

**Sygn. akt KIO 2037/20**

**WYROK**  
**z dnia 8 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o. w Raszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o. w Raszynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o. w Raszynie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 26 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 061-145270. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

14 sierpnia 2020 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania w części 18, wniósł odwołanie grudnia 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- zaniechanie powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 10 lipca 2020r., pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego badania i oceny ofert,
- uznanie w toku badania i oceny ofert, iż oferta złożona przez M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BIOMEDICO M. M. z siedzibą w Gdyni (dalej „BIOMEDICO”) w zakresie Części nr 18 jest nie podlega odrzuceniu,
- sprzeczne z obowiązującymi przepisami zaniechanie odrzucenia oferty BIOMEDICO i dokonanie ponownego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Części nr 18.

Zdaniem odwołującego zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 186 ust. 2 Pzp przez nie podjęcie wszystkich czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu, po umorzeniu przez Izbę postępowania na posiedzeniu niejawnym w następstwie odpowiedzi zamawiającego na to odwołanie;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty BIOMEDICO w Części nr 18 pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, w zakresie:
  - I. braku podania w ofercie wymaganych informacji dotyczących .nazwy handlowej dla produktów zaoferowanych w pozycji 3-14;
  - II. braku oświadczenia, czy zaoferowany produkt w pozycji 5 spełnia parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia;

III. braku zaoferowania „wzorcowych probówek do czytnika do oznaczania OB.” będących przedmiotem zamówienia w pozycji 15.

3. art. 87 ust. 1 Pzp przez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji między zamawiającym a BIOMEDICO dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie niedopuszczalnej zmiany jej treści;

4. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 18;

2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Części nr 18;

3. ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert w Części nr 18 z uwzględnieniem zarzutów odwołania;

4. odrzucenia oferty BIOMEDICO jako niezgodnej z treścią SIWZ;

5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 6 października 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska, z tym że odwołujący w związku z powzięciem wiedzy o uchyleniu zakazu zawarcia umowy oraz udzieleniu zamówienia przez zamawiającego wniósł zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale III ust. 1 SIWZ zamawiający ustalił opis przedmiotu zamówienia jako sukcesywną dostawę wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego. W ust. 3 wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w rozdziale XVIII SIWZ. W tym rozdziale zamawiający stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz w Formularzu parametrów ocenianych ( załącznik nr 6 do SIWZ).

Formularz cenowy, którego wzór stanowił Załącznik nr 2 do SIWZ, przewidywał w kolejnych kolumnach:

1. liczbę porządkową;

2. opis przedmiotu zamówienia;

3. opis produktu oferowanego (należy odnieść się do każdego parametru

wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia);

4. wskazanie producenta, klasy medycznej, numeru katalogowego, nazwy handlowej (tożsamej z nazwą, która będzie widniała na fakturze);
5. jednostkę miary;
6. ilość;
7. cenę jednostkową netto;
8. wartość netto;
9. stawkę VAT%;
10. podatek VAT;
11. cenę jednostkową brutto;
12. wartość brutto.

Kolumny 3, 4, 7, 9 mieli wypełnić wykonawcy stosownie do oferowanych produktów, natomiast kolumny 8, 10, 11, 12 zawierały dane przygotowane pozwalające na wyliczenie wartości netto, brutto, ceny jednostkowej brutto oraz kwoty VAT.

Przedmiot zamówienia w Części nr 18 obejmował 16 pozycji asortymentowych.

Przedmiotem zamówienia w poz. 5 była: „Probówka koagulologiczna 2,7 ml, 3, 2 % cytrynian sodowy z podwójnym dnem lub z o podwójnej ściance, co jest równoważne do podwójnego dna. Probówki gwarantujące minimalną przestrzeń martwą i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną. Probówki kompatybilne z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300 lub probówka koagulologiczna o pojemności pobranej krwi 3,6 ml 3,2% cytrynian sodowy gwarantująca ograniczenie przestrzeni martwej i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną. Probówki kompatybilne z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300 lub probówki o innowacyjnej geometrii, ograniczającej przestrzeń martwą, dzięki której optymalizuje się monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną pod warunkiem kompatybilności z dzierżawionym aparatem zamawiającego firmy Werfen ACLOP 300 lub probówki do koagulologii z podwójną ścianką, gwarantujące minimalną przestrzeń martwą i związaną z tym zmniejszoną aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych nie frakcjonowaną heparyną, probówki z 3,2% cytrynianem sodu o całkowitej pojemności 3,5 ml, gdzie objętość pobrania wynosi 3,15 ml, a 0,35 ml stanowi płynny odczynnik (zgodnie z konieczną proporcją ilości pobranej krwi od pacjenta do ilości odczynnika znajdującego się w probówce gdzie stosunek ten powinien wynosić 9:1) pod warunkiem kompatybilności z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300”.

BIOMEDICO zaoferował w pozycji 5 jeden z dopuszczonych wariantów, a mianowicie „próbówkę do koagulologii 3,6ml; 3,2% cytrynian sodowy”. Nie odniósł się do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia w poz. 15 były „Wzorcowe próbówki do czytnika do oznaczania OB. Do podanej ilości badań należy zaoferować kontrole.” W kolumnie 6 w pozycji 15 została podana przez zamawiającego adnotacja „ilość wpisuje wykonawca”. Pozycja 15 po dwóch modyfikacjach w następstwie udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców otrzymały ostateczny opis: „Wzorcowe próbówki do czytnika do oznaczania OB. Do podanej ilości badań należy zaoferować kontrole. Zamawiający wymaga próbek wzorcowych dostarczonych wraz z zaoferowanym aparatem. Probówki wzorcowe (2 poziomy) do kontroli jakości odczytu OB. każdego gniazda pomiarowego lub próbówki kontrolne dostarczone wraz z zaoferowanym aparatem, do codziennej kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na 3 poziomach.”

W formularzu cenowym BIOMEDICO w pozycji 15 kolumny: „opis produktu oferowanego, „producent, klasa medyczna, nr katalogowy, nazwa handlowa (tożsama z nazwą która będzie widniała na fakturze)”, „cena jednostkowa netto” pozostały nie wypełnione przez wykonawcę. Pozostałe pozycje kosztowe zostały wypełnione kwotą 0,00 zł . BIOMEDICO w kolumnie ilość wpisał 2.

W trakcie oceny i badania ofert jaka miała miejsce przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający zwrócił się do BIOMEDICO z wezwaniem do wyjaśnień treści oferty. W odpowiedzi BIOMEDICO wyjaśniła, że w pozycji 15 „zgodnie w wymogiem opisanym w SIWZ oferujemy 2 szt., czyli inaczej 2 komplety próbek kontrolnych, lub inaczej 2 zestawy kontrolne (do kontroli jakości na dwóch poziomach) do kontroli wszystkich otworów pomiarowych w oferowanej w pozycji nr 16 maszyny do OB, model ESR30. Sztuka w tym wypadku oznacza miarę jednego kompletu próbek kontrolnych przeznaczonych do badania jednego poziomu dla wszystkich gniazd pomiarowych w oferowanym analizatorze OB. Na życzenie naszych klientów możemy przekazać większą ilość próbek pomiarowych dla większej ilości poziomów kontroli jakości odczytu aparatu OB, również bez dodatkowych opłat. Oferowane produkty - próbówki kontrolne nie znajdują się w naszej ofercie handlowej, nie są dostępne w standardowej ofercie i możliwe jest zamawianie ich tylko na specjalne życzenie klienta. Probówki te nie posiadają kodu katalogowego z w/w przyczyny. Probówki kontrolne nie są przekazywane odpłatnie, stąd nie ma przy nich ceny i widnieje cena 0zł. Sami ich nie kupiliśmy od producenta, zostały nam przekazane nieodpłatnie, więc i my przekazujemy je nieodpłatnie dalej do naszych klientów”.

BIOMEDICO w kolumnie 3 opisał oferowane produkty. Natomiast w kolumnie 4 dla produktów zaoferowanych w pozycjach 3-14 podał nr katalogowy oraz nazwę producenta Improve Medicals. W poz. 3 i 14 zawarł określenie inne wyroby medyczne do diagnostyki in vitro.

W pozostałych użył skrótu j.w. Klasa medyczna została określona wprost w pozycjach 1, 2, 12 i 13.

3 lipca 2020 r. zamawiający po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenie oświadczeń i dokumentów oraz ich ocenie (w tym próbek i katalogów) poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty m.in. w części 18, za najkorzystniejszą ofertę w części 18 zamawiający uznał ofertę złożoną przez BIOMEDICO. Odwołujący wniósł odwołanie 10 lipca 2020 r. Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego. 6 lipca 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty w części 18 w celu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert w związku z wniesionym odwołaniem oraz wniósł odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o umorzenie postępowania wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczących unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert.

11 sierpnia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (KIO 1571/20).

14 sierpnia 2020 r. zamawiający ponownie wybrał ofertę złożoną przez BIOMEDICO.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 39 Pzp jest procedurą, w której wykonawcy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienie składają oferty. Oferty złożone w tym trybie stanowią jednocześnie odpowiedź wykonawców na opis potrzeb i wymagań zamawiającego zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Od zgodności oferty z treścią SIWZ w sensie materialnym należy odróżnić formalną zgodność oferty z SIWZ, która polega na przygotowaniu oferty *stricte* zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W zarzutach dotyczących pozycji 3-14 oraz pozycji 5 odwołujący nie zarzuca, że oferta przystępującego nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w sensie materialnym. Zarzuty dotyczące pozycji 3-14 w istocie zasadzają się na wybiórczej lekturze formularza cenowego złożonego przez przystępującego. Izba skonstatowała, że w kolumnie 3

przystępujący opisał oferowany produkt, kolumna 4 zawiera natomiast wskazanie producenta i numerów katalogowych. Skrót „j.w.” użyty w większości pozycji odsyła w ocenie Izby do „inne wyroby medyczne do diagnostyki in vitro”. Brak jest zatem uzasadnionych podstaw do uznania, że przedmiot oferty nie został określony prawidłowo przez przystępującego i, że nie spełnia wymagań zamawiającego, bądź nie odpowiada jego potrzebom. Odwołujący nie złożył dowodu uzasadniającego brak materialnej zgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Również treść pozycji 5 nie stanowi w ocenie Izby podstawy do odrzucenia oferty BIOMEDICO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący wprawdzie nie opisał oświadczeniem własnym, którą z możliwości dopuszczonych przez zamawiającego wybrał w odniesieniu do oferowanych próbek, jednak istotą oceny na tym etapie jest zgodność oferowanego świadczenia z SIWZ. Odwołujący nie wywiódł, ani nie udowodnił, że oferta BIOMEDICO w tym elemencie jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego. W próbkach i katalogu złożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przystępujący potwierdził zgodność swojej oferty z opisanymi wymaganiami. Uchybienie formalne, którego dopuścił się zatem w swej ofercie nie może skutkować uznaniem tej oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Nie podzielono poglądu odwołującego, że BIOMEDICO nie zaoferował zamawiającemu w pozycji 16 wzorcowych próbek do czytnika w pozycji 15. Przede wszystkim Izba nie miała wątpliwości, że odwołujący złożył zamawiającemu ofertę w tej pozycji. W odpowiedzi na opis wymagań zamawiającego uzupełnił kolumny liczby sztuk oraz pozycji kosztowych przez wpisanie odpowiednio: 2 i kwoty 0,00 zł. Przyczyny tego stanu rzeczy wyjaśnił zamawiającemu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia te Izba uznała za przekonujące. Jeśli wykonawca próbki wzorcowe oferuje wraz z analizatorem, nie jest zobowiązany do ich odrębnej wyceny, ich koszt jest w takim przypadku ujęty w cenie analizatora. Jeśli próbki te nie stanowią odrębnej pozycji katalogowej, niezasadnym jest oczekiwanie odwołującego, że dokona ich opisu na takich samych zasadach, jak produktu z oferty katalogowej. Wykonawca wprawdzie może w tym zakresie złożyć oświadczenie własne, jednak jego brak nie jest wystarczającym powodem do odrzucenia oferty.

Wyjaśnienia udzielone przez BIOMEDICO w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie wytworzyły nowej treści oferty, nie spowodowały, że zamawiający otrzymał coś, czego mu przystępujący nie wskazał w pierwotnej treści oferty. Brak więc uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że doszło do negocjacji między zamawiającym a BIOMEDICO dotyczących treści złożonej oferty.

Nie doszło również do naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy zarzuty

odwołania wzbudziły wątpliwości co do tego, czy wybór oferty nastąpił zgodnie z ustawą. Jest jednak prawem zamawiającego dokonanie ponownej oceny na podstawie posiadanych już oświadczeń i dokumentów i to w tym zakresie, w jakim chce wyjaśnić powstałe wątpliwości. Istotne jest przy tym, że prawo do domagania się przez odwołującego oceny całości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie zostało ograniczone. Zamawiający bowiem uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....