

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2016 r. przez wykonawcę: **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach, ul. Szpitalna 2, 32-400 Myślenice,**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Medlab Products Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy systemu zamkniętego do pobierania krwi wraz z dzierżawą aparatu do odczytu OB, probówek.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 324400-2015 w dniu 30 listopada 2015 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 15 stycznia 2016 r. Zamawiający ogłosił wynik postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę w Pakiecie 1 Zamawiający uznał ofertę złożoną przez firmę Eclipse Sp. z o.o. S.K. z siedzibą w Krakowie. Zamawiający odrzucił jednocześnie, w Pakiecie 1 ofertę złożoną przez wykonawcę Medlab Products Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp, uznając, że „Wykonawca nie podał jaki będzie zastosowany czynnik przyspieszający wykrzepianie. W parametrach granicznych Zamawiający wymagał podania czynnik przyspieszający wykrzepianie.”

Wykonawca Medlab Products Sp. z o.o., wniósł odwołanie od powyższych czynności, tj. wobec:

1. odrzucenia oferty Odwołującego w Pakiecie 1;
2. zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego; ewentualnie:

3. zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty,
4. zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. art. 82 ust. 3, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 1;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Pakiecie 1;
3. ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert;
4. wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego;

ewentualnie:

5. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
5. dokonania poprawienia w treści oferty Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że na skutek odrzucenia oferty został pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, co narusza jego interes prawny i finansowy. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w ww. postępowaniu z punktu widzenia kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. Odwołujący podniósł, że:

1. podstawy odrzucenia oferty wzajemnie się wykluczają - Zamawiający nie wykazał niezgodność z jaką ustawą i którym jej przepisem stanowi podstawę odrzucenia oferty Odwołującego,
2. brak podania czynnika przyspieszającego wykrzepianie w ofercie Odwołującego nie dyskwalifikuje tej oferty, zaś Zamawiający zobowiązany był uruchomić procedurę określoną w art. 26 ust. 3 Pzp, polegającą na wezwaniu wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumentu (lub co potwierdza stanowisko UZP i ugruntowane orzecznictwo KIO złożył dokument wadliwy), do jego złożenia w wyznaczonym terminie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty jako niezgodnej z ustawą, Odwołujący wskazał, co następuje:

Oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą Pzp, nie narusza jakiegokolwiek przepisu tej ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał żadnych jej niezgodności z ww. ustawą. Zatem, podana podstawa prawna, tj. wskazanie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp nie ma zastosowania, a Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez nie wezwanie wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumentu, do jego złożenia w wyznaczonym terminie, Odwołujący wskazał, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale 5 SIWZ zaliczył ofertę sporządzoną w oparciu o Formularz oferty wraz załącznikami, w tym arkuszem asortymentowym i wykazem parametrów granicznych i ocenianych (SIWZ pkt 5.4) do grupy dokumentów, które należy załączyć do oferty zgodnie z zasadami określonymi w obowiązującym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wyspecyfikowanych w pkt 5 SIWZ, do czego miał prawo, bowiem tego typu dokumenty są

wymienione w § 6.1 ppkt 1 tego rozporządzenia.

W jednym z załączników do oferty - Tabela I Parametry graniczne (a więc w dokumencie potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego), w pkt. 6 opisu parametru granicznego Zamawiający zażądał podania czynnika przyspieszającego wykrzepianie w próbkach do separacji surowicy. Dokument, który został załączony do oferty Odwołującego potwierdza posiadanie czynnika przyspieszającego wykrzepianie w próbkach poprzez oświadczenie złożone, zgodnie ze wzorem podanym przez Zamawiającego, tj. formułą TAK/NIE. Nie zawiera jedynie informacji o rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie.

Skoro Zamawiający podczas oceny ofert stwierdził błąd w złożonym przez wykonawcę dokumencie „Tabela I parametry graniczne” polegający na tym, że wykonawca potwierdził fakt posiadania w próbkach do separacji surowicy czynnika przyspieszającego wykrzepianie, lecz nie wskazał jego rodzaju, to zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp, Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu.

Zamawiający dysponował wiedzą, że zaoferowane przez Odwołującego próbki do separacji surowicy posiadają czynnik przyspieszający wykrzepianie, a nawet dysponował wiedzą, jaki jest do czynnik. Odwołujący bowiem przez ostatnie dwa lata dostarczał Zamawiającemu w wyniku wygrania dwóch kolejnych postępowań przetargowych te same próbki (których jest wytwórcą), które zostały zaoferowane również w niniejszym postępowaniu. W poprzednich ofertach jak również w wielu materiałach informacyjnych przekazywanych Zamawiającemu był określany rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie w próbkach do separacji surowicy, zatem Zamawiający posiadał wiedzę o spełnianiu przez oferowane dostawy warunków opisanych w SIWZ. Tym bardziej winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia wadliwego, tj. niekompletnego dokumentu.

Dopiero po uprzednim wyczerpaniu procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty w przypadku, gdy uzupełnione dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez nie poprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, tj. naruszenia dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, co następuje:

W przypadku uznania przez Izbę, iż załącznik do oferty w postaci Tabeli I Parametry graniczne nie stanowi tzw. dokumentu przedmiotowego, podlegającego uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, zdaniem Odwołującego należy uznać, iż brak podania

w ofercie informacji, jaki czynnik przyspieszający wykrzepianie zawierają próbki do separacji surowicy, wypełnia przesłanki innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający powinien był poprawić, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, po uprzednim ewentualnym wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający posiada z urzędu wiedzę na temat istnienia oraz rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie zawartego w próbkach oferowanych przez Odwołującego, co oznacza, iż poprawienie omyłki polegającej na niezamierzonym opuszczeniu przez Odwołującego w treści Tabeli nr 1 informacji o rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie mogło nastąpić bez udziału Odwołującego. W przypadku wątpliwości Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, poprzez potwierdzenie rodzaju ww. czynnika, co w żadnym wypadku nie prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, a tym bardziej do zmiany treści oferty, w tym, zmiany istotnej.

Brak podania w ofercie Odwołującego czynnika przyspieszającego wykrzepianie w próbkach do separacji surowicy jest niezamierzonym opuszczeniem, nieistotną omyłką, o czym świadczą następujące aspekty:

- SIWZ nie określa, w jaki sposób powinna być podana informacja o rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie. W tabeli I „Parametry graniczne” Zamawiający nie przewidział stosownego miejsca na podanie tej informacji;
- powstanie omyłki było przeoczeniem wykonawcy, niezamierzonym opuszczeniem spowodowanym redakcją przez Zamawiającego treści i formy Tabeli nr I Parametry graniczne, tj. brakiem miejsca na podanie informacji w tabeli parametrów granicznych, przy jednoczesnym niedookreśleniu w SIWZ formy w jakiej ta informacja powinna zostać przedstawiona w ofercie;
- informacja o rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie ma jedynie charakter poglądowy, informacyjny, która nie wpływa na ocenę spełniania parametru granicznego, co Odwołujący potwierdził, że zaoferowane próbki posiadają czynnik przyspieszający wykrzepianie;
- Zamawiający nie podał w SIWZ, jakiego czynnika przyspieszającego wykrzepianie wymaga w próbkach do separacji surowicy, rodzaj czynnika nie był również parametrem ocenianym ani jako parametr graniczny, ani jako parametr oceny jakości;
- Zamawiający posiadał wiedzę o rodzaju czynnika przyspieszającego wykrzepianie w próbkach do separacji surowicy MLVacuCol, bowiem pracował na tych próbkach przez ostatnie dwa lata i w ofertach z poprzednich postępowań rodzaj czynnika przyspieszającego wykrzepianie był przed Odwołującego podawany.

Poprawienie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Odwołującego, poprzez wpisanie rodzaju czynnika wykrzepiania, nie spowodowałoby zmiany w treści oferty - ani istotnej, ani nieistotnej bowiem:

- poprawienie omyłki nie stanowi zmiany rodzaju i/lub zakresu oferowanego asortymentu - wyspecyfikowany w ofercie przedmiot zamówienia pozostaje bez zmian;
- nie powoduje zmiany oceny spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymogów SIWZ, w tym wymogów granicznych;
- poprawienie omyłki nie doprowadzi do powstania nowego oświadczenia woli, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w swojej ofercie;
- poprawienie omyłki nie powoduje zmiany ceny oferty.

Zamawiający, jeśli nie dysponował wiedzą, w jaki sposób ma dokonać poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, to mógł zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu było to uzasadnione, zważywszy na fakt, że Odwołujący wskazał, że parametr graniczny, jakim było posiadanie przez próbki do separacji surowicy czynnika przyspieszającego wykrzepianie, jest przez zaoferowany przedmiot zamówienia spełniony. Wskazanie przez Odwołującego w wyniku składania wyjaśnień rodzaju czynnika nie może być potraktowane jako negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczące złożonej oferty, tym bardziej, że rodzaj tego odczynnika miał jedynie charakter informacyjny i nie miał jakiegokolwiek wpływu na ocenę oferty. Ponadto wskazanie rodzaju odczynnika nie stanowiło zmiany oświadczenia woli wykonawcy, w szczególności oświadczenia woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagania opisane w SIWZ.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, Odwołujący wskazał, co następuje:

Jak Odwołujący wykazał powyżej, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Stwierdzony w ofercie brak podania, jaki będzie zastosowany czynnik przyspieszający wykrzepianie, wypełnia przesłanki omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty i jako taka podlega ona poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, lub przesłanki dokumentu, który nie potwierdza w pełni warunków, które Zamawiający postawił w SIWZ, który podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W obu przypadkach jest to procedura, którą winien był przeprowadzić Zamawiający.

W zakresie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz nieudzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp jest konsekwencją zarówno poprzednich zarzutów, jak i tego, że Zamawiający w przypadku wątpliwości dotyczących ofert innych wykonawców zwrócił się do nich z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, natomiast zaniechał takiego postępowania w stosunku do Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2016 r. wyjaśnił, że w dniu 20 stycznia 2016 r. przekazał pozostałym wykonawcom kopię wniesionego odwołania.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, żaden wykonawca biorący udział w postępowaniu nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystąpienie nie zostało zgłoszone także do Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2016 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 25 stycznia 2016 r.), w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. Zamawiający zapowiedział jednocześnie, że w związku z powyższym dokona powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie Pakietu nr 1 przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....