

Raszyn, dnia 21.08.2020r

Nasz znak: MLP/986/20

**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](mailto:zamowienia@wss.olsztyn.pl)**

**Elektroniczna skrzynka podawcza ePUAP : / WSSzpital/SkrytkaESP**

**Adres strony internetowej: [www.wss.olsztyn.pl](http://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](mailto: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](http://www.wss.olsztyn.pl) oraz na platformie przetargowej ePUAP**

**Termin powzięcia informacji o wynikach postępowania: w dniu 14.08.2020r.. na podstawie pisma Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 18" z dnia 14 sierpnia 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.**

**Odwwołanie 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:

- **zaniechanie powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 10 lipca 2020r., pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania dotyczących unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego badania i oceny ofert,**
- **uznanie w toku badania i oceny ofert, iż oferta złożona przez Macieja Morawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BIOMEDICO Maciej Morawski z siedzibą w Gdyni (dalej „BIOMEDICO”) w zakresie Części nr 18 jest nie podlega odrzuceniu,**
- **sprzeczne z obowiązującymi przepisami zaniechanie odrzucenia oferty BIOMEDICO i dokonanie ponownego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Części nr 18.**

Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie podjęcie wszystkich czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu, po umorzeniu przez Izbę postępowania na posiedzeniu niejawnym w następstwie odpowiedzi Zamawiającego na to odwołanie;
- 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 prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji między Zamawiającym a Wykonawcą BIOMEDICO dotyczących złożonej oferty, oraz dokonywanie niedopuszczalnej zmiany 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 jako niezgodnej z treścią SIWZ;
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 14.08.2020r. 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 21.08.2020r.. tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 Ustawy.

## UZASADNIENIE

### Stan faktyczny

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.

W dniu 03.07.2020r., Zamawiający poinformował Odwołującego e-mailem o wyborze najkorzystniejszej oferty m.in. w Części nr 18

*Dowód: Pismo Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 03 lipca 2020r. – w aktach postępowania.*

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

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty BIOMEDICO w zakresie Części nr 18, wobec czego złożył w dniu 10.07.2020r. pismem nr MLP/845/20 Odwołanie do Prezesa KIO. Odwołaniu nadano sygnaturę akt KIO 1571/20.

*Dowód: Odwołanie Medlab Products Sp. z o.o. z dnia 10.07.2020r. – w aktach postępowania i w aktach KIO 1571/20.*

Żaden z pozostałych uczestników postępowania nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

W dniu 16 lipca 2020r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 03 lipca 2020r. w zakresie części nr 18 w celu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert w związku z wniesionym odwołaniem.

*Dowód: Pismo Zamawiającego "Unieważnienie Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 18 z dnia 03 lipca 2020r." – w aktach postępowania.*

Jednocześnie wystąpił do Prezesa KIO z pismem „Odpowiedź na odwołanie”, w którym wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczących unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert. .

*Dowód: Pismo Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” z dnia 16 lipca 2020r. – w aktach postępowania i w aktach KIO 1571/20.*

W dniu 11 sierpnia 2020r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1571/20, wskazując jednocześnie, iż zgodnie z art. 186 ust. 2 in fine Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów postawionych w odwołaniu, Zamawiający powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

*Dowód: Kopia odpisu Postanowienia z dnia 11 sierpnia 2020r. – w aktach postępowania i w aktach KIO 1571/20.*

W dniu 14 sierpnia 2020r. Zamawiający poinformował Odwołującego e-mailem o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 18.

*Dowód: Pismo Zamawiającego "Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 18" z dnia 14 sierpnia 2020r. – w aktach postępowania.*

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

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

**W zakresie naruszenia przez Zamawiającego 186 ust. 2 ustawy PZP, należy wskazać co następuje:**

W orzecznictwie KIO panuje dość jednolity pogląd, iż w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania Zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w taki sposób, aby uczynić zadość postulatowi odwołania.

Zamawiający unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 03 lipca 2020r. w zakresie części nr 18 w celu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych, a następnie „powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą” - wyrok KIO z 12.06.2013r KIO 1293/13.

Tymczasem, czynność powtórnego badania i oceny ofert okazała się być czynnością pozorną, bowiem:

- po pierwsze Zamawiający uwzględniając odwołanie z dnia 10.07.2020r. nie miał zamiaru wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu, bowiem Jego celem nie był wybór oferty najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu, a tym samym zawarcie ważnej umowy, ale wybór oferty BIOMEDICO,

- po drugie nie odniósł się w żaden sposób do merytorycznych zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu, a przez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z wniesionym odwołaniem uniemożliwił merytoryczną konfrontację między Zamawiającym a Odwołującym, jaka miałaby miejsce podczas posiedzenia KIO w dniu 13.08.2020r., gdyby do tego posiedzenia doszło z udziałem Stron.

W tym miejscu należy przytoczyć wyrok KIO 2270/11 z dn. 04.11.2011r., w którym Izba stwierdziła:

„Uregulowana w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Zdaniem Izby odstępienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji, bądź też jest niezgodne z prawem. Z żadną taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanym przypadku. O ile zamawiający nie miał zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, żądań których nie miał zamiaru uwzględniać.

W rozpoznawanych odwołaniach mieliśmy do czynienia z taką sytuacją, gdzie zamawiający nie wykonał żadnego z żądań zawartych w trzech wniesionych odwołaniach, lecz dokonał jeszcze innej czynności polegającej na modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezaproponowany przez żadnego z odwołujących się i niesatysfakcjonujący żadnego z wykonawców. Takie działanie zamawiającego jest w ocenie Izby niedopuszczalne i wykraczające poza dyspozycję przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.”

Odwołujący uważa (co znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO), że w przypadku, gdy po umorzeniu postępowania odwoławczego Zamawiający nie dokonuje czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), bowiem podczas ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert w Części nr 18 Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, nie odrzucił oferty BIOMEDICO i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej względem tego typu czynności Zamawiającego, a złożone odwołanie powinno podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

Zarzuty przedmiotowego odwołania, jak również ich uzasadnienie faktyczne i prawne są z konieczności tożsame z podniesionymi w odwołaniu z dnia 10.07.2020r. gdyż Zamawiający, pomimo uwzględnienia tego odwołania, nie wykonał żadnych czynności z wyjątkiem ponownego wyboru oferty BIOMEDICO. Ponieważ poprzednie postępowanie odwoławcze zakończyło się jego umorzeniem, Odwołujący może powołać się na te same okoliczności i uzasadnienie merytoryczne, które były przedstawione w poprzednim odwołaniu, bez narażania się na odrzucenie odwołania przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 4, tym bardziej, że kwestie merytoryczne przedstawione poniżej nie były rozstrzygane na żadnym etapie – ani przez Izbę, ani przez Zamawiającego na etapie ponownej oceny i badania ofert.

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

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.

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 aktywacją 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 aktywacją 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 ACLTOP 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 „probówkę do koagulologii 3,6ml; 3,2% cytrynian sodowy” W opisie produktu oferowanego nie odwiódł się natomiast do każdego parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, czyli w przypadku tego wariantu probówek, nie odniósł się do tego, **czy zaoferowana probówka gwarantuje ograniczenie przestrzeni martwej i związaną z tym aktywację płytek, optymalizującą monitorowanie APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną oraz czy probówka 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 probówek do czytnika do oznaczania OB.” będących przedmiotem zamówienia w pozycji 15.**

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

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

*Dowód: Załącznik nr 2 - formularz cenowy 1585213889 (dla Części nr 18) – w aktach postępowania.*

Zamawiający, konieczność zaoferowania probówek 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 probówek kontrolnych czy Dostawcy określają tę liczbę samodzielnie, czy ma to wpływ na ocenę oferty, jeśli tak to jaki? Czy nie zaoferowanie probówek 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 probówek wzorcowych dostarczonych wraz z zaoferowanym aparatem. Zamawiający wymaga wyceny powyższych probówek. 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.”*



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) – w aktach postępowania.

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) – w aktach postępowania.

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 oferowanego 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 obciążona 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.

Odmiennosc 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 jaka miała miejsce przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 18 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 próbek 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 próbek kontrolnych przeznaczonych do badania jednego poziomu dla wszystkich gniazd pomiarowych w oferowanym analizatorze OB.

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

*Oferowane produkty – próbki 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 próbek „zaoferował” Wykonawca i czy „zaoferował” tyle próbek, aby odpowiadały ilościowo każdemu gniazdu pomiarowemu w oferowanym czytniku do OB (*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.*)

W drugiej części wyjaśnień, Wykonawca informuje Zamawiającego, że próbki 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 zaoferowania jakiegokolwiek produktu w pozycji 15.

*Dowód: Pismo firmy BIOMEDICO „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty” – w aktach postępowania.*

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 zaoferowany w poz. 15, ponieważ żaden produkt w pozycji 15 nie został zaoferowany – 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 zaoferowane „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 zaoferowana dostawa **nie** odpowiada wymaganiom 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 zaoferowane 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 nieznanym 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 zarówno przed wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 03 lipca 2020r., jak i po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 16 lipca 2020r. 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. *Opłata 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*