25 zł	8%	4,59 zł	85,00 zł	91,80 zł	Ozzion 40mg * 28tabl.dojelit.(blistery)

Zmiana ilości opakowań nie stanowi w świetle obowiązujących przepisów UPZP zmiany istotnej.

Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, ponieważ Odwołujący zaoferował preparaty zawierające tożsamą substancję leczniczą i w identycznej dawce co wymagana przez Zamawiającego, zachował również identyczną drogę podania. Pomyłka odnosi się jedynie do wpisanej do formularza asortymentowo-cenowego ilości i wielkości zaoferowanych opakowań.

Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie leków w opakowaniach innej wielkości niż określona w SWZ oraz na przeliczenie zaoferowanej ilości do pełnych opakowań w górę.

Zamawiający posiadał wszystkie dane konieczne do poprawienia omyłki, tj. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, skutkującej koniecznością dokonania przez Zamawiającego przeliczeń z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Pojawienie się w ofercie Odwołującego omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp natomiast powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia.

Przepis wprost stanowi: "zamawiający poprawia", co ma charakter kategoriyczny. Zamawiający musi

zatem poprawić omyłkę znajdującą się w ofercie wykonawcy, choćby ten nie wnosił o podjęcie przez zamawiającego stosownego działania w tym zakresie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku sygn. akt: KIO/UZP 1427/09; KIO/UZP 1428/09). Stwierdzić należy, iż zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązany jest wyczerpać procedurę z art. 87 ustawy Pzp.

Z wyroku KIO 2810/11 wynika, iż "Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawiał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego".

Niezależnie od przywołanego stanowiska zarówno co do interpretacji innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SWZ podlegającej na poprawieniu na mocy art. 223 ust. 2 pkt 3 UPZP jak i okoliczności temu towarzyszących istnieje szerokie orzecznictwo, w którym niejednokrotnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sady.

W świetle spójnego orzecznictwa poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 UPZP [art. 87 ust. 2 pkt 3 starej ustawy Pzp] uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

I. po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: "artykuł 87 ust. 2 pkt 3 pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp"

II. po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (tak też w opinii Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej na stronie: www.uzp.gov.pl)

Zarówno pierwsza przesłanka jak i druga ma właśnie miejsce w przypadku oferty Odwołującego, co można bezwzględnie potwierdzić na podstawie analizy stanu faktycznego wynikającego nawet z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym przypadku nie zmienia się cena oferty, jedynie Zamawiający musi mieć pewność, że Odwołujący spełnia zapisy SWZ. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach.

Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli "nie wyrażenie zgody" przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu (KIO 881/16). Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty (tzw. milczący akcept).

Z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 223 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości między innymi w kosztorysach ofertowych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poprawieniu podlegają nawet wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji Izba wskazała, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej

formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawienia omyłek oferty na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby spełnione zostały przesłanki poprawienia wskazanych omyłek, bowiem nie doszło do istotnej zmiany treści oferty (KIO 881/16).

Reasumując, pragniemy jeszcze raz podkreślić, że - jak wskazuje jednolita doktryna orzecznicza - pojawienie się w ofertach omyłek, o których mowa w tym przepisie [art. 223 ust. 2] powoduje powstanie obowiązku Zamawiającego w zakresie jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: "zamawiający poprawia", a sformułowanie to ma charakter kategoriyczny.

Zatem odrzucenie oferty z powodu omyłek, które powinny być poprawione w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi naruszenie ustawy. W ocenie Izby zakresem zastosowania przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi *essentialia negotii* umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny (KIO 339/12).

Również w wyroku KIO 1066/11 Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że *"(...) o istotności zmiany w treści oferty decyduje, to czy zmiana nie wpływa na cenę. Izba stoi na stanowisku, że taka interpretacja tego przepisu jest nieuprawniona i nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego w zakresie. W ocenie Izby nie było zatem podstaw do zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucając ofertę odwołującego i pomijając zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 [art. 226 ust. 1 pkt 5] ustawy przez jego zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 [art. 223 ust. 2 pkt. 3] ustawy poprzez jego niezastosowanie."*

Zgodnie z najnowszym wyrokiem KIO w tym zakresie „*(...) czynność poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp) ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne (...)*” (KIO 1472/20).

I dalej w tym wyroku: „*Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu. (...) W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do*

wyjaśnień, był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał."

„(...) z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione (...)"

„(...) rozumienie "innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy (...) W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał, pomimo że nie wezwał Odwołującego tak jak Przystępującego do złożenia wyjaśnień. (...) Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zaoferowania realizacji całości zamówienia dotyczącego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego. (...)"

Analogiczne przypadki podlegały rozpoznaniu Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie, w wyniku czego dokonując oceny wyspecyfikowanych niezgodności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego z treścią SWZ Izba stwierdziła, że w przypadku gdy poszczególne pozycje kosztorysowe z oferty, są sprzeczne z SWZ z powodu błędnie podanej jednostki miary, albo błędnie podanej ilości mamy do czynienia z inną omyłką, polegającą na tym, że w ofercie dokonano wyliczenia niewłaściwej ilości niż przyjęta w przedmiarze z poszczególnych pozycji kosztorysowych. Poprawienie oferty doprowadzi do zmiany ceny ofertowej tego wykonawcy, co samo w sobie - w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - nie jest zakazane. Zmiana ta jest jednak nieznaczna (KIO 1074/15).

Analizując orzecznictwo Odwołujący wskazuje, że zdefiniowane zostały przesłanki niezgodności treści oferty z treścią SWZ. W orzecznictwie Izby, odnośnie podstawy odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SWZ, ukształtował się jednoznaczny pogląd, że treść oferty to zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia w jego merytorycznej warstwie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, stanowiącymi treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe wskazuje chociażby: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt KIO/KD 79/14 oraz wyroki z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1516/10; z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 627/15 z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 674/15.

W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestie treści oferty: oferta w swej warstwie **merytorycznej** musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.

Warto w tym miejscu przytoczyć również wyrok KIO z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1365/14 - „Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. (...) Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, podlega ocenie przez pryzmat zgodności z SIWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach.”

Szczególnie istotnym orzeczeniem dla niniejszego postępowania jest wyrok z dnia 27 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2359/16: „Wykonawca, by oferta stała się zgodna z treścią SIWZ, musiałby w miejsce dotychczas zaoferowanego sprzętu, zaoferować inny, w tym zakresie złożyć nową ofertę, co na gruncie przepisów Pzp jest niedopuszczalne jako naruszające art. 87 oraz art. 7 Pzp.”

Przytoczona wykładnia przepisów ma swoje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie dotyczącym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, np. wyrok KIO z dnia 17 lutego 2009 r. (KIO/UZP 112/09), w którym m.in. stwierdzono: „Jak już sama nazwa wskazuje SIWZ zawiera warunki istotne, a zatem oferta nie spełniająca wymagań specyfikacji nie może zostać przyjęta przez Zamawiającego. Stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) Treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji w szczególności wówczas, gdy Wykonawca oferuje Zamawiającemu przedmiot inny niż przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ, w tym nie spełniający określonych w specyfikacji wymagań i parametrów technicznych”.

Dlatego też wnioskujemy o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Pakiecie/Części nr 1, 4, 5, 13 przywrócenie Odwołującego do postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty odnośnie zaoferowanego asortymentu i ilości dla ww. Pakietu/Części, poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej, nie podlegającej odrzuceniu, wygrywającej dla Pakietu/Części nr 1, 4, 5, 13

Interes prawny Wykonawcy

Wykonawca ma interes prawny w złożeniu Odwołania, ponieważ ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów UPZP uniemożliwia Wykonawcy pozyskanie zamówienia i uczciwe konkutowanie mimo złożenia ważnej, niepodlegającej odrzuceniu i wygrywającej dla Pakietu/Części nr 1 ,4 ,5, 13 – w ocenie Odwołującego – oferty przetargowej.

Interes Wykonawcy wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

Celem badania złożonych w toku postępowania ofert, złożonych przez poszczególnych Wykonawców jest sprawdzenie ich poprawności pod względem nie tylko formalnym, ale i merytorycznym. Powyższe działania są uprawnieniami Zamawiającego, ale i stanowią również jego obowiązek. Pragnąc zatem zapobiec ewentualnym nieprzyjemnościom związanym z weryfikacją postępowań pod opisanym wyżej kątem oraz działając z zamiarem zachowania poprawnych relacji uczestników obrotu, a także w celu zapobieżenia stratom po stronie Wykonawcy, zwracamy się o rozważną weryfikację złożonych ofert (pod kątem merytorycznym) i dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Pragniemy zasygnalizować, iż fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest obowiązek złożenia oferty zgodnej z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp). Tylko w sytuacji pełnej zgodności ofert ze specyfikacją mogą być one porównywane w warunkach uczciwej konkurencji, gdyż spełniają wówczas te same wymagania Zamawiającego.

Mając na uwadze równe traktowanie każdego Wykonawcy i w myśl zasady uczciwej konkurencji, wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego czynności jak wyżej.

Prosimy o ustosunkowanie się do niniejszego pisma w terminie do 24.03.2022 do godz. 13.00. W przypadku negatywnej odpowiedzi, bądź jej braku, „Farmacol – Logistyka” Sp. z o.o. w Katowicach będzie zmuszona skorzystać z przysługujących jej środków ochrony prawnej. Nadto rozważamy powiadomienie w trybie 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 2019 ze zm.) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

celem wszczęcia kontroli doraźnej, gdyż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze powyższe argumenty wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem,