

WYROK

z dnia 18 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 15 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawcę PZ CORMAY S.A. z siedzibą w Łomiankach w postępowaniu prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Sosnowcu

przy udziale wykonawcy BECKMAN COULTER POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PZ CORMAY S.A. z siedzibą w Łomiankach zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PZ CORMAY S.A. z siedzibą w Łomiankach tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 1719/22

Uzasadnienie

Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Sosnowcu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa odczynników laboratoryjnych do wykonywania badań biochemicznych wraz z

dzierżawą analizatora, odczynników do analizatora parametrów krytycznych ABL 90 Flex Plus, testów jakościowych do wykrywania obecności antygeny SARS-CoV-2.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej w dniu 22 marca 2022 pod nr 2022/S 057-148696.

Wobec rozstrzygnięcia postępowania i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BECKMAN COULTER POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w zakresie Pakietu nr 1 ww. postępowania, w dniu 27 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PZ CORMAY S.A. z siedzibą w Łomiankach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-222), przy. Alejach Jerozolimskich 181A
- 3) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie, tj. dokonanie poprawienia tzw. innej omyłki w ofercie wykonawcy opisanego w pkt 2 w sytuacji gdy jego oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5, 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówieni oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny tzn. jest niedoszacowana
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na 1) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 5) wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy 1).

Odwołujący wskazał, że zarzuca także naruszenie art. 16 pkt 2 Pzp, tj. zasady przejrzystości albowiem zamawiający nie wytłumaczył w decyzji o rozstrzygnięciu postępowania metodologii dokonania „wyliczenia” rzekomych omyłek (poprawienia innej omyłki) i dokonanych zmian w ofertach, tym samym także tę czynność dokonania poprawy innej omyłki i dokonania nieuprawnionych zmian w ofercie objął treścią odwołania.

Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty Beckman Coulter Polska sp. z o.o., a w wyniku tej czynności jej odrzucenia na podstawie wszystkich podniesionych zarzutów
3. nakazanie wykonania żądania alternatywnego w razie nie uwzględnienia żądania nr 2, tj. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i aby wynikowo zamawiający dokonał ewentualnego doliczenia do wartości oferty, sztucznie zaniżonej ilości kalibratorów (poprawienia innej omyłki), albowiem doliczenie wartości brakujących kalibratorów ma wpływ na końcową wartość oferty i zmianę rankingu wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zupełnie „nie wiadomo” w jaki sposób zamawiający dokonał „wyliczeń”, na podstawie których dokonano poprawienia rzekomych omyłek i zmian w ofercie wykonawcy Beckman Coulter Polska sp. z o.o., „z niczego one nie wynikają”, nie podano na jakiej podstawie zostały przyjęte i dlaczego akurat „ten sposób wyliczenia” miały być właściwy, co miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że zarzut dotyczy zaoferowanej ilości kalibratora System Calibrator nr. Kat.66300. Odczynnik ten powinien być zaoferowany w ilości uwzględniającej stabilność po rekonstrukcji odczynnika i zabezpieczyć cały czas trwania

kontraktu. Stabilność kalibratora po rekonstytucji dla ALP, ALT, AST, Amylase, CK-NAC, GGT, LDH, HBDH i Cholinesterase wynosi 8 godzin w temperaturze lodówki a mrożenie jest niezalecane. Odwołujący wskazał, że powyższe oznacza, że kwestionowana oferta nie jest zgodna z warunkami zamówienia, została ona niedoszacowana tym samym zawiera błąd w obliczeniu ceny a poprzez zamiar zniżenia ceny oferty, wykonawca Beckman Coulter Polska sp. z o.o. popełnił czyn nieuczciwej konkurencji opisany w odwołaniu. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przypadku innych kalibratorów Zamawiający uwzględnił stabilność i doliczył (poprawił rzekomą omyłkę) o wymagane ilości opakowań tak aby zabezpieczyć 1 095 dni kontraktu.

Ponadto Odwołujący zauważył, że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Beckman Coulter Polska sp. z o.o. oznacza także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tj. (Dz. U. z 2021 r., poz. 289 z późn. zm.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym Pzp zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca BECKMAN COULTER POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca ten na posiedzeniu złożył pisemne stanowisko w sprawie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania, odpowiedź na odwołanie, pisemne stanowisko Przystępującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca BECKMAN COULTER POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej przystępujący).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę włączyła do materiału dowodowego dowody przedstawione przez Strony i uczestnika postępowania w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, zgodnie z SWZ, że Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników laboratoryjnych do wykonywania badań biochemicznych wraz z dzierżawą analizatora, odczynników do analizatora parametrów krytycznych ABL 90 Flex Plus, testów jakościowych do wykrywania obecności antygeny SARS-CoV-2. Zamówienie składa się z 3 części tzw. Pakietów:

Pakiet nr 1 - dostawa odczynników do wykonywania badań biochemicznych wraz z dzierżawą analizatora

Pakiet nr 2 - dostawa odczynników do analizatora parametrów krytycznych ABL 90 Flex

Plus

Pakiet nr 3 - dostawa testów jakościowych do wykrywania obecności antygeny SARS-CoV-2.

Przy czym odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego podjętych odnośnie Pakietu nr 1. Ponadto Zamawiający w pkt. III. 2 i 3 SWZ wskazał, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, asortyment i ilości znajduje się w załącznikach nr 3.1 \* 3.3 do SWZ. Składane oferty muszą zawierać pełny zakres przedmiotu zamówienia w zakresie danego pakietu. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Za ofertę częściową uważa się ofertę w zakresie jednego lub wszystkich pakietów stanowiących przedmiot zamówienia.”

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt VII.1.4. SWZ określił dokumenty przedmiotowe odnośnie pakietu nr 1, których złożenie żądał od wykonawców.

W pkt XIII SWZ pn. Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający ustalił zasady obliczenia ceny i wskazał co następuje:

1. „Wykonawca poda cenę ofertową na formularzu ofertowym (Załącznik nr 1).

Sposób obliczenia ceny - Pakiet nr 1:

- wartość poszczególnego asortymentu:  $\text{cena jednostkowa netto} \times \text{ilość} = \text{wartość netto} + \text{podatek VAT} = \text{wartość brutto}$ ,
- Dla pozycji „dzierżawa” należy podać cenę netto za 1 miesiąc dzierżawy analizatora. Następnie w kolumnie „wartość netto” należy podać wartość netto za 36- miesięczną dzierżawę analizatora, a w kolumnie „wartość brutto” należy podać wartość brutto (tj. wartość netto + VAT) za 36- miesięczną dzierżawę analizatora.

**WARTOŚĆ OGÓŁEM:**

netto: zsumowane wartości netto poszczególnego asortymentu + wartość netto dzierżawy aparatu,

brutto: zsumowane wartości brutto poszczególnego asortymentu + wartość brutto dzierżawy aparatu.

Pozostałe informacje podano w formularzach asortymentowo-cenowych.

Sposób obliczenia ceny - Pakiet nr 2, 3

wartość poszczególnego asortymentu:  $\text{cena jednostkowa netto} \times \text{ilość} = \text{wartość netto} + \text{podatek VAT} = \text{wartość brutto}$ ,

**WARTOŚĆ OGÓŁEM:**

netto: zsumowane wartości netto (w kolumnie),

brutto: zsumowane wartości brutto (w kolumnie).

2. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków.

3. Cena oferty powinna być skalkulowana w sposób jednoznaczny, obejmujący wartość oferty, koszty dostawy do Zamawiającego, ubezpieczenia na czas transportu, koszt montażu (jeśli dotyczy), instalacji i uruchomienia u Zamawiającego, szkolenia personelu; itp. Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty również wszystkie inne koszty jakie

poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, także nie wymienione w zdaniu poprzedzającym, a które mają wpływ na cenę oferty.

4. Ceny jednostkowe, cena łączna, podatek VAT należy podać do dwóch miejsc po przecinku.
5. Cena ma być wyrażona w złotych polskich.
6. Cena winna być obliczona na podstawie cen jednostkowych wg asortymentu określonego w załączniku 3.1 \* 3.3 do SWZ.
7. Nie ujęcie w formularzu asortymentowo-cenowym jakiegokolwiek elementu lub wystarczającej ilości pozostałych odczynników i materiałów zużywalnych (nie dotyczy odczynników głównych, materiałów kontrolnych i kalibratorów) niezbędnych do wykonania wskazanej przez Zamawiającego ilości badań będzie skutkowało dostarczeniem przez Wykonawcę niezbędnej i brakującej ilości na koszt Wykonawcy w całym okresie trwania umowy.
8. W przypadku nie ujęcia wystarczającej ilości odczynników głównych będzie miał zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie przedłożonych do oferty metodyk oznaczeń i innych dokumentów.
9. Wykonawca podaje ilość oferowanych opakowań odczynników potrzebnych do wykonania wymaganej przez Zamawiającego ilości badań. W przypadku wielkości opakowań nieodpowiadających końcowej ilości należy zaokrąglić do pełnego opakowania w górę."

Załącznik nr 3.1 do SWZ ZP-2200-11/22 pn. Formularz asortymentowo - cenowy analizator, Zamawiający określił m.in. warunki graniczne dla odczynników oraz analizatora.

W postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, wpłynęły dwie oferty, Odwołującego i Przystępującego.

W dniu 10 czerwca 2022 r. Zamawiający przekazał w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, obu wykonawcom informację o poprawieniu w formularzu asortymentowo-cenowym innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Obaj wykonawcy wyrazili zgodę na poprawienie omyłek wskazanych w ww. informacjach.

W dniu 17 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformowało wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 181A, Warszawa.

Izba zważyła, co następuje:

W zakresie uwag ogólnych, zaznaczenia wymaga, że stosownie do Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Odwołujący, pomimo zawarcia w odwołaniu tezy o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie wskazał nawet postanowień SWZ (warunków zamówienia) których naruszenie zarzuca Zamawiającemu oraz nie przedstawił argumentacji przemawiającej za postawioną tezę. Uzasadnienie faktyczne odwołania, sformułowane przez Odwołującego jest nad wyraz lakoniczne i nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania.

Dopiero na rozprawie Odwołujący wskazywał na określone postanowienia SWZ, czy też treść ulotek informacyjnych oferowanych produktów. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, iż odwołanie może być lakoniczne gdyż dotyczy faktów a nie prawa, lecz fakty z których Odwołujący wywodził swoje odwołanie nie zostały w nim opisane - zabrakło konkretyzacji zarzutów w odniesieniu do działań zamawiającego. Nawet

wyliczenia matematyczne rzekomych braków ilościowych kalibratora pn. System Calibrator nr. kat. 66300 zostały przedstawione dopiero na rozprawie. W tym stanie rzeczy Izba podzieliła stanowisko Przystępującego wyrażone poprzez przywołanie wyroku KIO z dn. 15 kwietnia 2022 r., o sygn. akt KIO 835/22, w którym wskazano, że „jeżeli więc Odwołujący\_1 na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli Odwołujący\_1 próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji, w której art. 555 Pzp stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji. Uwzględniając powyższe, Izba rozpoznając niniejsze odwołanie uwzględniła treść zarzutów wynikających z odwołania, natomiast okoliczności nowe (...), nie mogły podlegać ocenie”.

Ze względu na fakt, iż okoliczności wskazane w odwołaniu zakreślają granice jego rozpoznania, okoliczności podniesione dopiero na rozprawie przywołane powyżej oraz np. związane z normą właściwą dla badań laboratoryjnych nie mogły i nie zostały wzięte pod uwagę i nie podlegały ocenie jako stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny odwołania wniesionego przez Odwołującego wskazać należy, że Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący stwierdzenia, że Przystępujący nie zaoferował ilości kalibratora pn. System Calibrator nr. kat. 66300 - w ilości niezabezpieczającej 1095 dni kontraktu. Podkreślić należy, że powyższe twierdzenia nie znalazły oparcia w stanie faktycznym. Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że zaoferowana ilość uwzględnia tryb kalibracji przewidziany dla poszczególnych odczynników tj. ALT, AST, ALP, GGT, Amylase, CK-NAC określony w instrukcji użycia (metodyce oznaczeń), a który to tryb jest decydującym o ilości zużywanego kalibratora, a nie jak twierdził Odwołujący okres stabilności kalibratora. Powyższe potwierdza również postanowienie Warunków granicznych określonych przez Zamawiającego w załączniku nr 3.1 do SWZ w pkt 12 i wskazujących, że ilość oferowanego kalibratora ma być wystarczająca do wykonania kalibracji zgodnie z metodyką wykonania oznaczeń. Metodyki oznaczeń dla tych odczynników zakładają konieczność ponownego ustalenia współczynnika MB z zastosowaniem kalibratora po wymianie istotnego elementu analizatora. Stanowisko spójne ze stanowiskiem

Przystępującego przedstawił również Zamawiający, który wskazał, że nie jest konieczne przygotowywanie świeżej porcji kalibratora co 8 godzin dla samej zasady posiadania kalibratora zdatnego do kalibracji wymienionych testów w momencie, kiedy taka kalibracja nie jest wymagana. Ponadto Izba zważyła, iż z przedstawionych przez Przystępującego danych ze sprzedaży kalibratora System Calibrator nr. kat. 66300 i ofert składanych w innych przetargach, chociaż nie mogą być one uznane za bezpośredni dowód w niniejszej sprawie gdyż dotyczą innych postępowań prowadzonych na różnych zasadach, wynika, iż poziom ilości oferowanego kalibratora był zbliżony do ilości oferowanej w niniejszym postępowaniu i w żadnym przypadku nawet nie zbliżył się do ilości koniecznej do zaoferowania wg wyliczenia Odwołującego. Tak więc i zasady logiki wskazują na zasadność stanowiska Zamawiającego i Przystępującego. Wobec powyższego zarzut ten podlegał oddaleniu.

Próżno szukać w odwołaniu również jakichkolwiek podstaw faktycznych co do tego, iż oferta Przystępującego została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, czy też że zawiera błędy w obliczeniu ceny, stąd też te zarzuty również podlegały oddaleniu.

Odnosnie zarzutu niewłaściwego poprawienia tzw. innych omyłek w ofercie Przystępującego, Izba stwierdziła, że także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w pismach informujących o poprawieniu innych omyłek w ofertach wykonawców zarówno w ofercie Odwołującego jak i Przystępującego działał w tożsamym sposób, przedstawił tożsamą metodykę i podstawy dokonywanych poprawek. Odwołujący zaakceptował tę metodykę odnośnie własnej oferty, więc brak jest podstaw do kwestionowania tej metodyki odnośnie oferty Przystępującego, a tym samym zgłaszany zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Podobnie jak zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający w sposób tożsamy traktował wykonawców i wykonywał czynności wynikające z ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających okoliczności przeciwne.

Na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....