

Sygn. akt: KIO 2793/13

**WYROK**  
**z dnia 16 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** na rzecz kwotę **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa 3 zł 600 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników z dzierżawą analizatorów” (pakiet 1) (znak sprawy 32/ZP/2013) ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 31 sierpnia 2013 r. pod nr 2013/S 169-292769.

W dniu 25 listopada 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w pakiecie 1 najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa, zwany dalej „odwołującym lub Roche” w dniu 05 grudnia 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z ustawą Pzp polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o. o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa (dalej: "Abbott");
- 2) dokonaniu wadliwej oceny oferty Abbott poprzez zawyżenie punktacji w obu kryteriach (CENA i JAKOŚĆ), w tym poprzez nieuzasadnioną poprawę oferty, oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego

Tym samym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2 pkt 7, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu :

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym nakazanie odrzucenia oferty Abbott, a w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia tej oferty – nakazanie dokonania oceny punktowej z uwzględnieniem okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu odwołania.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań wskazał, iż przedmiotowe odwołanie dotyczy Pakietu 1. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty na dostawę odczynników

wraz z dzierżawą analizatora immunochemicznego. Wykonawca Abbott zaoferował cenę **3.180.684,73 zł brutto**, zaś odwołujący zaoferował cenę 2.877.713,70 zł brutto.

Kryteriami oceny ofert są cena (waga 85%) oraz jakość (waga 15%). W toku badania i oceny ofert zamawiający pismem z dnia 30.10.2013 r. poinformował wykonawcę Abbott o poprawieniu w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich i oczywistych omyłek rachunkowych, w wyniku czego jako cenę oferty Abbott przyjęto kwotę 3.180.144,73 zł brutto. Kilka tygodni później, po interwencji Abbott zamawiający kolejny raz skorygował ofertę tego wykonawcy. Finalnie, zamawiający zmienił cenę oferty Abbott na kwotę 2.802.144,73 zł brutto.

W toku oceny technicznej ofert zamawiający przyznał ofercie Abbott 12,50 punktów w kryterium jakości, zaś ofercie odwołującego przyznano jedynie 5,00 punktów. W efekcie zamawiający dokonał wyboru oferty Abbott jako najkorzystniejszej (łącznie 97,50 punktów), klasyfikując ofertę odwołującego na drugim miejscu (łącznie 87,77 punktów).

W zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawcy Abbott z treścią SIWZ podał, że oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zgodnie z pkt II.2 SIWZ właściwości i ilości towarów będących przedmiotem zamówienia są szczegółowo określone w załącznikach 1A, 1C1, 1C2, do specyfikacji stanowiących jednocześnie formularz ofertowy. Tamże (zał. 1 C.I część 2) przewidziano, że wykonawca ma zaoferować (podać w formularzach) odczynniki, materiały dodatkowe (kontrole i kalibratory) oraz materiały zużywalne wymagane do wykonania oznaczeń, których ilości określała pierwsza tabela tego załącznika. Co ważne, podstawą doboru ilości asortymentu były zalecenia producenta. Odwołujący stwierdza, że rodzaj oraz ilość odczynników, kalibratorów i materiałów zużywalnych zaoferowanych przez Abbott uniemożliwia zamawiającemu wykonywanie dwóch rodzajów oznaczeń, tj. Cyklosporyny oraz Tacrolimus.

Ponadto w formularzu oferty Abbott (Załącznik 1C.1 do SIWZ część 2) brak jest ww. roztworów wytrącających dla pełnej krwi oraz probówek TPT, w związku z czym zamawiający nie będzie miał możliwości wykonania oznaczeń parametrów Cyclosporine (Cyklosporyna - poz. 29 tabeli) oraz Tacrolimus (Tacrolimus - poz. 30 tabeli) na analizatorze Architect zaoferowanym przez Abbott. W rezultacie, treść oferowanego przez Abbott świadczenia nie wyczerpuje całości przedmiotu zamówienia opisanego w treści SIWZ. Ponadto w piśmie procesowym złożonym podczas rozprawy odwołujący swoją argumentację w tym zakresie rozszerzył, a także złożył szereg informacji czy to ze stron internetowych czy też w formie kart charakterystyki dot. substancji Cyclosporine oraz Tacrolimus z których wg odwołującego wynika, że obydwa ww. preparaty nie wchodzi w skład zaoferowanego zamawiającemu w ofercie zestawu odczynników.

W zakresie zarzutu drugiego (wg. numeracji z uzasadnienia odwołania) odwołujący podniósł, że zamawiający pismem z dnia 20.11.2013 r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy dokonał nieuprawnionej, istotnej ingerencji w treść oferty Abbott (załącznik I.C.1 część 2 - str. 8 oferty Abbott), gdzie w przypadku dwóch pozycji asortymentowych dotyczących odczynników zmieniono ilości opakowań (zestawów) oferowanych na okres 5 lat. W poz. 21 (nr kat. 3P36-20) dotyczącej odczynnika AFP (cena jednostkowa zestawu 1.814,40 zł brutto) wykonawca Abbott podał ilość **93 opakowań** (zestawów) o łącznej wartości 168.739,20 zł brutto. Zamawiający zmodyfikował ofertę Abbott, poprzez przyjęcie do dalszych obliczeń **23 opakowań** (zestawów) o łącznej wartości 41.731,20 zł brutto. Po drugie, w poz. 24 (nr kat. 2K91-20) dotyczącej odczynnika Ca 19-9 (cena jednostkowa zestawu 3024,00 zł brutto) wykonawca Abbott podał ilość **110 opakowań** (zestawów) o łącznej wartości 332.640,00 zł brutto. Zamawiający zmodyfikował ofertę Abbott, poprzez przyjęcie do dalszych obliczeń tylko **27 opakowań** (zestawów) o łącznej wartości 81.648,00 zł brutto. W efekcie zamawiający zawęził zakres przedmiotowy świadczenia oferowanego przez Abbott i obniżył cenę jego oferty do 2.802.144,73 zł brutto czyli o prawie 400 tys. zł.

Wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Ustawodawca zastrzegł jednak, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W tym zakresie za dopuszczalne należy uznać poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Abbott, w wyniku czego cena tej oferty została ustalona na kwotę 3 180 144,73 zł brutto. Jednakże brakuje podstaw do dalszego obniżenia tej ceny do kwoty 2 802 144,73 zł brutto co nastąpiło w dniu 20.11.2013r.

Wskazał również, że w części 2 załącznika nr 1.C.1 do SIWZ w tabeli 1 Zamawiający przedstawił listę odczynników wraz ilością oznaczeń na okres 5 lat. Zamawiający nie narzucał konkretnej liczby opakowań (zestawów) poszczególnych odczynników, mając świadomość, że różni producenci w odmienny sposób kształtują zarówno sposób wykonywania oznaczeń, jak i konfekcjonowania odczynników. Wykonawca wobec zamawiającego ponosi zatem odpowiedzialność za takie ukształtowanie treści swojej oferty - co do ilości opakowań (zestawów) odczynników - aby zapewnić zamawiającemu wymaganą ilość oznaczeń w okresie 5 lat realizacji zamówienia.

Ponadto dodał, że w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z omyłkami rachunkowymi czy też pisarskimi w załączniku 1.C.1 część 2 (str. 8 oferty Abbott). W poz. 21 (nr kat. 3P36-20) dotyczącej odczynnika AFP (cena jednostkowa zestawu 1.814,40 zł brutto) wykonawca Abbott podał ilość 93 opakowań (zestawów) o łącznej wartości 168.739,20 zł brutto. Natomiast w poz. 24 (nr kat. 2K91- 20) dotyczącej odczynnika Ca 19-9 (cena jednostkowa zestawu 3024,00 zł brutto) wykonawca Abbott podał ilość 110 opakowań (zestawów) o łącznej wartości 332.640,00 zł brutto. Rozpatrując działania matematyczne,

jakie doprowadziły wykonawcę Abbott do ww. wyników należy dojść do wniosku, że nie doszło tutaj do jakiegokolwiek pomyłki arytmetycznej, którą można zakwalifikować jako oczywistą omyłkę rachunkową. Dodał również, że dokonana zmiana w treści oferty wykonawcy Abbott doprowadziła nie tylko do zmiany treści oferty, ale również do zmiany wyniku postępowania co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zwrócił uwagę również na fakt, że aby poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 20.11.2013 r. było dopuszczalne, to dla jej skuteczności potrzebna jest zgoda o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy (po to zresztą zawiadamia się wykonawcę o wprowadzeniu zmiany), pod rygorem odrzucenia oferty. Tymczasem Abbott takiej zgody nie wyraził. W piśmie z dnia 20.11.2013 r. zaaprobował jedynie poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, a nie zmiany oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Abbott jest profesjonalnym podmiotem, od lat działającym na rynku zamówień publicznych i nie sposób przyjąć, że pomimo wyraźnie napisanej podstawy działania (art. 87 ust. 2 pkt 3) przez zamawiającego jego reakcja dotyczyła zupełnie innych czynności zamawiającego (oczywiste omyłki rachunkowe również były poprawiane). W związku z powyższym oferta Abbott podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W zakresie kolejnego zarzutu (3) dotyczącego niewłaściwej oceny oferty wykonawcy Abbott w kryterium oceny technicznej – jakości, odwołujący podał, że ocena oferty Abbott w ramach kryterium jakości również została przeprowadzona błędnie. Punkty za jakość (ocenę techniczną) były przyznawane na podstawie danych podanych w tabeli parametrów ocenianych analizatora zawartej w części 1 załącznika 1C.1 do SIWZ. Wśród parametrów ocenianych 1 punkt przyznawano, jeżeli wszystkie oferowane wraz z analizatorem odczynniki, kalibratory i kontrole były w stanie płynnym, gotowe do użycia. Wykonawca Abbott zadeklarował, że jego oferta spełnia ten parametr (za co otrzymał jeden punkt oceniany w ramach oceny technicznej). Jednakże zdaniem odwołującego część kalibratorów oraz kontroli dla analizatora Architect i1000 nie jest oferowana w stanie płynnym gotowym do użycia. Kalibratory te i kontrole muszą zostać dostarczane w suchym lodzie i muszą być przechowywane w laboratorium w stanie głębokiego zamrożenia < -10°C. Omawiane materiały nie spełniają parametru ich od użycia, w związku z czym nie spełniają warunku gotowości do użycia. Jako przykład wskazał, że przed pierwszym użyciem muszą być przechowywane w temp. -10°C lub niższej. Przed użyciem należy je całkowicie rozmrozić, pozostawiając w temperaturze pokojowej (15-30°C) przez 1 do 2 godzin lub przez noc w temp. 2-8°C. Bezpośrednio przed użyciem dokładnie wymieszać przy pomocy mieszadła (ustawionego na wolne obroty) lub poprzez odwracanie buteleczek o 180°.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Abbott, który wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnej poprawy omyłki w jego ofercie wniósł sprzeciw od takiej

czynności zamawiającego. W złożonym piśmie dotyczącym zgłoszonego sprzeciwu ( za takie pismo zgodnie z wnioskiem przystępującego Izba uznaje argumentację wykonawcy Abbott zawartą w odwołaniu o sygn. akt KIO 2841/13 które to odwołanie na etapie posiedzenia zostało cofnięte) wykonawca podniósł iż w dniu 30.10.2013 r. firma Abbott złożyła samodzielnie zamawiającemu informację o oczywistej omyłce rachunkowej jaką popełniła z załączniku 1C.1 do SIWZ część 2, która to omyłka wyczerpuje także znamiona dopuszczalności zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mówiącego o tzw. innej omyłce polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Uzasadniając powstałą w jego ofercie pomyłkę wskazał iż w złożonej ofercie w poz 21 dla wymaganej przez zamawiającego 6 491 oznaczeń, a wraz z potrzebą wykonania testów na kalibrację i kontrolę to winien on był zaoferować odczynniki dla przeprowadzenia 9254 testów. Natomiast w ofercie przetargowej (tabela nr 1) odwołujący wpisał - jak podaje *niefortunnie* 93 opakowania tj. 4 x 100 testów + 1 x 100 testów co dało 37.300 oznaczeń. Poprawna ilość opakowań (zestawów) na 5 lat powinna jednak wynosić: 23 opakowania tj. 4 x 100 ozn. + 1 x 100 ozn. = 9300 oznaczeń. Taka ilość jest wystarczająca do wykonania 9254 oznaczeń.

Jest więc to według odwołującego ewidentna omyłka rachunkowa (inna omyłka opisana w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP) albowiem odwołujący świadomie nie oferowałby o 28.046 testów za dużo!

Podobna sytuacja wystąpiła w zakresie poz.24 ww. tabeli gdzie dla wykonania 10 943 testów odwołujący wpisał 110 opakowań tj dla 44 200 oznaczeń. Natomiast poprawna ilość opakowań (zestawów) na 5 lat powinna jednak wynosić: **27** opakowania tj. 4 x 100 ozn. + 2 x 100 ozn. = 11.000 oznaczeń. Taka ilość jest wystarczająca do wykonania 10.943 oznaczeń. Wobec tego jest to również omyłka wykonawcy gdyż omyłkowo zaoferowano za dużo odczynników dla 33 257 testów.

W uzasadnieniu podał, iż wobec powyższego należy uznać, że „gołym okiem” było widać, że mylnie wpisano liczbę opakowań, których prawidłowo potrzebną ilość, *nota bene* łatwo wyliczyć z uwagi na fakt, że każde z nich zawiera po 4x100 oznaczeń. Podał, że przyczyna dlaczego wykonawca Abbott popełnił niniejszą omyłkę, dla bytu prawnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest nieistotna. Doniosły jest tylko sam fakt, że „fizycznie” omyłka została popełniona, co do której nikt nie miał wątpliwości. Odnosząc się do zarzutu odwołania podał, że dokonanie poprawienia powyżej opisanej omyłki i umniejszenie „matematyczne” ceny oferty spowodowane wpisaniem poprawnej ilości opakowań nie oznacza w żadnym przypadku negocjacji ceny oferty, żaden bowiem parametr cenowy taki jak „cena jednostkowa” nie ulega zmianie, a poprawienie działań w pozycjach po wpisaniu prawidłowej liczny opakowań ma dalej znamiona poprawienia omyłki rachunkowej.

Dla dopuszczalności zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie ma znaczenia natomiast to czy ilość opakowań wpisana pierwotnie do oferty była zbyt mała czy zbyt duża. Ustawodawca nie różnicuje tych sytuacji, a wolą jego było to, aby dać zamawiającemu prawo sanowania oferty dla niego korzystnej, a jedynie obciążonej drobnymi wadami, których sposób poprawienia jest oczywisty - jak w tym przypadku. Reasumując zaprezentowane stanowisko w tej sprawie podał, że zdaniem odwołującego wszelkie przesłanki prawne zostały spełnione, a tym samym na zamawiającym spoczywa prawny obowiązek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprawienie omyłek jest obowiązkiem, a nie prawem zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika zgłaszającego sprzeciw, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

#### **Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może umożliwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Na wstępie wskazać należy, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, a w szczególności dla poznania podstaw do oddalenia odwołania mimo iż to odwołujący którego odwołanie zostało oddalone ma szansę na realizację tego zamówienia, istotne jest przedstawienie stanu faktycznego sprawy, który był podstawą do wydania takiego orzeczenia Izby.

W dniu 30 października 2013 roku zamawiający poinformował wykonawcę Abbott o poprawieniu w jego ofercie omyłek które w efekcie spowodowały zmniejszenie ceny ofertowej z kwoty 3 180 684,73 zł do kwoty 3 180 144,73 zł.

Następnie w wyniku wniosku wykonawcy Abbott zamawiający poinformował



wykonawców pismem z 20.11.2013 roku o dokonaniu ponownej korekty cenowej w ofercie tegoż wykonawcy, polegającej z zmniejszeniu zaoferowanej przez wykonawcę do wykonaniu tego zamówienia ilości zestawów z odczynnikami z 203 do 50 szt. i tym samym w konsekwencji zmniejszenia ceny tej oferty z kwoty 3 180 144,73 zł do kwoty 2 802 144,73 zł, czyli o kwotę 378 000,00 złotych. W wyniku tej zmiany, nastąpiła zmiana kolejności ofert na liście rankingowej, tak iż dotychczas najtańsza oferta wykonawcy Roche stała się ofertą droższą i za najkorzystniejszą ofertę wykonawca w dniu 25 listopada uznał ofertę wykonawcy Abbott, zwanego dalej „przystępującym”. O takiej czynności zamawiającego odwołanie do Prezesa KIO ( jak wyżej wskazano) złożył wykonawca Roche. Po otrzymaniu odwołania zamawiający dokonał analizy zasadności podniesionych zarzutów – co stwierdził podczas rozprawy, w trakcie której doszedł do przekonania, że w sposób niezasadny dokonał poprawy oferty przystępującego w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp .

Wobec takiego ustalenia zamawiający w dniu 9 grudnia 2013 roku unieważnił dotychczasowy wybór najkorzystniejszej oferty i w wyniku kolejnej oceny ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę odwołującego Roche. Zamawiający informując Izbę o dokonanych ww. czynnościach poinformował, że uwzględnił odwołanie i tym samym postępowanie winno być umorzone. W trakcie dokonywanych czynności przed ewentualnym umorzeniem postępowania Izba ustaliła iż po pierwsze – po stronie zamawiającego przystąpienie do postępowania zgłosił wykonawca Abbott i tym samym ma prawa zgłosić w tym zakresie sprzeciw, a po drugie z informacji zawartej na ze stronie internetowej zamawiającego ustalono iż uwzględnienie odwołania było częściowe, gdyż tylko jeden z trzech podniesionych w odwołaniu zarzutów został uwzględniony.

Jednocześnie wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu- (oznaczanego w ww. stanie faktycznym sprawy nr 2.) wykonawca Abbott w dniu 11 grudnia 2013 roku wniósł odwołanie od tej czynności zamawiającego do Prezesa KIO (sygn. akt KIO 2841/13).

W trakcie posiedzenia z udziałem stron wykonawca Abbott, do protokołu posiedzenia oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i w związku z faktem, że zarówno zgłoszony sprzeciw jak i odwołanie związane są z tym samym zarzutem, dotyczącym poprawy omyłki w jego ofercie, cofnął wniesione w dniu 11 grudnia 2013 roku odwołanie. Wobec skutecznego cofnięcia odwołania o sygn. akt KIO 2841/13 Izba wydała postanowienie o jego umorzeniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia - potrzeby w taki sposób, aby z jednej strony nie naruszyć zasady uczciwej konkurencji, a z drugiej uzyskać odpowiednią czytelność i jasność wymagań, która pozwoli wykonawcom wyrobić sobie poglądy na temat przedmiotu zamówienia Ta jasność i czytelność wymaga, aby dla przejrzystości postępowania do minimum ograniczyć kazuistykę stawianych wymagań.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawcy Abbott z treścią SIWZ wskazać należy iż problem oceny tego zarzutu sprowadza się do sposobu rozumienia generalnego obowiązku wykonawcy wynikającego z SIWZ, aby wykonawca zaoferował odpowiednią ilość zestawów odczynników, w oparciu o które możliwe będzie wykonywanie przez zamawiającego określonej liczby oznaczeń (badań laboratoryjnych).

Za zasadne w tym względzie należy uznać stanowisko zamawiającego, który podał iż zarzut dotyczący braku odczynników do oznaczania Cyklosporine oraz Tacrolimus jest niezasadny, gdyż w SIWZ zamawiający postawił jasny wymóg, aby do oznaczonej z góry ilości badań w tym również badań kontrolnych, została zaoferowana przez wykonawców niezbędna ilość odczynników w formie zestawów. Zamawiający podał jakie badania będzie wykonywał, co dla profesjonalnych wykonawców winno być jasne, iż w każdym zaoferowanym zestawie muszą być zawarte wszystkie niezbędne odczynniki wraz z materiałami pomocniczymi, do wykonywania danych badań. Opierając się na takim opisie wymagania wskazał, że dla zamawiającego było rzeczą oczywistą, iż profesjonalny wykonawca składając ofertę na dostawę odczynników na wykonanie konkretnego rodzaju badań oferuje wszystkie niezbędne do ich wykonania odczynniki. Takie założenie zamawiający przyjął jako zasadę i w związku z tym nie sprawdzał – gdyż nie wymagał wyspecyfikowania w SIWZ– jakie produkty medyczne wchodzi w skład zestawu. Opierając się na powyższym uznał, że odczynniki dodatkowe do oznaczania Cyklosporiny i Tacrolimus wchodzi w skład zestawu odczynnikowego wskazanego w ofercie wykonawcy Abbott.

Natomiast odwołujący w trakcie rozprawy próbował narzucić Izbie inny sposób rozumienia treści SIWZ, wskazując iż odczynniki Cyklosporine oraz Tacrolimus są osobnymi produktami medycznymi które wykonawca Abbott winien był wyszczególnić w ofercie. Tym samym należy stwierdzić, że odwołujący pojęcie zestawu utożsamiał z jakimś wyrobem medycznym, a nie jak to wynika z potocznego znaczenia tego określenia, tj. zestawieniem w jednym opakowaniu zbiorczym różnego rodzaju odczynników wraz z materiałami pomocniczymi, niezbędnymi do wykonania określonej z nazwy i liczby oznaczeń – badań.

Izba zauważyła również, że wykładnia postanowień SIWZ w tym zakresie nie budziła u wykonawców wątpliwości na etapie składania ofert, żaden z uczestników przetargu nie podnosił, że zapis ten jest mało precyzyjny, ani nie kwestionował jego treści. Dopiero po ocenie ofert i ustaleniu punktacji wątpliwości zgłosił odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu. Podkreślić przy tym należy, że decyzja co do sposobu ustalania zgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz kwestii punktacji pozostawiona jest zamawiającemu, który powinien stosować się do podanych w SIWZ zasad. Zdaniem Izby

przyjęta przez zamawiającego wykładnia zawartego w SIWZ sposobu oceny spełniania wymagań SIWZ jest prawidłowa i zgodna z jego literalnym jego brzmieniem, a odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w szczególności poprzez wskazanie konkretnego postanowienia SIWZ zgodnie z którym dokonana przez zamawiającego ocena oferty wykonawcy Abbott jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W tej sytuacji Izba uznała, że składane w tym zakresie na rozprawie wnioski dowodowe wykraczały ponad jednobrzmiącą treść wymagań SIWZ i zmierzały do nadania tym postanowieniom innej treści niż nadał jej zamawiający, dlatego też nie miały wpływu na rozstrzygnięcie tego zarzutu, który zdaniem Izby w świetle powyższych ustaleń jest niezasadny.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego poprawy ilości zestawów w ofercie wykonawcy Abbott na wstępie przypomnieć należy, że zamawiający dokonał poprawy tej omyłki w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy że aby poprawy w tym trybie można dokonać to muszą być kumulatywnie spełnione dwie przesłanki ustawowe, tj.;

- omyłka w ofercie musi powodować niezgodność treści oferty z SIWZ
- dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sytuacji trudno zasadnie wywieść, że fakt zaoferowania większej ilości odczynników niż było potrzebne do wykonania określonej liczby oznaczeń spowodowało niezgodność treści oferty z SIWZ. Analizę stanu prawnego w tym zakresie należy odnieść również do przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którą zamawiający winien ofertę niezgodną z treścią SIWZ odrzucić. Tutaj zamawiający nie odrzucił tej oferty, nie wskazywał na jej niezgodność z SIWZ, a wykonawca Abbott w tym zakresie nigdy na taką niezgodność z treścią SIWZ się nie powoływał i nie wykazywał, że brak poprawy spowoduje jej odrzucenie.

Rację w tym zakresie należy przyznać odwołującemu który zasadnie wywodził, że zamawiający w SIWZ pozostawił woli wykonawcy odpowiednie obliczenie i wykazanie z jakiej liczby jego testów- zestawów można wykonać wymaganą przez zamawiającego liczbę oznaczeń. Ponadto zdaniem Izby dokonana poprawa naruszała przepis art. 7 ust.1 ustawy Pzp dotyczący równego traktowania wykonawców. Przy ocenianiu kwestii możliwości dokonania poprawy omyłek w treści oferty w myśl tego przepisu, należy wziąć pod uwagę fakt – czy gdyby taka sama omyłka wystąpiła w innych ofertach wykonawców to zamawiający również by je poprawił. Otóż niewątpliwie w tym przypadku, taka sytuacja nie występuje. Zamawiający na rozprawie jednoznacznie stwierdził, że *„zamawiający podaje, iż gdyby nie pismo wykonawcy w tym zakresie to takiej poprawy by nie dokonał, gdyż nie było jego rolą ani obowiązkiem analizowanie treści oferty w zakresie ustalania na ile badań wystarcza jeden zestaw. Zamawiający mógł dokonać ustalenia ile zestawów odczynników*

*oferowanych przez Abbott jest niezbędne do wykonania wymaganej ilości testów gdyż obecnie pracuje na tych odczynnikach i ich wydajność jest mu znana*". Tym samym możliwość dokonania poprawy omyłek w ofercie dla tego wykonawcy wynikała tylko z tego, że zamawiający znał wydajność zaoferowanych odczynników. Jak widać, taka poprawa nie byłaby możliwa np. w ofercie odwołującego, gdyż wydajność zaoferowanych zamawiającemu tych odczynników nie była mu znana.

Wobec powyższego zdaniem Izby nie została spełniona przesłanka dotycząca tego iż celem dokonanej poprawy było wyeliminowanie niezgodności treści ofert z treścią SIWZ.

W zakresie spełnienia drugiej przesłanki tj. wymogu aby dokonana poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty wskazać należy, że ustawodawca w art. 87 ust. 2 Pzp posłużył się wieloma pojęciami niejednoznacznymi. Taka konstrukcja przepisu ma na celu uelastycznienie oceny ofert, jednak tak skonstruowane zapisy ustawy okazują się tak blankietowe, że sprawiają one trudności w szczególności zamawiającym, który nie wie czy dokonując poprawy w treści oferty nie narazi się na zarzut faworyzowania ofert niektórych wykonawców.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, podkreślenia wymaga, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Stwierdzić jednakże należy, że w wyniku poprawy niezgodności w ofercie, każdorazowo nastąpi zmiana treści tej oferty.

O istotności zmian w treści oferty decyduje przede wszystkim charakter podstawy dokonania tych zmian, znaczenie ma również kwotowy aspekt dokonanej zmiany (tj. różnica między pierwotnie zaoferowaną ceną, a ceną otrzymaną w wyniku poprawek).

Odnosząc to do tej kwestii w tym postępowaniu rozważenia wymaga kwestia czy zmiana ceny oferty o ponad 370 tys zł powodująca obniżenie ceny ofertowej o prawie 13% jest zmianą istotną, a ponadto czy zmniejszenie oferowanego przez przystępującego świadczenia w ramach oferty z zaoferowanych 203 do 50 zestawów odczynników jest zmianą istotną.

W stanie faktycznym tego postępowania zauważenia wymaga fakt, że gdyby oferta przystępującego była najkorzystniejsza cenowo to z dużą dozą prawdopodobieństwa należy wskazać, że zostałaby zawarta umowa na pierwotną cenę ofertową.

Przystępujący Abbott dopiero po zapoznaniu się z treścią oferty konkurencyjnych rozpoczął działania zmierzające do poprawy pozycji swojej oferty na liście ofert, tak, aby okazała się w myśl przyjętych kryteriów oceny i wyboru ofert, ofertą najkorzystniejszą.

Zdaniem Izby w tych konkretnych okolicznościach sprawy dokonana poprawa oferty powodowała istotną zmianę w jej treści. Tym samym zamawiający w sposób zasadny

wycofał się z dokonanej poprawy oferty wykonawcy Abbot, gdyż poprzez taką decyzję jego działanie stało się zgodne z treścią przepisów ustawy Pzp w tym zakresie.

Za niezasadne zdaniem Izby należy uznać podnoszone również – w ramach tego zarzutu, zastrzeżenia odwołującego, że na istotność zmian w treści oferty wskazuje również wpływ tej zmiany na pozycje tej oferty na liście rankingowej ofert ustalonej przez zamawiającego. Takie stanowisko nie ma uzasadnienia prawnego, gdyż miejsce na liście rankingowej danej oferty po poprawieniu omyłek jest tylko skutkiem dokonanej poprawy, a ponadto skutek ten odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia, a nie jak tego wymaga przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp tylko do treści oferty.

Również za niezasadne Izba uznaje stanowisko odwołującego, jakoby wykonawca w którego ofercie zamawiający w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawek, był zobowiązany do złożenia zamawiającemu pisemnego oświadczenia iż wyraża zgodę na dokonane w jego ofercie poprawki. Zdaniem Izby takiego wymogu w żaden sposób nie da się wywieść z treści ww. przepisu.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie 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. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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 Pzp.

Zdaniem Izby stwierdzić należy, że 89 ust. 1 pkt 7 nie przewiduje potrzeby ustosunkowania się przez wykonawcę do zawiadomienia o dokonaniu poprawek dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, by oferta nie podlegała odrzuceniu. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego tylko do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Natomiast nie przewiduje aby w takiej sytuacji wykonawca musiał podjąć jakiegokolwiek działania, a w szczególności aby miał obowiązek złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę ( por. uchwałę KIO z 2.04.2012 roku Sygn. akt KIO/KU 35/12).

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że dokonana ww. poprawa w ofercie przystępującego była niezasadna i słusznie zamawiający z tej czynności poprawy się wycofał. Tym samym Izba nie dokonuje uwzględnienia tego zarzutu lecz aprobuje stanowisko zamawiającego w tym zakresie, wykazane w czynności z dnia 9.12.2013 roku, gdzie zamawiający nie tylko uznał za zasadny przedmiotowy zarzut, ale także wykonał czynności w postępowaniu związane z jego uwzględnieniem. Izba w wyniku wniesionego

sprzeciwu przystępującego dokonała oceny zasadności działania zamawiającego i działania te zaaprobowała.

Biorąc pod uwagę przepis art. 191 ust.2 oraz art. 192 ust 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że przedmiotowy zarzut jako uwzględniony i wykonany nie miał wpływu na wynik postępowania i dlatego też odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego wadliwej oceny oferty przystępującego w przyznaniu punktów w kryterium jakości Izba stwierdza, że zarzut ten jest niezasadny, a jego niezasadność jest oczywista. Zamawiający w SIWZ postawił wymaganie, aby wszystkie oferowane wraz z analizatorami odczynniki, kalibratory i kontrole były w stanie płynnym gotowym do użycia. Natomiast odwołujący z faktu, że odczynniki te winny być przechowywane w temperaturze poniżej minus 10 stopni Celsjusza, a następnie rozmrażane i mieszane, wywodził iż tego wymagania nie spełniają.

Zdaniem zamawiającego ten spór co do faktu jest zupełnie niezasadny, gdyż w temperaturze poniżej 10 stopni przechowywane są tylko zestawy zapasowe, natomiast jeśli kończy się zestaw obecnie używany to wystarczy wystawić nowy zestaw z zamrażarki do temperatury pokojowej i po około 30 min jest gotowy do użycia. Zestaw otwarty do użycia przechowuje się w lodówce i nadaje się użycia przez 90 dni w przypadku kalibratorów, natomiast w przypadku materiałów kontrolnych to w terminie do 30 dni.

Ponadto odwołujący niezasadnie utożsamia, potrzebę wstrząśnięcia lub wymieszania odczynnika, przed jego użyciem, poprzez obrót fiolki z odczynnikiem o 180 stopni ( co jest standardową procedurą przy używaniu wszystkich odczynników czy też leków w stanie płynnym) z wymaganiem SIWZ, aby oferowane odczynniki nie wymagały mieszania. Pod tym pojęciem powszechnie uznaje się potrzebę mieszania kilku odczynników przechowywanych w osobnych pojemnikach, celem uzyskania zawiesiny.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu, postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....