

POSTANOWIENIE

z dnia 11 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 11 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 r.

przez wykonawcę: „**MEDLAB-PRODUCTS**” sp. z o.o. z siedzibą w **Raszynie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa odczynników laboratoryjnych* (nr postępowania DZ-1203-2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. św. Rafała w Czerwonej Górze z siedzibą w Chęcinach**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

1. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **odwołującego – „MEDLAB-PRODUCTS” sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie** – kwoty **13500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. św. Rafała w Czerwonej Górze z siedzibą w Chęcinach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa odczynników laboratoryjnych* (nr postępowania DZ-1203-2015). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S_239-433783 z 10 grudnia 2015 r. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 lutego 2016 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – „MEDLAB-PRODUCTS” sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie {dalej również: „Medlab”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty złożonej na część 6 zamówienia {dalej również: „zadanie nr 6”}, a także zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie tej części.

26 lutego 2016 r. {pismem z 25 lutego 2016 r.} Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od powyższych czynności Zamawiającego, a także od zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 – przez odrzucenie oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej również: „s.i.w.z.” lub „SIWZ”} w poz. 26 zadania 6.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 1 – przez odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ w poz. 27 i 28 zadania 6.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść była zgodna z treścią SIWZ.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez unieważnienie postępowania, pomimo że wartość oferty Odwołującego mieści się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w

zadaniu nr 6 {lista żądań}:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Ponownego przeprowadzenie badania i oceny ofert.
4. Wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował w pierwszej kolejności, że jako uzasadnienie prawne odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jednocześnie podając następujące natomiast w uzasadnienie merytoryczne:

Zamawiający w zadaniu nr 6, w pozycji nr 26 wymagał zaoferowania „próbówki o poj. 9 ml (16x105) dno stożkowe bez kołnierzyka z polistyrenu”. Firma MEDLAB PRODUCTS w swojej ofercie, w w/w pozycji zaoferowała próbkę o numerze 20-1610-0Z, która zgodnie z informacją na stronie internetowej firmy MEDLAB PRODUCTS i złożonymi przez Wykonawcę w dniu 15.02.2016r. wyjaśnieniami zawiera znacznik, co jest niezgodne z zapisem w SIWZ.

W zadaniu nr 6, w pozycji nr 27 Zamawiający wymagał zaoferowania „Szkiełka mikroskopowe podstawowe, krawędzie szlifowane gładkie grubość 1 mm (standard ogólnolaboratoryjny), a w pozycji nr 28 wymaga/ zaoferowania „Szkiełka mikroskopowe podstawowe, krawędzie szlifowane gładkie grubość 1 mm i białym jednostronnym polem do opisu”. W pozycji nr 27 Wykonawca zaoferował szkiełka mikroskopowe o numerze 41-7626-2-ML, a w pozycji nr 28 szkiełka mikroskopowe o numerze 41-7525-37-ML. Zaoferowane szkiełka o wyżej wymienionych numerach, zgodnie z informacją na stronie internetowej firmy MEDLAB PRODUCTS i złożonymi przez Wykonawcę w dniu 15.02.2016r. wyjaśnieniami posiadają grubość 0,9-1,2 mm, co jest niezgodne z zapisem w SIWZ.”

{ad pkt 1 listy zarzutów – dotyczy poz. 26}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania w tym zakresie:

- Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób: *próbówki o poj. 9 ml (16x105) dno stożkowe bez kołnierzyka z polistyrenu*, przy czym w odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający dopuścił zaoferowanie probówki o poj. 10 ml oraz probówki o poj. 10 ml i wymiarze 16x100 mm.
- Medlab zaoferował probówki z polistyrenu o poj. 10 ml (16x105) z dnem stożkowym, bez kołnierzyka.
- W piśmie z 11 lutego 2016 r. wykonawca Profilab s.c. {dalej również: „Profilab”} zwrócił Zamawiającemu uwagę, że probówki o symbolu katalogowym 20-1610-0z są niezgodne

z opisem Zamawiającego, gdyż *zaoferowany przedmiot posiada znaczniki, których nie ma w opisie przedmiotu zamówienia podanym przez Zamawiającego*. Na dowód swojego twierdzenia wykonawca załączył wydruk ze strony www. Medlab dotyczący próbek 20-1610-0z.

– Zamawiający pismem z 12 lutego 2016 r. zwrócił się do Medlab w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp z prośbą o wyjaśnienie treści oferty.

– Medlab w piśmie z 15 lutego 2016 r. potwierdził, że zaoferowany przez niego w poz. 26 asortyment jest zgodny z zapisami w SIWZ. Medlab potwierdził również, że *próbki o podanym numerze katalogowym posiadają dodatkowo znacznik*, jednocześnie zaznaczył, że *jest to jedynie cecha dodatkowa, która w żadnym wypadku nie jest podstawą do twierdzenia, że zaoferowano produkt niezgodny z opisem*. Zamawiający poprzez przywołany zapis SIWZ nie postawił wymogu by oferowana próbka nie posiadała znacznika. Zamawiający podał jedynie parametry wymagane, nie należy zatem snuć domysłów czy poprzez dany opis Zamawiający rozumie próbki ze znacznikiem czy też bez. W związku z powyższym Zamawiający pozostawił dowolność wyboru Wykonawcy czy zaoferuje próbkę ze znacznikiem czy też bez, z czego Wykonawca skorzystał.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp zamawiający jest zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób *jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Według Odwołującego skoro Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie odniósł się do znacznika (podziałki pojemności), oznaczało to, że ta cecha produktu nie jest dla niego istotna. W konsekwencji jej brak lub występowanie nie może mieć wpływu na ocenę zgodności zaoferowanego produktu z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. A tym bardziej posiadanie znacznika przez próbkę nie może być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia, że próbka ma nie posiadać znaczników, tak jak zastrzegł, że ma być bez kołnierzyka, gdyż ta cecha produktu była niepożądana przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że analogiczna sytuacja zachodzi w poz. 2, w której przedmiot zamówienia został opisany w następujący sposób: *Próbki wirówkowe z polipropylenu stożkowe z kołnierzem z korkiem o poj. 7 ml*. W opisie tego produktu również nie ma odniesienia do posiadania lub nie przez próbkę znacznika. Tymczasem zarówno Odwołujący, jak i Profilab zaoferowali tu próbki posiadające znaczniki pojemności (podziałki) {jako dowód w tym zakresie do odwołania załączono: wydruk ze strony internetowej Profilab (www.profilab.com.pl) dot. produktu 207.1 oraz wydruk ze strony

internetowej Medlab Products Sp. z o.o (www.medlab-products.com.pl) dot. produktu 20-1606-1z}. Odwołujący dodał, że również w poz. 18 zaoferowane przez obu wykonawców próbówki posiadają pole do opisu oraz podziałkę, a w opisie przedmiotu zamówienia (*Próbówki typu Eppendorf o poj. 2 ml z dnem soczewkowym z polipropylenu*) brak jest informacji, że próbówka ma posiadać pole do opisu oraz podziałkę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niekonsekwencję i złą wolę, gdyż w tym przypadku nie uznał występowania tej cechy za niezgodność z opisem zawartym w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego posiadanie przez dany produkt cech dodatkowych – o ile nie zmieniają one jego przeznaczenia – nie może i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp . Zamawiający nie może bowiem odrzucić oferty z powodu cechy, której nie określił jako niepożądaney, lub – jak w tym wypadku – nie określił w ogóle w opisie przedmiotu zamówienia, co oznacza, że jest ona dla niego w przedmiocie zamówienia nieistotna. Zamawiający odrzuca ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 82 ust. 3 pzp tylko w sytuacji, kiedy rzeczywiście nastąpiła rozbieżność między treścią SIWZ a treścią oferty wykonawcy.

Odwołujący zacytował za uzasadnieniem wyroku Izby z 21 października 2011 r. (sygn. akt 2154/11): *Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ, można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne z zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ.*

{ad pkt 2 listy zarzutów – dotyczy poz. 27 i 28}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania w tym zakresie:

- W poz. nr 27 przedmiotem zamówienia były *Szkiełka mikroskopowe podstawowe, krawędzie szlifowane gładkie grubość 1 mm (standard ogólnolaboratoryjny)*, a w poz. nr 28 – *Szkiełka mikroskopowe podstawowe, krawędzie szlifowane gładkie grubość 1 mm i białym jednostronnym polem do opisu.*
- Medlab w poz. nr 27 zaoferował szkiełka mikroskopowe o symbolu katalogowym 41-7626-2-ML, a w poz. nr 28 – szkiełka mikroskopowe o symbolu katalogowym 41-7525-37-ML.
- W piśmie z 11 lutego 2016 r. Profilab zwrócił Zamawiającemu uwagę, że oba rodzaje szkiełek mikroskopowych posiadają *inną grubość niż wymaganą przez Zamawiającego. Grubość szkiełek oferowanych przez firmę Medlab to 0,9-1,2mm*, o czym wiadomo ze strony www.medlab-products.com.pl, a na dowód swojego twierdzenia załączył wydruk z tej strony.
- Zamawiający pismem z 12 lutego 2016 r. zwrócił się do Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 1 pzp z prośbą o wyjaśnienie treści oferty.

– W odpowiedzi Medlab potwierdził, że zaoferowany przez niego w poz. 27 i 28 asortyment jest zgodny z zapisami w SIWZ i w pełni odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ, co jest równoznaczne z tym, że szkiełka mikroskopowe o symbolu katalogowym 41-7626-2-ML i 41-7525-37-ML posiadają grubość 1 mm. Medlab wskazał również, że sposób podawania parametrów grubości szkiełek wynika z Polskiej Normy PN-ISO 8037-1 (którą dołączył do wyjaśnień), określającej, że grubość szkiełek mikroskopowych podstawowych o grubości 1 mm może wahać się w zakresie 0,9-1,2 mm {jako dowód do odwołania załączono powyższe wyjaśnienia}.

Według Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować spełnianie przez zaoferowane w poz. 27 i 28 wymogów SIWZ i uznawać oświadczenie Odwołującego za niezgodne z prawdą, gdyż od co najmniej dwóch lat Medlab jest dostawcą tych wyrobów dla Zamawiającego, wybranym w postępowaniach przetargowych, w których szkiełka mikroskopowe były opisywane w ten sam sposób, a Medlab oferował produkty tego samego wytwórcy, o takich samych parametrach i symbolach katalogowych {jako dowód załączono do odwołania kopię formularzy asortymentowo-cenowych Medlab pochodzących z dwóch poprzednich postępowań przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego na analogiczne produkty}. Zamawiający użytkował te produkty od kilku lat, nie zgłaszając nigdy zastrzeżeń do ich jakości, nie wykazując również jakichkolwiek niezgodności otrzymywanych szkiełek ze zobowiązaniami wykonawcy wyrażonymi w poprzednich ofertach przetargowych, a co za tym idzie w umowach.

W opinii Odwołującego do uznania przez Zamawiającego w tym postępowaniu, że szkiełka nie spełniają wymogu grubości 1 mm przyczynił się opis grubości szkiełek podstawowych na stronie internetowej Medlab, na co powołał się Profilab.

Odwołujący zaznaczył, że wydruk z jego strony internetowej nie był częścią jego oferty Odwołującego, a zatem nie stanowił jej treści. Jako profesjonalista przedstawia na swojej stronie internetowej ofertę handlową, a w opisie produktów dokłada wszelkich starań, aby były one wyczerpujące, określały dokładnie cechy produktów, a tam gdzie jest to możliwe, określa wymiary czy inne cechy z zachowaniem lub powołaniem norm, które te produkty spełniają.

Zdaniem Odwołującego zamawiający nie są zobowiązani do opisywania szkiełek mikroskopowych przez określenie przedziału 0,9-1,2 mm, który wskazuje przywołana powyżej PN, gdyż ogólnie przyjęty jest opis szkiełek ich grubością nominalną, czyli w tym wypadku 1 mm. Jednakże opisując szkiełka o grubości 1 mm, zamawiający cały czas są zobowiązani do aprobowania – zgodnie z art. 30 ust. 1 pzp – *Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy* dla przedmiotów będących przedmiotem

zamówienia, a więc w tym wypadku faktu, że grubość szkiełek będzie w zakresie określonym normą PN-ISO 8037-1 {do odwołania załączono kopie formularzy asortymnetowo-cenowych z różnych postępowań przetargowych, w których szkiełka mikroskopowe są przedmiotem zamówienia.

Według Odwołującego oferując szkiełka mikroskopowe *de facto* o grubości 1 mm, ale podawanej w swoich materiałach informacyjnych w sposób zgodny z Polską Normą, wcale nie musiał zwracać się do Zamawiającego z pytaniem o dopuszczenie szkiełek o grubości w zakresie 0,9-1,2 mm, jak zarzucił to w swoim piśmie Profilab s.c., gdyż nie zamierzał oferować produktu o innych wymiarach, a dokładnie o takich wymiarach, jakich wymagał Zamawiający.

Odwołujący dodał, że analogia do szkiełek nakrywkowych, powołana przez Profilab, jest zupełnie nietrafiona, gdyż w przeciwieństwie do szkiełek mikroskopowych, szkiełka nakrywkowe mają normatywnie różne przedziały grubości i w tym przypadku zasadne było zadanie pytania z prośbą o dopuszczenie konkretnego przedziału grubości szkiełek nakrywkowych.

Odwołujący zauważył również, że wytwórca szkiełek mikroskopowych oferowanych przez Profilab – Resmate, również podaje na swojej stronie internetowej, że szkiełka są zgodne z normą ISO 8037-1, a zatem ich grubość również może wahać się w przedziale 0.9 -1,2 mm {jako dowód do odwołania załączono wydruk ze strony internetowej Resmate}.

Odwołujący zarzucił złą wolę zarówno konkurentowi – który zgłosił zarzuty mając świadomość, że są one nieprawdziwe, a oferowane przez niego wyroby mają identyczne cechy jak kwestionowane w ofercie Medlab – jak i Zamawiającemu – który otrzymawszy kompletne i pełne wyjaśnienia odrzucił je, nawet nie zapoznając się z nimi.

{ad pkt 3 listy zarzutów – dotyczy poz. 26, 27 i 28}

Odwołujący podsumował, że zgłoszone przez Profilab rzekome niezgodności oferty Medlab z SIWZ, podane następnie przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty, faktycznie nie istnieją, gdyż oferta ta w całej rozciągłości zapewnia realizację zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a przy tym jest najkorzystniejsza według kryteriów oceny określonych w SIWZ.

Odwołujący zacytował {jako źródło cytatu wskazano: *KIO 473/12*}: *Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a*

ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów

{ad pkt 4 listy zarzutów – dotyczy zadania nr 6}

Odnosnie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp Odwołujący podniósł, że ponieważ cena jego oferty nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i jej wybór niweczą podstawę unieważnienia postępowania w części 6.

{ad pkt 5 listy zarzutów – dotyczy zadania nr 6}

Odwołujący stwierdził, że naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp jest konsekwencją poprzednich zarzutów.

Pismem z 29 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 26 lutego 2016 r. przekazał faksem kopię odwołania drugiemu wykonawcy, który złożył ofertę w zadaniu 6 – Profilab s.c.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

10 marca 2016 r. do Izby wpłynęło w formie pisemnej oświadczenie Odwołującego, że działając na podstawie art. 187 ust. 8 pzp, cofa odwołanie wniesione 26 lutego 2016 r.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: