

Raszyn, dnia 10.07.2020r.

Nasz znak: MLP/845/20

**Do Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny

ul. Żołnierska 18

10-561 Olsztyn

Tel.: 89 538 62 28

e-mail: zamowienia@wss.olsztyn.pl

Elektroniczna skrzynka podawcza ePUAP : / WSSzpital/SkrytkaESP

Adres strony internetowej: www.wss.olsztyn.pl

Odwołujący:

MEDLAB PRODUCTS SP. Z O.O.

Ul. Gałczyńskiego 8

05-090 Raszyn

Tel.: 22 720 35 12

Faks: 22 846 29 26

e-mail: mlp.biuro@medlab-products.com.pl

Przedmiot zamówienia: Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego.

Nr postępowania: DZPZ / 333 /7 UEPN / 2020

Wskazanie numeru Biuletynu Zamówień Publicznych albo Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu – Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, numer ogłoszenia 2020/S 061-145270 data zamieszczenia ogłoszenia: 26.03.2020r.

Wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnia ją na tej stronie:

www.wss.olsztyn.pl oraz na platformie przetargowej ePUAP

Termin powzięcia informacji o wynikach postępowania: w dniu 03.07.2020r.. na podstawie pisma Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 03 lipca 2020r.

ODWOŁANIE

Od wyboru najkorzystniejszej oferty w Części nr 18 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego”. Nr postępowania: DZPZ/ 333 /7 UEPN / 2020.

Odwołanie dotyczy części 18 zamówienia.

W imieniu Medlab Products Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie przy ul. Gałczyńskiego 8, zwanym dalej „Wykonawcą” lub „Odwołującym”, działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP (sygnatura postępowania: DZPZ/ 333 /7 UEPN /2020), zwanym dalej „Postępowaniem”.

Zamawiającemu zarzucam działanie niezgodne z przepisami Ustawy poprzez:

- sprzeczne z obowiązującymi przepisami zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Macieja Morawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BIOMEDICO Maciej Morawski z siedzibą w Gdyni (dalej „BIOMEDICO”) **i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Części nr 18.**

Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIOMEDICO w Części nr 18 pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie:
 - I. braku podania w ofercie wymaganych informacji dotyczących nazwy handlowej dla produktów zaoferowanych w pozycji 3-14;
 - II. braku oświadczenia, czy zaoferowany produkt w pozycji 5 spełnia parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia;
 - III. braku zaoferowania „wzorcowych probówek do czytnika do oznaczania OB.” będących przedmiotem zamówienia w pozycji 15.
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji między Zamawiającym a Wykonawcą BIOMEDICO dotyczących złożonej oferty, oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 18;
2. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Części nr 18;
3. Ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert w Części nr 18 z uwzględnieniem zarzutów odwołania;

4. Odrzucenia oferty BIOMEDICO;
5. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy.

Na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy BIOMEDICO w Części nr 18, Odwołujący pozbawiony zostaje możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, co narusza jego interes prawny i finansowy.

Powyższe dowodzi spełnienia przesłanek do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 03.07.2020r. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1 pkt. 1 Ustawy został zachowany.

Odwołujący przesłał przy użyciu środków komunikacji publicznej kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 10.07.2020r. tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pt.: „**Dostawa wyrobów diagnostycznych, odczynników chemicznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego**”. Nr postępowania: **DZPZ/ 333 /7 UEPN / 2020**.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 45 części. Kryteriami oceny ofert była: cena 60% oraz ocena użytkowo-jakościowa 40%

W Części nr 18 zostały złożone 3 oferty:

- oferta firmy Eclipse Sp. z o.o. Sp. k. o wartości 374 818,27 zł.
- oferta firmy Medlab Products Sp. z o.o. o wartości 338 101,74 zł (po poprawieniu omyłki rachunkowej 339 613,74 zł)
- oferta firmy BIOMEDICO o wartości 329 025,60 zł

Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę w wysokości 345 882,42 zł. brutto.

O dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 18, Zamawiający poinformował Odwołującego e-mailem w dniu 03.07.2020r.

Dowód: Pismo Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 03 lipca 2020r.

Za najkorzystniejszą ofertę w Części nr 18, Zamawiający uznał ofertę złożoną przez BIOMEDICO.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty BIOMEDICO w zakresie Części nr 18, uzasadniając swoje stanowisko w sposób następujący:

Przedmiot zamówienia w ramach Części nr 18 obejmował 16 pozycji asortymentowych, przy czym pozycja 16 stanowiła dzierżawa analizatora do OB.

Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą Formularza cenowego sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ zawierającego:

1. liczbę porządkową
2. opis przedmiotu zamówienia
3. opis produktu oferowanego (należy odnieść się do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia)
4. producent, klasa medyczna, nr katalogowy, nazwa handlowa (tożsama z nazwą która będzie widniała na fakturze)
5. jednostka miary
6. ilość
7. cena jednostkowa netto
8. wartość netto
9. stawka VAT %
10. VAT
11. cena jednostkowa brutto
12. wartość brutto

Kolumny 3, 4, 7, 9 wypełniali wykonawcy stosownie do oferowanych produktów, natomiast kolumny 8, 10, 11, 12 zawierały przygotowane przez Zamawiającego formuły pozwalające na wyliczenie wartości netto, brutto, ceny jednostkowej brutto oraz kwoty VAT. Dodatkowo w kolumnie 6 w pozycji 15 została podana przez Zamawiającego adnotacja „ilość wpisuje wykonawca”, co de facto oznaczało, że w przypadku tej jednej pozycji asortymentowej ilość oferowanych „wzorcowych próbek do czytnika do oznaczania OB.” określał wykonawca stosownie do oferowanego czytnika do oznaczania OB.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy PZP, należy wskazać co następuje:

Odwołujący uważa, że treść oferty BIOMEDICO zawiera uchybienia, których nie można poprawić czy wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 3 Ustawy PZP, które powodują, że treść tej oferty jest nie zgodna z treścią SIWZ w zakresie:

- I. braku podania w ofercie wymaganych informacji dotyczących nazwy handlowej dla produktów zaoferowanych w pozycji 3-14;
- II. braku odniesienia się w ofercie, czy zaoferowany produkt w pozycji 5 spełnia parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia;
- III. braku zaoferowania „wzorcowych próbek do czytnika do oznaczania OB.” będących przedmiotem zamówienia w pozycji 15.

Ad. I Dotyczy braku podania w ofercie wymaganych informacji dotyczących nazwy handlowej dla produktów zaoferowanych w pozycji 3 - 14:

Zamawiający wymagał podania w kolumnie „producent, klasa medyczna, nr katalogowy, nazwa handlowa (tożsama z nazwą, która będzie widniała na fakturze)” poddania dla każdej pozycji asortymentowej nazwy handlowej oferowanych produktów, czyli nazwy, która będzie widniała na fakturze.

Zatem, jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania nazw handlowych oferowanego asortymentu, która to nazwa będzie później widniała na fakturach, informacje takie bezsprzecznie stanowią treść oferty.

BIOMEDICO dla produktów zaoferowanych w pozycjach 3 - 14 nie określił nazwy handlowej, określił jedynie klasę medyczną produktu (poza pozycją 11), podał nr katalogowy oraz nazwę producenta. Nazwa handlowa, która będzie widniała na fakturze nie została określona przez Wykonawcę w żadnym innym dokumencie stanowiącym część złożonej oferty.

Brak wskazania w ofercie powyższych informacji stanowi zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta nie może zostać wyeliminowana poprzez zastosowanie mechanizmów wskazanych w art. 87 ustawy Pzp. Oferta więc podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że „niezgodność oferty, aby była prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, przy czym chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące treści oferty. Ponadto niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny. Nie może być zatem możliwości zastosowania wobec niej procedury wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.) ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.” (wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 10 marca 2015 r. (VIII Ca 76/15).

Odwołujący stoi na stanowisku, że popełnione przez wykonawcę uchybienie skutkować powinno odrzuceniem złożonej przez BIOMEDICO oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak wypełnienia w pełnym zakresie (tj. brak podania ważnej dla Zamawiającego informacji jaką jest nazwa handlowa, która będzie widniała na fakturze) przez Wykonawcę wymaganej przez zamawiającego kolumny w formularzu ofertowym powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której formularz ofertowy jest załącznikiem.

Ad. II Dotyczy braku informacji w ofercie, czy zaoferowany produkt w pozycji 5 spełnia parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia w Części nr 18 w poz. 5 była: *„Probówka koagulologiczna 2,7 ml, 3, 2 % cytrynian sodowy z podwójnym dnem lub z o podwójnej ściance co jest równoważne do podwójnego dna. Probówki gwarantujące minimalną przestrzeń martwą i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną. Probówki kompatybilne z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300 , lub probówka koagulologiczna o pojemności pobranej krwi 3,6ml 3,2% cytrynian sodowy gwarantująca ograniczenie przestrzeni martwej przestrzeń martwą i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną. Probówki kompatybilne z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300 , lub probówki o innowacyjnej geometrii, ograniczającej przestrzeń martwą dzięki której optymalizuje się monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną pod warunkiem kompatybilności z dzierżawionym aparatem Zamawiającego firmy Werfen ACLOP 300. lub probówki do koagulologii z podwójną ścianką, gwarantujące minimalną przestrzeń martwą i związaną z tym zmniejszoną aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną, probówki z 3,2% cytrynianem sodu o całkowitej pojemności 3,5 ml, gdzie objętość pobrania wynosi 3,15 ml, a 0,35 ml stanowi płynny odczynnik (zgodnie z konieczną proporcją ilości pobranej krwi od pacjenta do ilości odczynnika znajdującego się w probówce gdzie stosunek ten powinien wynosić 9:1) pod warunkiem kompatybilności z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300”.*

Tak obszerny opis przedmiotu zamówienia powstał po wielu modyfikacjach Zamawiającego w następstwie udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców.

BIOMEDICO zaoferował w pozycji 5 jeden z dopuszczonych wariantów, a mianowicie „próbówkę do koagulologii 3,6ml; 3,2% cytrynian sodowy” W opisie produktu oferowanego nie odwołał się natomiast do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, czyli w przypadku tego wariantu próbek, nie odniósł się do tego, **czy zaoferowana próbówka gwarantuje ograniczenie przestrzeni martwej i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną oraz czy próbówka ta jest kompatybilna z aparatem dzierżawionym przez Zamawiającego firmy Werfen ACLTOP 300.**

Brak wskazania w ofercie powyższych informacji stanowi zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta nie może zostać wyeliminowana poprzez zastosowanie mechanizmów wskazanych w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta więc podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad. III. Dotyczy braku zaoferowania „wzorcowych próbek do czytnika do oznaczania OB.” będących przedmiotem zamówienia w pozycji 15.

Przedmiotem zamówienia w Części nr 18 w poz. 15 były:

„Wzorcowe próbki do czytnika do oznaczania OB. Do podanej ilości badań należy zaoferować kontrole.”

Dowód: Załącznik nr 2 - formularz cenowy 1585213889 (dla Części nr 18)

Zamawiający, konieczność zaoferowania próbek wzorcowych do czytnika do oznaczenia OB oraz ich wyceny potwierdził w piśmie „Pytania i odpowiedzi” z dnia 17.04.2020r. w odpowiedziach na pytania wykonawców:

Punkt 6 str. 4 pisma – Pytanie: *„Czy zamawiający w części 18 pkt. 15 wymaga określoną liczbę próbek kontrolnych czy Dostawcy określają tę liczbę samodzielnie, czy ma to wpływ na ocenę oferty, jeśli tak to jaki? Czy nie zaoferowanie próbek kontrolnych wpłynie na odrzucenie lub gorszą ocenę oferty?”*

Co oznacza stwierdzenie: „Do podanej ilości badań należy zaoferować kontrole.”, poprosimy rozwinięcie lub wytłumaczenie tego zapisu?”

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 6 *„Zamawiający informuje, iż wymaga zaoferowania próbek wzorcowych dostarczonych wraz z zaoferowanym aparatem. Zamawiający wymaga wyceny powyższych próbek. Zamawiający wymaga próbek wzorcowych (2 poziomy) do kontroli jakości odczytu OB. Zamawiający wymaga zaoferowania próbek w ilości do każdego gniazda pomiarowego, czyli ilość jest uwarunkowana zaoferowanym aparatem do odczytu OB.”*

Punkt 18 str. 11 pisma – Pytanie: *„Czy Zamawiający odstąpi od wymogu zaoferowania próbek wzorcowych do aparatu OB na rzecz oferowanego w pozycji 16 aparatu do oznaczania OB przeprowadzającego autotest, automatycznie i każdorazowo, po jego uruchomieniu. Pozwalającym na jego właściwą pracę, bez konieczności korzystania z próbek wzorcowych?”*

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 15: *„Zamawiający informuje, iż nie odstąpi od powyższego wymogu i oczekuje złożenia oferty zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.”*

W piśmie „Pytania i odpowiedzi III” z dnia 24.04.2020r. Zamawiający dopuścił *„możliwość zaoferowania próbek kontrolnych dostarczonych wraz z aparatem do codziennej kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na 3 poziomach.”*

Przy czym, dopuszczenie próbek kontrolnych dostarczonych wraz z aparatem nie oznaczało, że wykonawca został zwolniony z wymogu przedstawienia opisu produktu oferowanego oraz z wymogu wyceny takich próbek, o czym świadczy modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia w pozycji 15 po odpowiedziach udzielonych w dniu 17 i 24 kwietnia br.

Pozycja 15, po modyfikacji otrzymała następujący opis:

*„Wzorcowe próbki do czytnika do oznaczania OB.”, które po dwóch modyfikacjach Zamawiającego w następstwie udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców otrzymały ostateczny opis: „Wzorcowe próbki do czytnika do oznaczania OB. ~~Do podanej ilości badań należy zaoferować kontrole.~~ Zamawiający wymaga próbek wzorcowych dostarczonych wraz z zaoferowanym aparatem. Probówki wzorcowe (2 poziomy) do kontroli jakości odczytu OB. każdego gniazda pomiarowego **lub** próbki kontrolne dostarczone wraz z zaoferowanym aparatem, do codziennej kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na 3 poziomach.”*

Dowód: Załącznik nr 2 - aktualny formularz cenowy z dnia 24-04-2020_1587971878 (dla Części nr 18)

BIOMEDICO w pozycji 15 nie zaoferował żadnego z dopuszczonego przez Zamawiającego wariantu „Wzorcowych próbek do czytnika do oznaczania OB”, o czym świadczy fakt, że kolumny: „opis produktu oferowanego (należy odnieść się do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia)”, „producent, klasa medyczna, nr katalogowy, nazwa handlowa (tożsama z nazwą która będzie widniała na fakturze)”, „cena jednostkowa netto” pozostały nie wypełnione przez Wykonawcę.

Dowód: Załącznik nr 2 -aktualny formularz cenowy z dnia 24-04-2020_1587971878 (Wypełniony przez BIOMEDICO dla Części nr 18)

Zamawiający nie miał prawa uznać, iż podanie przez Wykonawcę wartości 0,00 zł w pozycji 15 jest wyceną tej pozycji. Miałoby to miejsce, gdyby Wykonawca w kolumnie „cena jednostkowa netto” wpisał cenę 0,00, a w kolumnie „opis produktu oferowanego” podał jaki produkt został zaoferowany i odniósł się w tym opisie do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia.

Z treści oferty BIOMEDICO wynika natomiast, że Wykonawca w ogóle nie zaoferował wzorcowych próbek do czytnika do oznaczenia OB, ani żadnej dopuszczonej przez Zamawiającego opcji kontroli jakości odczytu OB. Brak wypełnienia kolumny „opis produktu oferowanego” oraz kolumny „producent, klasa medyczna, nr katalogowy, nazwa handlowa (tożsama z nazwą która będzie widniała na fakturze)”, „cena jednostkowa netto” oznacza brak zaoferowania tego produktu. Również w opisie dzierżawy automatu do OB, brak jest jakiegokolwiek informacji o sposobie i możliwości kontroli jakości odczytu OB, czy też informacji, że koszt dzierżawy czytnika uwzględnia również koszt próbek wzorcowych czy koszt kontroli jakości odczytu OB.

Należy również zaznaczyć, że formularz cenowy przed wypełnieniem przez wykonawców miał podane w kolumnach: „Wartość netto” „VAT”, „Cena jednostkowa brutto”, „Wartość brutto” formuły, wartości i cena jednostkowa brutto wyliczały się więc automatycznie, a wartość 0,00 zł w tych kolumnach pojawiała się automatycznie po wpisaniu jakiegokolwiek liczby w kolumnie „ilość”, a zatem Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy intencją Wykonawcy było zaoferowanie próbek wzorcowych za 0,00 zł. Z treści oferty jednoznacznie wręcz wynika, że - **NIE**, gdyż brak jest opisu oferowano produktu oraz wpisania ceny jednostkowej netto.

Zatem, należy uznać, iż BIOMEDICO nie tylko nie zaoferował produktu będącego przedmiotem zamówienia w pozycji 15 za 0,00 zł. lecz nie zaoferował go w ogóle. To z kolei oznacza brak

zapewnienia całościowej realizacji zamówienia zgodnej z wymaganiami zamawiającego, co stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność treści oferty BIOMEDICO z treścią SIWZ polega również na braku wskazania informacji, których podania w ofercie wymagał Zamawiający tj. „opisu produktu oferowanego” „producenta, klasy medycznej, nr katalogowego, nazwy handlowej (tożsamej z nazwą która będzie widniała na fakturze)” oraz „ceny jednostkowej netto” dla przedmiotu zamówienia określonego w pozycji 15. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania np. nazw handlowych oraz oznaczenia producentów oferowanego asortymentu, informacje takie bezsprzecznie stanowią treść oferty.

Brak powyższych informacji nie może zostać wyeliminowana poprzez zastosowanie mechanizmów wskazanych w art. 87 p.z.p., oferta więc podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Konkludując, oferta złożona przez BIOMEDICO w zakresie pozycji 15 jest obarczona błędem, polegającym na:

- braku zaoferowania produktu, który był wymagany przez Zamawiającego;
- braku wskazania „opisu produktu oferowanego” „producenta, klasy medycznej, nr katalogowego, nazwy handlowej (tożsamej z nazwą która będzie widniała na fakturze)” „ceny jednostkowej netto”.

Według Odwołującego, nie ma najmniejszej wątpliwości, że treść oferty BIOMEDICO jest niezgodna z treścią SIWZ i zachodzą wszystkie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 stycznia 2015 r.; sygn. akt KIO 2670/14:

“Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści siwz to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią siwz zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Jednak aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, musi istnieć możliwość przyporządkowania treści siwz, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści ofert.”

Zdaniem składu orzekającego Izby zawartego w wyroku z 12.04.2011r. KIO 676/11 treść siwz i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli; zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści siwz- jest z nią zgodna.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający miał możliwość ustalenia czy zachodzą przesłanki odrzucenia oferty BIOMEDICO, bowiem przesłanki te są bezsprzeczne i nie budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, jak czytamy w wyrokach KIO "jeżeli zamawiający ustali, iż spełnione zostały przesłanki odrzucenia oferty, jest zobowiązany, a nie jedynie uprawniony, do odrzucenia oferty" (KIO w wyrokach z dnia 10 lutego 2012 r., 128/12 i z dnia 6 lutego 2012 r., 149/12)

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy PZP, należy wskazać co następuje:

W trakcie oceny i badania ofert Zamawiający zwrócił się do firmy BIOMEDICO z wezwaniem do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie Części nr 18 pozycja 15.

W odpowiedzi na to wezwanie, firma BIOMEDICO pismem podpisanym w dniu 03.06.2020r. wyjaśniła, że w pozycji 15 „zgodnie w wymogiem opisanym w SIWZ oferujemy 2szt. czyli inaczej 2 komplety probówek kontrolnych lub inaczej 2 zestawy kontrolne (do kontroli jakości na dwóch poziomach) do kontroli wszystkich otworów pomiarowych w oferowanej w pozycji nr 16 maszyny do OB, model ESR30. Sztuka w tym wypadku oznacza miarę jednego kompletu probówek kontrolnych przeznaczonych do badania jednego poziomu dla wszystkich gniazd pomiarowych w oferowanym analizatorze OB.

Na życzenie naszych klientów możemy przekazać większą ilość probówek pomiarowych dla większej ilości poziomów kontroli jakości odczytu aparatu OB, również bez dodatkowych opłat.

Oferowane produkty – probówki kontrolne nie znajdują się w naszej ofercie handlowej, nie są dostępne w standardowej ofercie i możliwe jest zamawianie ich tylko na specjalne życzenie klienta. Probówki te nie posiadają kodu katalogowego z w/w przyczyny.

Probówki kontrolne nie są przekazywane odpłatnie, stąd nie ma przy nich ceny i widnieje cena 0zł. Sami ich nie kupiliśmy od producenta, zostały nam przekazane nieodpłatnie, więc i my przekazujemy je nieodpłatnie dalej do naszych klientów.”

Odnosząc się merytorycznie do wyjaśnień BIOMEDICO, należy stwierdzić:

W pierwszej części wyjaśnienia Wykonawca odniósł się do cyfry 2, która została przez niego podana w kolumnie „ilość” (notabene jedynie wypełnionej przez BIOMEDICO w zakresie pozycji 15, wartości 0,00 zł. widniejące w pozostałych kolumnach były bowiem efektem wcześniej przygotowanego przez Zamawiającego formularza cenowego i wstawionych tam formuł, a nie rozmyślnego działania Wykonawcy). Wyjaśnienia te są wewnętrznie sprzeczne i nie precyzują ile sztuk probówek „zaoferował” Wykonawca i czy „zaoferował” tyle probówek, aby odpowiadały ilościowo każdemu gniazdu pomiarowemu w oferowanym czytniku do OB (*Zamawiający wymaga probówek wzorcowych (2 poziomy) do kontroli jakości odczytu OB. Zamawiający wymaga zaoferowania probówek w ilości do każdego gniazda pomiarowego, czyli ilość jest uwarunkowana zaoferowanym aparatem do odczytu OB.*)

W drugiej części wyjaśnień, Wykonawca informuje Zamawiającego, że probówki kontrolne nie są przekazywane odpłatnie, stąd nie ma przy nich ceny i widnieje cena 0 zł.

Odwołujący pragnie zauważyć, że BIOMEDICO w swojej ofercie **nie podał żadnej ceny dla pozycji 15, kolumna „cena jednostkowa netto” nie została wypełniona dla pozycji 15 i jest pusta**, zaś wartości 0,00 zł. widniejące w pozostałych kolumnach były efektem wpisania formuł w przygotowanym wzorze formularza cenowego przez samego Zamawiającego.

W opinii Odwołującego wyjaśnienia przedstawione przez BIOMEDICO potwierdzają tylko, że Wykonawca złożył ofertę bez zaferowania jakiegokolwiek produktu w pozycji 15.

Dowód: Pismo firmy BIOMEDICO „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty”

Odnosząc się formalnie do wyjaśnień BIOMEDICO, należy stwierdzić, że do złożenia takich wyjaśnień wykonawcy w ogóle nie powinno dojść.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieuzasadniony w niniejszym postępowaniu skorzystał z prawa przysługującego mu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, mimo faktu, że wykonawca w swojej ofercie nie wyartykułował żadnego oświadczenia woli. Po czym, po otrzymaniu tych wyjaśnień, uznał je za prawidłowe i wyczerpujące. Zaś w toku oceny ofert, ofertę BIOMEDICO ocenił najwyżej.

Tymczasem treść oferty BIOMEDICO w zakresie pozycji 15 była niezgodna z treścią SIWZ i nie mogła być wyjaśniana, bowiem **nie zawierała żadnego oświadczenia woli wykonawcy w zakresie produktu, który był zaferowany w poz. 15, ponieważ żaden produkt w pozycji 15 nie został zaferowany – Wykonawca nie podał ani opisu produktu oferowanego, ani producenta, ani ceny jednostkowej netto.**

Zamawiający wzywając Wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz uznając te wyjaśnienia przeprowadził niedopuszczalne negocjacje z Wykonawcą dotyczące złożonej oferty, oraz w efekcie tych negocjacji dokonał zmiany w treści tej oferty skoro uznał, po tych negocjacjach, że w pozycji 15 zostały zaferowane „2 zestawy kontrolne (do kontroli jakości na dwóch poziomach) do kontroli wszystkich otworów pomiarowych w oferowanej w pozycji nr 16 maszyny do OB, model ESR30”. Tym samym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący uważa, że Zamawiający w momencie oceny ofert, stwierdziwszy, że w pozycji nr 15 w Części 18 brak jest jakichkolwiek danych produktu, co jest jednoznaczne z tym, że zaferowana dostawa **nie** odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego, był zobowiązany do odrzucenia oferty BIOMEDICO w zakresie Części 18 zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może bowiem w trakcie oceny oferty, a zatem po jej otwarciu zmienić czy dopisać brakujących danych, tym bardziej, że z treści oferty nie wynika, co mogło być zaferowane w danej pozycji asortymentowej, gdyż Zamawiający przewidział w SIWZ dwie alternatywne możliwości z zakresie przedmiotowych próbek.

Treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2012 r. (KIO 2396/12; KIO 2416/12) określono granice wyjaśniania wskazując: „(...) Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 p.z.p. obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt. pzp.)” Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych

instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli. (...) Wnioskowanie, a dokładniej odgadywanie, że dany producent posiada w swojej ofercie materiały o opisie odpowiadającym postawionemu w SIWZ wymaganiu, nie stanowi ustalenia treści oferty, jeśli wykonawca zaniedbał podania wystarczających informacji. Informacje te nie mogą zostać uzupełnione w wyniku wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., powyższe stanowiłoby bowiem uzupełnienie treści oferty w zakresie nieznajdującym choćby punktu zaczepienia w jej treści, sprowadzające się do negocjowania treści oferty (...).

W zakresie naruszenia art. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP należy wskazać co następuje:

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Ustawy jest konsekwencją poprzednich zarzutów. W szczególności - zaniechania zastosowania właściwego badania i oceny oferty BIOMEDICO złożonej w postępowaniu oraz prowadzenia z wykonawcom niedopuszczalnych negocjacji w zakresie treści złożonej oferty oraz zmianę treści tej oferty po terminie składania ofert w efekcie tych negocjacji.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

1. *Pełnomocnictwo*
2. *Oplata skarbową od Pełnomocnictwa*
3. *Aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego*
4. *Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości 15000 zł.*
5. *Dowód przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu*
6. *Pismo Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 03 lipca 2020r.*
7. *Załącznik nr 2 - formularz cenowy 1585213889 (dla Części nr 18)*
8. *Załącznik nr 2 -aktualny formularz cenowy z dnia 24-04-2020_1587971878 (dla Części nr 18)*
9. *Załącznik nr 2 -aktualny formularz cenowy z dnia 24-04-2020_1587971878 (Wypełniony przez BIOMEDICO dla Części nr 18)*
10. *BIOMEDICO „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty”*