

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED G.K. z siedzibą w Raszynie, ul. Słowikowskiego 85A bud. H6, 05-090 Raszyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Sysmex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED G.K. z siedzibą w Raszynie, ul. Słowikowskiego 85A bud. H6, 05-090 Raszyn** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **G.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED G.K. z siedzibą w Raszynie, ul. Słowikowskiego 85A bud. H6, 05-090 Raszyn** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od **Pabianickiego Centrum Medycznego Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice** na rzecz wykonawcy **Grażyny Koneckiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED G.K. z siedzibą w Raszynie, ul. Słowikowskiego 85A bud. H6, 05-090 Raszyn** kwotę **11 000 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2237/24

Uzasadnienie

Pabianickie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dzierżawę sprzętu medycznego wraz z sukcesywną dostawą odczynników na potrzeby PCM Sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 kwietnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00278873/01.

W dniu 25 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca G.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą DIAG-MED G.K. z siedzibą w Raszynie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na czynność unieważnienia postępowania w Części I z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie w tej części obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I zamówienia z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie w tej części obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

pomimo że przyczyny wskazane przez Zamawiającego nie są wadami postępowania i nie uniemożliwiają zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części I zamówienia z dnia 20.06.2024 r.;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części I zamówienia;
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w dniu 20.06.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania. Jako przyczynę unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia, która - w jego ocenie - ma prowadzić do braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Odwołał się także do wymogów dotyczących zaferowania i uwzględnienia w ofercie takiej ilości kontroli, która zarówno zapewni Zamawiającemu dostępność materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy, jak również możliwość jej wykonywania w ilości 300 oznaczeń - czym w istocie potwierdził niezgodność treści oferty wykonawcy Sysmex z warunkami zamówienia.

Odwołujący podniósł, że aby możliwe (i konieczne) było unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp muszą jednocześnie (łącznie) wystąpić trzy przesłanki, tj. postępowanie jest obarczone wadą, wada jest nieusuwalna i wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisem tym koresponduje brzmienie art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który przyznaje Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych uprawnienie do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 457 ust. 1. Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym wyżej wymienione przesłanki unieważnienia postępowania nie zaszły.

Powodem unieważnienia postępowania jest - jak twierdzi Zamawiający - fakt, że „sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, co godzi w podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, ponieważ w oparciu o ten opis Wykonawcy złożyli nieporównywalne oferty ww. postępowaniu w zakresie odnoszącym się do prawidłowego skalkulowania ceny oferty.” oraz to że „mając na uwadze zapisy SWZ, brak wskazania przez Zamawiającego właściwego sposobu obliczania ceny powoduje, iż złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne i nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”. Zamawiający przywołuje także postanowienia SWZ, wskazując przy tym wprost, że uznaje te postanowienia za „wady” postępowania, co już uprawnia do stwierdzenia, że Zamawiający nie wykazał tej przesłanki unieważnienia postępowania, koniecznej dla zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Gdyby jednak uznać - z uwagi na samo wymienienie wskazanych postanowień w uzasadnieniu - że to właśnie wymienione postanowienia mają zdaniem Zamawiającego stanowić „wadę” postępowania, czyli wskazywać na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji ma powodować brak możliwości porównania ofert, to takie stwierdzenie jest nieuprawnione ;

- 1) Akapit drugi uzasadnienia faktycznego unieważnienia - <<W dokumentach zamówienia Zamawiający wymagał m.in. zaferowania przez Wykonawcę materiału kontrolnego do płynów z jam ciała w postaci „Materiałów zużywalnych do analizatora wykonującego ww. liczbę badań na 36 m-ctf z założeniem, że przewidywana liczba badań wynosi 300 na 1 rok>>

Tego rodzaju stwierdzenie jest bezpodstawne - podkreślenia wymaga, że powyższy element w ogóle nie jest wadą postępowania. Przedmiotowy wymóg był możliwy do spełnienia przez obydwu wykonawców i co istotne - nie powoduje nieporównywalności ofert. Przedmiotowy wymóg oznaczał obowiązek zaferowania i uwzględnienia w cenie oferty takiej ilości kontroli, która:

— zapewni Zamawiającemu dostępności materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy wynoszący 36 m-cy oraz

— zapewni możliwość wykonania kontroli dla 300 oznaczeń z płynów jam ciała rocznie.

Wykonawca miał więc zaferować taką ilość kontroli, aby zabezpieczyć ciągłość badań z użyciem tych kontroli, jednocześnie zapewniając przeprowadzenie pełnej przewidywalnej liczby badań określonej w SWZ.

Zamawiający próbuje odstąpić od egzekwowania ww. wymogu. Nie jest to natomiast wada obecnego postępowania.

- 2) Akapit trzeci uzasadnienia faktycznego unieważnienia - <<Jednocześnie Zamawiający w Formularzu wskazał, że Wykonawca winien doliczyć do oferty koszt kontroli na podane przez Zamawiającego ilości badań oraz podać koszt materiałów i części zużywalnych na czas trwania umowy, tj. 36 miesięcy, zgodnie ze średnim czasem zużycia podanego przez producenta aparatu>>

Sformułowanie to jest wystarczająco precyzyjne i umożliwia konkurencję. Znaczenie wymogu jest analogiczne jak wskazane w pkt. 1) powyżej, a dodatkowo w ramach wymogu Zamawiający nakazał uwzględnienie średniego czasu

zużycia podanego przez producenta aparatu.

Zamawiający powinien wyegzekwować spełnienie wymogu - którego określenie nie stanowi wady - a nie od niego odstępować.

3) Akapit czwarty uzasadnienia faktycznego unieważnienia - <<Zgodnie z zapisami rozdziału 24 ust. 1 SWZ, cena oferty powinna zawierać wszystkie składniki cenowe oraz inne koszty ponoszone przez Wykonawcę celem prawidłowego wykonania zamówienia, na podstawie Załącznika nr 2-2a do SWZ, odpowiednio do części zamówienia, a brak spełnienia parametrów granicznych powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp (rozdział 5 ust. 3 SWZ)>>

Sformułowanie to jest wystarczająco precyzyjne i umożliwia konkurencję. Jest to typowe wymaganie dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny w postępowaniu. Dodatkowo określa sankcję odrzucenia oferty w przypadku niespełnienia parametrów granicznych, która w niniejszym postępowaniu zmaterializowała się w stosunku do oferty wykonawcy Sysmex.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2902/22.

Odwołujący podkreślił także, że wszystkie trzy przywołane przez Zamawiającego wymagania to postanowienia zgodne z przepisami, precyzyjne i umożliwiające uczciwą konkurencję. Przyznaje to sam Zamawiający, dokonując (akapit piąty uzasadnienia unieważnienia) spójnej, logicznej i zgodnej z literalnym brzmieniem interpretacji przywołanych wymagań, wskazując iż „Wskazane powyżej wymagania nakładały na Wykonawców obowiązek zaoferowania i uwzględnienia w cenie oferty takiej ilości kontroli, która zarówno zapewni Zamawiającemu dostępność materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy, jak również możliwość jej wykonywania w ilości przewidywanej 300 oznaczeń z płynów jam ciała rocznie. Tym samym, Wykonawca winien zaoferować taką ilość kontroli, aby zabezpieczyć możliwość pełnej przewidywanej liczby badań określonej w SWZ i załącznikach do SWZ z uwagi – z jednej strony - na losowość zlecenia tego badania przez oddziały Zamawiającego, z drugiej zaś konieczność ich natychmiastowego wykonania, przez cały okres trwania umowy.”

Odstąpienie od egzekwowania ustanowionych w SWZ wymogów stanowiłoby przejaw preferowania produktu jednego wykonawcy, który mógłby zostać zaoferowany w ewentualnym kolejnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na ten sam przedmiot zamówienia.

Zamawiający błędnie upatruje „nieprecyzyjności” w „nieporównywalności” ofert - jego opis przedmiotu zamówienia umożliwia konkurencję wykonawców w ramach przedstawianych przez nich produktów, które są porównywalne. Natomiast kwestie zaoferowania odpowiedniej, wymaganej przez Zamawiającego ilości materiału do kontroli - należy oceniać z punktu widzenia zgodności z warunkami zamówienia oraz opisem sposobu obliczenia ceny.

Reasumując podniósł, że przedstawiane przez Zamawiającego przyczyny w ogóle nie są wadami postępowania, ale wręcz przeciwnie stanowią precyzyjne i jednoznaczne wymagania umożliwiające konkurencję.

Odwołujący także podniósł, że wada postępowania musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec czego Zamawiający musi przyporządkować do stwierdzonej wady postępowania - odpowiednią przesłankę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2017 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 752/17 i z dnia 22.09.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1893/17.

Instytucja unieważnienia postępowania nie może być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, które nie ułożyło się po ich myśli. Przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2941/20. Instytucja unieważnienia postępowania nie może być bowiem nadużywana, gdyż doprowadziłoby to do swoistej patologii w zamówieniach publicznych. Zamawiający mogliby celowo wprowadzać błędy czy też nieprecyzyjność w opisie przedmiotu zamówienia celem unieważnienia postępowania i rozpisania na nowo nowego, już z tzw. „odkrytymi kartami”, tj. pełnymi wycenami wykonawców. Jest to o tyle istotne, że tzw. „odkrycie kart” nawet przy lekko zmienionej SWZ niweluje jakąkolwiek przewagę konkurencyjną jednego wykonawcy nad drugim. Właśnie w takiej sytuacji jest Odwołujący, bo przygotował wiążącą ofertę, spełniającą wymagania Zamawiającego, mieszczącą się w budżecie i co najważniejsze bardziej konkurencyjną cenowo od pozostałych wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym unieważnienie postępowania może stanowić narzędzie „ratowania” oferty wykonawcy Svmex, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Wykonawca Sysmex złożył ofertę, w której nieprawidłowo skalkulował ilość materiału kontrolnego XN- Check BF, zaoferowanego w pozycji nr 2 Tabeli nr 4 „Formularz cenowy kalibratorów kontroli oraz materiałów zużywalnych”.

Wykonawca zaoferował jedynie 2 opakowania rocznie, a powinien zaoferować co najmniej 7 opakowań rocznie lub 21 opakowań w czasie trwania całej umowy.

Wynika to z następujących okoliczności:

a) Zgodnie z informacjami, zawartymi w harmonogramie dostaw krwi kontrolnej mianowanej XN-Check BF, który jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej producenta <https://www.sysmex.pl/laboratorium/dokumenty-dopobrania/harmonogramy-krwi-kontrolnej/> należy zauważyć, że każda z serii kontroli posiada około 2-miesięczną datę ważności. Z dokumentu tego wynika jednoznacznie, iż w samym 2024 roku Zamawiający powinien otrzymać 7 opakowań krwi kontrolnej XN-Check BF (z uwzględnieniem jednego przejściowego numeru LOT):

W tym kontekście należy uwzględnić, że zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach medycznych (art. 16 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych Dz.U. z 2022, poz. 974) zakazane jest używanie wyrobu medycznego, którego określony przez producenta termin ważności upłynął.

Tak więc zaoferowanie przez wykonawcę Sysmex tylko 2 opakowań kontroli rocznie, w sytuacji, gdy zgodnie z informacjami podanymi na oficjalnej stronie internetowej producenta, każda z serii kontroli posiada około 2-miesięczną datę ważności, oznacza, że wykonawca nie zapewnił Zamawiającemu dostępności materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy.

b) Jednocześnie - do skalkulowania mniejszej ilości materiału kontrolnego dla płynów z jam ciała nie uprawniała również wykonawców odpowiedź Zamawiającego na pytanie 16 z 16.04.2024 r., dotyczące częstotliwości przeprowadzania kontroli.

Po pierwsze - odpowiedź tę należy interpretować z uwzględnieniem pozostałych postanowień SWZ. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający przewiduje wykonywanie 300 oznaczeń płynów z jam ciała rocznie, jak również biorąc pod uwagę losowość zlecenia tego rodzaju badań przez oddziały Pabianickiego Centrum Medycznego oraz konieczność ich natychmiastowego wykonania, należało założyć konieczność dostarczania materiału kontrolnego dedykowanego płynom z jam ciała nieprzerwanie przez cały okres trwania umowy.

Po drugie - o niedoszacowaniu oferty świadczy również zbyt mała objętość zaoferowanego materiału kontrolnego. Z informacji zawartych na stronie 112 instrukcji obsługi analizatora XN-550[RET]BF wynika, że objętości aspirowanej próbki w przypadku tego modelu wynosi 70 μ L, podczas gdy objętość martwa 140 μ L.

Tym samym, wykonawca Sysmex, wyceniając 2 opakowania XN-Check BF rocznie zawierające po 2 poziomy kontroli o objętości 3.0 mL każda, umożliwia przeprowadzanie kontroli jakości dla płynów z jam ciała jedynie przez 80 kolejnych dni przy założeniu wykonywania jej na dwóch poziomach, zgodnie ze wskazaniem z odpowiedzi na pytanie nr 16 z 16.04.2024 r.

Uzasadnia to poniższe wyliczenie:

Objętość „martwa” wg instrukcji: 140 μ L

Objętość aspiracji próbki wg instrukcji: 70 μ L

Objętość jednej fiolki kontroli XN-Check BF: 3,0 mL (= 3 000 μ L).

3 000 μ L - 140 μ L (objętość martwa) = 2 860 μ L (maksymalna objętość do wykorzystania na oznaczenia kontrolne)

2 860 μ L : 70 μ L (objętość aspiracji analizatora) = 40,86 oznaczeń

Reasumując Odwołujący wskazał, iż 1 fiolka każdego z poziomów kontroli jakości do płynów z jam ciała wystarczy na 40 oznaczeń kontrolnych.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pyt. nr 16 z dnia 16.04.2024 laboratorium wykonuje zawsze kontrolę jakości na 2 poziomach w momencie konieczności wykonania oznaczenia u pacjenta (300 rocznie), dlatego należy przyjąć, że jedno opakowanie zawierające 2 poziomy kontroli również powinno być kalkulowane na 40 kolejnych dni.

W związku z tym zaoferowane przez wykonawcę Sysmex 2 opakowania zabezpieczają laboratorium w materiał kontrolny do płynów na maksymalnie 80 kolejnych dni w roku.

Co więcej - wyliczenia zakładają, że kontrola jakości płynów z jam ciała wykonywana jest każdego dnia w jednym powtórzeniu i nie powtarzano jej np. z powodu uzyskania niesatysfakcjonujących wyników (to ma prawo się zdarzyć), co zmniejszałoby jeszcze bardziej ilość dni objętych kontrolą jakości.

Jest to jednoznaczne z tym, że - niezależnie od kwestii 2-miesięcznej daty ważności XN- Check BF - zaoferowana objętość materiału kontrolnego nie zapewnia możliwości wykonywania kontroli jakości przy okazji wykonywania 300 badań płynów z jam ciała przez pełen rok.

c) Wykonawca Sysmex w związku z wątpliwościami Zamawiającego został wezwany w tym zakresie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z 06.05.2024 r.). Natomiast złożone przez wykonawcę Sysmex wyjaśnienia z 08.05.2024 r. nie usuwają wątpliwości, a wręcz potwierdzają niedoszacowanie. W złożonych wyjaśnieniach wykonawcy Sysmex:

— potwierdził dokonanie samowolnej wyceny, w oparciu o pozyskane dane na temat zużycia z poprzedniego kontraktu, a nie w oparciu o wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu,

Co istotne - Zamawiający w dokumentach zamówienia nie odwoływał się do zużycia z poprzedniego postępowania, nie

podawał w tym zakresie szczegółowych informacji ani nie budował wymagań w aktualnym postępowaniu w oparciu o dane historyczne.

— wykonawca potwierdził niedoszacowanie oferty poprzez zobowiązanie do nieodpłatnych realizacji dostaw brakujących ilości asortymentowych.

Zamawiający nie powinien akceptować tych wyjaśnień - wskazujących na samowolną wycenę ofertową, dokonaną w oderwaniu od wymagań SWZ, które to wyjaśnienia potwierdzają niedoszacowanie właściwych ilości asortymentowych w ofercie w/w wykonawcy - ale powinien dokonać odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

W tych okolicznościach - z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy Sysmex pełnego zakresu zapotrzebowania Zamawiającego w materiał kontrolny krwi - tj. brak 15 opakowań tego materiału, potrzebnych do zabezpieczenia pełnego 36-miesięcznego okresu obowiązywania umowy - treść tej oferty jest w oczywisty sposób niezgodna z warunkami zamówienia. Jednocześnie nieuwzględnienie w cenie oferty tak znacznego zakresu dostaw stanowi błąd w obliczeniu ceny. Uchybienia te powinny skutkować odrzuceniem oferty.

Uwzględniając powyższe - oferta wykonawcy Sysmex podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Tymczasem Zamawiający, zamiast odrzucić ofertę niespełniającą wymagań - unieważnia całe postępowanie. Co istotne - w dniu 17.06.2024 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty w Części I wskazując, że powziął informacje wskazujące, iż doszło do niedoszacowania właściwych ilości asortymentowych w ofercie wybranego wykonawcy Sysmex.

Zamawiający w dniu 20.06.2024 r. unieważnił postępowanie, co wskazuje na próbę „ratowania” oferty wykonawcy Sysmex i niedozwolonego wykorzystania instytucji unieważnienia postępowania, co w oczywisty sposób odbywa się z pokrzywdzeniem Odwołującego, który złożył prawidłową ofertę.

Unieważnienie postępowania stanowi wyraz uprzywilejowania wykonawcy Svmex, przy braku poszanowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Powyższe zostało również wykazane w piśmie wniesionym przez Odwołującego do Zamawiającego pn. „Informacja o zamiarze wniesienia odwołania” z 21.06.2024 r. którego załącznikiem było pismo pn. „Protokół z przeglądu ofert” z 06.05.2024 r.

W niniejszej sytuacji Zamawiający nie podał uzasadnienia dla wszystkich przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem - zamawiający powinien wykazać: wadę, niemożliwą do usunięcia oraz uniemożliwienie zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym przypadku Zamawiający co najwyżej w sposób pośredni wskazał jedynie „wady” (przy czym jedynie gdyby uznać, że za „wady” uznaje wymienione w uzasadnieniu postanowienia SWZ) oraz sformułował (również jedynie pośrednio - poprzez przywołanie orzecznictwa Izby dotyczącego związania SWZ) twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia”, Natomiast w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający powinien tymczasem wykazać, że niemożliwe jest zawarcie umowy „niepodlegającej” unieważnieniu.

Określenie to oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że zawarcie umowy w obecnym kształcie - powodowałoby, że podlegałaby ona unieważnieniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3204/21”, z dnia 27 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3596/21.

Nadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający całkowicie błędnie przyporządkował „przyczyny”. które wskazał w unieważnieniu - z „wadą postępowania”, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Uwzględnienie obecnej czynności Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że Zamawiający aprobowałby złożenie oferty niezgodnej z jednoznacznymi wymaganiami SWZ dotyczącymi zaoferowania takiej ilości kontroli, która zarówno zapewni Zamawiającemu dostępność materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy, jak również możliwość jej wykonywania w ilości przewidywanej 300 oznaczeń z płynów jam ciała rocznie. Oznaczałoby to jednocześnie, że Zamawiający - w sposób arbitralny odstępowałby od egzekwowania wymagań SWZ po terminie składania ofert. Stanowisko Odwołującego – jak dalej wskazał – potwierdza orzeczenie Izby w sprawach o sygn. KIO 621/19 oraz KIO 1248/18. Natomiast przywołany w unieważnieniu wyrok Izby z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1068/19 - dotyczył innej sytuacji, w której rzeczywiście wykonawcy złożyli nieporównywalne oferty - jeden z nich jako cenę jednostkową podał cenę za badanie, a drugi cenę za test.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił jednoznaczne wymagania, a wykonawca Sysmex przyznał w wyjaśnieniach, że samowolnie dokonał wyceny w oderwaniu od tych wymagań, na podstawie nieudostępnionych przez Zamawiającego w SWZ informacji dotyczących realizacji poprzedniego kontraktu. W związku z powyższym wyrok nie może być przywoływany w niniejszym stanie faktycznym jako adekwatny.

Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - nie unieważniłby go. W takim przypadku zamówienie uzyskałby Odwołujący, bowiem oferta wykonawcy Sysmex podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Natomiast oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako że zaoferował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia. W związku z powyższym konsekwencją bezpodstawnego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania prowadzonego w Części I zamówienia jest również naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom w biorącym udział w postępowaniu w dniu 25 czerwca 2024 roku.

W dniu 28 czerwca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Sysmex”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 9 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania jako niezasadnego oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do pisma procesowego z dnia 15 lipca 2024 r. dowody, tj. opis produktu AIS921-004 Rev. 12/21 BC-BF Kontrola hematologiczna (KONTROLA) Harmonogram dostaw materiałów kontrolnych.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.: wyciągi z OPZ z czterech postępowań o udzielenie zamówienia, których przedmiotem była m.in. dostawa odczynników wraz z dzierżawą sprzętu.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – zgodnie z Rozdziałem 4 „Opis przedmiotu zamówienia” – podał, że:

„1. *Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa sprzętu medycznego wraz z sukcesywną dostawą odczynników, obejmująca:*

a. część I sukcesywną dostawę odczynników hematologicznych wraz z dzierżawą analizatorów hematologicznych,

b. część II dzierżawę aparatów koagulologicznych wraz z sukcesywną dostawą odczynników do wykonywania oznaczeń koagulologicznych,

c. część III dzierżawa aparatu do badania moczu wraz z sukcesywną dostawą pasków do oznaczania parametrów chemicznych,

zwana w dalszej części SWZ: „towarem”, w ilości i asortymencie określonym w Załączniku nr 2 - 2b do SWZ, odpowiednio do części zamówienia Zestawienie parametrów granicznych.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają Załączniki nr 2- 2b do SWZ, odpowiednio do części zamówienia Zestawienie parametrów granicznych wraz, zestawienie rodzajów i ilości badań.

(...)

5. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia:

1) Oferowany przedmiot zamówienia powinien być dopuszczony do obrotu na terytorium RP zgodnie z ustawą z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych.

2) Oferowany przedmiot zamówienia sprzęt winien spełniać wymagane parametry graniczne zawarte w Załączniku nr 2 2b do SWZ, odpowiednio do części zamówienia. Brak spełnienia parametrów granicznych powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

3) Przedmiot zamówienia odczynnik musi posiadać oznakowanie na opakowaniu jednostkowym z podaniem okresu zachowania przydatności.

6. Wykonawca ma tak skalkulować cenę, aby:

1) Zagwarantować, iż sprzęt spełnia parametry graniczne określone w Załączniku nr 2 2b do SWZ, odpowiednio do części zamówienia oraz wykazane przez Wykonawcę parametry oceniane, a także zapewnić ciągłość i niezawodność dostaw na własny koszt i ryzyko.(...)

7) Wykonawca doliczy do cen odczynników koszt kontroli i kalibratorów na podane przez Zamawiającego ilości badań oraz z poda koszt materiałów i części zużywalnych na czas trwania umowy (zgodnie ze średnim czasem zużycia podanego przez producenta aparatu). W przypadku niedoszacowania oferty, Wykonawca zobowiązuje się nieodpłatnie dostarczyć brakujące ilości odczynników i materiałów eksploatacyjnych.”

Zamawiający – zgodnie z Rozdziałem 23 „Opis sposobu przygotowania oferty”, pkt 7 „WYKAZ DOKUMENTÓW, KTÓR NALEŻY ZŁOŻYĆ WRAZ Z OFERTĄ” – wymagał złożenia wraz ofertą:

„1) Wypełniony Załącznik nr 1 do SWZ Formularz Oferty;

2) Wypełniony Załącznik nr 2 2b do SWZ, w zależności od części zamówienia Formularz asortymentowo cenowy”.

Zamawiający – zgodnie z treścią SWZ – wymagał więc złożenia przez wykonawców Załącznika nr 2 – cz. I zamówienia – do SW, dotyczącym „Rodzaju i ilości wykonywanych badań hematologicznych”, w którym dla poz. 1 i 2, tj. „Morfologia 5 – diff oraz „płyn z jam ciała” wskazał „Przewidywaną liczbę badań na 1 rok” podał odpowiednio „37 000” i „300”. Natomiast w odniesieniu do pozycji 3 i 4, tj. odpowiednio „Materiały kontrolne do ww. liczby badań na 36 m-cy” i „Materiały zużywalne do analizatora wykonującego ww. liczbę badań na 36 m-cy” kolumna „Przewidywana liczba badań na 1 rok” pozostała niewypełniona. W treści tego załącznika m.in. wskazano „Do oferty wykonawca doliczy koszt kontroli na podane przez Zamawiającego ilości badań oraz poda koszt materiałów i części zużywalnych na czas trwania umowy, tj. 36 miesięcy”.

Pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał m.in., że „w dokumentach postępowania Zamawiający wymagał m.in. zaoferowania przez Wykonawcę materiału kontrolnego do płynów z jam ciała w postaci „Materiałów zużywalnych do analizatora wykonującego ww. liczbę badań na 36 m-cy” z założeniem, że przewidywana liczba badań wynosi 300 na 1 rok.

Jednocześnie Zamawiający w Formularzu wskazał, że Wykonawca winien doliczyć do oferty koszt kontroli na podane przez Zamawiającego ilości badań oraz podać koszt materiałów i części zużywalnych na czas trwania umowy, tj. 36 miesięcy, zgodnie ze średnim czasem zużycia podanego przez producenta aparatu.

Zgodnie z zapisami rozdziału 24 ust. 1 SWZ, cena oferty powinna zawierać wszystkie składniki cenowe oraz inne koszty ponoszone przez Wykonawcę celem prawidłowego wykonania zamówienia, na podstawie Załącznika nr 2-2a do SWZ, odpowiednio do części zamówienia, a brak spełnienia parametrów granicznych powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (rozdział 5 ust. 3 SWZ).

Wskazane powyżej wymagania nakładały na Wykonawców obowiązek zaoferowania i uwzględnienia w cenie oferty takiej ilości kontroli, która zarówno zapewni Zamawiającemu dostępność materiału kontrolnego przez cały okres trwania umowy, jak również możliwość jej wykonywania w ilości przewidywanej 300 oznaczeń z płynów jam ciała rocznie. Tym samym, Wykonawca winien zaoferować taką ilość kontroli, aby zabezpieczyć możliwość pełnej przewidywanej liczby badań określonej w SWZ i załącznikach do SWZ z uwagi – z jednej strony – na losowość zlecenia tego badania przez oddziały Zamawiającego, z drugiej zaś – konieczność ich natychmiastowego wykonania, przez cały okres trwania umowy.

Należy zaznaczyć, iż w toku prowadzonego postępowania Zamawiający otrzymał od Wykonawców biorących udział w postępowaniu liczne pisma, wyjaśnienia i dokumenty, które aktualnie pozwalają stwierdzić, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, co godzi w podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, ponieważ w oparciu o ten opis Wykonawcy złożyli nieporównywalne oferty ww. postępowaniu w zakresie odnoszącym się do prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

W świetle powyższego, mając na uwadze zapisy SWZ, brak wskazania przez Zamawiającego

właściwego sposobu obliczania ceny powoduje, iż złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne i nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” .

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 pkt 6) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”.*

Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu wymaga więc ustalenia:

- 1) czy w danym stanie faktycznym wystąpiła wada postępowania a więc czy doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
- 2) czy stwierdzone naruszenia stanowi wadę niemożliwą do usunięcia,
- 3) czy wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Przepis ten dotyczy więc takich uchybień proceduralnych, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Wada taka musi mieć nieusuwalny charakter. Wada ta musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tkwić w procedurze postępowania. Oznacza to więc, że kwestię unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy rozpatrywać łącznie z art. 457 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższe powoduje, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania.

Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że w danym postępowaniu mamy do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności tych Zamawiający jednak nie wykazał.

W tym stanie faktycznym wada, która miałaby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania to w istocie, jak słusznie podniósł Odwołujący, wada w ofercie Przystępującego, który dokonał interpretacji dokumentów postępowania w oderwaniu od ich treści. Wykonawca ten, przygotowując ofertę – jak wyjaśnił w piśmie z dnia 8 maja 2024 r. - podał bowiem, że *„ilość opakowań materiału kontrolnego XB-Check BF została skalkulowana do oferty przetargowej zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dn. 16.04.2024 r., tj. kontrola dla płynów z jam ciała będzie wykonywana wówczas, gdy zaistnieje konieczność wykonania oznaczenia.”.* A ponieważ *„Zamawiający nie określił precyzyjnie z jaką częstotliwością będzie wykonywał kontrolę dla tego rodzaju badania, Wykonawca zasugerował się zużyciem z poprzedniego kontraktu. Zgodnie z podsumowaniem realizacji Umowy nr 39/11/ZP/PN/D/2021 z dn. 08.03.2021 r., wynika, że Zamawiający w zakończonym kontrakcie zakupił przez okres 36 miesięcy 3 zestawy materiału kontrolnego XN-Check BF. Wykonawca skalkulował do oferty przetargowej dwukrotną ilość opakowań. Kalkulacja została sporządzona w taki sposób, aby nie zawyżać nadmiernie ilości opakowań danego asortymentu, gdyż jak widać po wcześniejszym zużyciu, większa ilość mogłaby zostać niewykorzystana.”.* W konsekwencji powyższego Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty wykonawcy Sysmex), wskazując iż *„powziął informacje, które wskazują, iż doszło do niedoszacowania właściwych ilości asortymentowych w ofercie wybranego wykonawcy”.* Okoliczność tę Zamawiający przypisał także Odwołującemu, mimo iż, jak oświadczył na rozprawie, nie badał oferty tego wykonawcy.

Tymczasem treść SWZ, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, była jednoznaczna. Co więcej Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. , w tym w zakresie dotyczącym „Załącznika nr 2 – cz. I zamówienia, Tab. 2. Formularz cenowy kalibratorów, kontroli oraz materiałów zużywalnych” (pytanie nr 16) - *„określenie na ilu poziomach przeprowadzana jest codzienna kontrola jakości dla parametrów hematologicznych oraz płynów z jam ciała”* podał, że:

„Kontrola jakości prowadzona na 2 poziomach każdego dnia.

Kontrola płynu z jam ciała na 2 poziomach tylko wtedy, gdy wymagane jest oznaczenie płynu z jam ciała.”. Wyjaśnił więc powstałe wątpliwości.

Oznacza to, że treść SWZ pozwalała wykonawcom na prawidłowe skalkulowanie oferty i wyliczenie liczby opakowań materiałów do kontroli. Wykonawcy mieli bowiem – jak słusznie podniósł Odwołujący – zaoferować taką liczbę opakowań, która pokryłaby zapotrzebowanie Zamawiającego przez cały okres umowy a więc przez okres 36 miesięcy, mając na uwadze okoliczność, że *„badania płynów z jam ciała wykonuje się w miarę potrzeb a ich rozkład w czasie jest losowy więc nie można z góry założyć, iż będą one wykonywane w określonych miesiącach a nie w sposób ciągły w trakcie całego roku”.* Wykonawca przy kalkulacji liczby kontroli zobowiązany był także uwzględnić termin przydatności do

użycia materiału do kontroli. A tym samym zaoferować taką ilość kontroli, która zabezpieczy możliwość przeprowadzenia kontroli przez cały okres trwania umowy. To Przystępujący, kalkulując cenę oferty, nie oparł się na SWZ, ale na wiedzy i doświadczeniu z poprzedniego kontraktu realizowanego przez tego wykonawcę na rzecz tego Zamawiającego. Oznacza to, że w tym konkretnym stanie faktycznym okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania nie wystąpiły. Wada, które miałyby stanowić podstawę do jego unieważnienia to w istocie wada w ofercie Odwołującego, który dokonał interpretacji dokumentów postępowania w oderwaniu od ich treści. Treść SWZ była bowiem jednoznaczna a wykonawca, mając wątpliwości do jej treści, mógł zadawać pytania w tym także w zakresie dotyczącym kalkulacji materiałów do kontroli. Tego jednak nie uczynił. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....