

WYROK
z dnia 11 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. **przez odwołującego:** Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29B, 02-737 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie Al. Kraśnicka 100, 20-718 Lublin

orzeka:

1. oddala odwołanie
 2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29B, 02-737 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29B, 02-737 Warszawą tytułem wpisu od odwołania
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:

Uzasadnienie

Odwołanie

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy: „Dostawy testów paskowych do pomiaru glikemii oraz materiałów opatrunkowych”. Znak postępowania nadany przez zamawiającego: WSS SP ZOZ DZP. 382.78.2023, zwany dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o Postępowaniu	Opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 maja 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00218454/01.
Podstawa prawna	Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”.
Wartość zamówienia	nie przekraczająca kwoty 215 000,00 €
Data czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ogłoszenia wyniku Postępowania	19 czerwca 2023 roku
Termin na wniesienie odwołania	26 czerwca 2023 roku na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 2a) z uwzględnieniem art. 8 ust. 1 i ust. 5
Przekazanie treści odwołania Zamawiającemu	26 czerwca 2023 roku przez platformę internetową postępowania oraz na adres emailowy wskazany w SWZ t.j.: (Załączniki nr 3 i 4 do Odwołania)
Wpis od odwołania	Wniesiony przelewem w dniu 23 czerwca 2023 roku w wysokości 7500,00 zł - (Załącznik nr 2 do Odwołania)

Odwołanie złożono na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej „Pzp”.

I. Działając w imieniu Odwołującego, zgodnie z art. 513 pkt 1 Pzp, wnoszę odwołanie wobec:

- czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej do pakietu 1
- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1

II.Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego złożonej do pakietu 1 (dalej: „Oferta Odwołującego”), mimo że oferta jest całkowicie zgodna z warunkami zamówienia,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy Urtica Sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław (dalej „Oferta Urtica”) złożonej do pakietu 1, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, chociaż zasługuje na odrzucenie,
- 3.art. 17 pkt 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 4.art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców,

III.Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia Oferty Odwołującego
- 2.przeprowadzenie ponownej oceny ofert w zakresie pakietu 1
- 3.wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 zgodnie z przepisami Ustawy.

IV.Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego
- 2.przekazanie Odwołującemu ewentualnej odpowiedzi Zamawiającego na niniejsze odwołanie **w tym samym terminie**, w którym ta odpowiedź zostanie przekazana do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
- 3.przeprowadzenie dowodów z załączników nr 5, 6, 7, 8, 9 i 10 do niniejszego odwołania.

V.Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów Ustawy.

W razie uwzględnienia argumentów i żądań Odwołującego, to Odwołującemu może zostać powierzona realizacja zadania objętego Postępowaniem. Szkoda jaką może ponieść Odwołujący na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów polega na utracie dochodu z tytułu wynagrodzenia za realizację zamówienia.

Powyższe potwierdza prawo Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

VI.Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 26 czerwca 2023 roku, tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 i 3Ustawy.

Uzasadnienie okoliczności faktyczne i prawne

Przedmiotem Postępowania są dostawy produktów podzielonych na 7 pakietów. Przedmiotem pakietu nr 1 są:

- 1)Testy paskowe do pomiaru glikemii a100szt. (poz. 1)
- 2)Glukometry kompatybilne z produktem w poz. 1 - bezpłatne (poz. 2)

Do pakietu numer 1 zostały złożone trzy oferty. W dniu 19 czerwca 2023 roku Zamawiający opublikował na portalu Postępowania „Informację o wyniku postępowania” (Dowód nr 1 - Załącznik nr 5 do Odwołania), w której poinformował o czynności wyboru Oferty Urtica jako najkorzystniejszej w pakiecie 1 oraz o odrzuceniu Oferty Odwołującego złożonej do pakietu 1.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego w następujący sposób:

„dołączony do oferty formularz cenowy zawiera wycenę glukometrów pomimo, że Zamawiający wymagał zaofiarowania glukometrów w ramach nieodpłatnej umowy użyczenia, w związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu”

Tymczasem wycena glukometrów w formularzu cenowym w żadnym wypadku nie implikuje, że będą one przedmiotem zakupu lub odpłatnego użyczenia, a dokonana wycena jest niezbędna, co wynika z zapisów SWZ, które poniżej zostaną zaprezentowane.

Odwołujący dokładnie zapoznał się z SWZ i złożył ofertę z pełną świadomością, że glukometry mają być przedmiotem nieodpłatnego użyczenia, a dokonanie wyceny w formularzu cenowym jest czynnością celową, zamierzoną i zgodną z SWZ. Na dowód świadomości, że glukometry mają być przedmiotem nieodpłatnego użyczenia przedkładamy:

-Dowód nr 2 - Załącznik nr 6 do Odwołania - formularz cenowy Odwołującego do pakietu 1, w którym w pozycji 2 znajduje się zapis „Glukometry kompatybilne z produktem w poz.1-bezpłatne”. Skoro zatem dalej w tym samym wierszu znajduje się wycena glukometrów, to w kontekście jednoznacznego zapisu „bezpłatne” wycena ta nie ma na celu obciążenia Zamawiającego za użyczone glukometry.

-Dowód nr 3 - Załącznik nr 7 do Odwołania- formularz ofertowy Odwołującego, w którym Odwołujący oświadczył między innymi:

3. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia otrzymaną od Zamawiającego, akceptujemy i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń.

9. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy, określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Oświadczenia powyższe jednoznacznie gwarantują Zamawiającemu zawarcie umów zgodnych z przygotowanymi wzorami (Załączniki nr 4 i 4a do SWZ), w szczególności umowy bezpłatnego użyczenia glukometrów (Dowód nr 4 - Załącznik nr 8 do Odwołania).

Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania wymagał między innymi:

a)nieodpłatnego dostarczenia płynów kontrolnych (punkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Pakietu 1 - Dowód nr 5 - Załącznik nr 9 do Odwołania)

b)nieodpłatnego użyczenia glukometrów na czas trwania umowy

Zamawiający nie umieścił w formularzu cenowym bezpłatnych płynów kontrolnych, ale umieścił bezpłatne glukometry przy czym w pozycji glukometrów tabela zawierała puste rubryki do wypełnienia. Różnica w podejściu do bezpłatnych płynów kontrolnych (brak takiej pozycji w formularzu cenowym) i do bezpłatnych glukometrów (jest taka pozycja w formularzu cenowym) w kontekście dalej wymienionych faktów ma istotne znaczenie.

Puste rubryki do wypełnienia nie pozostawiały żadnych wątpliwości, że należy je wypełnić wartościami liczbowymi dodatnimi w szczególności w związku z zapisem w rozdziale XVII ust. 7 SWZ:

„Zamawiający wymaga, aby wszystkie ceny jednostkowe przedstawione przez Wykonawcę w formularzu oferty, podane były wyłącznie w wartościach dodatnich. Podanie przez Wykonawcę wartości 0 zł i mniejszej lub brak podania wartości skutkować będzie odrzuceniem oferty.”

Ceny jednostkowe zgodnie z SWZ zapisane są tylko w formularzu cenowym oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, a wyżej zacytowany zapis nie pozwalał na umieszczenie w tych polach innych wartości niż dodatnie.

Istotny jest również fakt, że we wzorze umowy użyczenia znajdują się wykropkowane miejsca w §1 ust. 2 (Dowód nr 4):

„W wykonaniu umowy, o której mowa w ust. 1, oraz w ramach określonego w niej wynagrodzenia Wykonawca oddaje do użytkowania, a Zamawiający bierze do użytkowania fabrycznie nowe urządzenie

o łącznej wartości brutto zł (wartość jednostkowa brutto - zł).

Pola te w chwili zawierania umowy powinny zostać wypełnione konkretnymi wartościami, które Zamawiający przepisuje do wzoru umowy pobierając odpowiednie wartości z wyceny glukometrów w formularzu cenowym ze złożonej oferty.

Brak tej wyceny w ofercie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej odrzuceniu umowy użyczenia, gdyż po terminie składania ofert Zamawiający nie może uzyskiwać od wykonawców wartości jednostkowych i wartości łącznej glukometrów. Podanie tych wartości po terminie składania ofert, w szczególności po wyborze oferty najkorzystniejszej prowadziłoby do możliwości podania przez wykonawcę absurdalnie wysokich wartości użyczanych urządzeń, które dla Zamawiającego musiałyby być wiążące. A w związku z tym, że przedmiot użyczenia należy zwrócić wykonawcy po zakończeniu umowy użyczenia, tak wysoko wycenione urządzenia stanowiłyby potencjalne duże ryzyko finansowe dla Zamawiającego bez określenia jakiegokolwiek górnego pułapu wartościowego znanego Zamawiającemu na etapie oceny ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Oferta Odwołującego jest przygotowana zgodnie z SWZ i nie zasługuje na odrzucenie, a zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest nieuprawnione.

Odrębnym tematem jest wybór Oferty Urtica jako najkorzystniejszej, chociaż oferta ta zasługuje na odrzucenie.

Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania w pakiecie 1 poz. 1 testów paskowych do pomiaru glikemii w opakowaniach po 100 sztuk. Zamawiający dopuścił w rozdziale V ust. 13 zaoferowanie opakowań innej wielkości pod warunkiem, że ogólna ilość sztuk nie będzie mniejsza od przedmiotu zamówienia:

„13. Wykonawca może zaoferować przedmiot zamówienia w opakowaniu innej wielkości niż to określono w formularzu cenowym (za wyjątkiem sytuacji nie dopuszczenia zmiany wielkości opakowania) pod warunkiem, że ogólna ilość (szt., opakowań, itp.) nie będzie mniejsza (po przeliczeniu) od przedmiotu zamówienia a przekroczenie ilości będzie mniejsze niż wielkość opakowania handlowego, z tym że wielkość oferowanych opakowań musi być zgodna z wymaganiami umieszczonymi w opisie właściwości danego wyrobu w formularzu asortymentowo-cenowym (jeżeli je określono).”

W formularzu cenowym Oferty Urtica zostały zaoferowane opakowania po 50 sztuk pasków (Dowód nr 6 - Załącznik nr 10 do Odwołania). Zamawiający wymagał zaoferowania 5318 opakowań po 100 sztuk, a Urtica zaferowała 5318 opakowań po 50 sztuk, czyli dwa razy mniej sztuk pasków niż stanowi przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym Oferta Urtica zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jej wybór jako oferty najkorzystniejszej jest zatem niezgodny z art. 17 pkt 2 Pzp.

Odrzucenie Oferty Odwołującego, która nie zasługuje na odrzucenie oraz wybranie Oferty Urtica, która zasługuje na odrzucenie, jako oferty najkorzystniejszej jest samo w sobie naruszeniem art. 16 pkt 1 Pzp. Biorąc wszystko powyższe pod uwagę wnosimy jak w petitum

Odpowiedź na odwołanie dn. 2023-07-05

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na „Dostawę testów paskowych do pomiaru glikemii oraz materiałów opatrunkowych” numer referencyjny: WSS SP ZOZ DZP 382.78.2023

Działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710, dalej jako „PZP”), Zamawiający składa odpowiedź na odwołanie z dnia 26 czerwca 2023 r. wniesione przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 PZP o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych określonych na podstawie art. 3 PZP na „Dostawę testów paskowych do pomiaru glikemii oraz materiałów opatrunkowych” (Numer referencyjny: WSS SP ZOZ DZP 382.78.2023) i wnosi o oddalenie odwołania w całości.

UZASADNIENIE

Odwołujący swoim odwołaniem z dnia 26 czerwca 2023 r. wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia Oferty Odwołującego
- 2.przeprowadzenie ponownej oceny ofert w zakresie pakietu 1
- 3.wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1 zgodnie z przepisami Ustawy.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania, w tym zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu Zamawiający nie może zgodzić się z ich treścią i wyjaśnia, że:

I. Dotyczy pkt I odwołania

W odniesieniu do punktu 1. odwołania, Zamawiający uznaje ten zarzut za bezzasadny i podtrzymuje odrzucenie oferty Odwołującego albowiem obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby Zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest niezgodna z SWZ. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 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. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP może mieć miejsce m.in. w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego

ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych (w tym wypadku) dostaw z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego.

W wyroku z 15 kwietnia 2019 r. (KIO 592/19, Legalis), Izba wskazała, że — zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie — podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności jej treści ze specyfikacją może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w niej określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy.

Niezależnie od trybu udzielenia zamówienia zamawiający określa w dokumentach zamówienia wymagania związane z jego wykonaniem poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określa warunki realizacji zamówienia w projektowanych postanowieniach umowy, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca, składając ofertę, powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 KC, stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia.

O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia z całą pewnością można mówić więc w przypadku, gdy zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiam określonym w dokumentach zamówienia. Jak wynika z treści dokumentacji postępowania, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy oferując testy paskowe do pomiaru glikemii, zaoferowali również kompatybilne glukometry, przy czym glukometry miały być zaoferowane bezpłatnie (użyczone), co wyraźnie wskazano w treści formularza cenowego. Odwołujący zaoferował natomiast sprzedaż glukometrów wraz z paskami, wypełnił bowiem formularz cenowy wartościami glukometrów, po jakich zaoferował je Zamawiającemu i Zamawiający nie miał w tym wypadku żadnych wątpliwości, że Odwołujący zamierza mu te glukometry sprzedać.

Odnosząc się już bezpośrednio do argumentów podniesionych w odwołaniu należy wskazać, że argumenty te zostały przygotowane tylko i wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i nie znajdują żadnego oparcia w treści złożonej przez Odwołującego oferty co najmniej z następujących powodów:

- 1) fakt, że Odwołujący już po odrzuceniu jego oferty „doczytał” treść formularza cenowego i wskazuje na to, że w jednym wierszu znajduje się informacja o bezpłatnej dostawie i cena za glukometr nie świadczy o złożeniu oferty zgodnej z warunkami zamówienia ale o czymś przeciwnym. Należy zwrócić uwagę, że poza wskazaniem wartości glukometrów, Odwołujący doliczył tę wartość do globalnej ceny oferty, co oznacza, że zaoferował je do sprzedaży;
- 2) gdyby przyjąć za prawdziwą argumentację Odwołującego o tym, że wartość glukometrów została wskazana celowo, na potrzeby umowy użyczenia, Odwołujący z całą pewnością nie doliczyłby tej wartości do ceny oferty.
- 3) ponadto przeciwko argumentowi Odwołującego o wpisaniu wartości glukometrów na potrzeby użyczenia przemawia również fakt, że glukometry zostały zaoferowane po cenie 1 zł, co w żadnym wypadku nie jest ceną rynkową tych urządzeń i w żaden sposób nie zabezpieczenia Odwołującego (np. na wypadek uszkodzenia czy utraty urządzenia w trakcie okresu użyczenia);
- 4) nie jest w tym zakresie wystarczające oparcie się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy zawartym w formularzu ofertowym pkt. 3 i 9 - zbędny byłby wówczas etap badania zgodności oferty z SWZ, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. W tej sprawie Odwołujący w formularzu cenowym wskazał jednoznacznie, że zaoferowane glukometry nie będą przedmiotem nieodpłatnego użyczenia, gdyż formularz cenowy zawiera wycenę glukometrów;
- 5) Zamawiający nie umieścił w formularzu cenowym bezpłatnych płynów kontrolnych, gdyż nie jest to na tyle istotny element przedmiotu zamówienia, który wymagałby podania w formularzu cenowym takich danych jak: nazwa handlowa oferowanego produktu, wielkość opakowania, producent/kraj, dowód dopuszczenia do obrotu, nr katalogowy, kod EAN, kod UDI. Natomiast są to istotne dane jeśli chodzi o zaoferowane glukometry i dlatego ten asortyment został umieszczony w formularzu cenowym z dopiskiem „bezpłatne”;
- 6) Zamawiający nie wykreślił w poz.2 rubryk w kolumnie od 5 do 8, gdyż niezpełnienie tych rubryk (tak jak to zrobili

pozostali wykonawcy) świadczyłoby o bezpłatnym użyczeniu glukometrów. Należy nadmienić, że sprecyzowanie przedmiotu oferty dopiero na tym etapie jest niedopuszczalne, ponieważ stanowi uzupełnienie oferty o treść, która się w niej pierwotnie nie znalazła.

Wszystkie przedstawione wyżej argumenty świadczą o tym, że odwołanie w swoim pkt 1 jest całkowicie bezzasadne, zaś argumentacja przedstawiona w jego treści została „wykreowana” wyłącznie na potrzeby odwołania i nie znajduje potwierdzenia w dokumentach postępowania. Nie można tracić z pola widzenia faktu, że Odwołujący jest profesjonalistą, od którego wymaga się działania ze staranności charakterystyczną dla podmiotów w sposób zawodowy prowadzących swoją działalność. Zamawiający otrzymując więc ofertę, w której cena zawiera również cenę glukometrów, których nabyć nie chciał, nie może tej oferty potraktować inaczej niż jako niezgodną z warunkami zamówienia i próbować domyślać się, co innego ewentualnie Odwołujący miał na myśli, w szczególności, że żaden z przedstawionych przez niego argumentów nie jest przekonujący - gdyby Odwołujący faktycznie chciał określić wartość glukometrów tylko na potrzeby użyczenia to po pierwsze nie doliczyłby tej wartości do ceny oferty a ponadto określiliby tę wartość w sposób odpowiadający ich realnej wartości.

II. Dotyczy pkt 2 i 3 odwołania

W odniesieniu do punktu 2 i 3 odwołania, Zamawiający w dniu 27 czerwca 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Urtica Sp. z o.o jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 w związku z wniesionym odwołaniem oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert w wyniku czego, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt. 3) PZP, poprawił w przedmiotowej ofercie omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w zakresie pakietu nr 1. Wykonawca w pakiecie nr 1 poz.1 zaoferował niezgodną z SWZ ilość przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaoferował 5 318 op. testów paskowych x 50szt., tymczasem Zamawiający wymagał 5 318 op. testów paskowych x 100szt. W związku z powyższym Zamawiający poprawił oferowaną ilość na 10 636 op., tak aby zostało zrealizowane zapotrzebowanie Zamawiającego. W następstwie poprawionej omyłki wartość pakietu nr 1 wynosi 195 064,24 zł netto i 210 669,38 zł brutto. Powyższe oznacza, że odwołanie w tym zakresie stało się niezasadne i również winno podlegać oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że w terminie zakreślonym w art. 525 ust. 1 PZP do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła firma Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 1, który obejmował zamówienie testów paskowych do pomiaru glikemii.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron, uwzględniła opozycję odwołującego co do przystąpienia po stronie zamawiającego Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o. w Warszawie, z postanowieniem zawartym w protokole z posiedzenia Izby.

Izba potwierdza skuteczność wniesionego odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 i art.528 Pzp, kierując zgodnie z art.530 Pzp sprawę na rozprawę, celem merytorycznego rozpoznania.

Odwołujący w związku z zaskarżonymi czynnościami, sformułował pod adresem zamawiającego, następujące zarzuty odwołania, które mają wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, złożonej do pakietu nr 1, która jest całkowicie zgodna z warunkami zamówienia,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy Urtica Sp. z o.o. Wrocław złożonej do pakietu nr 1, która została uznana za najkorzystniejszą przez zamawiającego, chociaż zasługuje na odrzucenie,
- 3.art. 17 pkt 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 4.art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Izba kwitując tak przedstawione zarzuty stwierdza, że odnoszą się one do jednego przepisu ustawy Pzp to jest art. 226 ust.1 pkt 5 („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”). Przywołany przepis ustawy zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert, których treść jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia, które stanowią o warunkach zamówienia. Izba rozstrzygając sprawę na tle tego przepisu zobligowana jest do ustalenia co jest treścią oferty w związku postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (swz), odnosząc się stwierdzonej niezgodności oferty z wskazanymi przez zamawiającego postanowieniami swz.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego w dniu 19 czerwca 2023r. stwierdził, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (protokół postępowania zamawiającego z dnia 30 czerwca 2023r. – w aktach sprawy). Jako podstawę decyzji odrzucenia oferty, przywołał postanowienia Rozdz. XV ust.8 swz, które obligują treść oferty do zgodności z swz. Zgodnie z pkt 1.2. tego Rozdziału swz oferta powinna zawierać prawidłowo uzupełniony Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 3 do swz. Zamawiający stwierdził, że dołączony do oferty Formularz cenowy odwołującego zawiera wycenę glukometrów, które według swz nie podlegały wycenie i miały być zaoferowane w ramach nieodpłatnej umowy użyczenia.

Z ustaleń Izby wynika co następuje.

Zamawiający przed otwarciem ofert w pakiecie nr 1 w dniu 7 czerwca 2023r. określił kwotę na sfinansowanie zamówienia w tym pakiecie na 309 571,42 zł. wartości brutto. Złożone zostały trzy oferty: odwołujący na kwotę 188 256, 23 zł., Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o. w Warszawie na kwotę 297 912, 23 zł. i wykonawca wybrany Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu na kwotę 105 334, 69 zł. (cena – kryterium oceny ofert stanowiące 60%). W pozostałych kryteriach termin dostawy i reklamacja (po 20% kryterium oceny ofert) oferenci złożyli propozycje równoznaczne (po 2 dni).

Izba przechodząc do podstaw ustalenia zasadności decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego ustaliła jak poniżej.

Oprócz wspomnianych postanowień Rozdz. XV Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów, przywołanych w decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego co do pkt 1.2. (Prawidłowo uzupełniony Formularz cenowy, zgodnie z zał. Nr 3 do SWZ), znaczenie ma Rozdz. XVII Opis sposobu obliczenia ceny, przywoływany przed Izbą przez odwołującego co do pkt 7 i co do pkt 1 przez zamawiającego. Punkt 7 na który powoływał się odwołujący stanowi, że zamawiający wymaga, aby wszystkie ceny jednostkowe przedstawiane przez Wykonawcę w formularzu oferty, podane były wyłącznie w wartościach dodatnich. Podanie przez Wykonawcę wartości 0 zł. i mniejszej lub brak podania wartości skutkować będzie odrzuceniem oferty. Tą treścią postanowień swz odwołujący uzasadniał konieczność podania ceny powyżej 0 zł. za glukometr, podając cenę 1 zł., który jak nie zaprzeczał ma być oddany do bezpłatnego użyczenia zamawiającemu. Z kolei zamawiający powołując się na pkt 1 Rozdz. XVII, o treści „Cenę oferty należy obliczyć z uwzględnieniem wszystkich wymagań SWZ. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty związane z należytą realizacją zamówienia zgodnie z warunkami umowy, opisem przedmiotu zamówienia określonym w SWZ, szczególnie zawartym w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ, jak również w udzielanych wyjaśnieniach do SWZ, jej ewentualnych zmianach czy modyfikacjach”.

Odwołujący powoływał się również na jego zapewnienie o wykonaniu umowy zgodnie z blankietowym oświadczeniem w Formularzu Ofertowym, gdzie w pkt 9 oświadczył, że zapoznał się z umową, SWZ i zobowiązał się do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ.

I tak przechodząc do przedmiotu sporu, wynikającego z uzupełnionego Formularza cenowego załączonego do oferty odwołującego, który spowodował odrzucenie jego oferty. Odwołujący w pakiecie nr 1 w poz. 1 wycenił testy paskowe do pomiaru glikemii podając między innymi cenę jednostkową, stawkę VAT 8 %, wartość netto i wartość brutto oraz parametry identyfikujące oferowany przedmiot zamówienia. W poz. 2 wycenił glukometry kompatybilne z produktem w poz.1 – bezpłatne podając między innymi cenę jednostkową, stawkę VAT 8 %, wartość netto i wartość brutto oraz parametry identyfikujące oferowany przedmiot zamówienia. Tak wycenione obydwie pozycje (1 i 2) zsumował ich wartości podając łączną wartość netto i brutto.

Dla zamawiającego, jak już powyżej Izba wskazała, stanowiło powyższe przedstawienie Formularza cenowego oferty odwołującego, podstawę odrzucenia oferty („dołączony do oferty Formularz cenowy odwołującego zawiera wycenę glukometrów, które według swz nie podlegały wycenie i miały być zaoferowane w ramach nieodpłatnej umowy użyczenia”).

Dla porównania pozostali oferenci przedstawiając Formularz cenowy w następujący sposób uzupełnili Formularz cenowy i tak: Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu: w poz. 2 glukometry kompatybilne z produktem w poz.1 – bezpłatne, w kolumnach cena jednostkowa, stawka VAT, wartość netto, wartość brutto pozostawił nie wypełnione pola, a Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o. w Warszawie w poz. 2 glukometry kompatybilne z produktem w poz.1 – bezpłatne, w kolumnach cena jednostkowa, stawka VAT, wartość netto, wartość brutto wpisali słownie w kolumnach „bezpłatnie”. Obydwaj oferenci w pozostałych kolumnach poz. 2 podali parametry identyfikujące oferowany przedmiot zamówienia.

Do rozstrzygnięcia Izby pozostało zagadnienie prawne, czy odwołujący miał w ogóle prawo wycenić, bez konsekwencji odrzucenia jego oferty (podając cenę jednostkową, stawkę VAT, wartość netto, wartość brutto), „glukometry kompatybilne z produktem w poz.1 – bezpłatne”, w świetle przywołanych powyżej postanowień SWZ, czy też przez podanie, jak to uczynił odwołujący, symbolicznej wyceny na poziomie 1 zł za sztukę glukometru.

W ocenie Izby przywołane powyżej warunki SWZ, w tym Formularz cenowy nie uprawniały odwołującego do jakiegokolwiek, to jest nawet jak to uczynił odwołujący na poziomie 1 zł. za 1 sztukę glukometru, wyceny glukometrów, czyli podania ich ceny. Fakt wyceny (określenie ceny w złotych), jak słusznie podnosił na rozprawie zamawiający stanowiło o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, które w spornym zakresie sprowadzały się do nieodpłatnego użyczenia glukometrów, a tej zasadzie też nie zaprzeczali reprezentanci odwołującego, pomimo że wycenili glukometry. Odwołujący w sposób nieuprawniony powoływał się na postanowienia Rozdziału XVII pkt 7 SWZ (powyżej cytowany), który regulował zasady wyceny oferty, czyli sprzedaży noszącej znamiona wyceny towaru. Natomiast glukometry jak też wynika wprost z treści Formularza cenowego są produktem bezpłatnym oraz jak wynika z pkt 1 Rozdz. XVII SWZ, zdanie pierwsze cenę oferty należy obliczyć z uwzględnieniem wszystkich wymagań SWZ, czyli również treści poz.2 Formularza cenowego, jak i też niekwestionowanej przez odwołującego okoliczności obowiązkowego zawarcie umowy użyczenia (nieodpłatnego). W ocenie Izby powyższe regulacje SWZ nie powinny budzić wątpliwości co do braku jakichkolwiek podstaw prawnych, uzasadniających wycenę (określenie ceny nawet na poziomie symbolicznej złotówki za jeden glukometr). Na marginesie nie jest usprawiedliwieniem dla odwołującego dotychczasowa praktyka odwołującego w innym postępowaniu, na którą powoływał się na rozprawie. W innym, przywołanym przez odwołującego na rozprawie, postępowaniu inny zamawiający w podobnych okolicznościach odrzucił jego ofertę, a następnie przywrócił odwołującego do postępowania. Wręcz przeciwnie odwołujący powinien mieć na uwadze w innych postępowaniach unikanie takich błędów lub też wyjaśnianie gdy ma wątpliwości co do warunków zamówienia. Natomiast w ocenie Izby przedmiotowe postanowienia SWZ, co do braku podstaw ustalania ceny glukometrów, są jednoznaczne.

Izba podsumowując rozstrzygnięcie zarzutu odwołującego co do odrzucenia jego oferty, nie stwierdza z urzędu ani przesłanek z art.223 ust.1 Pzp co do konieczności wyjaśnień w związku z treścią oferty odwołującego. Izba również nie stwierdza obowiązkowego wynikającego z treści art.223 ust.2 pkt 3 Pzp co do poprawienia treści oferty w związku z omyłką w zakresie niezgodności z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego na rozprawie, który stwierdził, że treść uzupełnionego Formularza cenowego załączonego do oferty odwołującego wskazuje, na sprzedaż glukometrów (8% VAT), a nie na nieodpłatne użytkowanie glukometrów, czego wymagają warunki zamówienia. Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art.226 ust.1 pkt 5 Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego. Wycena glukometrów w ofercie odwołującego powoduje sprzeczność treści oferty z warunkami zamówienia.

Na marginesie Izba stwierdza, że powoływanie się na ogólne oświadczenie w Formularzu ofertowym o zobowiązaniu wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie wyklucza obowiązkowego odrzucenia oferty, w przypadku stwierdzenia konkretnej, wymiernej sprzeczności, niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które mają służyć potwierdzeniu zgodności jej treści z wymaganiami zamawiającego.

Co do zarzutu wyboru najkorzystniejszej oferty Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu, to jak wynika z protokołu zamawiającego z dnia 30 czerwca 2023 (akta sprawy), w dniu 27.06.2023r.(następny dzień po wniesieniu odwołania) zamawiający unieważnił wybór oferty w zakresie pakietu nr 1, powtórzył czynności badania i oceny oferty oraz poprawił w ofercie Urtica Sp. z o.o. omyłki polegając na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty. W związku z powyższym do czasu ponownego rozstrzygnięcia zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu i jej nie odrzucenie przez zamawiającego, staje się bezprzedmiotowe. Bowiem zgodnie z art.552 ust.1 Pzp, Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który na dzień orzekania uległ zmianie, ponieważ oferta Urtica Sp. z o.o. nie jest już najkorzystniejszą ofertą w ocenie zamawiającego i zamawiający nie dokonał ponownego rozstrzygnięcia w myśl art.253 ust.1 w zw. z art. 266 Pzp.

W konsekwencji odwołujący nie udowodnił naruszenia również art. 17 pkt 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców.

Resumując powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 złotych.

Przewodniczący:.....