

Sygn. akt KIO 2165/18
KIO 2170/18

WYROK
z dnia 9 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 22 października 2018 r. przez wykonawcę (Odwołującego): Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2165/18),
- B. w dniu 22 października 2018 r. przez wykonawcę (Odwołującego): Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2170/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy przy udziale:

- 1) wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2165/18,
- 2) wykonawcy Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2170/18,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2165/18:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny

ofert, w tym poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłek w ofercie Odwołującego w zakresie ilości opakowań odczynników w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo - cenowego poprzez doliczenie nieuwzględnionej przez Odwołującego ilości opakowań wynikającej z zaleceń dotyczących częstotliwości przeprowadzania kalibracji zawartych w ulotkach/instrukcjach tych odczynników złożonych przez Odwołującego - z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 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) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

II. Sygn. akt KIO 2170/18:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne zbadanie oferty Odwołującego w zakresie ilości opakowań odczynników podanych w pozycjach formularza asortymentowo – cenowego wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego – w odniesieniu do informacji w zakresie stabilności zawartych w ulotkach/instrukcjach tych odczynników złożonych przez Odwołującego i w przypadku ponownego stwierdzenia nieprawidłowych ilości opakowań dokonanie poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – z uwzględnieniem informacji w zakresie stabilności zawartych w ulotkach/instrukcjach odczynników złożonych przez Odwołującego, wytycznych wynikających z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania nr 12 i 17 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 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) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

**Sygn. akt: KIO 2165/18
2170/18**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy („Zamawiający”) prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa odczynników, materiałów zużywalnych oraz kontroli jakości wraz z dzierżawą 2 szt. kompatybilnych analizatorów immunochemicznych (analizator podstawowy i back up)”* (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 119-270306.

KIO 2165/18

I. W dniu 22 października 2018 r. Odwołujący - Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Abbott” lub „Odwołujący Abbott”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na:

- 1) czynność polegającą na odrzuceniu oferty Abbott jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 2) zaniechanie poprawienia w ofercie Abbott omyłek podlegających obowiązkowej poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) czynność polegającą na unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący Abbott zarzucił:

- 1) czynności Zamawiającego zaskarżonej w pkt 1 powyżej - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, podczas gdy oferta ta błędów takich nie zawiera;
- 2) zaniechaniu Zamawiającego zaskarżonemu w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie w ofercie Abbott omyłek, które podlegają obowiązkowej poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) czynności Zamawiającego zaskarżonej w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i unieważnienie Postępowania z powodu braku oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas gdy oferta złożona w tym postępowaniu przez Abbott nie podlega odrzuceniu;

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Abbott wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) unieważnienia odrzucenia oferty Abbott;
- 3) poprawienia omyłek w ofercie Abbott w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Abbott.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Abbott w szczególności wskazał, co następuje:

W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców - Abbott oraz Roche. Zamawiający odrzucił oferty obu wykonawców i unieważnił Postępowanie. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Abbott Zamawiający wskazał, że oferta ta w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego rzekomo zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający nie wskazał, na czym miałyby polegać rzekome błędy w obliczeniu ceny w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego. Treść wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, jakie w dniu 20 sierpnia 2018 r. Zamawiający skierował do Abbott, oraz udzielone przez Abbott w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia pozwalają jednak przypuszczać, że rzekome błędy

miały polegać na tym, że w pozycji 18 formularza asortymentowo-cenowego Abbott zaoferował 16 opakowań odczynnika Toxo IgG, podczas gdy powinien był zaoferować 19 opakowań, a w pozycji 20 tego formularza zaoferował 14 opakowań odczynnika CMV IgG, podczas gdy powinien był zaoferować 16 opakowań. Zamawiający nie ma jednak racji. Tego rodzaju niedoszacowanie nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, a jedynie omyłkę podlegającą obowiązkowej poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym oferta Abbott nie podlega odrzuceniu.

Niedoszacowanie ilości opakowań nie stanowi błędu w obliczeniu ceny - stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących sukcesywnej dostawy zestawów odczynnikowych do badań diagnostycznych, takim jak Postępowanie, błędy w ilości zaoferowanych opakowań odczynników, kalibratorów czy materiałów kontrolnych lub zużywalnych zdarzają się bardzo często. Kwestia tego, w jaki sposób kwalifikować tego rodzaju błędy - czy jako podstawę odrzucenia oferty, czy jako omyłkę podlegającą poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - była zatem wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej (Izba lub KIO). Wynikiem tych rozważań było uznanie przez Izbę, że niedoszacowanie ilości zaoferowanych opakowań danego produktu stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ podlegającą poprawie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Taki pogląd Izba przyjęła rozstrzygając sprawę o sygn. akt KIO 2246/17. Stan faktyczny tamtej sprawy był analogiczny do stanu faktycznego w Postępowaniu. Sprawa KIO 2246/17 dotyczyła postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Szpital Specjalistyczny im. J. K. Łukowicza w Chojnicach (Szpital). W postępowaniu tym oferty złożyli Abbott i Roche. Oferta Roche została odrzucona przez Szpital z powodu niedoszacowania ilości opakowań w pięciu pozycjach formularza asortymentowo-cenowego. Niedoszacowanie polegało na tym, że Roche zaoferował:

- a) w pozycji 11 formularza asortymentowo-cenowego o 11 opakowań za mało,
- b) w pozycji 12 formularza asortymentowo-cenowego o 7 opakowań za mało,
- c) w pozycji 14 formularza asortymentowo-cenowego o 14 opakowań za mało,
- d) w pozycji 15 formularza asortymentowo-cenowego o 12 opakowań za mało,
- e) w pozycji 18 formularza asortymentowo-cenowego o 4 opakowania za mało.

Od czynności odrzucenia oferty Roche złożył odwołanie do KIO. Roche twierdził, że po stwierdzeniu niedoszacowania ilości zaoferowanych opakowań Szpital powinien był poprawić ilość opakowań i odpowiednio skorygować cenę ofertową. Izba uznała argumentację Roche za zasadną i uwzględniła jego odwołanie, nakazując Szpitalowi poprawienie omyłek w ofercie

Roche w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zmianę ilości zaoferowanych opakowań z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dodatkowych opakowań.

Niedoszacowanie ilości opakowań zostało uznane przez Izbę za omyłkę podlegającą poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp także w:

- wyroku z dnia 23 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 209/18,
- wyroku z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt. KIO 119/18,
- wyroku z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1704/16,
- wyroku z dnia 2 października 2013 r., sygn. akt KIO 2203/13, KIO 2206/13.

Niedoszacowanie w ofercie Abbott podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

W związku z przedstawionym powyżej stanowiskiem Izby, należy uznać, że Zamawiający błędnie przyjął, że oferta Abbott zawierała błąd w obliczeniu ceny i niezasadnie odrzucił tę ofertę. Zamiast tego, Zamawiający powinien był poprawić ofertę Abbott w zakresie ilości opakowań wskazanych w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego.

Poprawienie ilości opakowań wskazanych w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego nie spowoduje istotnej zmiany oferty Abbott.

W pozycji 18 formularza asortymentowo-cenowego Zamawiający powinien poprawić ofertę Abbott przez zwiększenie liczby opakowań odczynnika Toxo IgG o 3 (z 16 opakowań na 19). Cena jednostkowa jednego opakowania odczynnika Toxo IgG wynosi 648 zł. Zmiana spowoduje więc wzrost ceny ofertowej o 1.944 zł (3x648 zł).

W pozycji 20 formularza asortymentowo-cenowego Zamawiający powinien poprawić ofertę Abbott przez zwiększenie liczby opakowań odczynnika CMV IgG o 2 (z 14 opakowań na 16). Cena jednostkowa jednego opakowania odczynnika CMV IgG wynosi również 648 zł. Zmiana spowoduje więc wzrost ceny ofertowej o 1.296 zł (2x648 zł).

W sumie oferta Abbott zostałaby zmieniona o kwotę 3.240 zł brutto, stanowiącą jedynie 0,33% całościowej ceny wskazanej w ofercie Abbott (całościowa cena brutto wskazana w ofercie Abbott to 973.354,56 zł). Ponadto, oferta Abbott zawierała 71 cen jednostkowych, omyłka dotyczy zaś tylko 2 z nich.

Jest więc oczywiste, iż poprawienie przez Zamawiającego oferty Abbott w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie skutkowałoby istotną zmianą treści oferty.

Tym samym, Zamawiający, zamiast odrzucać ofertę Abbott jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, powinien był poprawić ją w pozycjach 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego z uwzględnieniem rachunkowych konsekwencji tej poprawy.

W związku z tym, że oferta Abbott nie podlega odrzuceniu, nie jest spełniona przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a Postępowanie nie podlega unieważnieniu.

II. Odpowiedź na odwołanie została przez Zamawiającego udzielona ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 24 października 2018 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

KIO 2170/18

I. W dniu 22 października 2018 r. Odwołujący - Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „Odwołujący Roche”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) zaniechaniu podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp,
- 4) unieważnieniu Postępowania,
- 5) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego i niewłaściwe uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, co także narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, a w konsekwencji omyłki rachunkowej,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- 2) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
- 3) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego, w szczególności poprzez poprawienie omyłek w tej ofercie;
- 4) dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie wyjaśnił na czym dokładnie ma polegać błąd w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego, a do czego był zobligowany w myśl art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, że pozycje 2,3,4,12,13,14,18,19,20,21,22,23 formularza asortymentowo - cenowego zawierają bliżej niesprecyzowany błąd w obliczeniu ceny oraz do informacji, że Zamawiający wymagał aby ilość zaoferowanych opakowań była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w ulotkach /instrukcjach tych odczynników oraz aby ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu. Na próżno również poszukiwać w przedmiotowym zawiadomieniu jakichkolwiek wyliczeń Zamawiającego (wraz z argumentacją) wskazujących, że Odwołujący popełnił jakikolwiek błąd w obliczeniu ceny (lub kosztu), co czyni niemożliwym szczegółowe ustosunkowanie się do przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z aktualnymi poglądami doktryny „*Zamawiający nie może odstąpić od odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności; nie może też odrzucić oferty z innych powodów niż podane w art. 89 ust. 1. Nie może też odrzucić oferty bez podania przyczyny. Wprost przeciwnie, każde odrzucenie oferty wymaga podania powodów podjęcia takiej czynności (art. 92 ust. 1 pkt 3) oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających taką czynność, co oznacza m.in., że zamawiający, dokonując czynności odrzucenia oferty, musi wskazać - jako podstawę - przynajmniej jedną z przesłanek zawartych w art. 89 ust. 1.*” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 14, Warszawa 2017, str. 453 – 454).

Niestety w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zachował tak podstawowych wymogów odrzucenia oferty, co czyni jego czynność wadliwą. Zwłaszcza, że wskazane postanowienia SIWZ nie referują do obowiązków związanych z obliczeniem ceny.

Odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty. Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu w pozycjach 2,3,4,12,13,14,18,19,20,21,22,23 formularza asortymentowo - cenowego.

Odwołujący zgodnie z wyjaśnieniami, które składał w toku postępowania wskazał, że wyliczona liczba opakowań jest prawidłowa i policzona została zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący kalkulując cenę ofertową kierował się w szczególności następującymi zapisami SIWZ oraz odpowiedziami na pytania z dn. 23.07.2018 r:

Załącznik nr 2, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, punkt 11: Ilości opakowań dostosowane do ilości wykonywanych oznaczeń, ekonomiczne gospodarowanie odczynnikami i pozostałymi materiałami, pozwalające na ich pełne wykorzystanie.

Pytanie nr 10 W związku z koniecznością uwzględnienia w ofercie dodatkowych testów na kalibrację prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibrację zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi w instrukcjach odczynnikowych?

Odp. Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibrację zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi w ulotkach /instrukcjach odczynnikowych.

Pytanie nr 12 Dot. pkt 11 Załącznika Nr 2 do SIWZ: Czy w związku z koniecznością zaoferowania ilości opakowań dostosowanej do ilości wykonywanych oznaczeń Zamawiający wymaga, że ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w instrukcjach tych odczynników? Tylko wtedy producent tych odczynników gwarantuje ich jakość i właściwie wydawane wyniki.

Odp. Zamawiający wymaga, aby ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w ulotkach/instrukcjach tych odczynników.

Pytanie nr 17 Czy Zamawiający wyrazi zgodę, żeby dla oznaczeń małowielkościowych występujących w ilości 1520 oznaczeń i mniej zaoferowana ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu a więc zgodnie z wytycznymi producenta tych odczynników oraz zakładała czasowe ich przechowywania w zewnętrznej lodówce z uwagi na rzadsze wykonywanie tych oznaczeń ?

Będzie to w pełni zgodne z wymogiem pkt. 11 Załącznika nr 2: „Ilości opakowań dostosowane do ilości wykonywanych oznaczeń, ekonomiczne gospodarowanie odczynnikami i pozostałymi materiałami, pozwalające na ich pełne wykorzystanie”.

Odp. Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.

Odwołujący przygotowując ofertę kierował się powyższymi zapisami SIWZ oraz odpowiedziami, mając zarazem na uwadze właściwości poszczególnych wyrobów wynikające z ulotek produktowych. Wyliczenia mogły być łatwo zweryfikowane na podstawie tych dokumentów. Zważywszy na odrzucenie oferty Odwołującego należałoby przyjąć, że

Zamawiającego nie przekonały tłumaczenia zawarte w złożonych wyjaśnieniach. Nie wiadomo jednak z jakich powodów, a w szczególności jaka jest skala zarzucanych niedoszacowań.

Odwołujący po otrzymaniu decyzji Zamawiającego raz jeszcze zweryfikował zgodność swojej oferty z SIWZ w zakresie wskazanych w odrzuceniu pozycji. W rezultacie przyznaje, że popełnił omyłkę w obliczeniu liczby opakowań dla pozycji 2, 12, 14, 18-22 formularza asortymentowo - cenowego. W związku z powyższym w wymienionych pozycjach należy odpowiednio (wg ww. kolejności) doliczyć 1, 1, 14, 1, 1, 1, 4, 5 opakowań, co skutkuje zmianą (podwyższeniem ceny) o 19 040 zł netto (20 563, 20 zł brutto). Zamawiający powinien dokonać czynności przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Rozbieżności pomiędzy ilością konieczną do wykonania planowanych oznaczeń w ww. pozycjach nie można rozpatrywać w kategoriach błędu w obliczeniu ceny, lecz niezgodności oferty z treścią SIWZ. Jednakże wynikają z omyłek, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Dlatego Zamawiający błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż omawiany stan faktyczny nie wyczerpuje dyspozycji tego przepisu. Powołane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ nie dotyczą sposobu obliczenia ceny, lecz zawierają wytyczne w zakresie przygotowania oferty i jej zakresu przedmiotowego. W razie ich naruszenia ewentualne zastosowanie może znaleźć art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, lecz tylko pod warunkiem, że nie zachodzą przesłanki do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z taką sytuacją, w odniesieniu do wymienionych pozycji oferty, mamy do czynienia w niniejszej sprawie i Zamawiający powinien poprawić ofertę Odwołującego, a nie ją odrzucać. Poprawieniu podlegają bowiem omyłki w zakresie ilości zaoferowanych opakowań odczynników z poz. 2, 12, 14, 18-22 poprzez doliczenie w tych pozycjach dodatkowych opakowań w ilości: poz. 2 - 1 op., poz. 12 - 1 opak, poz. 14 - 14 opak., poz. 18 -20 - po 1 opak., poz. 21 - 4 opak., poz. 22 - 5 opak. Po takim poprawieniu omyłek Zamawiający powinien przeliczyć ceny netto i brutto, co spowoduje, że ulegnie zwiększeniu jedynie o 19 040 zł netto (20 563, 20 zł brutto).

Co się zaś tyczy pozostałych pozycji formularza wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, czyli poz. 3, 4, 13, 23 - Odwołujący oświadcza, że zostały skalkulowane poprawnie (zgodnie z SIWZ i odpowiedziami).

Częstotliwość kalibracji w zaoferowanych analizatorach cobas e601 opisana jest w ulotkach metodycznych odczynników Elecsys w części Kalibracja i przedstawia się następująco:

„Częstotliwość kalibracji:

Kalibrację należy wykonywać zawsze dla nowej serii odczynnika (w ciągu 24 godz. od umieszczenia go w analizatorze).

Odstępy pomiędzy kalibracjami można wydłużyć w oparciu o przeprowadzoną przez laboratorium akceptację kalibracji.

Ponowną kalibrację sugeruje się:

- *po 1 miesiącu (28 dni) jeżeli stosowana jest ta sama seria odczynnika*
- *po 7 dniach (jeżeli w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy)*
- *gdy jest to wymagane: np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy”*

Producent wymaga wykonywania kalibracji jedynie dla nowej serii odczynnika. Ponowienie kalibracji jest już opcjonalne, a Producent jedynie wskazuje jakie uwarunkowania mogą być brane fakultatywnie pod uwagę. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z Dobrą Praktyką Laboratoryjną powszechnie stosowanym kryterium w ponowieniu kalibracji są wyniki wewnętrznej kontroli jakości. Takie też sugestie Producenta znajdują się w ulotkach testów:

„Ponowną kalibrację sugeruje się: gdy jest to wymagane: np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy.

Odstępy pomiędzy kalibracjami można wydłużyć w oparciu o przeprowadzoną przez laboratorium akceptację kalibracji.”

Reasumując Odwołujący stwierdził, że ilości zaoferowanych opakowań dla ww. pozycji są zgodne z terminami stabilności po otwarciu. Nie można zatem w stosunku do tej części oferty mówić o jakimkolwiek błędzie w obliczeniu ceny, czy też niezgodności oferty z SIWZ.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 5 marca 2012 r. o sygn. KIO/KD 25/12 wskazano, że: „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ.” Przedkładając tę definicję na grunt niniejszej sprawy, zaakcentować trzeba, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Unieważnienie postępowania.

Odwołujący wskazał, iż wobec stwierdzenia niezasadności odrzucenia jego oferty należy uznać, że Postępowanie nie zasługiwało na unieważnienie, a co za tym idzie podjęcie tej czynności narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

II. Odpowiedź na odwołanie została przez Zamawiającego udzielona ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 października 2018 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

KIO 2165/18

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego przedstawionych na rozprawie co do niewłaściwej treści dokumentu załączonego do odwołania na potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania, w związku z widniejącą na nim informacją, iż zlecenie jest przetwarzane, należy wskazać, iż przepis art. 187 ust. 6 ustawy Pzp należy odczytywać łącznie z art. 187 ust. 3 tejże ustawy, a więc znajduje on zastosowanie wyłącznie w sytuacji nieuiszczenia wpisu od odwołania. Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie, albowiem wpis od odwołania został przez Odwołującego Abbott uiszczony w terminie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Abbott jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący Abbott wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego.

KIO 2170/18

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Roche jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący Roche wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego.

KIO 2165/18 oraz KIO 2170/18

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, jest: dostawa odczynników, materiałów zużywalnych oraz kontroli jakości wraz z dzierżawą 2 szt. kompatybilnych analizatorów immunochemicznych (analizator podstawowy i back up). W ramach oferty składanej w Postępowaniu wykonawcy obowiązali byli do złożenia wypełnionego formularza asortymentowo – cenowego według wzoru określonego przez Zamawiającego, w którym mieli określić między innymi ilość opakowań poszczególnych testów odczynników [kolumna 5]. W formularzu została wskazana przez Zamawiającego maksymalna ilość badań na 12 miesięcy [kolumna 3].

W ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia zostały przez Zamawiającego sformułowane między innymi następujące wymagania (załącznik nr 2 do SIWZ lit. b):

„1. Podana ilość testów nie uwzględnia kalibracji.

2. Przy wycenie Wykonawca winien uwzględnić częstotliwość kalibracji, wszystkie niezbędne odczynniki do wykonywania oznaczeń oraz odczynniki ulegające zużyciu na proces mycia i konserwacji analizatora.

3. Oferowaną ilość i ceny odczynników, kontroli, kalibratorów, płynów systemowych i materiałów zużywalnych Wykonawca winien przedstawić w formularzu cenowym dodając pozycje z ich wyszczególnieniem. Wymienioną ilość opakowań do wykonania oznaczeń należy zaokrąglić do pełnego opakowania w górę. Liczba oznaczeń musi uwzględniać ich trwałość po otwarciu na pokładzie analizatora.”

Do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały między innymi zadana następujące pytania”

- Pytanie nr 10: *„W związku z koniecznością uwzględnienia w ofercie dodatkowych testów na kalibrację prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibracje zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi*

w instrukcjach odczynnikowych?”

Na ww. pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibrację zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi w ulotkach /instrukcjach odczynnikowych.”*

- Pytanie nr 12: *„Dot. pkt. 11 Załącznika Nr 2 do SIWZ: Czy w związku z koniecznością zaoferowania ilości opakowań dostosowanej do ilości wykonywanych oznaczeń Zamawiający wymaga, że ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w instrukcjach tych odczynników? Tylko wtedy producent tych odczynników gwarantuje ich jakość i właściwie wydawane wyniki.”*

Na ww. pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wymaga, aby ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w ulotkach/instrukcjach tych odczynników.”*

- Pytanie nr 17: *„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, żeby dla oznaczeń małowielkościowych występujących w ilości 1520 oznaczeń i mniej zaoferowana ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu a więc zgodnie z wytycznymi producenta tych odczynników oraz zakładała czasowe ich przechowywania w zewnętrznej lodówce z uwagi na rzadsze wykonywanie tych oznaczeń? Będzie to w pełni zgodne z wymogiem pkt. 11 Załącznika nr 2: „Ilości opakowań dostosowane do ilości wykonywanych oznaczeń, ekonomiczne gospodarowanie odczynnikami i pozostałymi materiałami, pozwalające na ich pełne wykorzystanie”.”*

Na ww. pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.”*

W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący Abbott i Odwołujący Roche.

W trakcie badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującego Abbott do wyjaśnień treści oferty – pismo Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2018 r. Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący Abbott udzielił pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r.

W trakcie badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującego Roche do wyjaśnień treści oferty – pisma z dnia 9 sierpnia 2018 r., z dnia 24 sierpnia 2018 r. oraz z dnia 13 września 2018 r. Odpowiedzi na ww. wezwania zostały przez Odwołującego Roche udzielone pismami z dnia 13 sierpnia 2018 r., 29 sierpnia 2018 r. oraz z dnia 19 września 2018 r.

Pismami z dnia 12 października 2018 r. Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego Abbott na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, o odrzuceniu oferty

Odwołującego Roche na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2165/18

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, iż wprawdzie Odwołujący Abbott nie podniósł zarzutu dotyczącego samego uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty, jakie zostało przedstawione w zawiadomieniu o dokonaniu tej czynności, jednakże niezależnie od powyższego treść tego uzasadnienia także ma znaczenie w kontekście oceny samej czynności odrzucenia oferty. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien uzyskać od zamawiającego informacje dotyczące konkretnych okoliczności faktycznych stanowiących przyczynę odrzucenia jego oferty, tak aby mógł podnieść w odwołaniu zarzuty odnoszące się do tych okoliczności. W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie. W takiej sytuacji okoliczności, które nie zostały przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie są brane pod uwagę przez Izbę przy rozpoznawaniu odwołania. Wyjątkiem od powyższej zasady może być sytuacja, w której Izba dojdzie do przekonania, iż odwołanie – pomimo braków w uzasadnieniu czynności zamawiającego – podlega uwzględnieniu. W takim przypadku nie dochodzi bowiem do naruszenia praw wykonawcy w zakresie przysługujących mu środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Abbott było niewystarczające. Zamawiający w sposób ogólny odwołał się do zagadnień związanych z terminami stabilności po otwarciu, nie wskazując obliczeń ani konkretnych okoliczności faktycznych będących podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy. Okoliczności te zostały przedstawione dopiero na rozprawie. Powyższe nie stanowiło jednak przeszkody do uznania, iż odwołanie jest zasadne i w związku z tym podlega uwzględnieniu.

Po drugie, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego Abbott, iż omyłki w zakresie ilości opakowań w pozycji nr 18 i 20 formularza asortymentowo-cenowego winny być oceniane na gruncie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jak

wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Należy zatem dokonać oceny świadczenia oferowanego przez wykonawcę w ofercie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli świadczenie oferowane przez wykonawcę nie odpowiada wymogom Zamawiającego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o ile nie jest możliwe poprawienie zaistniałych niezgodności jako omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający nie określił konkretnej ilości opakowań, jaka miała zostać zaoferowana przez wykonawców. Wykonawcy obowiązali byli tą ilość określić samodzielnie w ramach ofert składanych w Postępowaniu, uwzględniając wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Ilość opakowań stanowiła zatem element świadczenia oferowanego przez wykonawców w ich ofertach i w konsekwencji element ten podlegał ocenie na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez porównanie go z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Mamy tu zatem do czynienia z nieprawidłowościami w zakresie określenia treści świadczenia wykonawcy, a nie w zakresie elementów cen- lub kosztotwórczych, co skutkowałoby koniecznością dokonania oceny na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przywołanego powyżej przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy podkreślić, iż jego zastosowanie w konkretnej sprawie nie zależy od decyzji Zamawiającego. Poprawienie omyłek, o których mowa w ww. przepisie, stanowi nie tylko uprawnienie, ale przede wszystkim obowiązek Zamawiającego. W zakresie samego pojęcia omyłki, o której mowa w ww. przepisie (*inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty*) należy wskazać, iż pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym i w konsekwencji możliwość poprawienia omyłki należy każdorazowo oceniać mając na uwadze całokształt indywidualnych okoliczności danej sprawy. Za dopuszczalne należy uznać poprawienie omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdy okoliczności sprawy świadczą o występowaniu po stronie wykonawcy zamiaru złożenia oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – w przeciwieństwie do omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie musi być omyłką „oczywistą”. W ramach dokonywania oceny oferty w odniesieniu do możliwości poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza się możliwość skorzystania przez zamawiającego z instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania, Zamawiający w trakcie badania oceny oferty Odwołującego Abbott stwierdził zbyt małą ilość opakowań odczynników w pozycjach nr 18 i 20 formularza asortymentowo – cenowego (wezwanie z dnia 20 sierpnia 2018 r., k. 291; „Ocena oferty firmy Abbott pod względem „Formularz Asortymentowo – Cenowy”, k. 294, Odpowiedź na wyjaśnienia firm Abbott oraz Roche” z dnia 10 września 2018 r., k. 339, „Informacja z oceny ofert DZP-270-21-2018”, k. 361 – 362 – dokumentacja Postępowania, tom I). W treści ostatniego z ww. dokumentów zostało wskazane niedoszacowanie ilości opakowań: w odniesieniu do pozycji nr 18 formularza asortymentowo – cenowego: 3 opakowania oraz w odniesieniu do pozycji nr 20 formularza asortymentowo – cenowego: 2 opakowania. Uzasadniając powyższe stwierdzono, co następuje: *„Firma przeznaczyła za mało testów na kalibrację. Na jedną kalibrację potrzeba 12 testów. Zgodnie z ulotkami, kalibrację zaleca się wykonać co 30 dni. Przez okres dwóch lat (730 dni) potrzeba dodatkowo 300 testów na kalibrację. Obliczenia: 730 dni : 30 dni = 24,33 (25 kalibracji), 25 kalibracji * 12 testów = 300 testów.”*

Należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający w trakcie przeprowadzania badania oceny oferty Odwołującego Abbott nie tylko stwierdził występowanie zbyt małej ilości opakowań odczynników w przypadku pozycji nr 18 i 20 formularza asortymentowo – cenowego, ale także ustalił ich prawidłową ilość wskazując na sposób jej obliczenia polegający na odwołaniu się do informacji wynikających wprost z zaleceń dotyczących częstotliwości przeprowadzania kalibracji zawartych w ulotkach/instrukcjach tych odczynników. Co więcej, ustalona w ten sposób ilość opakowań odczynników, jak i sposób jej obliczenia, jest zbieżny ze stanowiskiem przedstawionym w tym zakresie przez Odwołującego Abbott na rozprawie. Ww. niezgodności dotyczą elementu świadczenia wykonawcy, jakie miało zostać zaoferowane w ramach oferty, i wobec tego podlegają ocenie na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a uprzednio na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej sposób poprawienia tych niezgodności został przez Zamawiającego ustalony i w świetle dokumentacji Postępowania, w tym treści dokumentów złożonych przez Odwołującego Abbott, nie budzi żadnych wątpliwości. W ocenie Izby nie budzi również wątpliwości zamiar złożenia oferty przez Odwołującego Abbott zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z § 3 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy ostateczna wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie niezmiennych do końca realizacji umowy cen jednostkowych określonych w ofercie wykonawcy oraz ilości faktycznie wykonanych i odebranych dostaw. Dokonanie poprawy przedmiotowych omyłek spowoduje wręcz minimalną zmianę zarówno w odniesieniu do oferowanej ilości opakowań, jak i w odniesieniu do ceny oferty Odwołującego Abbott i nie będzie skutkować zmianą pozycji tego wykonawcy w rankingu ofert.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, iż obliczając ilość opakowań odczynników należało dodatkowo wziąć pod uwagę przeprowadzenie kalibracji w związku ze zmianą serii, należy po pierwsze stwierdzić, iż jest to okoliczność nowa, która została przez Zamawiającego wskazana dopiero na etapie rozprawy. Jak wynika z dokumentacji Postępowania Zamawiający stwierdzając niedoszacowanie oferty Odwołującego Abbott odwoływał się jedynie do częstotliwości przeprowadzania kalibracji wynikającej z zaleceń dotyczących częstotliwości przeprowadzania kalibracji zawartych w ulotkach/instrukcjach tych odczynników. Po drugie, powyższa kwestia stanowiła przedmiot zapytania do treści Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia. W Załączniku nr 2b do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał: „1. Podana ilość testów nie uwzględnia kalibracji. 2. Przy wycenie Wykonawca winien uwzględnić częstotliwość kalibracji, wszystkie niezbędne odczynniki do wykonywania oznaczeń oraz odczynniki ulegające zużyciu na proces mycia i konserwacji analizatora.” W odniesieniu do powyższych postanowień SIWZ zostało zadane pytanie nr 10 o następującej treści: „W związku z koniecznością uwzględnienia w ofercie dodatkowych testów na kalibrację prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibrację zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi w instrukcjach odczynnikowych?” Na ww. pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca powinien założyć ilość dodatkowych testów na kalibrację zgodnie z sugestiami producenta testów zawartymi w ulotkach /instrukcjach odczynnikowych.” Chodzi zatem o sugestię (zalecenia) producenta dotyczące przeprowadzania kalibracji wskazane w ulotkach/instrukcjach odczynników. W ocenie Izby w taki sposób wymaganie co do uwzględnienia częstotliwości kalibracji w odniesieniu do dodatkowej ilości opakowań zostało określone na etapie Postępowania poprzedzającym termin składania ofert i w takim zakresie winno być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert. Nie jest dopuszczalna zmiana wymagań SIWZ po upływie terminu składania ofert, jak i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty w związku z niezgodnością z wymaganiami zamawiającego, które nie zostały przez niego określone. Sugestie/zalecenia producenta w zakresie częstotliwości przeprowadzania kalibracji zostały zidentyfikowane przez Zamawiającego w na etapie badania oferty Odwołującego Abbott. W treści dokumentu „Informacja z oceny ofert DZP-270-21-2018” (k. 362) zostało stwierdzone: „Firma przeznaczyła za mało testów na kalibrację. Na jedną kalibrację potrzeba 12 testów. Zgodnie z ulotkami, kalibrację zaleca się wykonać co 30 dni.” Powyższymi ustaleniami powinien kierować się Zamawiający przy ocenie oferty tego wykonawcy. Niezależnie od powyższego i na marginesie należy wskazać, iż jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, nie posiada on wiedzy co do ilości kalibracji wynikających ze zmiany serii, gdyż jest to wiedza w której posiadaniu są wyłącznie wykonawcy. Należy w tym miejscu zauważyć, iż odrzucenie oferty w postępowaniu

o zamówienie publiczne może nastąpić wyłącznie na podstawie okoliczności stwierdzonych, a nie domniemywanych przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlegały uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi konsekwencję uznania za zasadnych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

KIO 2170/18

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego Roche w odniesieniu do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Roche.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien uzyskać od zamawiającego informacje dotyczące konkretnych okoliczności faktycznych stanowiących przyczynę odrzucenia jego oferty, tak aby mógł podnieść w odwołaniu zarzuty odnoszące się do tych okoliczności. Przekazanie wykonawcy odpowiedniego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty warunkuje korzystanie przez wykonawcę z jego uprawnień w zakresie przysługujących mu środków ochrony prawnej. Nie jest dopuszczalne ogólnikowe uzasadnienie, niezawierające konkretnych okoliczności faktycznych. Wnosząc odwołanie wykonawca nie może opierać się na swoich domysłach co do przyczyn podjęcia przez zamawiającego określonej decyzji w stosunku do jego oferty. W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie

jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie. Wymaga również podkreślenia, iż okoliczności, które nie zostały przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie są brane pod uwagę przez Izbę przy rozpoznawaniu odwołania. Wyjątkiem od powyższej zasady może być sytuacja, w której Izba dojdzie do przekonania, iż odwołanie – pomimo braków w uzasadnieniu czynności zamawiającego – podlega uwzględnieniu. W takim przypadku nie dochodzi bowiem do naruszenia praw wykonawcy w zakresie przysługujących mu środków ochrony prawnej.

W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty – w zakresie uzasadnienia faktycznego - Zamawiający odwołał się do odpowiedzi na pytania do SIWZ dotyczących wymagania, aby ilość zaoferowanych opakowań była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w ulotkach/instrukcjach tych odczynników oraz wymagania, aby ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu, a więc zgodnie z wytycznymi producenta tych odczynników oraz zakładała ich czasowe przechowywanie w zewnętrznej lodówce. Ponadto w treści zawiadomienia znalazło się jeszcze bardziej ogólne stwierdzenie, iż Zamawiający wymagał ilości opakowań dostosowanych do ilości wykonywanych oznaczeń, ekonomiczne gospodarowanie odczynnikami i pozostałymi materiałami pozwalające na ich pełne wykorzystanie. Zamawiający nie wyjaśnił na czym dokładnie polegał stwierdzony błąd w obliczeniu ceny w odniesieniu do poszczególnych pozycji formularza asortymentowo – cenowego wskazanych w zawiadomieniu. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych obliczeń lub sposobu ich przeprowadzenia. Wymaga wskazania, iż pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Roche do wyjaśnień w zakresie sposobu uwzględnienia terminów stabilności w obliczeniu ilości opakowań odczynników wskazanych w pozycjach nr 2, 14, 21 oraz 22 formularza asortymentowo – cenowego. Wyjaśnienia w powyższym zakresie zostały przez Odwołującego Roche przedstawione w piśmie z dnia 29 sierpnia 2018 r., w treści którego został wskazany sposób obliczenia ilości opakowań w odniesieniu do terminów stabilności. Zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego Roche, tj. nie wskazał powodów ich nie uwzględnienia.

W związku z powyższym uzasadnienie zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty należy uznać za niespełniające wymagań uzasadnienia faktycznego na gruncie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Jak wynikało w sposób ogólny z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Roche przyczyną podjęcia przez Zamawiającego takiej decyzji było ustalenie nieprawidłowej ilości opakowań odczynników w pozycjach nr 2, 3, 4, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22 oraz 23 formularza asortymentowo – cenowego w związku z niewłaściwym uwzględnieniem wymogów Opisu przedmiotu zamówienia dotyczących terminów stabilności (trwałości). Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie. Zamawiający stwierdził, iż badał treść oferty Odwołującego Roche również w zakresie ilości opakowań w odniesieniu do wymogu uwzględnienia przy ustalaniu ilości opakowań częstotliwości kalibracji, jednakże wobec niezrozumiałych wyjaśnień Odwołującego Roche ostatecznie zaprzestał wyjaśniania tej kwestii. W związku z tym, w pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć, czy nieprawidłowości w zakresie ilości opakowań odczynników w odniesieniu do zagadnienia (terminów) stabilności należy oceniać na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 czy na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W przypadku uznania, iż oceny tej należy dokonywać na gruncie pierwszego z ww. przepisów rozstrzygnięciu podlega kwestia możliwości poprawienia tego rodzaju niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia w ocenie Izby należy przyjąć takie samo stanowisko, jakie zostało zaprezentowane w uzasadnieniu w odniesieniu do sprawy KIO 2165/18. Podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp występuje wtedy, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Należy zatem dokonać oceny świadczenia oferowanego przez wykonawcę w ofercie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli świadczenie oferowane przez wykonawcę nie odpowiada wymogom Zamawiającego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o ile nie jest możliwe poprawienie zaistniałych niezgodności jako omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający nie określił konkretnej ilości opakowań, jaka miała zostać zaoferowana przez wykonawców. Wykonawcy obowiązali byli tą ilość określić samodzielnie w ramach ofert składanych w Postępowaniu, pod warunkiem spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Ilość oferowanych opakowań stanowiła zatem element świadczenia oferowanego przez wykonawców w ich ofertach i w konsekwencji element ten podlegał ocenie na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez porównanie go z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Mamy tu zatem do czynienia z nieprawidłowościami w zakresie

określenia treści świadczenia wykonawcy, a nie w zakresie elementów ceno- lub kosztotwórczych, co skutkowałoby koniecznością dokonania oceny na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przywołanego powyżej przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy podkreślić, iż jego zastosowanie w konkretnej sprawie nie zależy od decyzji Zamawiającego. Poprawienie omyłek, o których mowa w ww. przepisie, stanowi nie tylko uprawnienie, ale przede wszystkim obowiązek Zamawiającego. W zakresie samego pojęcia omyłki, o której mowa w ww. przepisie (*inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty*) należy wskazać, iż pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym i w konsekwencji możliwość poprawienia omyłki należy każdorazowo oceniać mając na uwadze całokształt indywidualnych okoliczności danej sprawy. Za dopuszczalne należy uznać poprawienie omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdy okoliczności sprawy świadczą o występowaniu po stronie wykonawcy zamiaru złożenia oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – w przeciwieństwie do omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie musi być omyłką „oczywistą”. W ramach dokonywania oceny oferty w odniesieniu do możliwości poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza się możliwość skorzystania przez zamawiającego z instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Jak wynika w sposób ogólny z treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Roche przyczyną podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego było ustalenie nieprawidłowej ilości opakowań odczynników w pozycjach nr 2, 3, 4, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22 oraz 23 formularza asortymentowo – cenowego w związku z niewłaściwym uwzględnieniem wymogów Opisu przedmiotu zamówienia dotyczących terminów stabilności (trwałości). Powyższe zostało przez Zamawiającego potwierdzone na rozprawie, kiedy to przedstawił on zdecydowanie bardziej szczegółowe uzasadnienie w ww. zakresie. Zamawiający odwołał się do postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt 3 (zdanie ostatnie) załącznika nr 2 lit. b) do SIWZ, zgodnie z którym: *„Liczba oznaczeń musi uwzględniać ich trwałość po otwarciu na pokładzie analizatora”*. Z powyższym koresponduje treść odpowiedzi, jakie zostały przez niego udzielone do pytania nr 12 i 17 do SIWZ. Pytanie nr 12 zostało sformułowane w następujący sposób: *„Dot. pkt. 11 Załącznika Nr 2 do SIWZ: Czy w związku z koniecznością zaoferowania ilości opakowań dostosowanej do ilości wykonywanych oznaczeń Zamawiający wymaga, że ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w instrukcjach tych odczynników? Tylko wtedy producent tych odczynników gwarantuje ich jakość i właściwie*

wydawane wyniki." Na powyższe pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wymaga, aby ilość zaoferowanych opakowań odczynników była zgodna z ich terminami stabilności po otwarciu zgodnie z zapisami zawartymi w ulotkach/instrukcjach tych odczynników.” Natomiast pytanie nr 17 zostało sformułowane w następujący sposób: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę, żeby dla oznaczeń małowielkościowych występujących w ilości 1520 oznaczeń i mniej zaoferowana ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu a więc zgodnie z wytycznymi producenta tych odczynników oraz zakładała czasowe ich przechowywania w zewnętrznej lodówce z uwagi na rzadsze wykonywanie tych oznaczeń? Będzie to w pełni zgodne z wymogiem pkt. 11 Załącznika nr 2: „Ilości opakowań dostosowane do ilości wykonywanych oznaczeń, ekonomiczne gospodarowanie odczynnikami i pozostałymi materiałami, pozwalające na ich pełne wykorzystanie”.” Na powyższe pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wyraża zgodę na powyższe.”. Wymaga w tym miejscu wskazania, iż w ulotkach producenta odczynników zawarte są dane dotyczące stabilności, tj. terminy trwałości w przypadku różnych sposobów przechowywania: w rozróżnieniu na przypadek gdy opakowanie nie jest otwarte oraz po jego otwarciu, a następnie w rozróżnieniu na przechowywanie w lodówce oraz na pokładzie analizatora, a w niektórych przypadkach także przy uwzględnieniu tzw. mieszanego sposobu przechowywania (analizator/lodówka).

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w analizowanym przypadku mamy do czynienia z podobną sytuacją jak w przypadku podania nieprawidłowej ilości opakowań w związku z nieuwzględnieniem danych dotyczących częstotliwości przeprowadzania kalibracji, co było przedmiotem rozpoznania Izby w sprawie KIO 2165/18, tj. nieprawidłowości te co do zasady powinny zostać zakwalifikowane jako omyłki podlegające poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wszelkie informacje niezbędne do ustalenia liczby opakowań odczynników w odniesieniu do terminów trwałości zostały zawarte w ulotkach producenta odczynników. Sposób dokonywania obliczeń (działanie matematyczne) nie budzi wątpliwości. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika również, iż zamiarem Odwołującego Roche było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a wskazanie nieprawidłowej ilości odczynników wynikało z zastosowania przez tego wykonawcę odmiennej interpretacji wymagań Zamawiającego doprecyzowanych w odpowiedziach na pytania do SIWZ. Co najwyżej sporna mogła okazać się kwestia konkretnych terminów, jakie należało uwzględnić w danym przypadku, co jednak nie ma żadnego znaczenia w odniesieniu do możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosując ten przepis zamawiający informuje wykonawcę o dokonaniu poprawienia omyłek, na co wykonawca może nie wyrazić zgody – w takim przypadku jego oferta podlega odrzuceniu.

Uznanie, iż ww. nieprawidłowości stanowią co do zasady omyłki podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia zapadłego w niniejszej sprawie. Przede wszystkim jednak Izba nakazała Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności badania oferty Odwołującego Roche w ww. zakresie – tj. w zakresie ilości opakowań odczynników podanych w pozycjach formularza asortymentowo – cenowego wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego – w odniesieniu do terminów stabilności, co nastąpiło z następujących powodów.

Z dokumentacji Postępowania wynika, iż Zamawiający przeprowadził badanie oferty Odwołującego Roche w zakresie ilości opakowań odczynników w odniesieniu do terminów stabilności w przypadku pozycji: 2, 3, 14, 21, 22 oraz 23. Na karcie 293 dokumentacji Postępowania (tom I) znajduje się ocena oferty Odwołującego Roche w zakresie formularza asortymentowo – cenowego w odniesieniu do większości pozycji tego formularza, jednakże jak wynika następnie z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 24 sierpnia 2018 r. badanie Zamawiającego w odniesieniu do terminów trwałości dotyczyło wyłącznie pozycji nr 2, 14, 21 oraz 22 (k. 306 – 307 dokumentacji Postępowania tom I). W związku z tym tylko w zakresie tych pozycji Odwołujący Roche przedstawił wyjaśnienia i obliczenia w odniesieniu do kwestii uwzględnienia terminów trwałości. Z kolei w dokumencie zatytułowanym „Informacja z oceny ofert DZP-270-21-2018” zostały zawarte wyliczenia Zamawiającego w odniesieniu do zagadnienia stabilności wyłącznie w zakresie pozycji nr: 1, 2, 3 oraz 23 (k. 362 dokumentacji Postępowania tom I). Z dokumentacji Postępowania wynika zatem, iż Zamawiający przeprowadził badanie oferty Odwołującego Roche w zakresie ilości opakowań odczynników w odniesieniu do kwestii stabilności w przypadku pozycji: 1, 2, 3, 14, 21, 22 oraz 23, a wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane do Odwołującego Roche dotyczyło wyłącznie pozycji: 2, 14, 21 oraz 22. Odrzucenie oferty Odwołującego Roche, z powodu niedoszacowania ilości opakowań w odniesieniu do konieczności uwzględnienia przy obliczeniach terminów stabilności (trwałości) dotyczyło pozycji: 2, 3, 4, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 22 oraz 23, w sytuacji, gdy z dokumentacji Postępowania, przy szczególnym uwzględnieniu treści wezwań wystosowanych do Odwołującego Roche, nie wynika aby badanie oferty tego wykonawcy w ww. zakresie miało miejsce w zakresie pozycji: 4, 12, 13, 18, 19 oraz 20. Co więcej, stosując sposób dokonywania obliczeń wskazany przez Zamawiającego nie uzyskujemy wyniku potwierdzającego niedoszacowanie ilości opakowań odczynników w odniesieniu do każdej z pozycji wyszczególnionych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. W odniesieniu do pozycji formularza asortymentowo - cenowego nr 18 należy poczynić następujące obliczenia: $104 \text{ tygodnie} / 12 = 8,6$, tj. po zaokrągleniu 9 opakowań [*obliczenia na podstawie danych zawartych w ulotce producenta dla tzw.*

mieszanego systemu przechowywania – analizator/lodówka – k. 656 dokumentacji Postępowania tom II]. W tej pozycji Odwołujący Roche zaoferował 16 opakowań. Podobne obliczenia jak i wnioski należy przedstawić w odniesieniu do pozycji formularza asortymentowo – cenowego nr 19 [*obliczenia na podstawie danych zawartych w ulotce producenta dla tzw. mieszanego systemu przechowywania – analizator/lodówka – k. 661 dokumentacji Postępowania tom II].*

W treści odwołania Odwołujący Roche stwierdził, iż po otrzymaniu decyzji Zamawiającego raz jeszcze zweryfikował zgodność swojej oferty z SIWZ w zakresie pozycji wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. W rezultacie przyznał, że popełnił omyłkę w obliczeniu liczby opakowań dla pozycji formularza asortymentowo - cenowego: 2, 12, 14, 18-22. W związku z powyższym Odwołujący Roche stwierdził, iż w wymienionych pozycjach należy odpowiednio (wg ww. kolejności) doliczyć 1, 1, 14, 1, 1, 1, 4, 5 opakowań. W odniesieniu do pozostałych pozycji formularza wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, czyli pozycji 3, 4, 13, 23, Odwołujący Roche oświadczył, że zostały skalkulowane poprawnie (zgodnie z SIWZ i odpowiedziami). Z treści wyjaśnień i obliczeń przedstawionych przez Odwołującego Roche wynika, iż określając przedmiot oferowanego świadczenia w zakresie ilości opakowań odczynników w odniesieniu do terminów stabilności wykonawca ten w sposób odmienny od Zamawiającego zinterpretował treść wymagań postawionych w tym zakresie w SIWZ (tj. uznając dopuszczalność uwzględniania terminów trwałości dla przechowywania „po otwarciu w temp. 2 – 8 °C”), którą Izba uznaje za nieprawidłową, co jednak nie w każdym przypadku doprowadziło do przyjęcia zbyt małej ilości opakowań odczynników.

Z postanowień SIWZ, tj. w szczególności postanowienia zawartego w pkt 3 (zdanie ostatnie) załącznika nr 2 lit. b) do SIWZ, zgodnie z którym: „*Liczba oznaczeń musi uwzględniać ich trwałość po otwarciu na pokładzie analizatora*” oraz odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego do pytań nr 12 i 17 wynika, iż wykonawcy dokonując obliczeń ilości opakowań w odniesieniu do konieczności uwzględnienia terminów stabilności zawartych w ulotkach producenta obowiązali byli uwzględnić terminy trwałości po otwarciu na pokładzie analizatora, a wyjątek od tej zasady został dopuszczony w odpowiedzi na pytanie nr 17 do SIWZ, tj. w odniesieniu do oznaczeń małowlicznych (występujących w ilości 1520 oznaczeń i mniej), w przypadku których Zamawiający zgodził się, aby „*zaoferowana ilość opakowań została skalkulowana zgodnie z terminami trwałości po otwarciu a więc zgodnie z wytycznymi producenta tych odczynników oraz zakładała czasowe ich przechowywania w zewnętrznej lodówce z uwagi na rzadsze wykonywanie tych oznaczeń*”, tj. uwzględniając terminy określone dla tzw. mieszanego systemu przechowywania – analizator/lodówka. Wykonawcy obowiązani byli zatem uwzględnić przy obliczaniu ilości opakowań odczynników podane w ulotkach producenta terminy trwałości dla przechowywania na pokładzie analizatora, a w przypadku

oznaczeń małowlicznych dopuszczalne było uwzględnienie terminów trwałości dla tzw. mieszanego systemu przechowywania – analizator/lodówka. Wymaga przy tym wskazania, iż na tym etapie Postępowania nie jest rolą Izby ocena racjonalności czy zasadności wymagań Zamawiającego przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wymaga również zauważenia, iż także przy zastosowaniu wykładni wymagań SIWZ zaprezentowanej i zastosowanej przez Odwołującego Roche, tj. dopuszczalności uwzględniania terminów trwałości dla przechowywania „po otwarciu w temp. 2 – 8 °C” wyniki obliczeń nie wskazują na występowanie niedoszacowania w odniesieniu do pozycji nr 18 i 19 formularza asortymentowo – cenowego, co do których Odwołujący Roche potwierdził okoliczność omyłki wskazując na niedoszacowanie wynoszące 1 opakowanie w przypadku każdej z ww. pozycji.

Podsumowując, zarówno Zamawiający (w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Roche oraz w ramach stanowisku przedstawionego na rozprawie) jak i Odwołujący (w odwołaniu oraz w ramach stanowiska przedstawionego na rozprawie) stwierdzili, iż doszło do wskazania nieprawidłowej ilości odczynników w odniesieniu do terminów stabilności. Jednakże z dokumentacji Postępowania wynika, iż Zamawiający nie badał oferty Odwołującego Roche w ww. zakresie (terminy stabilności) w odniesieniu do wszystkich pozycji formularza asortymentowo cenowego wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Mając na uwadze przyznanie przez Odwołującego Roche omyłki w zakresie ilości opakowań zaoferowanych w ofercie, okoliczność nieprzeprowadzenia przez Zamawiającego kompletnego badania oferty tego wykonawcy w zakresie ilości opakowań w odniesieniu do terminów stabilności, jak i okoliczność, iż przy zastosowaniu zasad dotyczących obliczeń wynikających z SIWZ (w tym w interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego Roche) w odniesieniu do niektórych pozycji Izba nie stwierdziła występowania niedoszacowania - Izba w sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu w pierwszej kolejności powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego Roche w przedmiotowym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi konsekwencję uznania za zasadnych: zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: