

Sygn. akt KIO 2743/21

WYROK

z dnia 11 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2021 r. przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny z siedzibą w Częstochowie**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny z siedzibą w Częstochowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa odczynników do badań z zakresu immunochemii wraz z dzierżawą analizatorów dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej przy ul. Białskiej 104/118 oraz dla Medycznego Laboratorium Diagnostycznego przy ul. PCK 7*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 153-406372.

W dniu 17 września 2021 r. wykonawca Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Abbott”, podczas gdy zaoferowany przez Abbott w pozycji 17 oferty koncentrat buforu płuczącego 6C45-58 Concentrated Wash Buffer wymaga rozcieńczenia przed użyciem i nie spełnia wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 50 załącznika nr 2 do SWZ,
2. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowana w niej liczba opakowań odczynników do oznaczeń: Insulina, Anty-TG, FSH, LH, Estradiol, Progesteron, Prolaktyna, Kortyzol, Testosteron nie spełnia wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 9 i 11 załącznika nr 2 do SWZ,
3. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowane przez Abbott odczynniki nie spełniają wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 1 załącznika nr 2 do SWZ,
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od Abbott wyjaśnień, w sytuacji gdy Zamawiający miał wiedzę, że złożona przez Abbott oferta jest niezgodna z treścią SWZ,

5. art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Abbott, pomimo tego, iż oferta złożona przez Abbott podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania czynności ponownego badania, oceny ofert; odrzucenia oferty Abbott jako niezgodnej z SWZ; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 października 2021 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowany przez Abbott w pozycji 17 oferty koncentrat buforu płuczącego 6C45-58 Concentrated Wash Buffer wymaga rozcieńczenia przed użyciem i nie spełnia wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 50 załącznika nr 2 do SWZ.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 50 załącznika nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający postawił wymóg *Analizator pracujący z wykorzystaniem gotowych buforów i płynów płuczących, nie wymagający ich rekonstrukcji przy użyciu wody destylowanej/dejonizowanej oraz nie wymagający stacji wody.*

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w ramach lokalizacji dla ul. PCK analizator Architect i1000sr. Zgodnie z dołączonymi do oferty dokumentami analizator do swojej pracy wymaga Koncentratu buforu płuczącego 6C54-58 Concentrated Wash Buffer i produkt ten został wskazany w ofercie pod pozycją nr 17. Stosownie do instrukcji obsługi systemu *Architect Koncentrat buforu płuczącego należy przelać do zbiornika do przygotowywania buforu i należy dolać oczyszczoną wodę do zbiornika, aż poziom płynu dojdzie do kreski oznaczającej 10 l.*

Odwołujący podnosił, że z załączonych do oferty Przystępującego dokumentów wynika, że koncentrat buforu płuczącego dostarczany jest w butelce i wymaga rozcieńczenia przed użyciem, zatem nie spełnia wymagań SWZ, bowiem konieczność użycia wody oraz wykonania rekonstrukcji skoncentrowanego, nie gotowego do użycia, buforu czyni ofertę niezgodną z SWZ.

Izba uznała, że zarzut Odwołującego jest niezasadny. Zgodnie z wymogiem znajdującym się w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 50 załącznika nr 2 do SWZ oferowane bufory miały być gotowe, w taki sposób, aby nie wymagały rekonstrukcji. Jak słusznie zauważył Przystępujący postanowienie SWZ nie posługuje się sformułowaniem „gotowych do użycia” (wbrew temu co zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie podkreślał Odwołujący), używa jedynie sformułowania „gotowy” jako „niewymagający rekonstrukcji”.

Zgodnie z definicją znajdującą się w Słowniku Języka Polskiego rekonstytucja oznacza ponowne ustanowienie lub przywrócenie czegoś. Stosownie zaś do słowniczka zawartego w podręczniku *Essentials of Pharmacology for Health Professions (7th Edition)*: rekonstytucja oznacza przywrócenie substancji, która została wcześniej zmieniona w celu jej zakonserwowania i przechowania, do pierwotnego stanu, tak jak ma to miejsce w przypadku wysuszonego osocza krwi i sproszkowanych leków. Oznacza to, że rekonstytucja stanowi przywrócenie poprzedniego stanu skupienia. Jest więc procesem odmiennym od procesu rozcieńczania, w którym dokonuje się zmiana właściwości cieczy. Również rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2014 r. w sprawie dokonywania zmian w pozwoleniu i dokumentacji dotyczącej wprowadzania do obrotu produktu leczniczego w załączniku nr 2 część B.II.f. Trwałość rozróżnia rozcieńczenie oraz rekonstytucję.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że przywołany fragment instrukcji analizatora Architect i1000sr mówi o rozcieńczeniu, a nie rekonstytucji, bowiem bufor płuczący 6C45-58 ConcentratedWash Buffer jest dostarczany w formie płynnej skoncentrowanej, nie wymaga zatem rekonstytucji, zatem spełnia wymóg SWZ.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp za bezzasadny. W konsekwencji powyższego naruszenia nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowana w niej liczba opakowań odczynników do oznaczeń: Insulina, Anty-TG, FSH, LH, Estradiol, Progesteron, Prolaktyna, Kortyzol, Testosteron nie spełnia wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 9 i 11 załącznika nr 2 do SWZ podlega także oddaleniu.

Odwołujący podnosił, że 9 spośród 26 parametrów oferowanych przez Przystępującego (Insulina, Anty-TG, FSH, LH, Estradiol, Progesteron, Prolaktyna, Kortyzol, Testosteron) nie spełnia warunków zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 9 i 11 załącznika nr 2 do SWZ, tym samym oferując mniejszą liczbę opakowań odczynników, Przystępujący sporządził ofertę podlegającą odrzuceniu. Ponadto, Odwołujący zwracał uwagę, że cena jednostkowa testu, dla większości parametrów, w jego ofercie, jest niższa niż cena jednostkowa testu Przystępującego, natomiast uwzględniając wymogi SWZ, oferta Odwołującego zawiera znacznie więcej testów niż oferta Przystępującego, co uniemożliwia porównanie złożonych ofert.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9 w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 9 i 11 załącznika nr 2 do SWZ *Stabilność odczynników na pokładzie analizatora minimum 28 dni. Należy zaoferować ilość odczynników z uwzględnieniem ich stabilności na pokładzie analizatora.* Stosownie do pkt 11 ww. załącznika *Wszystkie odczynniki przechowywane 24 godz. na dobę w lodówce odczynnikowej na pokładzie aparatów.* Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2021 r. na pytanie nr 5 w zakresie części nr 2 wskazano *Zgodnie z pkt 5 pod tabelą 2 oraz kolumną 7 i 9 Wykonawca zobowiązany jest wskazać ilości niezbędne do zabezpieczenia wymaganej ilości oznaczeń. Zamawiający oszacował wymagane ilości oznaczeń na 24 miesiące korzystając z danych statystycznych ilości wykonanych oznaczeń w ciągu ostatnich 24 miesięcy.* Dalej Izba ustaliła, że stosownie do treści ulotek przedłożonych do oferty Przystępującego dla parametrów stabilność odczynników wynosi: Insulina - 30 dni na pokładzie analizatora, Anty-TG - 30 dni na pokładzie analizatora, FSH - 30 dni na pokładzie analizatora, LH - 30 dni na pokładzie analizatora, Estradiol - 30 dni na pokładzie analizatora, Progesteron - 30 dni na pokładzie analizatora, Prolaktyna - 30 dni na pokładzie analizatora, Kortyzol - 30 dni na pokładzie analizatora, Testosteron - 30 dni na pokładzie analizatora. Zgodnie z ulotkami odczynnikowymi Przystępującego dla oznaczeń Insuliny, Anty-TG, FSH, LEI, Estradiol, Progesteron, Prolaktyna, Kortyzol, Testosteron okres stabilności odczynnika po otwarciu trwa do upływu daty ważności.

W związku z powyższym Izba uznała, że oferta Przystępującego spełnia wymóg z pkt 9, gdyż w przypadku każdego z ww. zaoferowanych odczynników stabilność na pokładzie analizatora wynosi 30 dni. Ponadto, zaoferowane przez Przystępującego analizatory posiadają funkcjonalność z pkt 11, tj. załadowane na pokład analizatora odczynniki nie muszą być przez Zamawiającego okresowo wyjmowane, mogą przebywać ciągle na pokładzie analizatora aż do ich wyczerpania lub upływu okresu ich stabilności na pokładzie analizatora. Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, z żadnego z postanowień SWZ nie wynika, aby Zamawiający miał po otwarciu danej kasety odczynnikowej przechowywać ją wyłącznie na pokładzie analizatora, żadne z postanowień SWZ nie też daje podstaw do uznania, iż liczba odczynników powinna być obliczona z uwzględnieniem przechowywania ich po otwarciu wyłącznie na pokładzie analizatora. Wymogi stawiane odczynnikom i analizatorom z pkt 9 i 11 są od siebie odrębne i brak jest podstaw do konstruowania na ich podstawie jednego łącznego wymogu wpływającego na liczbę odczynników, które powinny zostać zaoferowane.

Dodatkowo, okoliczność, że Odwołujący zaoferował większą liczbę odczynników niż Przystępujący nie przesądza automatycznie o niedoszacowaniu oferty Przystępującego. Uszło uwadze Odwołującego, że kryterium oceny ofert nie była cena jednostkowa testu, lecz cena za liczbę oznaczeń wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ - formularzu

asortymentowo-cenowym. Zamawiający wyjaśnił, że z treści ulotek metodycznych wykonawców wynika, że metodyka oznaczeń oferowanych przez Odwołującego wymaga więcej kalibracji wielopunktowych 6-cio i kilkunastu punktowych co wymaga większej liczby oznaczeń (zużycia odczynników) oraz kalibratorów i materiałów. Wykonanie kalibracji 6-cio punktowej generuje konieczność dwukrotnego zużycia odczynnika, co generuje minimum 12 oznaczeń odczynnika (zakładając jednorazową udaną kalibrację). Natomiast metodyka oznaczeń Przystępującego dla 8 parametrów: TSH, PSA Total, PSA Free, FSH, Progesteronu, Prolaktyny, CEA, Ferrytyny wymaga kalibracji 2 punktowej, a więc zużycia minimum 4 oznaczeń odczynnika.

Dalej, Zamawiający zauważał, że zakładając udaną jednorazową kalibrację dla ww. 8 parametrów zużyjemy 32 oznaczenia z zestawów odczynnikowych (po 4 oznaczenia na każdą kalibrację w zakresie każdego z 8 parametrów) Dla identycznych parametrów oznaczanych zestawami Odwołującego zużyjemy: dla TSH, PSA T, PSA f, FSH, PRL, CEA, ferrytyny po 12 oznaczeń, a dla Progesteronu 15 oznaczeń, co daje łącznie zużycie 99 oznaczeń z zestawów odczynnika. Ponadto kalibracja Troponiny 7-mio punktowa wymaga zgodnie z ulotką 20 oznaczeń (u Przystępującego - 12 oznaczeń), kalibracja Vit. D3 — wymaga 15 oznaczeń (u Przystępującego - 12 oznaczeń), kalibracja Estradiol - wymaga 15 oznaczeń (u Przystępującego - 12 oznaczeń).

Reasumując, oferta Odwołującego zawiera więcej testów niż oferta Przystępującego, ponieważ metodyka testów Odwołującego wymaga większej liczby oznaczeń dla przeprowadzenia wielopunktowych kalibracji testów. Nie oznacza to jednak, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SWZ, czy też niedoszacowana.

Następnie Izba uznała, że również zarzut naruszenia art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaofierowane przez Abbott odczynniki nie spełniają o wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 1 Załącznika nr 2 do SWZ jest niezasadny.

Odwołujący podnosił, że zaofierowane przez Przystępującego kalibratory i kontrole dla obu lokalizacji (dwóch różnych analizatorów) są różne i nie mogą być stosowane zamiennie, a tym samym zaofierowane analizatory nie spełniają postawionego wymogu pracy w oparciu o te same odczynniki, kalibratory i kontrole. Stwierdzał też, że dotychczasową praktyką Zamawiającego było zamienne używanie tych samych odczynników w dwóch miejscach, gdzie zlokalizowane są analizatory, więc zaofierowanie dwóch różnych analizatorów uniemożliwia relokację odczynników.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt I Tabeli 4 Części Nr 2 Załącznika nr 2 do SWZ przewidział następujący wymóg: *Analizatory: główny i zapasowe pracujące w oparciu o te*

same odczynniki, kalibratory i kontrole. Następnie na pytanie nr 9 do SWZ Czy Zamawiający dopuszcza analizator zapasowy do Medycznego Laboratorium Diagnostycznego przy ul. PCK 7, który będzie pracował w oparciu o odczynniki, kalibratory, kontrole konfekcjonowane w innych opakowaniach niż analizatory (główny i zapasowy) w Zakładzie Diagnostyki Laboratoryjnej przy ul. Białskiej 104/118. udzielił 23 sierpnia 2021 odpowiedzi: Zamawiający dopuszcza. Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował dwa różne analizatory: Alinity oraz Architect oraz że posiada odczynniki o różnym sposobie konfekcjonowania jak np. Alinity TSH, po 200 lub 1200 testów w opakowaniu zbiorczym, a Architect TSH po 100, 400, 500 i 2000 testów w opakowaniu zbiorczym. Dodatkowo odczynniki konfekcjonowane w opakowaniach różnią się nie tylko liczbą testów w opakowaniu, lecz także kształtem opakowania.

Izba uznała, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 9 nie ograniczył jakiego rodzaju odmienności konfekcjonowania (czyli porcjowania lub pakowania) dopuszcza, nie wskazał konkretnego kryterium konfekcjonowania, dopuścił więc nie tylko możliwość zaoferowania różnej liczby testów w opakowaniu zbiorczym, lecz również możliwość zaoferowania opakowań odmiennych kształtem. Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający wymagał relokacji odczynników między dwoma lokalizacjami, zatem twierdzenia Odwołującego o dotychczasowej praktyce nie mają przełożenia na wymogi określone w dokumentacji postępowania. Ponadto, mimo odmiennego konfekcjonowania, stosowane na obu wskazanych przez Przystępującego analizatorach odczynniki, kalibratory i kontrole mają ten sam skład i właściwości, co potwierdzają ulotki metodyczne produktów zaoferowanych przez Przystępującego.

Reasumując, z przedłożonej oferty Przystępującego wynika, że na obu analizatorach stosowane będą te same odczynniki, które różnią się jedynie kształtem opakowania, tj. konfekcjonowaniem. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowane przez Abbott odczynniki nie spełniają o wymagań zawartych w Części Nr 2 Tabela 4 pkt 1 Załącznika nr 2 do SWZ skład orzekający uznał za bezzasadny.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od Abbott wyjaśnień, w sytuacji gdy Zamawiający miał wiedzę, że złożona przez Abbott oferta jest niezgodna z treścią SWZ.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający, pomimo otrzymania pisma z dnia 3 września 2021 r., wskazującego na uchybienia w ofercie Abbott i jej niezgodności z treścią SWZ, nie zażądał od wykonawcy wyjaśnień ani żadnych innych dowodów wskazujących na

poprawność złożonej oferty, a tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dysponuje żadnym zapewnieniem czy dowodem, że zamówienie będzie realizowane w sposób prawidłowy.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z treści ww. przepisu wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje, że co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Zatem, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy nie poweźmie wątpliwości dotyczących treści oferty nie jest zobowiązany do żądania od wykonawcy przedstawienia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Powyższa regulacja oznacza, że zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poweźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przy czym zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie zwalnia odwołującego z ciężaru dowodowego. Przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie skorzystał z możliwości, które dają wskazane przepisy ustawy Pzp. Niemniej należy podkreślić, że każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości, a takich w tym postępowaniu nie powziął.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: