

Sygn. akt: KIO 456/21

**WYROK**  
**z dnia 25 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Franciszkańska 17/25, 91-433 Łódź,**

przy udziale wykonawcy: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 456/21 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi Samodzielny Publiczny Zakład**

**Opieki Zdrowotnej, ul. Franciszkańska 17/25 91-433 Łódź** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**

Zamawiający, Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę jakościowych testów do badań automatycznych metodą chemiluminescencji markerów czynników zakaźnych przenoszonych przez krew tj. HBsAg wraz z testami potwierdzenia, anty-HCV, HTVAg/Ab oraz testów anty-Treponema pallidum wraz z kalibratorami, kontrolami wewnętrznymi i zewnętrznymi oraz materiałów zużywalnych dla diagnostyki 195 000 donacji w okresie 36 miesięcy wraz z dzierżawą urządzeń niezbędnych do wykonania w/w badań kompatybilnych z systemem komputerowym posiadanym przez Zamawiającego oraz adaptacją pomieszczeń nr 212 na potrzeby Pracowni Czynniki Zakaźnych Przenoszonych przez krew.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 230-566169 w dniu 25 listopada 2020 r.

W dniu 1 lutego 2021 Zamawiający powiadomił wykonawców w postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez oferty złożonej przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”);
2. niewłaściwej ocenie oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i przyznaniu jej 10 punktów za spełnianie warunku wskazanego w pkt XX.2.B.b) SIWZ, a w konsekwencji – na wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie spełnia tego warunku.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ i obarczonej błędem niemożliwym do poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp, podczas gdy oferta od początku spełniała wymogi SIWZ, w szczególności wskazane w pkt. XIX.4;
2. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy nie spełnia ona wymogu przewidzianego w pkt XX.2.B.b) SIWZ, w związku z czym ocena oferty Roche powinna uzyskać o 10 pkt. mniej, a oświadczenie Roche o spełnieniu wymogu przewidzianego w pkt XX.2.B.b) SIWZ powinno zostać skorygowane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., a ponadto - o przeprowadzenie dowodów wyszczególnionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty jest bezzasadne, gdyż złożona oferta od początku odpowiadała treści SIWZ (w szczególności pkt. XIX.4 SIWZ) i nie była obarczona błędem w obliczaniu ceny. Także złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie wpływają na prawidłowość oferty.

Ponadto, oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie spełnia warunku wskazanego w pkt. XX.2.B.b) SIWZ, punktowanego dodatkowo 10 pkt. Zamawiający przyznał ofercie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. 10 punktów, pomimo że oferta Roche nie spełnia przedmiotowego warunku.

A. Odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp wskazując na:

- (a) niemożność ustalenia ceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- (b) niemożność ustalenia ilości oferowanych przez Odwołującego testów na podstawie treści oferty oraz złożonych przez Odwołującego w toku postępowania wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że jego oferta została przygotowana zgodnie z wzorem zamieszczonym w SIWZ oraz zgodnie z postanowieniami SIWZ. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła kalkulacja ceny oferty Odwołującego i dotyczyły one treści pozycji 1 tabeli, tj. „Jakościowych testów do badań markerów czynników zakaźnych, tj. anty HCV, HBs Ag wraz z testem potwierdzenia, HTV Ag/Ab, kiły anty-Treponema pallidum wraz z niezbędnymi kalibratorami, kontrolami oraz materiałami zużywalnymi”.

Przemnożenie wartości podanej w kolumnie „Cena jednostkowa netto” przez wartość z kolumny „Ilość w ciągu 36 miesięcy” nie pokrywa się z kolumną „Wartość netto”. Problem obrazuje równanie  $12,58 \text{ zł} \times 195\,000 = 2\,453\,100 \text{ zł}$ . Jest to kwota odmienna od widocznej w tabeli kwoty 2 452 610,28 zł. W rzeczywistości złożona przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. oferta nie była obarczona błędem rachunkowym, a zauważona przez Zamawiającego kwestia wynikała z wymogów określonych w SIWZ oraz z wymogów wskazanych w Załączniku 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

Zgodnie z pkt XIX.2 SIWZ, „Wszystkie ceny mają być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku, z uwzględnieniem zasad zaokrąglania liczb (tj. 5 i powyżej w górę, poniżej w dół) - dotyczy to w szczególności wartości określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ.”

Zgodnie z pkt XIX.4 SIWZ, „Oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy

ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT.”

Obliczając całościową cenę netto dla 195.000 donacji, Odwołujący - zgodnie z postanowieniami OPZ oraz powołanego w nim Obwieszczenia Ministra Zdrowia z 6 marca 2019 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi - brał pod uwagę nie tylko cenę testów potrzebnych do wykonania 195.000 donacji, ale także testów potrzebnych do wykonania kontroli, a także ewentualnego powtórnego wykonania badania oraz ceny potrzebnych materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych. Obliczając tę cenę Odwołujący brał także pod uwagę konieczność dostarczania Zamawiającemu pełnych opakowań produktów (zaokrąglenie w górę do pełnego opakowania). Ponieważ wykonawcy musieli uwzględnić w cenie donacji dodatkowe testy, materiały kontrolne oraz materiały zużywalne, punktem wyjścia do wskazania ceny netto pojedynczej donacji była całościowa cena testów, materiałów kontrolnych oraz materiałów zużywalnych potrzebnych do wykonania 195.000 donacji. Tak obliczona całościowa cena testów i innych produktów potrzebnych do wykonania 195.000 donacji wyniosła 2.452.610,28 zł.

Następnie, uzupełniając tabelę zgodnie z powyższymi postanowieniami SIWZ, Odwołujący wyliczył cenę jednostkową netto, dzieląc wartość netto całego zamówienia (tj. 2 452 610,28 zł) przez oferowane 195 000 donacji. Wynik tego działania wynosi 12,5774886154. Zasady matematyki nie pozwalają na wykonanie tego działania w inny sposób, tak aby otrzymany wynik wyszedł do 2 miejsc po przecinku, spełniając wymogi SIWZ. Kwotę tę, zgodnie z pkt. XIX.2 SIWZ, należało więc zaokrąglić do kwoty 12,58 zł. Zaokrąglając cenę jednostkową netto w górę do dwóch miejsc po przecinku Odwołujący przedstawił ofertę w sposób prawidłowy, zgodny z postanowieniami SIWZ. Zdaniem Odwołującego, nie można tu mówić o jakimkolwiek błędzie rachunkowym. Wpisanie jako ceny jednostkowej netto jakiegokolwiek innej wartości niż 12,58 zł byłoby sprzeczne z SIWZ.

W ofercie wskazano również jednoznacznie i precyzyjnie ilość oferowanych donacji, tj. 195 000 donacji.

Zdaniem Odwołującego, najistotniejsze jest to, że zgodnie z pkt XIX.4 SIWZ, ceną braną pod uwagę przy ocenie ofert była cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Pozostałe ceny wskazane w ofercie mają więc charakter jedynie pomocniczy i nie są brane pod uwagę przy ocenie ofert — wynika to wprost z pkt XIX.4 SIWZ. Ustalenie jaka jest cena jednostkowa netto nie budzi wątpliwości w świetle postanowień SIWZ - jest to całościowa cena netto dla 195.000 donacji podzielona przez ilość donacji oraz zaokrąglona (na potrzeby

formularza cenowego, zgodnie z pkt XIX.2 SIWZ) do dwóch miejsc po przecinku — czyli cena w wysokości 12,58 PLN. Zarazem ta cena nie jest przedmiotem oceny dokonywanej w ramach oceny ofert i ma charakter jedynie pomocniczy — ceną stanowiącą podstawę oceny ofert jest bowiem, zgodnie z pkt XIX.4 SIWZ, jedynie cena brutto, która jest podana dla wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia i wynosi w ofercie Abbott 2.922.947,70 PLN

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2021 r. nie wpływają na prawidłowość oferty. Wezwanie dotyczyło wskazania cen jednostkowych netto, ilości poszczególnych pozycji asortymentowych i przypisanych poszczególnym pozycjom cenotwórczym stawek VAT. Treść wezwania wskazuje, że wątpliwości Zamawiającego dotyczyły zastosowanych przez Odwołującego stawek VAT.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący wraz z pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. wysłał Zamawiającemu pomocnicze wyliczenia dotyczące stawek VAT oferowanych produktów w formie formularza asortymentowo-cenowego. Wartości wpisane w formularzu asortymentowo-cenowym wzbudziły kolejne wątpliwości Zamawiającego, który zwrócił się pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. z wezwaniem do kolejnych wyjaśnień, tym razem co do ilości badań wskazanych w formularzu asortymentowo-cenowym.

Odwołujący udzielił wyczerpującej odpowiedzi w piśmie z dnia 22 stycznia 2021 r. w którym wskazał, że:

- do przeprowadzenia przewidzianej przez Zamawiającego liczby 195 000 donacji konieczne jest zaoferowanie 201 000 testów, bowiem do każdej donacji trzeba doliczyć dodatkowe testy konieczne dla kontroli, jakości, kalibracji czy powtórek;
- wskazana w formularzu liczba 101 opakowań wynika z zaokrąglenia liczby 100,5 opakowania. 100,5 opakowań jest konieczne do przeprowadzenia 195 000 donacji. Abbott nie będzie miał możliwości doręczenia Zamawiającemu 0,5 opakowania. W związku z tym konieczne było zaokrąglenie do 101 pełnych opakowań.

Wyjaśnienia dotyczyły użytych w formularzu asortymentowo-cenowym danych i nie odnosiły się do treści właściwej oferty. Dane zawarte w formularzu asortymentowo-cenowym miały charakter pomocniczy, a ich nadrzędnym celem było wskazanie obowiązujących dla poszczególnych produktów stawek VAT. W szczególności wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 21 stycznia 2021 r. nie stanowiły modyfikacji niezawierającej błędów oferty.

Oferta Odwołującego nie zawierała jakichkolwiek błędów. Zgodnie z przewidzianymi w SIWZ zasadami, określała cenę przeprowadzenia 195 000 donacji. Dane zawarte w formularzu asortymentowo-cenowym oraz inne udzielone wyjaśnienia nie stanowiły zmiany oferty. Odwołujący wskazał, że ewentualne nieścisłości zawarte w pismach z 14 i 22 stycznia 2021 r. nie miały więc wpływu na treść prawidłowo złożonej oferty. Tym samym brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

W swojej ofercie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zawarł oświadczenie, że w przypadku oferowanych produktów „Kalibracja testów odbywa się nie częściej niż przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach serwisowych”. W związku ze złożonym oświadczeniem, zgodnie z pkt XX.2.B.b) SIWZ, oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. otrzymała 10 pkt. Punkty te nie powinny zostać przyznane, przedmiotowe oświadczenie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. jest bowiem nieprawdziwe.

W załączonych do oferty ulotkach testów Anti-HCV II, HBsAg II, HIV Duo, Syphilis, znajduje się następujący zapis:

*„Kalibracja*

*Brak jest akceptowanego międzynarodowego standardu dla anty-HCV.*

*Częstotliwość kalibracji: Kalibrację należy przeprowadzić zawsze dla nowej serii odczynnika stosując AHCV 2 Cali, AHCV 2 Cal2, a nowy zestaw odczynnikowy należy skalibrować (nie później niż w ciągu 24 godz. od umieszczenia cobas e pack w analizatorze).*

*Ponowną kalibrację sugeruje się w następujący sposób:*

*- po 12 tyg., jeśli używana jest ta sama seria odczynnika*

*- po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowana jest ten sam zestaw odczynnikowy cobas e pack,*

*- gdy jest to wymagane: np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy*

*Zakres sygnałów elektrochemiluminescencji (zliczeń) dla kalibratorów:*

*Kalibrator ujemny (AHCV 2 Cali): 400-3000,*

*Kalibrator dodatni (AHCV 2 Cal2): 25000-350000”*

Tym samym Roche wymaga, aby kalibrację przeprowadzić zawsze przy nowej serii odczynnika oraz sugeruje ponowną kalibrację po 12 tygodniach, jeśli używana jest ta sama seria odczynnika, lub po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowana jest ten sam zestaw odczynnikowy. Co istotne, kalibracja, w sytuacji, gdy wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy, także jest kalibracją sugerowaną, zgodnie z ulotkami Roche. Oznacza, że według ulotki Roche znajduje się ona w tej samej kategorii co kalibracja po 12 tygodniach lub po 28 dniach.

Problem ten został zauważony przez Zamawiającego, który w dniu 28 stycznia 2021 r. zwrócił się do Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień.

Pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wyjaśnił, że 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. Zgodnie z Dobrą Praktyką Laboratoryjną, powszechnie stosowanym kryterium w ponowieniu kalibracji są wyniki wewnętrznej kontroli jakości.

1. Użytkownik nie jest zobowiązany do wykonania kalibracji tej samej serii odczynnika co

28 dni, a brak jej wykonania nie spowoduje braku możliwości wykonania oznaczeń w badanych próbkach.

2. Brak wykonania kalibracji co 28 dni nie będzie raportowany na wydrukach z analizatora z wynikami badań dawców czy próbek kontrolnych.

3. Kalibracja co 28 dni nie jest sugerowana ze względu na brak stabilności odczynników i konieczność ich monitorowania, wynika z asekuracji producenta i dbałości o najwyższą jakość wyników w hipotetycznie zakładanej sytuacji zaniechania wykonywania przez użytkownika systematycznej wewnętrznej kontroli jakości.

Zdaniem Odwołującego, z powyższej odpowiedzi jednoznacznie wynika, że mimo tego, iż kalibracja w przypadku tej samej serii odczynnika lub tego samego odczynnika nie jest według Roche „bezwzględnie konieczna” do prowadzenia badań, to jej nieprzeprowadzenie na zasadach wskazanych przez Roche może skutkować pogorszeniem jakości otrzymywanych wyników.

Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, do którego celów należy m.in. pobieranie, produkcja i dystrybucja krwi i jej składników oraz wykonywanie badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej, zobowiązany jest do zachowania najwyższych standardów prowadzonych badań, od których może zależeć ludzkie życie i zdrowie. Dbłość o najwyższą jakość wyników to jeden z podstawowych obowiązków Zamawiającego. Ewentualne niedokładności wyników mogą wiązać się z poważnymi konsekwencjami, w tym z cywilnoprawną odpowiedzialnością odszkodowawczą. Bez wątplenia Zamawiający, formułując zapis pkt XX.2.B.b) SIWZ, chciał przeprowadzać najwyższej jakości badania, bez konieczności prowadzenia dodatkowych kalibracji, poza kalibracjami wykonywanymi przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach serwisowych. Oferta, która to umożliwi, powinna dostać dodatkowe 10 pkt. Natomiast oferta, która w celu zachowania najwyższej jakości wyników wiąże się z koniecznością przeprowadzania dodatkowych kalibracji, ponad te wskazane w pkt XX.2.B.b) SIWZ, nie powinna tych punktów uzyskać.

Biorąc pod uwagę treść ulotek dotyczących testów Anti-HCV II, HBsAg II, HTV Duo, Syphilis oraz pisma Roche z dnia 29 stycznia 2021 r., nie można przyjąć, że zaniechanie sugerowanych w ulotkach dodatkowych kalibracji nie wpłynie negatywnie na jakość wyników. Z pewnością te dodatkowe sugerowane kalibracje, zmierzające do zachowania najwyższej jakości wyników, nie odpowiadają założeniu kryjącemu się za sformułowanym przez Zamawiającego wymogiem pkt. XX.2.B.b) SIWZ. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r., KIO 1242/12, LEX nr 1211662.

Zdaniem Odwołującego, chociaż w niniejszej sprawie nie zadano pytania, czy kalibracja testów powinna być zgodna z zaleceniami producenta, odpowiedź jest oczywista. Ze względu na specyfikę prowadzonej przez Zamawiającego działalności, konieczne jest uzyskanie najwyższej jakości wyników. Aby to osiągnąć, jak przyznaje sam producent,



konieczne jest dokonanie kalibracji już po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowany jest zestaw odczynnikowy o takiej samej serii

Z uwagi na powyższe, oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu przewidzianego w pkt. XX.2.B.b) SIWZ. Prawidłowa ocena oferty Roche powinna być niższa o 10 punktów i wynieść 85 punktów.

Wykonawca Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego. Podniósł, że w pkt XIX SIWZ, zawierającym opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający przewidział, że na cenę oferty składać się będą wszystkie koszty i opłaty ponoszone przez wykonawcę. W ppkt 4 podano, że cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT.

W pkt I wzoru formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) zamieszczona została tabela zawierająca trzy główne elementy zamówienia, tj. jakościowe testy wraz z niezbędnymi kalibratorami, kontrolami i materiałami zużywalnymi, dzierżawę, oraz prace adaptacyjne. W kolumnie 3 tabeli znajduje się poz. „Cena jednostkowa netto”. Specyfikacja nie precyzuje jak należy ją obliczyć. Stąd pojawiło się pytanie i odpowiedź z dnia 21 grudnia 2020 r. (str. 15):

*„Pytanie: Dotyczy formularza ofertowego (zał. nr I) pkt. I Cena*

*Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rozszerzenie tabeli o ilość wierszy potrzebnych do podania ceny jednostkowej dla każdego testu osobno? Obecnie taka tabela uniemożliwia podanie ceny jednostkowej netto dla oferowanych testów.*

*Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający informuje, że po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy wyłoniony Wykonawca uszczegółowi wycenę z uwzględnieniem testów oraz wyszczególnieniem materiałów zużywalnych.”*

Zgodnie ze wzorem umowy, rozliczenia z tytułu jej realizacji będą dokonywane na podstawie faktycznej ilości sprzedanego asortymentu (testy i pozostałe materiały) - płatności częściowe za każde osobno zrealizowane zamówienie (por. § 1 ust. 3).

Z powyższego wynika, że wykonawcy mieli zaoferować cały niezbędny asortyment konieczny do wykonania 195 000 donacji. Jego wartość łączna, wraz z dzierżawą i adaptacją, stanowiła cenę oferty. Mając zarazem na uwadze, że ceny jednostkowe poszczególnych elementów są konieczne do prawidłowego, sukcesywnego rozliczania umowy, Zamawiający zastrzegł konieczność ich przedstawienia po wyborze oferty, ale przed zawarciem umowy.

Odwołujący złożył ofertę opiewającą łącznie na 2 922 947,70 zł brutto, z czego na testy i materiały przypadało 2 653 700,70 zł brutto (cena jednostkowa netto – 12,58 zł).

Ze względu na rozbieżności w wyliczeniach Zamawiający wezwał wykonawcę do wskazania cen jednostkowych netto oraz ilości poszczególnych pozycji asortymentowych w zakresie poz. 1 formularza ofertowego. W odpowiedzi otrzymał od Odwołującego formularz asortymentowo-cenowy. Zamawiający, na podstawie przesłanego formularza, powziął dalsze wątpliwości wynikające z ilości zaoferowanych odczynników i pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. zwrócił się o wyjaśnienie sposobu obliczenia ceny dla poz. 1 formularza ofertowego. Odwołujący w piśmie z dnia 22.01.2021 r. stwierdził, że doliczył po 6 000 testów dodatkowo, do każdego z oferowanych testów, w celu zapewnienia Zamawiającemu wystarczającej ich ilości do wykonania zaplanowanych badań (w związku z programem kontroli jakości), a więc łączna ilość testów dla każdego z parametrów wynosi 201 000. Ponadto, wyjaśnił, że zaokrąglił liczbę 100,5 opakowania w górę, albowiem nie będzie miał możliwości zaoferowania 0,5 opakowania, stąd wynik 101 opakowań. W odwołaniu Abbott ww. wyjaśnienia marginalizuje wskazując, że w istocie należy je pominąć, gdyż treść oferty odpowiada SIWZ.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający dokonując całościowej oceny oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. zasadnie ją odrzucił w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Odwołujący zaoferował po 101 opakowań odczynników HBsAg, HIV i HCV oraz 402 opakowania Syphilis. Wynika to zarówno z przedstawionego formularza asortymentowo-cenowego, jak i wyjaśnień Odwołującego. Jednakże cena oferty nie odpowiada tym ilościom. Wartość poz. I oferty opiewa na kwotę 2 452 610,28 zł netto. Stanowi ją suma wartości odczynników oraz kontroli, kalibratorów i mat. zużywalnych wyliczona z formularza asortymentowo-cenowego (2 087 441,28 zł + 365 169 zł = 2 452 610,28 zł). Jednakże w tej kwocie nie ma wszystkich potrzebnych elementów koniecznych do wykonania 195 000 donacji. Mianowicie w trzech pierwszych pozycjach odczynnikowych są błędy w obliczeniach. Dla przykładu: 101 opakowań HBsAg x 3 179,52 zł = 321 131,52 zł, a nie 319 541,76 zł. Źródłem niezgodności w pozycji drugiej i trzeciej jest przyjęcie przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. do wyliczenia 100,5 opakowania, a nie 101 opakowań. Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że cena z formularza ofertowego nie obejmuje całego wymaganego asortymentu. Odwołujący przyznał, że koniecznych jest 101 opakowań HBsAg, Anti-HCV oraz HIV Ag/Ab, podczas gdy z wyjaśnień wynika, że kwota 2 452 610,28 zł netto nie obejmuje takiej liczby opakowań. Zamawiający słusznie zatem stwierdził, że doszło do błędu w obliczeniu ceny, a zarazem sprzeczności z SIWZ. Jednocześnie stwierdzonej wady nie dało się konwalidować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp bez negocjacji z wykonawcą, które są zabronione i prowadziłyby to nierównego traktowania wykonawców. Wykonawca po zapoznaniu się z ofertami konkurencyjnymi mógłby de facto dowolnie kształtować treść oferty po upływie terminu na jej składanie.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w treści oferty Odwołującego nie

miął wystarczających danych, aby poprawić jakiegokolwiek wyliczenia. Gdyby przeliczyć ilość opakowań przez cenę opakowania, to wynik będzie inny. Jednakże, aby się tego podjąć Zamawiający musiałby znać ofertową cenę netto opakowania. Ona jednak nie wynika z treści oferty, a jedynie z wyjaśnień, czyli mogła być ustalona dowolnie już po upływie terminu składania ofert. Co więcej, nadal nie wiadomo, czy jest prawidłowa, i czy błędna wartość nie wynika z błędnie podanej ceny netto za opakowanie. Przystępujący zauważył, że Zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej netto za jedną donację. Odwołujący zaoferował stawkę 12,58 zł. Wyliczenie wartości dla 195 000 donacji daje kwotę 2 453 100 zł netto, która to kwota nie odpowiada żadnym kalkulacjom oferty Odwołującego.

Podsumowując, oferta Abbott musiała być odrzucona. Można mieć jedynie wątpliwości, czy doszło jednocześnie do błędu w obliczeniu ceny i niezgodności z treścią SIWZ. Jeśli bowiem przyjąć, że obliczenia są właściwe, to wówczas jest za mało odczynników (konsekwencja z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Jeśli natomiast oferta opiewa na cały wymagany zakres, to z pewnością nie jest do niego adekwatna cena (skutek z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Ad. Ocena oferty Przystępującego.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że wynikająca z ulotek testów zaoferowanych przez Przystępującego sugestia ponownej kalibracji jest w istocie obowiązkiem.

Zdaniem Przystępującego, poza sporem pozostaje fakt, że testy zaoferowane przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wymagają kalibracji dla nowej serii odczynnika, co wynika wprost z ulotek odczynnikowych. Ponowienie kalibracji w przypadku używania tej samej serii odczynnika nie jest obowiązkowe i jedynie sugeruje się jej przeprowadzenie w określonych sytuacjach. Wskazanie w piśmie Roche z dnia 29.01.2021 r. na „asekurację producenta” jest obecnie wykorzystywane przez Odwołującego do spekulacji, iż jej zaniechanie mogło by skutkować pogorszeniem jakości otrzymywanych wyników. Tymczasem Odwołujący wyjaśnienie Roche celowo zniekształcił wrywając z kontekstu jeden jego fragment. Przystępujący podał, że: „Kalibracja co 28 dni nie jest sugerowana ze względu na brak stabilności odczynników i konieczność ich monitorowania, wynika z asekuracji producenta i dbałości o najwyższą jakość wyników w hipotetycznie zakładane/sytuacji zaniechania wykonywania przez użytkownika systematycznej wewnętrznej kontroli jakości.” Nie oznacza to, że producent zaleca kalibrację lub też zastrzega niewiarygodność wyników w razie braku jej ponownego wykonania nawet przed zmianą serii odczynnika. Przystępujący wskazał jedynie, że sugestię należy rozpatrywać wyłącznie w kategoriach ostrożnościowych, na wypadek gdyby w laboratorium nie była prowadzona wewnętrzna kontrola jakości. Taka teoretyczna sytuacja nie zachodzi w niniejszym przypadku, bo Zamawiający wprost wskazał, że będzie wykonywał kontrolę.

Ponadto, w SIWZ zakłada się punktację w omawianym kryterium także jeśli

zaoferowane testy wymagają częstszej kalibracji niż przy zmianie serii odczynnika, jeśli ma to związek z nieprawidłowymi wynikami kontroli jakości. W związku z powyższym suponowany przez Odwołującego negatywny wpływ braku kalibracji na jakość wyników jest całkowicie bezzasadny.

Powoływanie w kontekście przedmiotowej sprawy wyroku KIO z dnia 29 czerwca 2012 r. (KIO 1242/12) jest nieuprawnione, bo orzeczenie zapadło w innym stanie faktycznym. Wówczas referencyjny wymóg odnosił się do kalibracji zgodnej z zaleceniami producenta, co nie zachodzi w niniejszym postępowaniu. Przystępujący powołał wyrok Izby z dnia 5 lipca 2011 r. (sygn. 1287, 1316/11), w którym Izba oddaliła podobnie sformułowany zarzut oparty na sugerowanych ponownych kalibracjach uznając, że nie jest to obowiązkiem użytkownika, a tym samym wykonawca nie musiał kalkulować ilości potrzebnych materiałów na potrzeby jedynie sugerowanych kalibracji (za kluczowe Izba uznała wyniki kontroli jakości).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający stwierdził, że prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i dokonał zgodnego z przepisami wyboru wykonawcy oraz podniósł, jak poniżej:

Odnosnie zarzutu I:

Złożona przez Odwołującego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, jako, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jednocześnie oferta jest obciążona błędem w obliczeniu ceny nie będącym oczywistą omyłką rachunkową możliwą do poprawienia przez Zamawiającego na mocy art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp ani nie może zostać uznana za inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian treści oferty w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie badania ofert stwierdził nieprawidłowość w obliczeniu ceny oferty złożonej przez Odwołującego w pozycji 1 formularza oferty, której przedmiotem są „jakościowe testy do badań markerów czynników zakaźnych, tj. anty HCV, HBs Ag wraz z testem potwierdzenia, HIV Ag/Ab, kiły anty-Treponema pallidum wraz z niezbędnymi kalibratorami, kontrolami oraz materiałami zużywalnymi”, wskazującą na prawdopodobną omyłkę rachunkową, polegającą na błędnym wyliczeniu wartości netto, rozumianej jako iloczyn ceny jednostkowej netto i ilości testów wykonywanych w ciągu 36 miesięcy określonej przez Zamawiającego w dokumentach postępowania na 195 000 jako constans. Wartość netto wyliczona przez Odwołującego wynosi 2 452 610,29 zł netto, a zgodnie z podaną przez wykonawcę ceną jednostkową netto w kwocie: 12,58 zł netto, przemnożoną przez wymaganą przez Zamawiającego ilość 195 000 w ciągu 36 miesięcy,

winna opiewać na wartość 2 453 100,00 zł netto. Mając na uwadze fakt, iż do wyliczenia właściwej wartości brutto, a tym, samym ostatecznej ceny brutto pozycji 1 formularza, oferty, a co za tym idzie, ceny brutto złożonej oferty, która zgodnie z opisem sposobu obliczania ceny oferty (por. pkt 4 dziale SIWZ) będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert, to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT, konieczna jest wiedza co do zastosowanych, w odniesieniu do poszczególnych komponentów asortymentu określonego w pozycji I. formularza oferty, stawek podatku VAT. Zamawiający wszczął zatem na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp procedurę wyjaśniającą, poprzez skierowanie do wykonawcy stosownego wezwania w celu uzyskania jednoznacznej wykładni oświadczenia woli (oferty) wykonawcy i dokonania rzetelnego badania jego oferty.

Wykonawca przekazał Zamawiającemu formularz asortymentowo-cenowy, z którego wynika, iż do realizacji zamówienia potrzebnych będzie po 101 opakowań (a 2000 szt.) testów HBsAg Qalitative II, Anti-HCV i HIV Ag/Ab Combo oraz 402 opakowania (a 500 szt.) Syphilis TP. Wykonawca wyliczył, iż pozwoli to na wykonanie po 201 000 testów z każdego rodzaju. Tymczasem w przypadku testów HBsAg Qalitative Anti-HCV i HIV Ag/Ab Combo, po przemnożeniu 2000 szt. przez 101 opakowań, winno być 202 000 testów. Ponadto, pojawia się rozbieżność pomiędzy formularzem ofertowym a formularzem asortymentowo-cenowym, ponieważ przedmiotem zamówienia w poz. I formularza oferty jest dostawa testów do wykonania badań 195 000 donacji w ciągu 36 miesięcy. Z formularza asortymentowo-cenowego wynika zaś łączna ilość po 201 000 testów (lub po 202 000 testów (jak wynika z obliczeń w przypadku pierwszych trzech pozycji), co wskazuje na niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ i podlega sankcji określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W przedstawionych na kolejne wezwanie Zamawiającego informacjach dodatkowo wykonawca podniósł, cyt.: „że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń i testów do wykonania, tj. zwolnienia 195 000 donacji. Aby Zamawiający mógł to zrobić. należy wykonać/zużyć dodatkowe testy na codzienny program kontroli jakości wewnątrzlaboratoryjnej oraz zewnątrzlaboratoryjnej, oprócz tego niezbędne są testy na badania kalibracyjne, powtórki. W związku z tym Wykonawca doliczył po 6 000 testów dodatkowo, do każdego z oferowanych testów, w celu zapewnienia Zamawiającemu wystarczającej ich ilości do wykonania zaplanowanych badań, a więc łączna ilość testów dla każdego z parametrów wynosi 201 000. Ze względu na fakt, iż dzieląc tę liczbę przez ilość testów w opakowaniu (dla HBsAg, AntiHCV oraz HIV Ag/Ab) jest to 2000 testów, natomiast dla Syphilis TP jest to 500 testów) jest to 100,5 opakowania w przypadku trzech pierwszych parametrów i 402 opakowania dla Syfilisu, Wykonawca zaokrąglił liczbę 100,5 opakowania w górę, albowiem nie będzie miał możliwości zaoferowania Zamawiającemu 0,5 opakowania, stąd wynik 101 opakowań.”

Poprzez doliczenie dodatkowych testów w swojej ofercie oraz kalkulację ceny w oparciu o samoistnie zmienione ilości testów, nieodpowiadające ilościom wymaganym przez Zamawiającego wskazanym wprost w dokumentacji przetargowej, Odwołujący w sposób nieuprawniony zmienił wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia i tym samym naruszył zasady postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, które muszą pozostać jednakowe dla wszystkich ubiegających się o jego udzielenie i zostały określone w publicznie udostępnionej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynnością tą sprawił, że jego oferta stała się niemożliwa do skorygowania przez Zamawiającego w sposób dopuszczony Prawem zamówień publicznych. Stąd Zamawiający postanowił o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający podniósł, że wyjaśnienia Odwołującego składane w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego nie są tożsame z argumentami podnoszonymi w odwołaniu. Zamawiający mógł procedować jedynie w oparciu o otrzymane wyjaśnienia i dowody, w tym dane wynikające z przekazanego formularza asortymentowo - cenowego które wzbudziły kolejne wątpliwości Zamawiającego i oczekiwał on doprecyzowania podniesionych zagadnień w sposób umożliwiający zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny.

Zamawiający wyjaśnił, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 13.01.202 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, że prawdopodobnie doszło do oczywistej omyłki rachunkowej w poz. I formularza ofertowego, której nie można poprawić bez znajomości stawek podatku VAT. Wykonawca miał zatem wiedzę, jaka była intencja Zamawiającego, jednakże skupił się wyłącznie na zacytowanym w odwołaniu fragmencie wezwania i w związku z tym w ramach wyjaśnień złożył jedynie formularz asortymentowo - cenowy.

Odnośnie zarzutu II

Kalibracja testów, nie częściej niż przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach serwisowych określona w pkt XX.2.B.b) SIWZ, w przypadku pozytywnego oświadczenia wykonawcy i zaznaczenia odpowiedzi „TAK” pozwalała na przyznanie ofercie 10 punktów w tym kryterium jakościowym.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że oświadczenie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w powyższym zakresie jest nieprawdziwe. Określone przez Zamawiającego kryterium w ramach parametrów jakościowych należy rozpatrywać w aspekcie czynności koniecznych, bezwzględnie potrzebnych i takich, których nie da się uniknąć, jakie Zamawiający musi wykonać przed przystąpieniem do badań, nie zaś, jak podnosi Odwołujący, odnosić do działań sugerowanych czy opcjonalnych zaleceń. Stąd, nie może być, jako uzasadnienie wyводу Odwołującego, brany pod uwagę przykład wynikający z wyroku z dnia 29 czerwca 2012 r., KIO 1242/12, LEX nr 1211662, w którym rozpatrywana jest sytuacja zgoła odmienna w stosunku do podniesionej w niniejszym odwołaniu, odnosząca się

do wymaganych wprost przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia zaleceń producenta, nie zaś do wymagań producenta.

Producent, jak wynika z przedłożonych w sprawie dokumentów określających zasady kalibracji, nie przyznaje, jakoby konieczne było dokonanie kalibracji już po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowany jest zestaw odczynnikowy o takiej samej serii - wręcz informuje wprost cyt.: *„Kalibrację należy przeprowadzić zawsze dla nowej serii odczynnika”*, ponowna kalibracja po 28 dniach jest zaś sugerowana, cyt.: *„Ponowną kalibrację: sugeruje się w następujący sposób: po 12 tyg., jeśli używana jest ta sama seria odczynnika po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowana jest ten sam zestaw odczynnikowy cobas e Pack, gdy jest to wymagane: np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy”*, a interpretacja Odwołującego stawiająca równoważność między: słowami „konieczna” i „sugerowana” jest przekłamaniem, uchybia definicjom tych pojęć.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż wobec istniejącego w SIWZ opisu sposobu oceny ofert oraz przedłożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów, prawidłowo ocenił ofertę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w kryterium „Kalibracji testów, nie częściej niż przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach, okresowych”, przyznając mu 10 punktów. Zarzut Odwołującego, wskazujący, że przedmiotowe oświadczenie jest nieprawdziwe, a przyznana punktacja jest niesłuszniezawyżona, nie może zostać uwzględniony.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwane dalej „nPzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie, zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r., natomiast postępowanie odwoławcze zainicjowane niniejszym odwołaniem zostało wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r. W związku z tym, do postępowania o udzielenie zamówienia mają zastosowanie przepisy Pzp, natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy nowej ustawy Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nPzp) podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp. W przypadku przywrócenia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożonej przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i jednocześnie wnioskowanego w odwołaniu skorygowania oceny punktowej oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., oferta Odwołującego (Abbott) podlegałaby wyborowi jako oferta najkorzystniejsza.

Izba stwierdziła, że wykonawca Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 3 nPzp.

Zarzut nr I.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Abbott (Odwołującego). W ocenie Izby, odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne, gdyż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ i jest obciążona błędem w obliczaniu ceny. Choć Odwołujący nie sformułował w odwołaniu literalnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to w ocenie Izby, na sformułowanie tego zarzutu wskazuje treść uzasadnienia odwołania.

Zgodnie z pkt III.1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa jakościowych testów do badań automatycznych metodą chemiluminescencji markerów czynników zakaźnych przenoszonych przez krew tj. HBsAg wraz z testami potwierdzenia, anty-HCV, HIVAg/Ab oraz testów anty-Treponema pallidum wraz z kalibratorami, kontrolami wewnętrznymi i zewnętrznymi oraz materiałów zużywalnych dla diagnostyki 195 000 donacji w okresie 36 miesięcy wraz z dzierżawą urządzeń niezbędnych do wykonania w/w badań kompatybilnych z



systemem komputerowym posiadanym przez Zamawiającego. Zamówienie obejmuje również prace adaptacyjne.

Zgodnie z pkt XIX.2 SIWZ, Zamawiający postanowił, że „Wszystkie ceny mają być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku, z uwzględnieniem zasad zaokrąglania liczb (tj. 5 i powyżej w górę, poniżej w dół) - dotyczy to w szczególności wartości określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ.”

Zgodnie z pkt XIX.4 SIWZ, „Oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT.”

W pkt I wzoru formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający zamieścił tabelę zawierającą główne elementy zamówienia - jakościowe testy wraz z niezbędnymi kalibratorami, kontrolami i materiałami zużywalnymi, dzierżawę, oraz prace adaptacyjne. W kolumnie 3 tabeli należało podać wartość „Cena jednostkowa netto”. W SIWZ Zamawiający nie określił, w jaki sposób należy ją obliczyć. W odpowiedzi na pytanie z dnia 21 grudnia 2020 r. do treści SIWZ, o treści: „Dotyczy formularza ofertowego (zał. nr I) pkt. I Cena. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rozszerzenie tabeli o ilość wierszy potrzebnych do podania ceny jednostkowej dla każdego testu osobno? Obecnie taka tabela uniemożliwia podanie ceny jednostkowej netto dla oferowanych testów.” Zamawiający wyjaśnił „Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający informuje, że po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciu umowy wyłoniony Wykonawca uszczegółowi wycenę z uwzględnieniem testów oraz wyszczególnieniem materiałów zużywalnych.”

Z powyższego wynika, że wykonawcy mieli zaoferować Zamawiającemu cały niezbędny asortyment konieczny do wykonania 195 000 donacji. Nie ulega wątpliwości, w świetle SIWZ, że cenę oferty, podlegającą ocenie stanowiła łączna wartość całego asortymentu wraz z dzierżawą i adaptacją. Jednak ze sposobu sformułowania formularza ofertowego, w tym tabeli cenowej, wynika, że należało podać cenę jednostkową donacji, która po przemnożeniu przez ilość donacji oraz po doliczeniu stawki podatku VAT, da wynik w postaci ceny oferty. W ocenie Izby, obliczenie ceny oferty wyłącznie w taki sposób wynika z treści SIWZ, w tym z formularza ofertowego. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu, w jaki wykonawca obliczy cenę jednostkową, która powinna zawierać wszystkie koszty jednej donacji, jednak musiała ona być podstawą do obliczenia ostatecznej ceny oferty, podlegającej ocenie. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że cena jednostkowa donacji zawarta w formularzu ofertowym nie miała istotnego znaczenia dla treści oferty.

Nie zależnie od powyższego, zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy, rozliczenia z tytułu realizacji umowy będą dokonywane na podstawie faktycznej ilości sprzedanego asortymentu (testy i pozostałe materiały) - płatności częściowe za każde osobno zrealizowane zamówienie,

ale zważywszy, że ceny jednostkowe poszczególnych elementów są konieczne do prawidłowego rozliczania umowy, Zamawiający zastrzegł konieczność ich przedstawienia po wyborze oferty, ale przed zawarciem umowy.

Odwołujący wskazał w ofercie cenę brutto za realizację zamówienia określoną w poz. 1 formularza ofertowego, tj. „Jakościowe testy do badań markerów czynników zakaźnych, tj. anty HCV, HBs Ag wraz z testem potwierdzenia, HTV Ag/Ab, kiły anty-Treponema pallidum wraz z niezbędnymi kalibratorami, kontrolami oraz materiałami zużywalnymi” w wysokości 2 653 700,70 zł (2 452 610,28 zł netto). Wykonawca wyliczył następnie cenę jednostkową netto, dzieląc wartość netto całego zamówienia (tj. 2 452 610,28 zł) przez oferowane 195 000 donacji. Wynik tego działania wyniósł 12,5774886154. Następnie kwotę tę Odwołujący zaokrąglił do kwoty 12,58 zł, tj. do dwóch miejsc po przecinku. Przemnożenie ceny jednostkowej przez ilość oferowanych donacji jest niezgodna z podaną wartością oferty netto. Jak wynika z wartości podanych w tabeli, pomnożenie wartości „Cena jednostkowa netto” przez wartość z kolumny „Ilość w ciągu 36 miesięcy” nie pokrywa się z kolumną „Wartość netto” ( $12,58 \text{ zł} \times 195\,000 = 2\,453\,100,00 \text{ zł}$ , a nie jak podano w tabeli - kwoty 2 452 610,28 zł).

Z uwagi na powyższe, w trakcie badania oferty Odwołującego Zamawiający powziął wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny oferty w pozycji 1 tabeli formularza ofertowego oraz w związku z tym skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2021 r. dotyczyło wskazania cen jednostkowych netto, ilości poszczególnych pozycji asortymentowych i przypisanych poszczególnym pozycjom cenotwórczym stawek VAT. Treść wezwania wskazywała na prawdopodobną omyłkę rachunkową w ofercie Odwołującego, polegającą na błędnym wyliczeniu wartości netto rozumianej jako iloczyn ceny jednostkowej netto i ilości testów wykonywanych w ciągu 36 miesięcy określonej przez Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił w wezwaniu, że brak wiedzy odnośnie zastosowanych stawek podatku VAT nie pozwala Zamawiającemu na wyliczenie prawidłowej ceny oferty brutto w ramach poprawy omyłki rachunkowej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 14 stycznia 2021 r. przedłożył Zamawiającemu formularz asortymentowo-cenowy. Wartości wpisane w formularzu asortymentowo-cenowym wzbudziły kolejne wątpliwości Zamawiającego, który zwrócił się pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. z wezwaniem do wyjaśnień, co do ilości badań wskazanych w formularzu asortymentowo-cenowym.

Odwołujący w piśmie z dnia 22 stycznia 2021 r. wyjaśnił m.in., że do przeprowadzenia przewidzianej przez Zamawiającego liczby 195 000 donacji konieczne jest zaoferowanie 201 000 testów, bowiem do każdej donacji trzeba doliczyć dodatkowe testy konieczne dla kontroli jakości, kalibracji czy powtórek, a wskazana w formularzu liczba 101 opakowań wynika z

zaokrąglenia liczby 100,5 opakowania, które są konieczne do przeprowadzenia 195 000 donacji. Wykonawca Abbott zaokrąglił tę ilość do pełnych 101 opakowań.

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. sam przyznał w odwołaniu, że jego wyjaśnienia zawarte w pismach z dnia 14 i 22 stycznia 2021 r. zawierały nieścisłości. Nie sposób jednak uznać, że Zamawiający mógł pominąć przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia, a w szczególności de facto – brak wyjaśnienia wskazującego na prawidłowość treści oferty (zgodność z SIWZ) lub przynajmniej umożliwiającego poprawienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia powyższe dotyczyły danych przedstawionych w formularzu ofertowym, a zatem wprost odnosiły się do treści oferty. Wyjaśnienia oraz dane zawarte w formularzu asortymentowo-cenowym powinny być spójne z formularzem ofertowym i w konsekwencji z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż „zauważona przez Zamawiającego kwestia wynikała z wymogów określonych w SIWZ oraz z wymogów wskazanych w Załączniku 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ)”. Zamawiający nie zawarł bowiem w SIWZ postanowienia, które określałoby, że cenę jednostkową netto należało obliczyć dzieląc wartość netto oferty, przez ilość donacji i tę kwotę zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku, bowiem cena oferty obliczona w taki sposób nigdy nie będzie odpowiadała ilorazowi ceny jednostkowej i ilości donacji.

Zamawiający słusznie zatem stwierdził, że doszło do błędu w obliczeniu ceny oraz sprzeczności z SIWZ. Jednocześnie stwierdzonej wady nie dało się konwalidować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp bez negocjacji z wykonawcą Abbott, które są zabronione i prowadziłyby to nierównego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt. 2) lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6).

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie miał wystarczających danych, aby poprawić jakiegokolwiek wyliczenia w treści oferty Odwołującego w trybie omyłki rachunkowej lub innej niezgodności niepowodującej istotnych zmian w treści złożonej oferty. Jak wskazano powyżej, sam Odwołujący przyznał, że złożone przez niego wyjaśnienia zawierały nieścisłości. Ponadto Odwołujący nie zarzucał zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłek w treści jego oferty w zakresie ceny jego oferty. Tymczasem wyliczenie wartości dla 195 000 donacji z uwzględnieniem ceny jednostkowej netto za jedną donację w wysokości 12,58 zł netto, daje kwotę 2 453 100 zł netto, która to kwota nie odpowiada wartości wskazanej jako wartości oferty netto i w konsekwencji cenie oferty podlegającej ocenie w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający nie jest w stanie określić jednoznacznie wysokości ceny oferty Odwołującego (ceny brutto) na podstawie cen

jednostkowych netto przedstawionych w formularzu asortymentowo-cenowym, zważywszy, że w cenę jednostkową donacji powinny być w kalkulowane wszystkie dodatkowe koszty związane z zapewnieniem 195 000 badań. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w przypadku przyjęcia oferty Odwołującego należałoby przyjąć brak porównywalności tej oferty w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zauważyć należy, że występuje istotna rozbieżność pomiędzy formularzem ofertowym a formularzem asortymentowo-cenowym, ponieważ przedmiotem zamówienia w poz.1 formularza ofertowego jest dostawa testów do wykonania badań 195 000 donacji w ciągu 36 miesięcy, a z formularza asortymentowo-cenowego wynika łączna ilość po 201 000 testów (lub po 202 000 testów, jak wynika z obliczeń w przypadku pierwszych trzech pozycji). Poprzez doliczenie dodatkowych testów w swojej ofercie oraz kalkulację ceny w oparciu o samoistnie zmienione ilości testów nie odpowiadające ilościom wymagany przez Zamawiającego wskazanym wprost w dokumentacji przetargowej, wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. złożył ofertę o treści niezgodnej z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, co stanowi o nieporównywalności tej oferty w postępowaniu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i zawierająca błąd w obliczeniu ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp. jako, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jednocześnie oferta jest obarczona błędem w obliczeniu ceny nie będącym oczywistą omyłką rachunkową, możliwą do poprawienia przez Zamawiającego na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp ani nie może zostać uznany za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut nr II.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego oferty Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Oferta powyższa spełnia wymóg przewidziany przez Zamawiającego w pkt XX.2.B.b) SIWZ i zasadnie uzyskała z tego tytułu 10 pkt.

W zakresie tego zarzutu Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

1. Ulotki odczynnikowe Roche Elecsys HIV Duo, Elecsys Syphilis, Elecsys Anti-HCV-II, Elecsys HBsAgII, - na okoliczność konieczności przeprowadzania kalibracji w przypadku tej samej serii odczynników.
2. Ulotki odczynnikowe Abbott: HBsAg Qualitative II, HBsAg Qualitative II Confirmatory, HIV Ag/Ab Combo, Anti-HCV, Syphilis TP - na okoliczność barku konieczności przeprowadzenia kalibracji w przypadku odczynnika o tej samej serii.

3. Odpowiedź Roche z 29.01.2021r. - na okoliczność konieczności przeprowadzania kalibracji zgodnie z sugestiami producenta dla zachowania najwyższej jakości wyników badań krwi.
4. Zrzut ekranu strony internetowej Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi - na okoliczność konieczności zachowania najwyższej jakości wyników badań krwi.
5. Fragment obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 06.03.2021r. w sprawie wymagań dobrych praktyk pobierania krwi i jej składników, badania , preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi - na okoliczność konieczności zachowania najwyższej jakości wyników badań krwi.
6. Dyrektywa 2002/98/WE parlamentu europejskiego i rady z dnia 27.01.2003r. ustanawiające normy jakości i bezpiecznego pobierania, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania krwi ludzkiej i składników krwi oraz zmieniająca dyrektywa 2001/83/WE - na okoliczność konieczności zachowania najwyższej jakości wyników badań krwi.
7. Dyrektywa komisji 2005/62/WE z dnia 30.09.2005r. wykonującą dyrektywę 2002/98/WE parlamentu europejskiego i rady w zakresie normy i specyfikacji wspólnotowych odnoszących się do systemu jakości obowiązującego w placówkach służby krwi - na okoliczność konieczności zachowania najwyższej jakości wyników badań krwi.
8. Tłumaczenie przysięgłe z języka niemieckiego fragmentów instrukcji analizatora modułowego serii Cobas 8000 - na okoliczność rozróżnienia kalibracji wymiennych, okresowych zadanych przez użytkownika, błędnych i poza zakresem QK oraz okoliczność automatycznego uruchamiania zadań kalibracji w terminie wskazanym w instrukcji danego testu.

Zgodnie z pkt. XX.2.B.b) SIWZ, Zamawiający postanowił o punktowaniu 10 pkt w ramach kryterium „Parametry jakościowe” za „Kalibrację testów, nie częściej niż przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach serwisowych”.

Wykonawca Roche zawarł w ofercie oświadczenie, że w przypadku oferowanych przez niego produktów „Kalibracja testów odbywa się nie częściej niż przy zmianie serii odczynników, nieprawidłowych wynikach kontroli jakości, po naprawach i przeglądach serwisowych” i zgodnie z postanowieniem pkt XX.2.B.b) SIWZ oferta tego wykonawcy uzyskała 10 pkt. w ramach niniejszego kryterium jakościowego.

W załączonych do oferty Roche ulotkach testów Anti-HCV II, HBsAg II, HIV Duo, Syphilis, w odniesieniu do częstotliwości kalibracji wskazano, że „*Kalibrację należy*

*przeprowadzić zawsze dla nowej serii odczynnika stosując AHCV 2 Cali, AHCV 2 Cal2, a nowy zestaw odczynnikowy należy skalibrować (nie później niż w ciągu 24 godz. od umieszczenia cobas e pack w analizatorze).*

*Ponowną kalibrację sugeruje się w następujący sposób:*

- po 12 tyg., jeśli używana jest ta sama seria odczynnika*
- po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy cobas e pack,*
- gdy jest to wymagane: np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy.”*

Zgodnie z powyższym, wymaganą przez producenta kalibracją jest kalibracja przy użyciu nowej serii odczynnika, a także gdy wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy. Ponowna kalibracja jest sugerowana przez producenta, co oznacza, że nie jest ona wymagana w sposób bezwzględny.

Wykonawca Roche potwierdził powyższe wymagania producenta w wyjaśnieniach treści oferty złożonych pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021 r. Wykonawca jednoznacznie wskazał, że producent wymaga wykonywania kalibracji jedynie dla nowej serii odczynnika. Ponowienie kalibracji stanowi opcję, do decyzji przez użytkownika. Producent wskazał przy tym uwarunkowania, jakie mogą być brane pod uwagę przy ponowieniu kalibracji w określonym terminie.

Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, że brak przeprowadzenia kalibracji na zasadach wskazanych jako „sugerowane” może skutkować pogorszeniem jakości otrzymywanych wyników (niedokładności). W żadnym razie nie wynika to z treści ulotek testów Anti-HCV II, HBsAg II, HTV Duo, Syphilis lub wyjaśnień Przystępującego. Z żadnego z aktów prawnych przedłożonych przez Odwołującego nie wynika obowiązek wykonywania fakultatywnych kalibracji. Instrukcja analizatora modułowego serii Cobas 8000 opisuje jedynie właściwości tego urządzenia i w tym zakresie m.in. możliwość ustanowienia przez użytkownika kalibracji automatycznych, co w żadnym razie nie jest równoznaczne z obowiązkiem wykonywania takich kalibracji. Ponadto, w niniejszej sprawie nie ma podstaw do zakładania ryzyka obniżenia jakości testów, gdyż Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że będzie wykonywał kontrolę jakości, zatem przy każdej negatywnej kontroli jakości kalibracja będzie ponowiona.

Twierdzenie Odwołującego, że „jak przyznaje sam producent, konieczne jest dokonanie kalibracji już po 28 dniach, jeżeli w analizatorze stosowany jest zestaw odczynnikowy o takiej samej serii” nie znajduje oparcia w treści ulotek ww. testów. Producent wyraźnie i jednoznacznie oddziela kalibrację sugerowaną od wymaganej. Nie można się zatem zgodzić, że wynikająca z treści ulotek testów sugestia ponownej kalibracji jest równoznaczna z obowiązkiem jej przeprowadzenia.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r., KIO 1242/12, LEX nr

1211662. Z treści tego orzeczenia wynika, że wymóg zamawiającego (SIWZ) w tamtej sprawie dotyczył kalibracji zgodnej z zaleceniami producenta, a to nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Orzeczenie to zapadło zatem w innym stanie faktycznym.

Z uwagi na powyższe, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogu określonego w pkt. XX.2.B.b) SIWZ, który uprawniał Zamawiającego do przyznania tej ofercie 10 pkt w ramach omawianego kryterium.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....