

Sygn. akt: KIO 1857/18

WYROK
z dnia 1 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez odwołującego: **Neomed B.S. ul. Kajki 18 05-501 Piaseczno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zespół Opieki Zdrowotnej ul. Mickiewicza 23 13-100 Nidzica,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie nr 1 i czynności odrzucenia oferty odwołującego w tym Pakiecie, oraz nakazuje w zakresie tego Pakietu ponowne badanie i ocenę tej oferty;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Zespół Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Nidzicy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego **Neomed B.S. z siedzibą w Piasecznie** kwotę w wysokości **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów reprezentacji pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Sukcesywna dostawa i sprzedaż na rzecz Zamawiającego materiałów medycznych jednorazowego użytku”. Numer referencyjny:14/2018. Opisy poszczególnych artykułów i ich orientacyjne ilości znajdują się w załącznikach od nr 1 do numeru 2 dołączonych do SIWZ – (formularze cenowe - Pakiety). 3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 601078-N-2018 z dnia 2018-08-07 r. Odwołujący - Neomed B.S. z siedzibą w Piasecznie wniósł odwołanie Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy w zakresie Pakietu 1 od niezgodnych – jego zdaniem - z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu w zakresie tego Pakietu, a mianowicie od: (1) czynności: badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ); (2) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; (3) czynności wyboru oferty złożonej przez Bialmed Sp. z o.o. z siedzibą ul. Konopnickiej 11a, 12- 230 Biała Piska (dalej w skrócie: „Bialmed”) jako oferty najkorzystniejszej, (4) z ostrożności procesowej - od zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że czynności i zaniechania zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp , a mianowicie:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty Bialmed jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;
- c) z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby w zakresie pakietu nr 1:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Bialmed jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 3) dokonał ponownego badania i oceny ofert;
- 4) dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wnosi również o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie pozycji 71 - 73 oraz 91 Arkusza kalkulacyjnego wyceny zamawianych materiałów (Załącznik Nr 2 do SIWZ) znajdującego się w ofercie Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie pakietu nr 1. W tym celu złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia w zakresie pakietu nr 1. Ponadto w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr 1, bowiem to oferta Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną (cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert). Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwia dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietu nr 1. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia w zakresie pakietu nr 1 oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (iucrum cesscrns). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 września 2018 r. (Załącznik nr 1 do odwołania) Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił w zakresie pakietu nr 1 ofertę Odwołującego oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i za taką uznał ofertę złożoną przez firmę Bialmed. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego jest niezwykle lakoniczne i przedstawia się następująco:

„- W poz. 71*73 Zamawiający wymagał pojemników, które m.in. miały posiadać dwustronną pokrywkę» jedna strona do zamykania tymczasowego» druga do zamykania na stałe. Wykonawca zaoferował pojemnik posiadający pokrywkę jednostronną.

- W poz. 91 Zamawiający wymagał przyrządy» które min. miały posiadać komorę kropłową wykonaną z PP o długości min 65mm, całość wolna od ftalanów (informacja na opakowaniu jednostkowym), igła biorcza ścięta dwupłaszczyznowo wykonana z ABS wzmocnionego włóknem szklanym. Wykonawca zaoferował przyrząd z komora o długości 60 mm, z igłą dwukanałową”.

Zdaniem Odwołującego, przede wszystkim nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że Odwołujący „zaoferował pojemnik posiadający pokrywkę jednostronną” oraz „zaoferował przyrząd z komorą o długości 60mm, z igłą dwukanałową. Nic takiego nie wynika z oferty złożonej przez Odwołującego. W ofercie Odwołujący w Załączniku nr 2 do SIWZ - Arkusz kalkulacyjny wyceny zamawianych materiałów, jasno i wyraźnie wskazał, że pojemnik do zużytych igieł posiada dwustronną pokrywkę (jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe):

71.	POJEMNIK DO ZUŻYTYCH IGIEŁ 1.0L. dwustronna pokrywki, jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe, otwór wrzutowy średnica minimum 11 cm	szi	1500	1,14	1 710,00	1,40	2 10330	23%
72.	POJEMNIK DO ZUŻYTYCH IGIEŁ 2.0 litra, dwustronna pokrywka, jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe, otwór wrzutowy Średnica minimum 11 cm	ttt	1500	1.43	2 145,00	1,76	2638,35	23%
73.	POJEMNIK DO ZUŻYTYCH IGIEŁ 10.0 litra, dwustronna pokrywka, jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe, otwór wrzutowy średnica minimum 11 cm	szt	250	4,30	1 075,00	5,29	1 322.25	23%

oraz że przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych posiada komorę o długości minimum 65 mm, z igłą biorczą ściętą dwupłaszczyznowo :

Przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych. komora kropłowa wykonana z PP o długości min 65mm, całość wolna od ftalanów (informacja na opakowaniu jednostkowym), igła biorcza ścięta dwupłaszczyznowo wykonana z ABS wzmocnionego włóknem szklanym. zacisk rolkowy wyposażony w uchwyt na dren oraz możliwość zabezpieczenia igły biorczej po użyciu, nazwa producenta na z »ciskaczu, opakowanie kolorystyczne folia-papier, sterylne	izi	62000	0,58	35 960.00	0,63	38 836.80	8%
---	-----	-------	------	-----------	------	-----------	----

W związku z powyższym, Odwołujący uczynił zadość wszystkim wymaganiom SIWZ, a przede wszystkim zgodnie z postanowieniami Rozdziału XIII ust. 13 pkt 5 SIWZ złożył wraz z ofertą Arkusz kalkulacyjny wyceny zamawianych materiałów (Załącznik Nr 2 do SIWZ), w którym zaoferował produkty odpowiadające wymaganiom SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał, skąd powziął informacje, które stały się podstawą odrzucenia oferty

Odwołującego, mając w szczególności na uwadze fakt, że w treści oferty Odwołującego nie podano producenta, modelu bądź symbolu oferowanego asortymentu. Zresztą wymogu podania tych informacji Zamawiający nie zamieścił w treści SIWZ.

W tym stanie rzeczy Odwołujący może jedynie zaprzeczyć twierdzeniom Zamawiającego i oświadczyć stanowczo, że nie jest prawdą jakoby zaoferował w pozycjach 71-73 oraz 91 materiały nie odpowiadające treści SIWZ. Odwołujący w dniu 11 września 2018 r. skierował do Zamawiającego pismo (Załącznik nr 2 do odwołania), w którym zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty, żądając przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania i dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W odpowiedzi na pismo Odwołującego z 11 września 2018 r. Zamawiający w dniu 12 września 2018 r. wystosował pismo (Załącznik nr 3 do odwołania), w treści którego podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto w piśmie tym Zamawiający rozbudował pierwotne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego poprzez wskazanie źródła, na podstawie którego podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Mianowicie, Zamawiający oświadczył, że: na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. poprosił Wykonawcę Neomed B.S. o przesłanie kart katalogowych wybranych produktów, w celu sprawdzenia zgodności oferty ze Specyfikacją istotnych Warunków Zamówienia. W dniu 30.08.2018 Wykonawca Neomed B.S. przesłał karty katalogowe oferowanych produktów. Odwołujący stwierdził, że powyższe twierdzenia Zamawiającego są nieprawdziwe. W treści oferty Odwołującego - Formularz Oferty, w pkt 15 wskazano dane kontaktowe wykonawcy. Zgodnie z treścią oferty osobą odpowiedzialną za kontakty z Zamawiającym jest pan M.W. zaś korespondencję związaną z niniejszym postępowaniem należało kierować na numer faksu 22 736 74 09 bądź drogą elektroniczną na adres info@neomedpolska.pl. Odwołujący stanowczo oświadcza, że na żadnym etapie postępowania nie otrzymał od Zamawiającego żadnego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający nie wzywał także Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przesłania kart katalogowych. Takie wezwanie byłoby zresztą nieuprawnione, a to wobec braku wymagania w treści SIWZ złożenia, na jakimkolwiek etapie postępowania, kart katalogowych oferowanych materiałów. Odwołujący czuje się w obowiązku odnieść w tym miejscu do twierdzenia Zamawiającego, jakoby wykonawca Neomed B.S. w dniu 30 sierpnia 2018 r. przesłał karty katalogowe oferowanych produktów. Po przeprowadzeniu wewnętrznego „dochodzenia” w firmie Neomed B.S. ustalono, że pracownik Zamawiającego - pan R.T. nawiązał telefoniczny kontakt z panią A.K. będącą Specjalistą ds. Produktów w firmie Neomed B.S., zwracając się z prośbą o przesłanie kart katalogowych materiałów, jakie oferuje firma Odwołującego. W odpowiedzi na tę telefoniczną prośbę pani A. K. wysłała na adres mailowy p. R.S. skan kart katalogowych różnych materiałów. Odwołujący podniósł, że przekazane mailowo w dniu 30

sierpnia 2018 r. skany kart nie dotyczą materiałów zaoferowanych przez Odwołującego w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Przesłane skany kart dotyczą ogólnej, standardowej oferty produktowej Odwołującego, a nie oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Przekazane karty katalogowe nie zostały też opatrzone jakimkolwiek podpisem wykonawcy bądź producenta, wbrew temu, co jest zawsze praktykowane i przestrzegane przez Odwołującego. Ponadto pani A. K. nie jest osobą upoważnioną do działania w imieniu Odwołującego, ani też nie otrzymała w zakresie tego postępowania przetargowego żadnego upoważnienia do reprezentowania wykonawcy i kontaktowania się z zamawiającym. Jedyne osoby upoważnione do działania w imieniu Odwołującego w prowadzonym postępowaniu jest pani B.S. jako właściciel firmy oraz pan M.W., zgodnie z informacją zamieszczoną w pkt 15 Formularza Oferty Odwołującego. Jego zdaniem, działanie Zamawiającego w sposób rażąco naruszyło przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i prowadzenie tego postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji. Praktyka polegająca na kontaktowaniu się przez przedstawiciela Zamawiającego z osobą nie wskazaną do kontaktów po stronie Odwołującego zasługuje na najwyższą krytykę i jest działaniem poza procedurą, przepisami ustawy Pzp oraz postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy z dużą dozą prawdopodobieństwa, graniczącą z pewnością, stwierdzić, że takie pozaustawowe praktyki nie były zapewne stosowane wobec wykonawcy Bialmed, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. W związku z powyższym dokonanie odrzucenia oferty na podstawie kart katalogowych pozyskanych z naruszeniem określonych w Rozdziale X SIWZ (ustalonych przecież przez samego Zamawiającego!) zasad porozumiewania się i jednocześnie kart nie dotyczących przedmiotu zamówienia zaoferowanego w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego, należy uznać za bezpodstawne. Zamawiający nie jest w posiadaniu dowodu, z którego wynika, że przedmiot oferty Odwołującego jest zarówno niezgodny z treścią SIWZ, jak i posiada charakterystykę wskazaną w kartach katalogowych pozyskanych poza procedurą postępowania o udzielenie zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 91 ust. 1.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, bowiem zawiera ona najniższą ceną, a cena była jedynym kryterium oceny ofert określonym w SIWZ.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem jej art. 87 ust. 1.

Odwołujący podkreślił, że stawia powyższy zarzut z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, iż przedmiot zamówienia oferowany w pozycjach 71-73 i 91 Arkusza kalkulacyjnego wyceny zamawianych materiałów wymaga wyjaśnień ze strony Odwołującego. W szczególności Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, czy zaoferowany przez niego pojemnik do zużytych igieł posiada dwustronną pokrywkę (poz. 71 - 73), a przyrząd do przetaczania płynów infuzyjnych posiada komorę o długości minimum 65 mm. Tymczasem nie ma żadnych wątpliwości, że przed odrzuceniem oferty Odwołującego Zamawiający powinien jednoznacznie wyjaśnić kwestię przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez Odwołującego (zwłaszcza, że Zamawiający nie wymagał podania w ofercie informacji o producencie, modelu, symbolu czy o numerze katalogowym materiałów), zwracając się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie. Wskazał na orzeczenie KIO 1454/16: podkreślając, że (...) jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom". Także na wyrok o sygn. akt KIO 1334/16, wskazując, że: „Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy (...) polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia; opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust 1 ustawy, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności:

Po otrzymaniu od firmy Bialmed Sp. z.o.o notatki służbowej dotyczącej treści złożonej oferty „poprosił Wykonawcę NEOMED B.S. o przesłanie kart katalogowych oferowanych produktów w celu zbadania czy zaoferowane produkty spełniają warunki SIWZ. Zamawiający skontaktował się z Panią A.K. będącą pracownikiem wykonawcy NEOMED i obecna na otwarciu ofert z prośbą o przesłanie wybranych pozycji z arkusza kalkulacyjnego co do których

Wykonawca Bialmed Sp. z.o.o zgłosił wątpliwości. W dniu 30.09.2018 Pani A. K. przesłała wszystkie wymagane karty katalogowe w celu weryfikacji z SIWZ, co poświadcza uwaga naniesiona na karty katalogowe przez Odwołującego o treści „Karty katalogowe Wyłącznie do wglądu przez Zamawiającego: ZOZ ul Mickiewicza 23 13-100 Nidzica”, akceptując w ten sposób postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Zamawiającego. Po wstępnej weryfikacji kart katalogowych w dniu 05.09.2018 r. Zamawiający ponownie skontaktował się z Panią A.K. za pośrednictwem poczty email oraz telefonicznie w celu wyjaśnienia karty katalogowej dotyczącej Filtra oddechowego, mechanicznego, bakteryjno-wirusowy z nawilżaniem i zmniejszoną objętością zalegania (45ml), sprawność przeciwbakteryjna 99,99999%, port do gazometrii, sterylny. (pozycja 17 arkusza kalkulacyjnego). Pani A.K. poinformowała Zamawiającego, że doszło do pomyłki i przesłała prawidłową kartę katalogową. Filtr bakteryjny jaki wymagał Zamawiający musi posiadać sprawność bakteryjną 99,99999 94, zaś wstępnie przesłany przez Wykonawcę NEOMED posiadał 99,9999 %..0 Zamawiający dokonał tu należytej staranności i zasad zachowania uczciwej konkurencji dając Wykonawcy NEOMED możliwość uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia, czy oferta spełnia wymagania SIWZ. Zamawiający w procesie oceny przesłanych kart katalogowych stwierdził niezgodność ze SIWZ w dwóch pozycjach o czym pismem z dnia 10.09.2018 poinformował Odwołującego odrzucając jego ofertę. Niezgodność dotyczyła poz. 71-73 arkusza kalkulacyjnego stanowiącego załącznik do SIWZ Zamawiający w tej pozycji wymagał pojemników, które m.in. miały posiadać dwustronną pokrywkę, jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe. Wykonawca zaoferował pojemnik posiadający tylko pokrywkę jednostronną. Niezgodność z SIWZ dotyczyła również pozycji 91 arkusza kalkulacyjnego załączonego do SIWZ Zamawiający w tej pozycji wymagał przyrządów, które m.in. miały posiadać komorę kroplową wykonaną z PP o długości min 65mm, całość wolna od ftalanów (informacja na opakowaniu jednostkowym), igła biorcza ścięta dwupłaszczyznowo wykonana z ABS wzmocnionego włóknem szklanym. Wykonawca zaoferował przyrząd z komorą o długości 60mm, z igłą dwukanałową, a więc niezgodny z SIWZ. Zdaniem Zamawiającego działanie NEOMED B.S. od samego początku mogło mieć na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, że złożona przez tego Wykonawcę oferta jest zgodna z SIWZ. Zarówno Wykonawca, jak i Zamawiający, w procesie udzielenia Zamówienia Publicznego winni dochować należytej staranności i przejrzystości, co w przypadku działań Wykonawcy NEOMED nie miało miejsca. Zgodnie z artykułem 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał

ponadto, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w trakcie badania i oceny ofert ma prawo żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, aby ocenić czy spełnia ona wymogi SIWZ. Przepis ten nie zastrzega szczególnej formy do żądania złożenia wyjaśnień, co oznacza że może to nastąpić także w formie mailowej lub telefonicznej. Postępowanie Zamawiającego zmierzające do zbadania zgodności złożonej oferty z SIWZ, było w pełni transparentne i przejrzyste.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba przede wszystkim stwierdza, że treść Arkusza kalkulacyjnego wyceny zamawianych materiałów (załącznik Nr 2 do SIWZ) - w zakresie spornym co do pozycji 71, poz. 72 i poz. 73 oraz poz. 91 odpowiada wymaganiom specyfikacji, albowiem wykonawca zgodnie z postanowieniami Rozdziału XIII ust. 13 pkt 5 SIWZ w tym Arkuszu, zawarł opisy oferowanych produktów w sposób wymagany SIWZ. Zamawiający w pozycjach 71, 72 i 73 wymagał pojemników, które m.in. miały posiadać dwustronną pokrywkę: jedna strona do zamykania tymczasowego, druga do zamykania na stałe. Z kolei w pozycji 91 Zamawiający wymagał przyrządu do przetaczania płynów infuzyjnych, który m.in. miał posiadać komorę kroplową wykonaną z PP o długości min 65mm, całość wolna od ftalanów (informacja na opakowaniu jednostkowym), igła biorcza ścięta dwupłaszczyznowo wykonana z ABS wzmocnionego włóknem szklanym. Zamawiający w tych opisach – oprócz wskazanych i do którego nawiązywała uwaga pod Arkuszem [„Przy niektórych pozycjach zamawiający podał marki fabryczne zamawianych materiałów ze względu na typ posiadanych urządzeń i zaleceń zamawianych przez producentów tych urządzeń”] nie wymagał podania marki czy producenta produktu. Odwołujący także nie zamieścił żadnych oznaczeń identyfikujących te produkty, m.in. co do marki czy producenta. Zamawiający nie wymagał także złożenia kart katalogowych tych produktów, również na etapie dostawy, zaznaczając tylko we wzorze umowy, że dostarczane materiały medyczne jednorazowego użytku o wymaganych parametrach jakościowych muszą być zgodne w chwili dostawy z przepisami, normami (...). Kluczowa zatem pozostaje informacja zamieszczona na opakowaniu jednostkowym (tak jak w przypadku poz. 91). Izba zwraca uwagę, że także w ofercie konkurencyjnej w Pakiecie nr 1 wykonawca Bialmed sp. z o.o. z Białej Piskiej podobne opisy produktu zawarł w jego ofercie.

Ustalenia Zamawiającego, co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego oparte zostały na informacjach wynikających z kart katalogowych, które przesłał elektronicznie obecny na otwarciu ofert pracownik Neomed (p. A.K.). O takie karty produktów (jak dalej wskazano co do

24 pozycji) wystąpił telefonicznie pracownik Zamawiającego z uwagi na pismo wykonawcy Bialmed z dnia 28.08.2018 r, (oznaczone jako „Notatka służbowa”), który to wykonawca powołując się na jego wątpliwości wskazał na 24 pozycje (w tym 4 pozycje sporne) podnosząc, że ceny oferowane przez Neomed (...) w tych pozycjach wskazują na to, iż zaofertowane produkty nie spełniają wymogów SIWZ”.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał, skąd powziął informacje, które stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Dowiadujemy się o tym dopiero z jego pisma z dnia 12 września 2018 r., które skierował w odpowiedzi na pismo wykonawcy z dnia 11 września 2018 r. W tym piśmie (z dnia 12 września 2018 r.) Zamawiający oświadczył, że na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Neomed B.S. o przesłanie kart katalogowych wybranych produktów, w celu sprawdzenia zgodności oferty ze Specyfikacją istotnych Warunków Zamówienia, który to wykonawca w dniu 30.08.2018 r. przesłał takie karty katalogowe.

Izba ustaliła, że takie wezwanie zostało skierowane telefonicznie do p. K. obecnej na otwarciu ofert, podczas gdy zgodnie z treścią oferty (pkt 15) osobą odpowiedzialną za kontakty z Zamawiającym był p. M.W. , zaś korespondencję związaną z niniejszym postępowaniem należało kierować na numer faksu 22 736 74 09 bądź drogą elektroniczną na adres info@neomedpolska.pl.

Niewątpliwie taki telefoniczny kontakt z pracownikiem wykonawcy (którego treść nie jest *de facto* znana i dodatkowo z nieumocowaną osobą do działania w imieniu wykonawcy w takim zakresie) nie może być w stanie faktycznym sprawy zakwalifikowany jako wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przesłania kart katalogowych. Praktyka polegająca na kontaktowaniu się przez przedstawiciela Zamawiającego z osobą nie wskazaną do kontaktów po stronie Odwołującego w celu ustalenia treści oferty niewątpliwie jest działaniem poza procedurą dopuszczoną przepisami ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zasługuje na krytykę. Ponadto pani A. K. nie była osobą upoważnioną do działania w imieniu Odwołującego, ani też nie otrzymała w zakresie tego postępowania przetargowego żadnego upoważnienia do reprezentowania wykonawcy i kontaktowania się z Zamawiającym. Jedynymi osobami upoważnionymi do działania w imieniu Odwołującego w prowadzonym postępowaniu była (jest) pani B.S. jako właściciel firmy oraz pan M.W. , zgodnie z informacją zamieszczoną w pkt 15 Formularza Oferty Odwołującego. Ponadto, takie wezwanie do przedłożenia kart katalogowych na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp w przypadku tego postępowania skierowane tylko do jednego z wykonawców, co do zasady o ile nie uzasadniały tego szczególne okoliczności, byłoby nieuprawnione, a to wobec braku wymagania w treści SIWZ

złożenia, na jakimkolwiek etapie postępowania, kart katalogowych oferowanych produktów. Izba zwraca także uwagę i zgadza się z Odwołującym, że na podstawie przekazanych mailowo w dniu 30 sierpnia 2018 r. skanów kart nie można bezspornie uznać, że dotyczą one materiałów zaoferowanych przez wykonawcę w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Przesłane skany kart mogą dotyczyć ogólnej, standardowej handlowej oferty produktowej Odwołującego, a nie oferty złożonej w tym postępowaniu. Przekazane karty katalogowe nie zostały też opatrzone jakimkolwiek podpisem wykonawcy bądź producenta, na co zwracał uwagę wykonawca. Tym samym te czynności mogły zostać zakwalifikowane jako naruszające zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie kart katalogowych pozyskanych (poza procedurą Pzp) z naruszeniem określonych w Rozdziale X SIWZ (ustalonych przez Zamawiającego) zasad porozumiewania się i w sprzeczności z procedurą określoną w art. 87 ust.1 Pzp, a które to karty mogły dotyczyć ogólnej oferty handlowej tego wykonawcy zostało dokonane z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis wskazany został w zawiadomieniu z dnia 10 września 2018 r. jako podstawa odrzucenia tej oferty. Przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp został z kolei wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 września 2018 r. jako podstawa uzyskanych kart katalogowych, także kwestionowany w odwołaniu został podniesiony w odwołaniu w terminie i z tego też względu Izba stwierdza naruszenie procedury, o której stanowi ten przepis. Procedura wyjaśnień nie może być prowadzona telefonicznie z osobą nieuprawnioną i wynik takich nieformalnych ustaleń nie może stanowić podstawy dla oceny badanej oferty w wyniku której dochodzi, jak w tej sprawie, do jej odrzucenia. Wskazane naruszenia prowadziły do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp i w konsekwencji także podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 Pzp..

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....