Sygn. akt KIO 31/19

WYROK
z dnia 24 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Protokolant:Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**
z siedzibą Łodzi, ul. Puszkina 80, 92516 Łódźw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, ul. Rudolfa Weigla 5, 50981 Wrocław**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:
1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2)ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny**
z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, ul. Rudolfa Weigla 5, 50981 Wrocław
i:
3.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**
z siedzibą Łodzi, ul. Puszkina 80, 92516 Łódź tytułem wpisu od odwołania;
3.2)zasądza od zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, ul. Rudolfa Weigla 5, 50981 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą Łodzi, ul. Puszkina 80, 92516 Łódź** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018 oraz z 2018 r. poz. 1560 i 1693**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 31/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, ul. Rudolfa Weigla 5, 50981 Wrocław wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa testów immunochromatograficznych, barwników i odczynników do metod manualnych przez okres 24 miesięcy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 28.09.2018 r. pod nrem 623161N2018.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018 oraz z 2018 r. poz. 1560 i 1693) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 4.01.2019 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą Łodzi, ul. Puszkina 80, 92516 Łódź, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa
z siedzibą Łodzi, ul. Puszkina 80, 92516 Łódź, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 9.01.2019 r. do Prezesa KIO odwołanie na:
1)odrzucenie oferty odwołującego, mimo że złożona przez odwołującego oferta odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ");
2)zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego odpowiadała treści SIWZ;
2)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i konsekwencji nie udzielenie zamówienia odwołującemu.

Odwołujący wniósł o:
1)uwzględnienie odwołania w całości;
2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3)nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ;
4)przyznanie na rzecz odwołującego kosztów według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie przed KIO.

Argumentacja odwołującego

1. Wstęp

4.01.2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego gdyż oferta odwołującego nie spełniała wymogów stawianych w SIWZ. Takim zachowaniem zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust.

1 pkt 2 Pzp.

2. Zarzut odrzucenia oferty odwołującego, mimo że oferta odpowiadała treści SIWZ

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując w uzasadnieniu, że treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że zamawiający wymagał zaoferowania
w pozycjach nr 8 i 30 testów kasetkowych wraz z dodatkową kontrolą pozytywną, tymczasem odwołujący w pozycjach tych wpisał po jednym numerze katalogowym dla każdej z ww. pozycji tj. TFO601 oraz IHP602. Dalej zamawiający wskazał, że jego wątpliwości nie zostały rozwiane po otrzymaniu odpowiedzi na wezwania kolejno w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący przedstawił argumentację, dotyczącą braku podstaw do odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zał. nr 2 do SIWZ „Zestawienie asortymentowo cenowe przedmiotu zamówienia – Dostawa odczynników do testów immunochromatograficznych, barwników oraz metod manualnych przez okres 24 miesięcy", zamawiający w poz. 8 żądał dostarczenia zestawu „FOB-krew utajona w kale bez diety – test kasetkowy + kontrola pozytywna w postaci płynnej, tego samego producenta co test" w opakowaniach zbiorczych zawierających 20 testów w 40 opakowaniach na 24 miesiące. Natomiast w poz. 30 – zestawu „*Helicobacter pylori* – antygen w kale – test kasetkowy + dodatkowa kontrola pozytywna" w opakowaniach zbiorczych zawierających 20 testów w 10 opakowaniach na 24 miesiące.

Wymóg konieczności ujęcia w ofercie na pozycje określone w pkt 8 i 30 dodatkowych zewnętrznych kontroli dodatnich był dla odwołującego faktem bezspornym od samego początku. Z uwagi jednak na niedoprecyzowanie przez zamawiającego liczby wymaganych kontroli w stosunku do zamawianych testów odwołujący uznał za konieczne doprecyzowanie tej kwestii, ponieważ cena pojedynczej kontroli jest niewspółmiernie wyższa niż cena pojedynczego testu i jest w sprzedaży detalicznej porównywalna z ceną całego opakowania zbiorczego.

W związku z tymi wątpliwościami mającymi istotny wpływ na oferowaną cenę przedmiotu dostawy wykonawca (odwołujący) zwrócił się pismem z 2.10.2018 r. z pytaniami dotyczącymi podania przez zamawiającego dokładnych liczb wymaganych kontroli dodatnich dla poz. 8
i poz. 30.

Ponadto, w tym piśmie odwołujący wniósł o zmianę kryteriów akceptacji dla formy postaci przedmiotowych kontroli dodatnich, które w sposób rygorystyczny ograniczały możliwość zastosowania dla testu z poz. 8 kontroli dodatniej wyłącznie w postaci płynnej, natomiast pozostawiały dowolność dla testu z poz. 30, pomimo że oba te testy wykorzystywały ten sam materiał biologiczny. Przyjęcie takiego kryterium miało w opinii odwołującego znamiona niedozwolonej preferencji konkretnego wykonawcy, przez dostosowanie kryterium ocen do oferty tego wykonawcy.

W wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ 5.10.2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7 dotyczące poz. 8 odnośnie do wskazania „dokładnej wymaganej ilości kontroli dodatnich dla testów na FOB-krew utajoną (poz. 8), o ile zamawiający nie zamierza zamawiać do każdego testu kontroli dodatniej". Zamawiający wskazał, że „oczekuje kontroli dodatniej, dołączonej do każdego opakowania testów". Pytanie nr 8 zawierało analogiczne pytanie odnoszące się do poz. 30, na które to pytanie zamawiający udzielił identycznej odpowiedzi, tj. wskazał, że „oczekuje kontroli dodatniej, dołączonej do każdego opakowania testów".

Ponadto zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na dostawę dodatniej kontroli zewnętrznej dla poz. 8 również w formie stałej tj. liofilizowanej, która jest obecnie najszerzej stosowaną formą. Jak potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO, m.in. wyrok z 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1624/18 „Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 38 ust. 1 i 2 Pzp stanowi integralną część SIWZ i ocena ofert wykonawców powinna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian SIWZ dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi".

Załącznik nr 2 nie zawiera wymagań w postaci wskazania konkretnego producenta zestawów, czy też konkretnej nazwy własnej produktu, opisując jedynie parametry – cechy, które produkt ten powinien posiadać, a także stwierdzenie, że kontrola powinna być dołączona do każdego opakowania testów. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania graniczne produktu o czym świadczy m.in. załączenie do Oferty Załącznika nr 2 do SIWZ,
w którym odwołujący jednoznacznie wskazuje, że oferowany przez odwołującego produkt spełnia wszystkie warunki określone w tabeli.

Odwołujący w wyznaczonym terminie 8.10.2018 r. złożył ofertę, ujmując w poz. 8 i 30 zewnętrzne kontrole dodatnie w cenie przedmiotu zamówienia stosując przyjęty przez firmę AllTest Biotech (której produkty oferował odwołujący) sposób oznaczenia polegający na zastosowaniu standardowych oznaczeń kodowych głównego produktu, jakim są testy kasetkowe i ujęciu faktu zawarcia dodatkowej kontroli zewnętrznej w opakowaniu zbiorczym w treści etykiety tj. TFO601 (omyłkowo wskazanej zamiast TFO602) dla poz. 8 oraz IHP602 dla poz. 30. Następnie odwołujący złożył wymagane instrukcje obsługi oraz karty katalogowe, z których wynikało, że zaoferowane w ofercie produkty w całości spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego i są zgodne z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ.

Po unieważnieniu wyboru czynności wyboru oferty odwołującego, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający nie zakwestionował treści instrukcji złożonych przez odwołującego pod żadnym względem. Takie działanie jednoznacznie wskazywało, że zamawiający nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do zgodności zaoferowanych przez odwołującego produktów z przedmiotem zamówienia.

W odpowiedzi na kolejne wezwanie do wyjaśnień, dotyczące oczywistej omyłki pisarskiej w kodzie produktu, w piśmie z 17.12.2018 r., odwołujący wyjaśnił, że w przypadku oznaczenia TFO601 w formularzu asortymentowo-cenowym doszło do omyłki pisarskiej przez wpisanie błędnego kodu i błąd ten poprawiono przesyłając skorygowany formularz asortymentowo-cenowy oraz podając informacje dotyczące kodów kontroli zewnętrznych dla poz. 8 i 30. Dodatkowo odwołujący załączył listę wszystkich kontroli (dodatnich i ujemnych) będących w ofercie firmy AllTest Biotech. Jednak zaistniała omyłka nie zmienia faktu, że produkty wskazane przez odwołującego w ofercie oraz złożone instrukcje i dokumenty dotyczyły testów w pełni zgodnych z przedmiotem zamówienia.

Pomimo uzyskania wszelkich wyjaśnień od odwołującego, w ocenie zamawiającego oferta odwołującego w zakresie poz. 8 i poz. 30 była niezgodna z SIWZ z uwagi na niewykazanie kodów kontroli dodatnich, których niewskazanie ma dowodzić niezgodności oferty i zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że brak jest podstaw do stwierdzenia jakichkolwiek niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, a także stwierdzenia braku wskazania kodu kontroli dodatnich wobec niedoprecyzowania takiego wymagania w formularzu asortymentowo-cenowym. Odwołujący zwrócił uwagę na istotne, w zakresie rozpoznawanej sprawy stanowisko KIO z wyroku z 13 grudnia 2016 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 2242/16, w którym KIO przyjęła, że: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie, gdy ma miejsce niezgodność treści ofert z wymogami SIWZ wyartykułowanymi w sposób jednoznaczny".

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z polityką optymalizacji oznaczeń przyjętą przez producenta – na którą odwołujący jako dystrybutor nie ma wpływu – ten sam kod TFO602 może być również przyjęty dla testu kasetkowego na krew utajoną o czułości 40 ng/ml jak i dla testu o czułości 50 ng/ml. Ten sam kod stosowany jest również w przypadku pakowania w opakowania zbiorcze a 25 szt., a 20 szt. czy inne. Oznaczenia kodów ujęte w katalogu firmy AllTest Biotech, są oznaczeniami tylko referencyjnymi, gdyż będąc marką globalną musi korzystać i korzysta z pewnych uproszczeń w stosowanych oznaczeniach kodów, z uwagi na różnorodność wymagań jakościowych i handlowych klientów biorąc pod uwagę również możliwość ich unikalnego charakteru zamówienia, co jest często spotykaną na tynku praktyką. Odwołujący wskazał nadto, że zastosowane przez niego oznaczenia są zgodne z nazewnictwem stosowanym przez tego producenta. Dodatkowo w celu lepszego przedstawienia realiów sprawy, a także ogólnie przyjętego sposobu działania na rynku na którym funkcjonuje odwołujący, odwołujący przedstawił, że taki sposób oznaczeń produktów, oznacza, że jeden kod katalogowy (w tym przypadku TFO602 i IHP602, co potwierdza także poniżej przywołana faktura oraz wyjaśnienia do niej) może odnosić się do wielu wariantów danego testu, który jest wykonywany przez producenta bezpośrednio pod wymagania konkretnie składanego zamówienia, co potwierdza dokumentacja zarówno w języku angielskim, jak i polskim złożona zamawiającemu przez odwołującego w toku postępowania.

Przyjęty przez firmę AllTest Biotech sposób kodowania jest ogólnie przyjętym systemem współpracy tego podmiotu z dystrybutorami na całym świecie i odwołujący jako jeden z dystrybutorów mający w Polsce wyłączność na markę Juscheck, należącą do firmy AllTest Biotech, nie ma jakiegokolwiek wpływu na zmianę polityki kodowania. Odwołujący w ramach swoich wewnętrznych procedur natomiast stosuje swój wewnętrzny system kodowania w taki sposób, który gwarantuje mu sprawne zarządzanie indeksami wewnątrz firmy. Natomiast
w kontaktach z klientami zewnętrznymi odwołujący jest zobowiązany stosować nomenklaturę przyjętą przez producenta.

Dodatkowo, odwołujący wyjaśnił, że w tym kontekście można mówić o pewnej „niestandardowości" zamówienia, która polega na tym, że z uwagi na wymagania stawiane przez zamawiającego, dotyczące zapewnienia jednej kontroli dodatniej dla każdego opakowania zbiorczego, małych gabarytów saszetek dających możliwość zagubienia się jej podczas dostaw – najlepszą formą „dołączenia" kontroli do opakowań zbiorczych byłoby ich zapakowanie razem z kasetkami w opakowaniu zbiorczym. Mając na uwadze te okoliczności, firma AllTest Biotech podjęła decyzję o umieszczeniu 1 szt. saszetki z kontrolą dodatnią w każdym opakowaniu zbiorczym zawierającym 20 szt. testów kasetkowych. Informacja, że opakowanie zbiorcze zawiera kontrolę dodatnią jest podana na opakowaniu, natomiast podstawowe kody produktu tj. TFO602 dla poz. 8 oraz IHP602 dla poz. 30 pozostały niezmienione jako odpowiednie dla zawartości wiodących, którym są testy kasetkowe. Możliwość takiego działania potwierdza odpowiedź udzielona przez zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący przedstawił zamawiającemu fakturę rozliczeniową z ww. producentem, z której jednoznacznie wynika, że katalog nie pełni roli księgi kodów, a numery katalogowe w nim zawarte należy traktować tylko jako referencyjne i odczytywać je wspólnie z informacją na etykiecie.

Pobieżna analiza faktury wskazuje, że kodowi TFO602 odpowiada:

Test kasetkowy na krew utajoną FOB wraz z kontrolą pozytywną o czułości 40 ng/ml
w opakowaniu a 25 szt. – pkt 3 faktury, odpowiadający poz. 8 Załącznika nr 2 do SIWZ:

a) test kasetkowy na krew utajoną FOB o czułości 40 ng/ml w opakowaniu a 25 szt.,
b) test kasetkowy na krew utajoną FOB o czułości 50 ng/ml w opakowaniu a 25 szt.,
c) test kasetkowy na krew utajoną FOB o czułości 40 ng/ml w opakowaniu a 20 szt.

Natomiast kod IHP-602 oznacza:

a) test kasetkowy na H.Pylori antygen w kale wraz z kontrolą pozytywną w opakowaniu a 20 szt. – pkt 5 faktury, odpowiadający poz. 30 Załącznika nr 2 do SIWZ,
b) test kasetkowy na H.Pylori antygen w kale w opakowaniu a 25 szt.,
c) test kasetkowy na H.Pylori antygen w kale w opakowaniu a 20 szt.

Dowód: faktura nr A0449007 z 28.12.2018 r.

Z załączonego skanu faktury obejmującego pozycje poz. 8 i poz. 30, które zostały potwierdzone jeszcze po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że oferta odwołującego bez wątpliwości jest zgodna z wymaganiami SIWZ określonymi przez zamawiającego i nie zasługiwała na odrzucenie.Jak wskazała KIO w wyroku z 13 marca 2018 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 346/18 „Niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp 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, opisania 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 przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ – na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp". Dodatkowo KIO w wyroku z 11 września 2017 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1815/17, rozważając problematykę niezgodności treści oferty z treścią SIWZ przyjęła, że: „O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają postanowieniom SIWZ".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania, w ocenie odwołującego, zamawiający posiadając wszystkie powyżej wskazane informacje nie miał jakichkolwiek podstaw do twierdzeń o rzekomej niezgodności oferty odwołującego z SIWZ,
a tym samym do unieważnienia czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wobec tego odwołujący nie znalazł żadnego racjonalnego argumentu, który umożliwiałby odrzucenie oferty odwołującego i zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej uwzględniając określone przez zamawiającego kryteria.

3. Rekapitulacja stanowiska odwołującego

Reasumując, przyjęty przez odwołującego w formularzu asortymentowo-cenowym system oznaczeń jest zgodny z przyjętym przez firmę AllTech Biotech systemem oznaczeń w sytuacjach niestandardowych, tak jak ma to miejsce w

rozpoznawanym postępowaniu. Co więcej, zamawiający wykorzystał w sposób wyczerpujący wszelkie dostępne instrumenty, które pozwalały zamawiającemu na rozwianie jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do zgodności zaoferowanych produktów z SIWZ. W ocenie odwołującego, całokształt przedstawionych na wezwania zamawiającego dokumentów i wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, że oferta odwołującego jest zgodna z SIWZ i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił się naruszeń szeregu przepisów Pzp. Na skutek naruszeń oferta złożona przez odwołującego została odrzucona. Wnioski prowadzą do uznania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 9.01.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 10.01.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez odwołującego – lista przewozowa wraz
z etykietami w zakresie spornych testów (w języku angielskim) i na liście przewozowej są zaznaczone na żółto sporne testy celem wykazania, że oznaczenie odpowiednio TFO-601 lub IHP-602 jest stosowane jako numer katalogowy dla kilku zestawów testów kasetowych, czyli na potwierdzenie stanowiska, że oznacza się tym samym numerem katalogowym testy kasetkowe zawierające 25 lub 20 testów oraz potwierdzenie, że to samo oznaczenie odnosi się do rożnej czułości testów i to zarówno tych, które zawierają kontrole pozytywne, jak i nie zwierające takiej kontroli.

W ocenie Izby, oba zarzuty – zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta odwołującego odpowiadała treści SIWZ oraz zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał wskazania w wypełnionym zał. nr 2 do oferty numerów katalogowych oferowanych przedmiotów zamówienia, ale także zamawiający ustanowił w rozdz. IV ust. 2 pkt 1 SIWZ aby wykonawca, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą dostarczył na wezwanie zamawiającego cyt. »Dokładny opis oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie parametrów wymaganych przez zamawiającego w formie prospektów, zdjęć, katalogów, instrukcji obsługi, kart charakterystyki itp. w języku polskim […]«. Ponadto zamawiający w identycznych odpowiedziach na pyt. 7 i 8 doprecyzował, że cyt. »Zamawiający oczekuje kontroli dodatniej, dołączonej do każdego opakowania testów«.

Obecny odwołujący wpisał m.in. w zał. nr 2 do oferty w wierszu nr 8 numer katalogowy testu kasetkowego »TFO601«, a w wierszu nr 30 – »IHP602«. Następnie na wezwanie zamawiającego z 22.10.2018 r. odwołujący w wyznaczonym terminie przesłał wymagane instrukcje i karty charakterystyki. Jednak po wyborze oferty odwołującego drugi z wykonawców złożył do zamawiającego informację o nieprawidłowościach znajdujących się w ofercie odwołującego. Mimo że informacja ta nie była złożona w żadnym trybie, a szczególnie w trybie art. 181 ust. 1 Pzp zamawiający uwzględnił zawarte tam stanowisko i zamawiający 30.11.2018 r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty. Art. 181 ust. 1 Pzp brzmi »Wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2«. Jednocześnie
z zawiadomieniem o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający 30.11.2018 r. wezwał odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokładnych informacji i dokumentów cyt. »w zakresie dodatkowych kontroli dodatnich zaoferowanych
w pozycjach nr 8 i nr 30«. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Odwołujący 3.12.2018 r. w wymaganym terminie przesłał odpowiednie instrukcje. Zgodnie z tym samym przepisem art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający 14.12.2018 r. kolejny raz wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie cyt. »[1] rozbieżności numerów katalogowych dla FOBkrew […] w poz. 8. […] [2] braku numeru katalogowego
w zestawieniu asortymentowocenowym dla kontroli pozytywnej zaoferowanej w poz. 8 i poz. 30«. Znowu odwołujący w wymaganym terminie przesłał zamawiającemu odpowiedź. Odwołujący wskazał, że w ofercie omyłkowo wpisał nr katalogowy TFO601 zamiast TFO602, ale wszystkie dokumenty zostały dołączone na właściwy numer katalogowy preparatu TFO602, podobnie wycena dotyczyła właściwego preparatu TFO602. Podobnie odwołujący poinformował zamawiającego o numerach katalogowych cyt. »kontroli pozytywnych zaoferowanych w poz. 8 i poz. 30 […]«.

W efekcie zamawiający 7.01.2019 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Zamawiający podał przyczynę odrzucenia oferty odwołującego (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) – cyt. »oferta wykonawcy nie jest zgodna z SIWZ w zakresie: (1) poz. 8 – test kasetkowy i dodatkowa kontrola dodatnia; (2) poz. 30 – test kasetkowy«. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że wskazana cyt. »niezgodność nie nosi znamion omyłki, którą można poprawić działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jej poprawienie spowoduje istotne zmiany w treści oferty«. I na to odrzucenie oferty odwołujący 9.01.2019 r. wniósł odwołanie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie wziął pod uwagę, że zaistniała omyłka w zakresie wpisania w jednym miejscu oferty numeru 601 zamiast numeru 602 oraz dołączenia do oferty *sensu largo* (zwłaszcza w różnych wyjaśnieniach) dokumentów i oświadczeń odwołującego wskazujących na oferowanie preparatu o właściwym numerze 602. Jednocześnie Izba musi stwierdzić, że poprawianie omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zależy w znaczącej mierze od oglądu sprawy przez zamawiającego i jego decyzji czy można daną omyłkę uznać jako niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jednak zamawiający poza stwierdzeniem, że poprawa tej omyłki spowoduje istotne zmiany w treści oferty nie przedstawił żadnych na to argumentów.

Ponadto Izba dostrzega, że zgodnie z zał. nr 2 do SIWZ zamawiający nie wymagał wyszczególniania w ofercie w oddzielnych pozycjach kodów kontroli dodatnich dotyczących poz. 8 i 30. Odwołujący nie uchyla się od dołączenia do przedmiotu zamówienia kontroli dodatnich dotyczących do każdego opakowania testów w poz. 8 i 30.

Dlatego Izba musi uznać, że zamawiający powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego i powtórnie zbadać ofertę odwołującego pod katem wymagań zamawiającego przedstawionych w SIWZ oraz wykazania spełnienia przez odwołującego wymogów postawionych przez zamawiającego.

Izba nie bierze pod uwagę pierwszego wyboru ani zarzutu wyrażonego na rozprawie, że zamawiający sugerował się nieformalnymi zarzutami innego wykonawcy. Izba stwierdza, że zamawiający badając oferty powinien brać pod uwagę wszystkie okoliczności, a w tym również argumenty uzyskane nieformalnie. Nie muszą one być wnoszone tylko w trybie przewidzianym w szczególności w art. 181 ust. 1 Pzp.

Na stanowisko Izby nie mógł wpłynąć dowód wniesiony przez odwołującego w postaci listy produktów i etykiet, gdyż został wniesiony w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……