Sygn. akt KIO 777/21

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie 6 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2021 r. przez wykonawcę **Farmator Sp. z o.o., ul. Olsztyńska 20, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku, ul. Hoene Wrońskiego 4, 80-210 Gdańsk**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Farmator Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 777/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa odczynników i surowic do badań z zakresu serologii grup krwi" - ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00005613/01 z 2021-02-05 („Postępowanie"). Wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa niż progi unijne.

Odwołujący: Farmator sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu wniósł odwołanie i zaskarżył czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na uznaniu, że:

1)oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu:

2)oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń:

3)oferta złożona przez wykonawcę "PROPLASMA" H., T. S.J., dalej jako „Proplasma" spełnia wymogi określone w SWZ w zakresie wykazania przedmiotowymi środkami dowodowymi, iż oferowane dostawy spełniają wymagania SWZ:

4)wykonawca Proplasma spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie potwierdza przesłanek wykluczenia z postępowania:

5)Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności:

6)Zamawiający zachował się zgodnie z wymogami określonymi przez siebie w SWZ i nie zapłacił Odwołującemu za złożone próbki.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie dokonał czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, w szczególności nie wzywał do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez ocenę, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, podczas gdy Odwołujący przedłożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe;

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez uznanie, że oferta wykonawcy Proplasma potwierdza zgodność z warunkami zamówienia, podczas gdy z przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę Proplasma nie wynika spełnienie wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez uznanie, że wykonawca Proplasma wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, podczas gdy z podmiotowych środków dowodowych nie wynika spełnienie tych okoliczności;

5)art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 2 oraz art. 128 ust. 1 oraz w zw. z art. 255 pkt 6 PZP przez dokonanie czynności

wskazania różnych terminów uzupełnienia środków dowodowych dla Odwołującego i dla wykonawcy Proplasma, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany równo traktować wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

6)art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 77 ust. 1 oraz ust. 3 PZP przez dokonanie pozornej czynności zwrotu próbek złożonych przez Odwołującego, podczas gdy Zamawiający w treści SWZ wskazał, że wykonawca ma prawo złożyć fakturę za złożone próbki (co Odwołujący uczynił), a Zamawiający nie dokonał tej czynności.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wniósł o:

-unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

-unieważnienie czynności wyboru oferty Proplasma jako najkorzystniejszej,

-powtórzenie oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

-nakazanie odrzucenia oferty Proplasma, ewentualnie nakazanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

ewentualnie - jeżeli którekolwiek z żądań wskazanych w pkt 5 lub 6 nie znalazłoby uznania w oczach KIO - nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

5 marca 2021 r. Odwołujący uzyskał informację o dokonaniu oceny złożonych ofert w Postępowaniu, odrzuceniu ofertę Odwołującego oraz o wyborze oferty Proplasma jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

1.1-1.5 Postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa odczynników i surowic do badań z zakresu serologii grup krwi jest prowadzone w trybie podstawowym wariant bez negocjacji, na podstawie przepisu art. 275 pkt 1 PZP. Termin składania ofert został wyznaczony na 17 lutego 2021 r.

SWZ oraz Odpowiedzi na pytania wykonawców (w dokumentacji Postępowania).

Oferty złożyło 2 wykonawców. 5 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - wykonawcy Proplasma oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

2.ROZWINIĘCIE ZARZUTÓW

2.1Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP

2.1.1Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 b PZP, odrzuca się ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

2.1.2-2.1.4Zamawiający nie dokonał względem Odwołującego badania i oceny jego sytuacji podmiotowej. Nie zażądał złożenia podmiotowych środków dowodowych od Odwołującego. Trudno uznać, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wiadomo jeszcze, którego z warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w przepisie art. 112 ust. 2 PZP, Odwołujący rzekomo miał nie spełnić. Mając powyższe na uwadze Zamawiający dokonał błędnie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Nie dokonując badania podmiotowych środków dowodowych, nie mógł stwierdzić niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Jak wskazywała KIO w zakresie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Pzp (który stanowił tożsamą treść jak przepis art. 226 ust. 1 pkt 2b PZP - lecz zamiast odrzucenia oferty przewidywał wykluczenie wykonawcy), „warunki udziału w postępowaniu powinny być określone precyzyjnie, a wykluczenie wykonawcy z postępowania (...) może nastąpić tylko wtedy, gdy nie zostało wykazane spełnianie wymagań, które zostały wprost i precyzyjnie wyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ" (KIO 1515/20).

2.1.5-2.1.8Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Zachowując przy tym zasady udzielania zamówień publicznych określone w przepisie art. 16 pkt 1 i 2 PZP, Zamawiający nie uczynił zadość wymogom przed nim postawionym. Nie można mówić o jakiejkolwiek przejrzystości wykonywanych działań przez Zamawiającego w przypadku, gdy Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego, de facto, bez podstawy faktycznej i prawnej. Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

2.2Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP.

Zgodnie z treścią informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż „Farmator Sp. z o.o. złożył niekompletne i niezgodne z wymaganiami wskazanymi w SWZ uzupełnienia. W uzupełnieniach brak jest tłumaczeń na język polski Certyfikatów analitycznej oceny każdego odczynnika". Nie sposób się z takim stwierdzeniem zgodzić.

Po pierwsze, Odwołujący dołączył tłumaczenia złożonych przedmiotowych środków dowodowych, zarówno razem z ofertą jak i w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia.

Po drugie, Zamawiający nie określił, jaki przedmiotowy środek dowodowy został rzekomo błędnie złożony. Nie wskazał, który przedmiotowy środek dowodowy został złożony w języku obcym, a nie zostało złożone tłumaczenie na język polski. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „kluczowym do skorzystania z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty. Uzasadnienie czynności Zamawiającego musi wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować" (wyrok z 2 listopada 2020 r., KIO 2388/20).

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie dokonał tej czynności w sposób należyty, co uniemożliwia Odwołującemu dokładne zweryfikowanie podjętej przez Zamawiającego czynności. Zgodnie z najlepszą

wiedzą Odwołującego, złożył on wszystkie wymagane dokumenty z tłumaczeniem na język polski, stąd też niemożliwe jest uznanie, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu.

Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

2.3Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP

Zgodnie z podmiotowymi środkami dowodowymi, które Odwołujący otrzymał od Zamawiającego, a które zostały przedłożone przez wykonawcę Proplasma, nie wynika, aby wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.
Wskazać bowiem należy, że zgodnie z treścią pisma, które wykonawca Proplasma złożył wraz z ofertą, od 8.02.2021 r. podmiot ten funkcjonuje jako spółka jawna, poprzez przekształcenie ze spółki komandytowej. Natomiast wykonawca przekazał następujące dokumenty dla podmiotu Proplasma sp. z o.o. sp.k.:

1)Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek - z dnia 10.02.2021 r.:

2)Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości - z dnia 11.02.2021 r.

Nie sposób zatem uznać, aby te podmiotowe środki dowodowe zostały złożone w sposób prawidłowy. Skoro wykonawca Proplasma funkcjonuje, co najmniej, od 8.02.2021 r., jako spółka jawna, to przedkładanie podmiotowych środków dowodowych wystawionych po terminie przekształcenia na rzecz innego podmiotu nie może być uznane za wykazanie braku podstaw do wykluczenia. Podkreślić należy, że to wykonawca ma obowiązek udowodnić brak podstaw do wykluczenia. Wykonawca Proplasma nie przedkładając prawidłowych dokumentów, nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że nie spełniają się podstawy wykluczenia z postępowania. Domniemywanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert informacji, które nie wynikają ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, aby możliwe było uznanie, że konkretny wykonawca potwierdził brak podstaw do wykluczenia go z postępowania, narusza przepisy PZP. Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

2.4Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP.

2.4.1Wskazać w tym miejscu należy, że Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji złożonych przez wykonawcę Proplasma przedmiotowych środków dowodowych.

2.4.2Sam Zamawiający w treści SWZ wskazał, że „Certyfikaty analitycznej oceny każdego odczynnika zawierające - nazwa producenta, nazwa klonu, ; klasa przeciwciał, swoistość, zakres temperatur przechowywania, termin ważności".

2.4.3Nie wszystkie certyfikaty posiadają informację dotyczącą swoistości - w pozycjach nr 10, 14, 19, 21, 22, 24, 28, 29. Oznacza to, że te przedmiotowe środki nie potwierdzają okoliczności, których wymagał Zamawiający.

2.4.4Tym bardziej jest to istotne, że Zamawiający nie może wezwać do uzupełnienia tych przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie bowiem z przepisem art. 107 ust. 2 PZP można dokonać uzupełnienia wyłącznie w przypadku, gdyby wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub gdyby okazały się niekompletne. Złożone przez wykonawcę Proplasma przedmiotowe środki dowodowe natomiast nie potwierdzają okoliczności wymaganych przez Zamawiającego, stąd niemożliwe będzie ich uzupełnienie.

2.4.5Mając powyższe na uwadze, oferta wykonawcy Proplasma winna być Odrzucona.

2.5Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 107 ust. 2 oraz art. 128 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 255 pkt 6 PZP.

2.5.1W pierwszej kolejności wskazać należy,- że Zamawiający w różny sposób traktował wykonawców. Odwołujący otrzymał de facto 2 dni robocze na uzupełnienie próbek, natomiast Zamawiający na uzupełnienie tłumaczenia przedmiotowych środków dowodowych dał wykonawcy Proplasma 7 dni kalendarzowych (5 dni roboczych). Tak rażące nierówne traktowanie nie przystoi Zamawiającemu i nie jest możliwe akceptowanie takiego działania, w oparciu o art. 16 pkt 1 PZP.

2.5.2Dodatkowo, czynności Zamawiającego miały na celu doprowadzenie do zgodności oferty złożonej przez wykonawcę Proplasma z SWZ, a wobec Odwołującego nacechowane były na odrzucenie oferty. Wobec wykonawcy Proplasma Zamawiający podjął szereg czynności, w tym poprawianie złożonych podmiotowych środków dowodowych na błędnej podstawie prawnej (wykaz dostaw, daty i kwoty), a wobec Odwołującego żadnej nawet zbliżonej czynności nie podjął.

2.5.3Dodatkowo, w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał na informacje, których PZP zabrania ujawniać - kto złożył wnioski o wyjaśnienie treści SWZ (Odwołujący), w jakich terminach tego dokonał, a także kiedy podejmował czynności na platformie zakupowej (np. pobranie SWZ). Żadna z tych informacji nie powinna zostać ujawniona, co stanowi naruszenie naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych.

2.5.4Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

2.6Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 77 ust. 1 oraz ust. 3 PZP.

Zgodnie z treścią SWZ [część III, ust. 9 pkt 1)], „Zamawiający informuje, że może ponieść koszty próbek otrzymanych do postępowania o zamówienie publiczne, w związku z tym Wykonawcy mogą wystawić fakturę VAT za próbki, obciążającą Zamawiającego. Faktura winna być dołączona do próbek lub przesłana w formie elektronicznej na adres sekretariat@krew.gda.pl. Cena za ww. nie może być wyższa niż oferowana przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne".

Powyższe jasno wskazuje, że Zamawiający zobowiązał się ponieść koszty próbek składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca miał zatem prawo wystawić fakturę obciążającą Zamawiającego.

Odwołujący wystawił fakturę obciążającą Zamawiającego, z terminem płatności do dnia 01.03.2021 r. Zamawiający, w odpowiedzi na otrzymaną fakturę wskazał, iż [cyt.] „Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku w

nawiązaniu do poniższego emaila informuje, ze termin płatności na załączonej fakturze jest niezgodny z Państwa ofertą złożoną w naszym postępowaniu przetargowy. Proszę skorygować termin płatności na zgodny z Państwa ofertą - w zał." (wiadomość e-mail z dnia 23.02.2021 r.)

Nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem.

Wskazać należy, że, nie można wiązać terminu płatności za próbkę z terminem płatności w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego czy z terminem związania z ofertą. Każdy z tych terminów dotyczy bowiem innego stosunku prawnego, jaki łączy Zamawiającego z Odwołującym. W przypadku terminu związania ofertą czy terminu płatności wynagrodzenia, został on jasno określone czy to przez ustawodawcę w ramach przepisów PZP czy przez samego Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

W drugiej kolejności, nie sposób uznać, aby można było nakładać na Odwołującego, jakikolwiek obowiązek ustalenia terminu płatności faktury w przypadku, gdy Zamawiający nie określił tej kwestii w treści SWZ. Byłby to obowiązek nadmierny, niczym nieuzasadniony i niezgodny z zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w przepisie art. 16 PZP, w szczególności równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Po trzecie, w nawiązaniu do argumentu pierwszego i drugiego, skoro Zamawiający nie określił terminu płatności faktury, to Odwołujący mógł samodzielnie określić ten termin, pozostając w granicach prawa w zakresie długości tego terminu. Skoro tak, to Odwołujący uczynił zadość wszelkim tego rodzaju wymaganiom. Złożona przez niego faktura jest zgodna z przepisami właściwymi dla sporządzania faktur, a termin płatności jest zgodny z przepisami prawa.

Tym bardziej jest to istotne, że Zamawiający 10.03.2021 r. poinformował Odwołującego, że dokonał wadliwej (i de facto – pozornej) czynności zwrotu próbek. Nie ma żadnego dowodu na dokonanie takiej czynności. Niemniej jednak, Odwołujący wskazuje, że uprawnienie do złożenia faktury i żądania zapłaty za próbki wynika wprost z SWZ. Wszelkie działania, które próbował podjąć Zamawiający, aby uchylić się od zapłacenia faktury, stanowią naruszenie naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych i stanowią; o realnej szkodzie i uszczupleniu finansów Odwołującego.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na przebieg Postępowania.

Strony postępowania odwoławczego złożyły na rozprawie oświadczenia:
Odwołujący przypomniał, iż zamawiający nie dokonał badania spełniania przez odwołującego warunków podmiotowych. Przypomniał treść specyfikacji (strona 2 E), gdzie określono wymogi złożenia opisów i certyfikatów jakości wskazując, iż dopuszczono złożenie certyfikatów w języku obcym. Są to dokumenty prawnie dopuszczone w tej formie. Natomiast instrukcje obsługi bezspornie powinny być w języku polskim zgodnie z siwz. Stwierdził, że w decyzji o odrzuceniu oferty (strona 3) zamawiający dokonał niedopuszczalnej nowej interpretacji specyfikacji, a złożone dokumenty były z nią zgodne.
Podtrzymał zarzuty dotyczące firmy Proplasma wskazując na brak dowodów na spełnianie przedmiotowych warunków udziału, w tym wymogów określonych na stronie 8 w pkt 5. Składa dokumenty dot. dwóch odczynników wskazując na niezgodność numeru serii badanych odczynników z oferowanymi przez Proplasma próbkami oraz brak dokumentu o autoryzacji. Wskazuje na pozycje 24 i 28 formularza cenowego oferty Proplasma – brak autoryzacji dokumentu przez firmę CE-Immunodiagnostika. Skutkiem wskazanych niezgodności powinno być odrzucenie oferty.
Wybrany podmiot złożył część dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych dot. innego podmiotu powstałego w wyniku przekształcenia (dnia 8 lutego) spółki komandytowej w spółkę jawną.
Wskazał na nierówne traktowanie go przez zamawiającego w porównaniu z konkurentem przez wyznaczania znacząco krótkich terminów na dokonanie określonych czynności (złożenie próbek i certyfikatów).
Podtrzymał zarzut braku rozliczenia się przez zamawiającego w zakresie dostarczonych próbek, co uchybia postanowieniom specyfikacji.
Wniósł o nieuwzględnienie złożonej odpowiedzi na odwołanie stosownie do art. 521 ustawy PZP oraz nieuwzględnienie dokumentacji złożonej z pismem jako niezawierającej dowodów w sprawie. Zakwestionował w szczególności zał 8 z korespondencją email prowadzoną po wniesieniu odwołania oraz zał 15 – dokumentacja fotograficzna. Podkreślił, że w toku postępowania nie wykazano niespełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu pomimo wskazania w tym zakresie przepisów decyzji o odrzuceniu oferty. Przypomniał, że w odniesieniu do wykonawcy wybranego zamawiający dokonywał czynności poprawienia treści tłumaczeń. Podkreślił, że złożył ofertę bez wątpienia w języku polskim, natomiast nie było wprost wymogu złożenia w tym języku dokumentów dla certyfikatów analitycznej oceny stanowiących przedmiotowe środki dowodowe. Wskazał na brak czynności w toku oceny przez zamawiającego w odniesieniu do podmiotu przekształconego i zauważył, że zamawiający dokonywał wyjaśnień już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślił nierówne traktowanie wykonawców i przypomina okoliczności braku rozliczenia za złożone próbki pomimo deklaracji w tym zakresie.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie, uwzględnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i uwzględnienie czynności wyboru oferty Proplasma jako najkorzystniejszej. Uzasadnienie stanowiska przedstawił w formie pisemnej w piśmie oznaczonym jako „odpowiedź na odwołanie" z szeregiem załączników.

Dodatkowo wskazał na otrzymane od Proplasmy oświadczenie dot. pozycji 24 i 28 formularza cenowego, gdzie wyjaśniono, że dostawcą odczynników z tej pozycji jest firma Hydrex, od której odczynniki te pozyskał.
Stwierdził, że poprawienie w ofercie wybranej omyłki dotyczyło jednego wyrazu. Natomiast brak w zakresie treści w języku polskim dokumentów u odwołującego dotyczył 33 pozycji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie
z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w szczególności postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, treść ofert złożonych zamawiającemu, a także treść wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w toku badania i oceny ofert, mając nadto na względzie stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, jako że w razie potwierdzenia zasadności zarzutów odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, a w związku z tym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w odmiennej sytuacji, tj. w razie udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On, wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W poczet dokumentacji postępowania odwoławczego zaliczono pisemne stanowisko zamawiającego złożone do akt jako załącznik do protokołu rozprawy, a tym samym oddalony został wniosek odwołującego o nieuwzględnienie tego dokumentu, który stwierdził, że wobec określenia go jako „odpowiedź na odwołanie", złożony został naruszeniem art. 521 ust. 1 ustawy pzp tj. z przekroczeniem terminu.

Za uzasadniony uznać należy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez uznanie, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę że zamawiający nie dokonał czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego. W treści decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego okoliczność taka nie została przedstawiona.

Jak wynika z tej decyzji faktyczną jej podstawą był brak przedmiotowych środków dowodowych wymaganych przez zamawiającego w zakresie złożenia stosownych próbek i dotyczących ich dokumentów mających posłużyć do oceny spełnienia warunków wymaganych dla pozacenowego kryterium oceny ofert pod nazwą Parametry jakościowe. Właściwa zatem podstawa prawna czynności z punktu widzenia zamawiającego to art. 226 us.t 1 pkt 2c ustawy, o ile poprawnie zostały ustalone okoliczności faktyczne. Jak stwierdził zamawiający w piśmie „Rozstrzygnięcie postępowania o zamówienie publiczne" z dnia 5 marca 2021 r. z powołaniem na wcześniejsze wezwania i pouczenia kierowane do wykonawcy, Farmator sp. z o.o. złożył niekompletne i niezgodne z wymaganiami wskazanymi w SWZ uzupełnienia.

„W uzupełnieniach brak jest tłumaczeń na język polski Certyfikatów analitycznej oceny każdego odczynnika. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w języku polskim. „Wymóg złożenia dokumentów w języku polskim wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Tu wskazano kilka miejsc w specyfikacji, w tym „Oferta musi być sporządzona w języku polskim w części I/…/, a także z podobną treścią, zasadniczo w brzmieniu: „opisy to jest instrukcje używania w języku polskim i certyfikaty analitycznej oceny każdego odczynnika /…/.

Mając na względzie, iż wykonawca nie dostarczył na wezwanie wraz z próbkami dokumentów wymaganych w specyfikacji co do treści, formy oraz języka sporządzenia, decyzja zamawiającego jest zasadna.

Odnośnie zarzutu podniesionego w odwołaniu wobec wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w ocenie składu orzekającego wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do jego wykluczenia. Fakt przekształcenia podmiotu ze spółki komandytowej w spółkę jawną, co potwierdza dokument rejestrowy z dnia 8 lutego 2021 r., co do zasady nie narusza ciągłości prawnej podmiotu przekształconego na podstawie przepisów prawa. W szczególności sukcesja nie stanowi przeszkody do wykazywania zamawiającemu spełniania warunków udziału na gruncie obowiązków podatkowych i składek na ubezpieczenia społeczne.

W konsekwencji zarzuty wadliwego wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą i niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji stwierdzając, że odwołanie podlega oddaleniu z przyczyn merytorycznych zgodnie z art. 553 ustawy pzp, a nie odrzuceniu, jak wnioskował zamawiający w swoim stanowisku wobec braku ku temu przesłanek opisanych w art. 528 ustawy pzp..

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……...