Sygn. akt: KIO 2907/ 22

WYROK

z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę: Argenta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu
przy udziale wykonawcy: PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części drugiej zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 2907/ 22

UZASADNIENIE

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu (dalej:

„zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań biochemicznych oraz dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań immunochemicznych dla regionalnego centrum krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Raciborzu", znak sprawy RCKiK/10/22 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 września 2022 r. w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00353178.

W dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę: Argenta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej „odwołujący"), do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") poprzez zaniechanie przeprowadzenia w sposób prawidłowy czynności porównania treści oferty złożonej przez wykonawcę: PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach (dalej „Cormay") z warunkami postępowania i w konsekwencji nieodrzucenie oferty Cormay;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt. 8.2. ust. 1 lit. a oraz Załącznikiem nr 1A część II do SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cormay, pomimo okoliczności, że oferta nie odpowiadała treści SWZ, gdyż: a. nie zawierała wszystkich wymaganych przez zamawiającego pozycji,

a mianowicie nie zawierała materiałów kontrolnych (poziom normalny i patologiczny) - poz. 40 załącznika nr 1A części II do SWZ, b. nie odpowiadała wymaganiom formalnym oferty, ponieważ nie odpowiada wymogom ustanowionym w pkt. 8.2 ust. 1 lit. a) oraz Załącznika nr 1A części II do SWZ;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 107 ust. 1 zw. z ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ poprzez niezłożenie przez Cormay przedmiotowych środków dowodowych (ulotek) w zakresie wymaganych przez SWZ materiałów kontrolnych wraz z ofertą, a następnie ich złożenie bez stosownego wezwania ze strony zamawiającego;

4. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ poprzez złożenie oferty zawierającej błąd w wyliczeniu ceny;

5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt. 1 w zw. z ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ - poprzez ich niezastosowanie skutkujące dowolnym wyborem oferty przez zamawiającego, bez kierowania się przez niego kryteriami jakościowymi, formalnymi oraz ceny, a więc wybór oferty nie najkorzystniejszej;

6. art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 K.c. w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców, wobec okoliczności, że zamówienie udzielono wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że oferta tego wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagane przez zamawiającego w SWZ pozycje (towary), co było warunkiem udziału w postępowaniu, co nie tyle mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co musiało mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego;

7. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 187 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 1A część II do SWZ poprzez prowadzenie z Cormay wymiany korespondencji (noszącej znamiona prowadzenia negocjacji) lecz z pewnością skutkującą istotną zmianą treści oferty złożonej zamawiającemu, wskutek czego zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że tak „poprawiona" oferta nie podlega odrzuceniu.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Cormay jako najkorzystniejszej w zakresie części drugiej postępowania, dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym odrzucenia oferty Cormay i dokonanie wyboru,

jako najkorzystniejszej w części drugiej postępowania oferty odwołującego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach (dalej „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 15 listopada 2022 r.), w której wniósł o oddalenie

odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu dla części drugiej zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru w tej części, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Cormay pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta wybrana w postępowaniu zostanie odrzucona, zaś zamówienie powinno przypaść odwołującemu. Szkoda odwołującego polega w tym przypadku na utracie możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, na okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań biochemicznych oraz dostawa odczynników wraz

z dzierżawą analizatora do badań immunochemicznych dla regionalnego centrum krwiodawstwa i krwiolecznictwa w Raciborzu".

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pkt 4 SWZ w następujący sposób: przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań biochemicznych oraz dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań immunochemicznych dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie wyodrębnione części: Cześć I - Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań biochemicznych dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu. Zakres dzierżawy obejmuje: dzierżawę 1 analizatora biochemicznego, analizator dostarczony wraz z komputerem, monitorem i laserową drukarką monochromatyczną oraz UPS; Cześć II - Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań immunochemicznych dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu. Zakres dzierżawy obejmuje: dzierżawę 1 analizatora immunochemicznego, wyposażonego w komputer, monitor i drukarkę laserową zewnętrzną oraz UPS-em. Szczegółowy zakres dostawy obejmuje załącznik nr 1A i 1B dla poszczególnych części zamówienia. Wykonawcy zobowiązani są do wypełnienia formularza asortymentowo -cenowego zgodnie z załącznikiem nr 1A dla poszczególnych części zamówienia. Parametry techniczne analizatorów oraz odczynników zostały określone w załączniku nr 1B dla poszczególnych części zamówienia. Wykonawcy zobowiązani są do wypełnienia tych załączników. Niespełnienie któregokolwiek warunku powoduje odrzucenie oferty. Wykonawca ponosi wszelkie koszty oraz odpowiada za zainstalowanie, prawidłowe uruchomienie wszystkich funkcji zaoferowanej aparatury, podłączenie jej do systemu komputerowego istniejącego w RCKIK, zapewnienie transmisji uzyskanych wyników badań oraz oddanie
do czynnej eksploatacji, potwierdzone protokołem instalacji i walidacji aparatów. Instalacja analizatora w ciągu 21 dni roboczych od podpisania umowy. Płatność za dzierżawę analizatorów będzie odbywać się w 24 jednakowych miesięcznych ratach. Wykonawca w ramach złożonej oferty zapewnieni szkolenia użytkowników potwierdzone protokołem szkolenia. Pozostałe wymagania określono we wzorze umowy - załącznik Nr 4 do SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo zakupu mniejszych ilości odczynników niż podane w formularzu ofertowym w przypadku wystąpienia sytuacji trudnej do przewidzenia. W takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy, bez naliczenia jakichkolwiek kar.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w pkt 8 SWZ wymienił jakich oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia będzie żądał od wykonawców. Zgodnie z pkt 8.2. do oferty wykonawca zobowiązany był dołączyć aktualne: (a) dane techniczne oferowanego wyrobu - specyfikacje techniczne producenta (katalogi, foldery, ulotki itp.); (b) świadectwa dopuszczenia do obrotu na terenie UE na wszystkie oferowane odczynniki i instalowane urządzenia (świadectwa CE); (c) Deklaracje Wytwórcy (Producenta) o spełnieniu wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych oraz Certyfikaty Jednostki Notyfikowanej (jeżeli dotyczy); (d) dokument potwierdzający dokonanie zgłoszenia wyrobu do Rejestru Wyrobów Medycznych i Podmiotów Odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i używania - dokument ten ma mieć formę oświadczenia podpisanego przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania firmy

1 zawierać w swej treści datę i numer zgłoszenia do Rejestru. Zamawiający zastrzegł również, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Ponadto Izba ustaliła, że we wzorze umowy (Załącznik Nr 4 do SWZ) w § 2 ust. 1 przedmiot umowy opisano jako dostawa do siedziby zamawiającego odczynników wraz z dzierżawą analizatora do badań immunochemicznych w cenach jednostkowych określonych w przetargu nieograniczonym, zgodnie z załącznikiem 1A - Formularz asortymentowo-cenowy, który stanowi integralną część niniejszej umowy, do magazynu zamawiającego w Raciborzu, łącznie z rozładunkiem i przeniesieniem dostawy do pomieszczeń magazynowych,

na wskazane przez przedstawiciela zamawiającego regały. W ust. 2 zobowiązano wykonawcę do dostarczania odczynników do analizatora biochemicznego wymienionych w §

2 ust. 1 umowy, do siedziby zamawiającego własnym transportem i w opakowaniu fabrycznym, którego koszty wliczone będą do ceny. Ponadto, w § 4 ust. 1 umowy przewidziano,

że wykonawca otrzyma za realizację przedmiotu umowy wynagrodzenie ryczałtowe. Ceny

jednostkowe za odczynniki i dzierżawę sprzętu wynikać miały z załącznika 1A do SWZ - Formularz asortymentowo-cenowy, który jak wskazał zamawiający stanowił integralną część umowy. Wykonawca zobowiązał się do dostarczania zamawiającemu towarów ujętych w postępowaniu przetargowym, w cenach jednostkowych określonych w załączniku 1A do SWZ- Formularz asortymentowo-cenowy.

Jak ustalił skład orzekający wzór Formularza asortymentowo - cenowego (załącznik 1A do SWZ) został przez zamawiającego sporządzony i przekazany wykonawcom. Dla części II zamówienia zawarto w nim 43 pozycje (odczynniki i materiały do analizatora immunochemicznego), w tym poz. 40 opisano jako: Materiały kontrolne (poziom normalny i patologiczny). Zgodnie z tabelą, w poszczególnych kolumnach wykonawcy mieli wpisać: ilości testów na okres 24 miesięcy, numer katalogowy i nazwę handlową preparatu, oferowaną wielkość opakowania jednostkowego, ilość opakowań jednostkowych, a także ich cenę jednostkową netto, wartość netto i wartość brutto (wraz z podatkiem od towarów i usług

- VAT). Wyliczona w taki sposób cena oferty była następnie przenoszona do Formularza oferty, składanego dla każdej części zamówienia odrębnie.

Z akt sprawy wynika także, że przystępujący złożył swoją ofertę dla części II zamówienia i wypełniając poz. 40 w miejsce żądanych danych wpisał: Wszystkie niezbędne materiały kontrolne są dostarczane w jednym opakowaniu z odczynnikami do wykonania oznaczeń. Każde opakowanie odczynnika zawiera niezbędne materiały kontrolne. Z kolei w załączniku Nr 1B - Oświadczenie o spełnieniu wymagań jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia, który również został przez Cormay złożony wraz z ofertą, w części A. Specyfikacja techniczna analizatora immunochemicznego, poz. 7 Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia wszystkich odczynników, takich jak: kalibratory, kontrole oraz materiały zużywalne i eksploatacyjne, niezbędnych do wykonania badań testami będącymi przedmiotem zamówienia - kontrole i kalibracje uwzględniono w szacunkowych ilościach analiz

- przystępujący zadeklarował spełnienie wymagań wpisując „TAK".

Zamawiający, pismem z 11 października 2022 r. zwrócił się do wykonawcy Cormay, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Powołał się na pismo, otrzymane od odwołującego, który zwrócił uwagę, że w poz. 40 Załącznika 1A - Formularza asortymentowo-cenowego dla części II, zamawiający wymagał zaoferowania materiałów kontrolnych (poziom normalny i patologiczny). W jego ocenie oferta przystępującego nie zawierała wyceny dodatkowych kontroli na poziomach wskazanych przez zamawiającego,

a kontrole te nie są częścią zestawów odczynnikowych. Tym samym zamawiającym nie będzie miał możliwości wykonania kontroli na dwóch poziomach dla następujących parametrów: FSH, LH, TPO, TGA, CA 125, CA 19-9, CEA, CMV 1gG, CMV 1gM, DHEA-S,

ESTRADIOL FT3, FT4, FERRITN, HBsAg, HCG/BHCG, INSULINA, CORTYSOL, FA, TOTAL-PSA, F-PSA, PTI}, PRG, PRL, Rubelia 1gG, TSH, TESTOSTERON TOXO 1gG, Toro 1gM, WIT. B12, WIT. D, Anti-Hbc, Anti-HBs, AFP, CA 15-3, Anti-HCL. Zamawiający, chcąc rozwiać powyższe wątpliwości poprosił Cormay o stosowne wyjaśnienie.

Przystępujący, w piśmie z 12 października 2022 r. potwierdził, że zamawiający będzie miał możliwość wykonania kontroli na dwóch poziomach, dla wszystkich zaoferowanych odczynników. Wyjaśnił, że zgodnie z zapisem punktu 40 Materiały kontrolne (poziom normalny i patologiczny) Formularza asortymentowo - cenowego wszystkie niezbędne

kontrole zostaną dostarczone w ramach dostaw poszczególnych, zamawianych odczynników. Dodatkowo potwierdzenie powyższego znajduje się w załączniku nr 1B dla części II w punkcie 7 Specyfikacji technicznej analizatora immunologicznego. W związku z faktem, iż producent dla różnych zestawów odczynnikowych standardowo dostarcza materiał kontrolny na jednym, dwóch lub większej ilości poziomów (w zależności od oznaczanego parametru) Cormay

0w przypadku zestawów odczynnikowych, dla których producent standardowo dostarcza tylko jeden poziom materiału kontrolnego wraz z odczynnikiem - dołącza drugi dodatkowy poziom materiału kontrolnego zgodnie z wymaganiami SWZ. Zabieg ten ma na celu usprawnienie procesu składania zamówień przez zamawiającego oraz ograniczeniem ryzyka wystąpienia pomyłki podczas składania zamówienia w związku z faktem, że dla zestawów odczynnikowych, które standardowo zawierają tylko jeden poziom materiału kontrolnego zamawiający musiałby zamówić oprócz zestawu odczynnikowego dodatkowo materiał kontrolny na drugim wymaganym poziomie a dla pozostałych zestawów odczynnikowych,

które zawierają dwa lub więcej poziomów materiałów kontrolnych nie ma takiej potrzeby. Istnieje ryzyko, że zamawiający przeoczy potrzebę złożenia zamówienia na dodatkowy poziom materiału kontrolnego, co mogłoby utrudnić lub uniemożliwić przeprowadzenie procesu kontroli codziennej zgodnie z harmonogramem oraz wymogami zamawiającego. Ponadto oświadczył, że cena oferty zawiera wszystkie koszty, jakie poniesie zamawiający przy realizacji zamówienia.

W dniu 17 października 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania II, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Cormay. Odwołujący, nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego skierował do niego pismo w sprawie podejrzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, w którym wskazał na niezgodność oferty Cormay z treścią SWZ.

W wyniku przedmiotowego pisma, zamawiający 20 października 2022 r. unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Pismem z 21 października 2022 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do: (1) zaoferowanych odczynników, czy zasadne jest iż „zaoferowane odczynniki nie są dedykowane do zaoferowanego analizatora Maglumi X3: dotyczy to odczynników do oznaczania TSH, fT4, fT3, Vitamin D, Estradiol, Ferrytyna, Insulina, Prolaktyna, Testosteron". Podobno „Dowodem są instrukcje metodyczne testów do oznaczania ww. parametrów. Inne zaoferowane w postępowaniu odczynniki posiadają w ulotkach metodycznych zapisy że są dedykowane do analizatora Maglumi X8". (2) wyjaśnień dotyczących poz. 40 zał. 1A Formularz asortymentowo-cenowy - „zgodnie z treścią Załącznika nr 1A do SWZ należało podać szczegółowe dane wyrobu, takie jak nazwę handlową (kolumna nr 5, czy numer katalogowy kolumna numer 4. (3) zgodnie z pkt. 8.2 par.

2) SWZ oraz art.107 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty o brakujące ulotki dotyczące kontroli.

Odwołujący, w piśmie z 26 października 2022 r. potwierdził, że wszystkie zaoferowane odczynniki są odczynnikami dedykowanymi do analizatora Maglumi X-3. Zapewnił,

że zamawiający będzie miał możliwość wykonania kontroli na dwóch poziomach dla wszystkich zaoferowanych odczynników, zgodnie z wyjaśnieniem z dnia 12 października 2022 r. Podtrzymał także deklarację zawartą we wcześniejszych wyjaśnieniach, że w związku z faktem, iż producent dla różnych zestawów odczynnikowych standardowo dostarcza materiał kontrolny na jednym, dwóch lub większej ilości poziomów (w zależności od oznaczanego parametru) firma Cormay w przypadku zestawów odczynnikowych dla których producent standardowo dostarcza tylko jeden poziom materiału kontrolnego, wraz z odczynnikiem dołącza drugi dodatkowy poziom materiału kontrolnego zgodnie z wymaganiami SWZ. Zabieg ten ma na celu usprawnienie procesu składania zamówień przez zamawiającego oraz ograniczeniem ryzyka wystąpienia pomyłki podczas składania zamówienia w związku
z faktem, że dla zestawów odczynnikowych, które standardowo zawierają tylko jeden poziom materiału kontrolnego, zamawiający musiałby zamówić oprócz zestawu odczynnikowego dodatkowo materiał kontrolny na drugim wymaganym poziomie, a dla pozostałych zestawów odczynnikowych, które zawierają dwa lub więcej poziomów materiałów kontrolnych nie ma takiej potrzeby. Istnieje ryzyko, że zamawiający przeoczy potrzebę złożenia zamówienia na dodatkowy poziom materiału kontrolnego, co mogłoby utrudnić lub uniemożliwić przeprowadzenie procesu kontroli codziennej zgodnie z harmonogramem oraz wymogami zamawiającego. W systemie sprzedażowym wykonawcy istnieją wewnętrzne indeksy, zawierające w swym składzie odczynniki i odpowiednie kontrole na dwóch poziomach. Załączył także dodatkową tabelę z wyszczególnieniem indeksów sprzedażowych, pod którymi umieszczone zostały odpowiednie pozycje. W ramach uzupełnienia, jak stwierdził dla pełnej przejrzystości, przesłał formularz cenowy z wyszczególnionymi kontrolami (nazwa, numer katalogowy). Dodatkowo, do wyjaśnień, dołączone zostały ulotki zaoferowanych kontroli.

Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia i ponownie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Cormay. O wyborze oferty dla części II zamawiający poinformował 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazać należy przy tym, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia warunkom. Z kolei poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia określony został i opisany przez zamawiającego w sposób szczegółowy, odrębnie dla każdej części zamówienia, w załącznikach nr 1A i 1B. Zamawiający w pkt 4 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) zobowiązał wykonawców do wypełnienia formularza asortymentowo-cenowego, zgodnie z załącznikiem nr 1A dla poszczególnych części zamówienia. Zastrzegł także, że brak spełnienia tego warunku powoduje odrzucenie oferty. Zamawiający sam określił odpowiedni jego zdaniem wzór formularza asortymentowo-cenowego, oczekując od wykonawców podania określonych danych, takich między innymi jak nazwa wyrobu, jego numer katalogowy, ilości oferowane w postepowaniu, w końcu także ceny jednostkowe.

Co istotne, powyższe wymagania odnosiły się nie tylko do zamawianych odczynników, ale także materiałów kontrolnych. Zamawiający w SWZ wymagał bowiem, aby wraz z odczynnikami dostarczyć materiały kontrolne na dwóch poziomach normalnym i patologicznym. Odzwierciedla to zapis w poz. 40 tabeli Załącznika 1A część II - materiały kontrolne (poziom normalny i patologiczny).

Tym samym obok odczynników, materiały kontrolne na poziomach normalnym i patologicznym były nierozerwalnym elementem oferty, który został umieszczony w treści tabeli Załącznika 1A dla części II, a który to powinien zostać szczegółowo wylistowany, opisany i co także istotne wyceniony. Zamawiający oczekiwał zatem od wykonawców, aby ci w tabeli wymienili szczegółowo jakie materiały kontrolne (na obu poziomach) zobowiązują się dostarczyć, o czym świadczy treść wskazanego załącznika. Nie sposób zatem zgodzić się

z zamawiającym, który na etapie oceny ofert uznał, co potwierdził w swoim stanowisku prezentowanym w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że głównym przedmiotem jego zainteresowania były odczynniki a nie materiały kontrolne, z kolei sam sposób wypełnienia formularza był dowolny i nie wymagał „wylistowania" tych materiałów. Jest to sprzeczne z żądaniem zamawiającego w tym zakresie, opisanym w cytowanych wyżej fragmentach SWZ. Przypomnieć w tym miejscu należy, że SWZ jest tym dokumentem, który określa między innymi sposób i zasady sporządzenia oferty. Jeśli zamawiający sprecyzuje w nim określone wymagania, to te pozostają wiążące dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale też wiążą zamawiającego, który według ustalonych przez siebie zasad dokonuje oceny złożonych ofert.

Nie jest sporne w niniejszej sprawie, że przystępujący nie uzupełnił żądanych przez zamawiającego danych w poz. 40 - Materiały kontrolne deklarując w tej pozycji, że „wszystkie niezbędne materiały kontrolne są dostarczane w jednym opakowaniu z

odczynnikami

do wykonania oznaczeń". Nie wypełnił tym samym formularza w sposób, jaki zamawiający oczekiwał, narzucając treść poszczególnych kolumn.

Cormay zadeklarował jednocześnie, że materiały kontrolne na dwóch poziomach dostarczy zamawiającemu w jednym opakowaniu, wraz z odczynnikami. Nie sposób tego oświadczenia odczytywać w inny sposób niż taki, że „każde opakowanie odczynnika zawierać miałoby niezbędne materiały kontrolne". Tylko bowiem w takim przypadku uzasadnione byłoby przyjęcie, że w miejsce wpisania określonej nazwy wyrobu i jego numeru katalogowego

- Cormay złożył deklarację, że takie materiały kontrolne zostaną dostarczone wraz z odczynnikami i w konsekwencji nie należy ich traktować jako odrębnych wyrobów, którym nadano odmienne nazwy i posiadającym własne numery katalogowe. Tylko taki sposób rozumienia tego oświadczenia pozwala jednocześnie uznać, że materiały kontrolne zostały

wycenione w pozycjach, w których wpisano konkretne odczynniki, dostarczane w ramach zamówienia.

Tymczasem wykonawca ten, wezwany do wyjaśnień, w piśmie z 12 października 2022 r., co potwierdził w piśmie z 26 października 2022 r. zmodyfikował swoje pierwotne oświadczenie. Stwierdził bowiem, że wyszczególnione w jego ofercie towary (odczynniki) nie zawierają w swoich opakowaniach materiałów kontrolnych na dwóch poziomach (normalnym i patologicznym), ale koniecznym dla spełnienia wymogów SWZ jest dostarczenie dodatkowych materiałów kontrolnych, konfekcjonowanych w oddzielnych opakowaniach. Skoro tak jest, to stwierdzić należy, że doszło do niedozwolonej modyfikacji treści złożonej oferty. Wbrew pierwotnym deklaracjom materiały kontrolne na obu poziomach (normalnym i patologicznym) nie znajdują się w jednym opakowaniu z odczynnikami do wykonania oznaczeń, ale muszą zostać dodatkowo dostarczone.

O tym, że materiały kontrolne, wymagane przez zamawiającego, są osobnym towarem (produktem, wyrobem medycznym) świadczy pismo wykonawcy Cormay z 26 października 2022 r., do którego przystępujący załączył „poprawioną" ofertę (a faktycznie uzupełnioną

o produkty/ towary, które nie znalazły się w pierwotnej ofercie tego wykonawcy) w zakresie załącznika Załącznik 1A część II. SWZ, a także odrębne ulotki, dotyczące poszczególnych materiałów kontrolnych.

Nie sposób przy tym zaakceptować podejścia, prezentowanego przez zamawiającego, że takie działanie Cormay było dopuszczalne a fakt, że w wyjaśnieniach z 26 października 2022 r. przystępujący dodał formularz cenowy z wyszczególnionymi kontrolami, jest wynikiem wyłącznie faktu, że zamawiający wezwał do ich „wylistowania", z kolei forma sporządzenia oferty, nie może stanowić powodu, który miałby doprowadzić do jej odrzucenia. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że przedmiotem zamówienia była nie tylko dostawa odczynników, ale też materiałów kontrolnych. Z treści przygotowanego przez niego formularza - Załącznik 1A część II. SWZ wynikało, że także dla tych materiałów należało opisać jakie materiały dostarczy wykonawca, podać ich numery katalogowe, określić ilości, a w końcu też odrębnie je wycenić. Przystępujący zmodyfikował treść pierwotnego formularza deklarując,

że wymagane materiały na poziomie normalnym i patologicznym zostaną dostarczone w jednym opakowaniu z odczynnikami do wykonania oznaczeń. Dalej, w swoich wyjaśnieniach, wbrew temu co twierdzi zamawiający, zmodyfikował swoje oświadczenie, gdyż przyznał, że w przypadku niektórych odczynników konieczne jest zaoferowanie odrębnych produktów (materiałów do kontroli). Tym samym zarzuty odwołującego nie dotyczą jedynie, jak twierdzi zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, formy w jakiej sporządzona została oferta, ale odnoszą się do jej treści.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy Cormay, złożone 12 października 2022 r. oraz 26 października 2022 r. stoją w oczywistej sprzeczności z treścią pierwotnej oferty. Powyższe stanowi o naruszeniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis wprawdzie pozwala na żądanie od wykonawców wyjaśnień, dotyczących treści złożonych ofert, zakazuje jednak dokonywania ich modyfikacji. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją,

w której do takiej modyfikacji doszło. Wykonawca Cormay zmienił bowiem treść pierwotnie złożonego w ofercie oświadczenia, w konsekwencji czego doszło do zmiany oferowanego asortymentu (z pierwotnej deklaracji: materiał znajduje się w opakowaniu wraz z odczynnikiem, na odmienne w swej treści oświadczenie: zostaną dostarczone w ramach dostaw poszczególnych, zamawianych odczynników). Sam wykonawca przyznał, składając nowy uzupełniony formularz i dodając brakujące pozycje w treści oferty (w załączniku 1A części II dodano wraz z pismem Cormay z 26 października 2022 r. ponad 30 pozycji w wierszach od 40.01 do 40.31 oraz usunięto wcześniejszą informację o tym, że materiały kontrolne znajdują się w opakowaniach wraz z odczynnikami), że konieczna jest modyfikacja oferowanego asortymentu. Należy podkreślić, że takie działanie jest, na etapie po złożeniu ofert działaniem sprzecznym z przepisami ustawy Pzp.

Inną okolicznością, na którą trafnie zwrócił uwagę odwołujący, jest fakt, że zgodnie z pkt 8.2. ust. 1 lit. a SWZ do oferty należało dołączyć aktualne dane techniczne wyrobu - specyfikację techniczną producenta (katalogi, foldery, ulotki itp.). Powyższy wymóg dotyczył wszystkich elementów składających się na to zamówienie. Jednocześnie, jak zauważono wcześniej, zgodnie z treścią Załącznika nr 1A części II do SWZ należało podać szczegółowe dane wyrobu, takie jak nazwę handlową (kolumna nr 5), czy numer katalogowy (kolumna nr 4) dla odczynników, ale także dla materiałów kontrolnych, co wynika z treści tabeli.

Wykonawcy zatem powinni w pierwotnej ofercie zadeklarować jakie kontrole na dwóch poziomach oferują i wskazać jakie wyroby medyczne posłużą do zapewnienia takiej kontroli. Pierwotnie złożona oferta Cormay takiego warunku nie spełnia, zaś okoliczność jakie materiały do kontroli wykonawca oferuje - wynikają dopiero z treści udzielonych w toku postępowania wyjaśnień. Tym samym za niedopuszczalne należało uznać także uzupełnienie treści złożonej oferty, poprzez dodanie z jednaj strony danych brakujących towarów, ale też przedłożenie brakujących przedmiotowych środków dowodowych, które dotyczyły materiałów, które w treści pierwotnie złożonej oferty się nie znalazły.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący zarzucając zamawiającemu, że ten naruszył szereg przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cormay, pomimo okoliczności, że oferta nie odpowiadała treści SWZ, gdyż nie zawierała wszystkich wymaganych przez zamawiającego pozycji, a mianowicie nie zawierała materiałów kontrolnych (poziom normalny i patologiczny) - poz. 40 załącznika nr 1A części II do SWZ, a także nie odpowiadała wymaganiom formalnym oferty, ponieważ nie odpowiadała wymogom ustanowionym w pkt. 8.2 ust. 1 lit. a) oraz Załącznika nr 1A części II do SWZ. Doszło także w niniejszym postępowaniu do niedozwolonej modyfikacji treści złożonej przez przystępującego oferty, poprzez jej uzupełnienie o dane oferowanych materiałów, jak też dołączenie do złożonych wyjaśnień przedmiotowych środków dowodowych (ulotek) w zakresie wymaganych przez SWZ materiałów kontrolnych, które nie zostały wymienione w treści pierwotnej oferty. Powyższe naruszenia prowadzą także do twierdzenia, że zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli zamawiającego.

Przewodniczący : .....