

**WYROK**  
**z dnia 1 lutego 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia i poprawienia oferty wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa**,

2. kosztami postępowania obciąża **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** kwotę **18 600, 00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostarczanie odczynników i materiałów zużywalnych wraz z najmem analizatora głównego oraz analizatora dyżurnego back-up do badań immunochemicznych wraz z dostosowaniem pomieszczenia” przez Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., Os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków (dalej „zamawiający”) wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

- wyboru oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 b, 02-676 Warszawa („dalej Abbott” albo „przystępujący”),
- odrzucenia oferty odwołującego,
- poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1, poprzez zaniechanie zastosowania i wybór oferty przystępującego pomimo, że nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu oraz poprzez brak uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7, poprzez bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, nie wymagała poprawienia, a w konsekwencji wyrażania zgody na dokonanie takiej czynności,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez bezpodstawne zastosowanie i poprawienie oferty odwołującego pomimo, że ta oferta jest zgodna z treścią SIWZ i nie wymaga poprawienia,
4. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienia czynności poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

#### 4. dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest dostarczanie odczynników i materiałów zużywalnych wraz z najmem analizatora głównego oraz analizatora dyżurnego back-up do badań immunochemicznych wraz z dostosowaniem pomieszczenia Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o.

Podał, że oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący z ceną 2 624 599,44 zł oraz przystępujący z ceną 2 703 607,09 zł, termin składania ofert upłynął 28 września 2020 r.

Podał także, iż 12 października 2020 r. zamawiający wezwał go, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (w ramach procedury odwróconej), do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, co oznacza, że w wyniku oceny ofert zamawiający uznał ofertę odwołującego za odpowiadającą treści SIWZ i najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów.

dowód: dokumentacja postępowania – w aktach.

Wskazał w dalszej kolejności, że zamawiający w ramach ponownej oceny ofert, za pismem z 16.12.2020 r. powiadomił go, że: *„(...) poprawił w Państwa ofercie w zakresie Szczegółowej Oferty Cenowej inną omyłkę zgodnie z załącznikiem do niniejszego pisma.”* – Szczegółowa Oferta Cenowa to tabela z ilością zaoferowanego asortymentu, która w zakresie 13 pozycji została skorygowana, poprzez dodanie łącznie kilkudziesięciu opakowań różnych odczynników.

dowód: dokumentacja postępowania – w aktach.

Odwołujący stwierdził, że w piśmie z dnia 17 grudnia 2020 r. podniósł, że wobec braku uzasadnienia dla dokonanej czynności oraz przekonania o zgodności swojej oferty z treścią SIWZ, poprawienie oferty jest bezpodstawne, a w konsekwencji wnioskowanie o zgodę należy traktować jako bezprzedmiotowe; odwołujący wyraził oczekiwanie, aby zamawiający wytłumaczył jakie postanowienia SIWZ nie zostały uwzględnione w ofercie, przez co stała się ona niezgodna z jej treścią.

Podał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego podając, że: *„Wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”* W ślad za tym, *za najkorzystniejszą ofertę uznał propozycję Abbott.*

dowód: dokumentacja postępowania – w aktach.

Odwołujący stwierdził, że zgoda, której brak stoi za odrzuceniem jego oferty (w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), polega na akceptacji zmiany oferty

polegającej na jej doprowadzeniu do zgodności z SIWZ w trybie wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podniósł, że w niniejszej sprawie nie sposób jednak wskazać jakichkolwiek omyłek w ofercie odwołującego – zamawiający, powołując się na ww. przepis i stwierdzając omyłki (polegające na zaoferowanie zbyt małej ilości niektórych odczynników) nie określił z jakimi postanowieniami SIWZ oferta odwołującego jest niezgodna.

Zdaniem odwołującego w piśmie z 16.12.2020 r. zamawiający przedstawił wyłącznie nowe, właściwe brzmienie oferty wykonawcy i próżno w nim szukać jakiegokolwiek uzasadnienia – nie jest wiadomym dlaczego ilości danego asortymentu przyjęte w ofercie zostały zaniżone względem wymagań SIWZ, tym samym zagadką pozostaje, które postanowienia narzucały właśnie taki wolumen odczynników, jaki narzucił zamawiający, żądając jego akceptacji.

Odwołujący oświadczył, że przygotował ofertę z uwzględnieniem wszystkich wymagań wynikających z SIWZ, dobrał ilość koniecznego asortymentu do założeń, jakie zostały uwzględnione w SIWZ. Uzupełnił, że SIWZ nie określała żadnej konkretnej liczby materiałów, która ma być w ofertach (np. 100 opakowań odczynnika do TSH), a jedynie zawierała (co wynika ze charakterystyki tego typu postępowań) wytyczne do ich wyliczenia przez wykonawców w postaci opisu i wymagań w załączniku nr 1A do SIWZ, zagregowanych zasadniczo w trzech głównych punktach.

Odwołujący podniósł, że ustalenie niezgodności oferty powinno się sprowadzać do wykazania, że zaoferowane ilości są mniejsze niż wynikałoby z tych reguł; skoro nie sposób wskazać, które wymaganie nie zostało spełnione, to odpada podstawowa przesłanka zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zarazem ocena, czy nastąpiła omyłka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty staje się bezprzedmiotowa.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że zamawiający nie tylko w ramach czynności z 16.12.2020 r. (poprawienie omyłki) nie wskazał konkretnych postanowień SIWZ, z których wynikałby obowiązek zaoferowania niektórych pozycji asortymentowych w większej ilości niż wynika to z oferty odwołującego, również z uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika, czym się kierował zamawiający, dokonując korekty, która doprowadziła do eliminacji oferty odwołującego – w piśmie z 22.12.2020 r. zamawiający ograniczył się wyłącznie do przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (czym naruszył także obowiązek z art. 92 ust. 1 Pzp w zakresie podania uzasadnienia faktycznego).

Stwierdził, że w związku z powyższym na obecnym etapie nie sposób nawet podjąć polemiki z zamawiającym na gruncie konkretnych postanowień SIWZ.

Z ostrożności, w ślad za stanowiskiem przedstawionym w piśmie z 17 grudnia 2020 r., odwołujący podniósł, że jeśli przyczyną poprawy jest dostosowanie ilości odczynników do ich stabilności na pokładzie analizatora, to w tym zakresie nie występuje sprzeczność oferty z SIWZ, bowiem ta nie zawierała żadnych wymagań w tym zakresie – jak przyznał sam zamawiający w piśmie unieważniającym z 2 listopada 2020 r., określając przedmiot zamówienia zamawiający nie wziął pod uwagę kryterium stabilności odczynników na pokładzie analizatorów wobec czego wykonawcy nie mieli obowiązku uwzględniać w treści oferty dodatkowych odczynników ze względu na kryterium stabilności na pokładzie, a ich brak nie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ i nie może uzasadniać zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 r., uwzględniające w całości zarzuty odwołania, a także oświadczeń i stanowisk odwołującego i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy (prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia zamawiający nie stawił się) skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. zamawiający oświadczył, że „*postanawia uznać w całości odwołanie*”.

Na posiedzeniu przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (str. 3 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Zarzuty dotyczący naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania i wybór oferty Abbott, pomimo że nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu oraz poprzez brak uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, nie wymagała poprawienia, a w konsekwencji wyrażania zgody na dokonanie takiej czynności,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie i poprawienie oferty odwołującego pomimo, że ta oferta jest zgodna z treścią SIWZ i nie wymaga poprawienia,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji.

potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 16 grudnia 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiadomił odwołującego, że poprawił w jego ofercie „w zakresie Szczegółowej Oferty Cenowej inną omyłkę zgodnie z załącznikiem do niniejszego pisma” – poprawa dotyczyła 13 pozycji w kolumnach dotyczących ilości, wartości netto, wartości podatku VAT i wartości brutto.

Zamawiający poinformował także odwołującego, „iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 w przypadku nie wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki przez Wykonawcę w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy.”

Pismem z dnia 17 grudnia 2020 r. odwołujący odniósł się do wezwania zamawiającego z 16 grudnia 2020 r. w następujący sposób:

*„Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla dokonanej czynności. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga przede wszystkim stwierdzenia i wykazania, że oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Dopiero przyjmując takie założenie ocenia się, czy niezgodność wynika z omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zwiększenie ilości określonych pozycji asortymentowych sugerować może, iż Zamawiający uznał, że jest ich za mało względem SIWZ. Jednak nadal nie wiadomo, dlaczego stanął na takim stanowisku, gdyż nie wskazał konkretnych postanowień specyfikacji, z których wynikałby obowiązek zaoferowania niektórych pozycji asortymentowych w większej ilości, niż wynika to z naszej oferty, a co więcej - w takiej jak to skorygował Zamawiający. W związku z powyższym wykonawca nie jest w stanie wyrazić swojego stanowiska w przedmiocie zgody na poprawienie oferty, bo nie wie jaki jest powód*



*tej czynności, na czym polega niezgodność i dlaczego Zamawiający uważa, że wymienionych*

*w załączniku do pisma pozycji asortymentowych powinno być dokładnie tyle ile wyliczył Zamawiający. Według najlepszej wiedzy Wykonawcy jego oferta odpowiada treści SIWZ i nie wymaga poprawienia.*

*Z ostrożności wskazujemy, że jeśli przyczyną poprawy jest dostosowanie ilości odczynników do ich stabilności na pokładzie analizatora, to oświadczamy, że w tym zakresie nie występuje sprzeczność oferty z SIWZ. Jak przyznał sam Zamawiający w piśmie unieważniającym przetarg z 02 listopada br. - Zamawiający określając przedmiot zamówienia nie wziął pod uwagę kryterium stabilności odczynników na pokładzie analizatorów. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawcy nie mieli obowiązku uwzględniać w treści oferty dodatkowych odczynników ze względu na kryterium stabilności na pokładzie. Ich brak nie stanowi więc o niezgodności oferty z SIWZ i nie może uzasadniać zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe prosimy o anulowanie poprawienia omyłki ze względu na brak wykazania niezgodności naszej oferty z SIWZ. Jednocześnie wobec faktu, że mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu, jeśli Zamawiający nie usunie jej z obrotu prawnego, będziemy zmuszeni w ustawowym terminie wnieść odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.”*

Pismem z dnia 22 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, a także o odrzuceniu oferty odwołującego.

W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał:

*„Zamawiający odrzucił ofertę: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa Podst. prawna: art. 89 ust.1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podst. faktyczna: Wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zbiorczo zaprezentował argumentację dotyczącą podniesionych w odwołaniu zarzutów. W ten sam sposób – łącznie – odniesie się do nich skład orzekający Izby.

Dokonana przez zamawiającego poprawa, co nie było sporne, prowadziła do zwiększenia ceny ofertowej odwołującego, czyniąc ją wyższą od ceny ofertowej przystępującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

*niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: *1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*  
*7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Zgodnie wreszcie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp *„1. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: (...) 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (...) - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”*

Porównując zawiadomienie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2020 r. w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego z art. 89 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, stwierdzić należy, że uzasadnienie faktyczne zamawiającego nie wykracza poza przytoczenie brzmienia przepisu stanowiącego uzasadnienie prawne dokonanej przez zamawiającego czynności.

Już sam ten fakt przesądza o tym, że zamawiający nie wywiązał się z nałożonego nań przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

Dostrzec należy, że odrzucenie oferty odwołującego (ze względu na brak zgody) jest nierozdzielnie związane z czynnością poprawienia przez zamawiającego omyłek z zastosowaniem art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, co z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika. Tym samym podanie uzasadnienia faktycznego – okoliczności faktycznych dotyczyć winno dokonanych w ofercie odwołującego poprawek z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tj. poprawy *„innych omyłek polegających niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”*).

Zamawiający winien w pierwszej kolejności zidentyfikować treść SIWZ, z którą treść oferty odwołującego jest niezgodna i wskazać na czym niezgodność ta polega – jeżeli bowiem SIWZ nie zawiera treści, z którą treść oferty wykonawcy pozostaje niezgodna to odpada przyczyna, która uzasadniałaby ingerencję zamawiającego w ofertę wykonawcy.

Nie sposób w sytuacji, gdy wykonawca ocenia, że złożył ofertę zgodną co do treści z SIWZ, a zamawiający nie wskazuje na czym dostrzeżone przez niego niezgodności polegają oczekiwać, aby wyraził zgodę na zmianę treści swojej oferty, co – jak w przedmiotowym postępowaniu – pozbawi go szans na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający ani na etapie informowania odwołującego o wynikach postępowania, ani informowania o dokonanych w jego ofercie poprawkach nie wskazał niezgodności z SIWZ, a jedynie, jak trafnie podniósł odwołujący – *„przedstawił wyłącznie nowe, jego zdaniem właściwe, brzmienie oferty wykonawcy”* (str. 4 trzeciej akapit odwołania), pozostawiając przekonanego o zgodności złożonej oferty z SIWZ wykonawcę z domysłami, o czym świadczy treść pisma skierowana do zamawiającego 17 grudnia 2020 r., w którym odwołujący pisał: *„jeśli przyczyną poprawy jest dostosowanie ilości odczynników do ich stabilności na pokładzie analizatora, to oświadczamy, że w tym zakresie nie występuje sprzeczność oferty z SIWZ.*

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że zamawiający, wiedząc, że po stronie odwołującego istnieją jedynie domysły co do podjętej przez zamawiającego czynności (pismo odwołującego z 17.12.2020 r.), tym bardziej winien, w zawiadomieniu o wynikach postępowania, do domysłów tych się odnieść, czego także nie uczynił.

Zamawiający nie podał okoliczności faktycznych odrzucenia oferty odwołującego, nie uzasadniając dokonanej uprzednio czynności poprawy treści oferty odwołującego.

Zamawiający uchybił i przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp.

Nie sposób bowiem uznać, że wybór oferty przystępującego jest poprawny, a prowadzone przez zamawiającego postępowanie respektuje zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy w postępowaniu ocenie, zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert (ceną), nie została poddana oferta odwołującego, której odrzucenie nie było uzasadnione (w świetle zaprezentowanego przez zamawiającego zawiadomienia z dnia 22 grudnia 2020 r.)

Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, że wnoszący sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania przystępujący, składając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 15/21 (rozpoznane łącznie z KIO 3445/20) sam ocenił, że *„Dokonując odrzucenia oferty Roche Zamawiający ograniczył się jedynie do przytoczenia podstawy prawnej swojej decyzji wskazujące na art. 87 ust. 1 (...) oraz „Zamawiający nie wskazał ponadto w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Roche podstaw faktycznych przemawiających za zastosowaniem w stosunku do oferty Roche art. 87 ust. 1 pkt 7 (...)”* [str. 5 pkt 31 odwołania w sprawie KIO 15/21].

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....