

Sygn. akt: KIO 318/21

**WYROK**

**z dnia 9 marca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **DiaHem AG Diagnostic Products**, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria w postępowaniu prowadzonym przez **Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Sosnowcu, ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec

przy udziale wykonawcy **Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża DiaHem AG Diagnostic Products**, ul. Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora, sprzętu do badań immunohematologicznych wykonywanych za pomocą metod z użyciem technologii mikrokolumnowej”, numer referencyjny ZP-2200-17/20. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 2 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 546338-N-2020.

Pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Búlach (dalej: „Odwołujący” lub „DiaHem”), który w terminie ustawowym wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą jej sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), podczas gdy treść oferty odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na rzekomy brak otrzymania oferty niepodlegającej odrzuceniu pomimo tego, że Odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu i jest zgodna z treścią SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu, przedstawiając stan faktyczny sprawy, Odwołujący wskazał m.in., że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu dokonali wyceny wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie formularza asortymentowo-cenowego (którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SIWZ). We wzorze ww.

dokumentu w tabeli I w kolumnie „Nazwa badania” wyspecyfikował rodzaj wymaganych badań oraz ilość badań podlegającą wycenieniu, pod tabelą I, opisał istotne z punktu widzenia sprawy „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników”. We wzorze formularza cenowo - asortymentowego w ust. 10 Zamawiający wskazał w punkcie dotyczącym „Warunków granicznych dotyczących metodyki i odczynników” zastrzeżenie: „Zabezpieczenie odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań (zgodnie z danymi podanymi w tabeli, oraz przepisami obowiązującymi w zakresie wykonywania badań serologicznych) oraz w celu wykonania wewnętrzzlaboratoryjnej, codziennej, kontroli jakości badań, przez cały okres trwania umowy, a także kontroli zewnątrzlaboratoryjnej 5 razy w roku kontrola Ihit 4x w roku i kontrola RCKiK 1x w roku.” W ust. 14 ww. punktu zostało wskazane, że Odczynniki niezbędne do wykonania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrole Zewnątrzlaboratoryjna należy ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod poz. „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”. Zamawiający w toku udzielonych wyjaśnień na pytania Wykonawców dokonał doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i sposobu przygotowania oferty, w tym w odpowiedzi na pytanie nr 21, a także nr 25 w brzmieniu: Czy Zamawiający wymaga uwzględnienia w formularzu cenowym (załącznik nr 3 do SIWZ) wszystkich materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania wyspecyfikowanej przez Zamawiającego ilości badań, uwzględniając płyny systemowe i inne środki/ substancje potrzebne do pracy analizatorów, w szczególności środków do konserwacji/dezynfekcji analizatora? zostało podane: Zamawiający wymaga uwzględnienia w formularzu asortymentowo-cenowym (Załącznik 3 do SIWZ) wszystkich materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania wyspecyfikowanej przez Zamawiającego ilości badań. Jednocześnie Zamawiający informuje, że weryfikację dotyczącą ilości zaoferowanych materiałów będzie dokonywał wyłącznie dla pozycji 1-7 formularza asortymentowo-cenowego Tabela nr 1. Zamawiający nie ma możliwości oceny, czy zaoferowana ilość wszystkich pozostałych odczynników, w tym krwinki wzorcowe, materiał kontrolny, płyny systemowe oraz środki do konserwacji i dezynfekcji analizatora, jest wystarczająca na cały okres trwania umowy. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, jaką ilość płynów systemowych analizator będzie zużywał w systemie pracy rutynowej, dyżurowej, w trakcie procedury Stand-Bye lub w razie awarii.

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 27 lipca 2020 r. poinformował Odwołującego o poprawieniu w złożonym przez niego formularzu cenowo - asortymentowym innych omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonane zmiany oferty polegały na modyfikacji ilości poszczególnych jednostek (względem tych, które zostały określone przez Zamawiającego we wzorze ww. formularza), a następnie pomnożeniu powiększonych wartości jednostkowych przez zaoferowaną przez Odwołującego cenę

jednostkową. Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie dokonał ww. wyliczeń. Powyższe działanie spowodowało znaczny wzrost ceny ofertowej Odwołującego powodując jednocześnie, że oferta Odwołującego stała się ofertą z najwyższą ceną w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na ww. poprawę do dnia 29.07.2020 r. W odpowiedzi na ww. informację Odwołujący poinformował, że nie zgadza się na poprawę omyłki w sposób przyjęty przez Zamawiającego. 7 sierpnia 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu: Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące niedoszacowania ilości niezbędnych materiałów. Komisja podtrzymuje stanowisko, że w tym przypadku wystąpiła konieczność poprawienia (inna omyłka) w ofercie Wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products. Bez pozycji - w szczególności, w zakresie kart kontroli nie jest możliwe właściwe wykonywanie badań, ponadto informacja Wykonawcy „że uwzględniono w cenie oferty niezbędne ilości materiałów.” jest informacją ogólną i na jej podstawie Zamawiający nie ma możliwości zamówienia konkretnych ilości kart/odczynników dla przeprowadzania obligatoryjnych kontroli. Zamówienie składane jest na konkretną pozycję, ilość, kwotę. W przypadku braku ilości (i kwoty) nie jest możliwe złożenie zamówienia i jego rozliczenie. Komisja podtrzymuje stanowisko, że w tym przypadku wystąpiła konieczność poprawienia (inna omyłka) w ofercie Wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products. Odwołujący w dniu 12 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie od tej czynności, które w dniu 25 września 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem w sprawie sygn. akt KIO 1934/20 uwzględniła i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wskazała, że Zamawiający nie określił w SIWZ dokładnej ilości dodatkowych odczynników do badań, poprzestając na wskazaniu, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić ich "odpowiednią" ilość. Oznacza to, że SIWZ nie zawiera konkretnych i jednoznacznych wymagań, a więc nie jest możliwe stwierdzenie sprzeczności oferty DiaHem z SIWZ w tym zakresie. Oznaczało to, że Zamawiający - wobec braku sprzeczności treści oferty Odwołującego z SIWZ - nie był uprawniony do poprawienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Następnie Zamawiający pismami z dnia 13 i 23 października 2020 r. oraz 12 stycznia 201 r. wzywał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rzekomej sprzeczności treści oferty Odwołującego z SIWZ. Odwołujący każdorazowo w pismach z dnia 16 i 27 października 2020 r. i 15 stycznia 2021 r. 3 listopada 2020 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą. Na tę czynność odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Grifols Sp. z o.o. (dalej "Grifols"), zarzucając zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenie oferty Grifols. Zamawiający w dniu 7 listopada 2020 r. unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego,

jako najkorzystniejszej. W konsekwencji, Grifols wycofał odwołanie, a Izba postanowieniem z dnia 2 grudnia 2020 r. umorzyła postępowanie w sprawie.

W dalszej kolejności Odwołujący podał, że w dniu 27 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (w związku z odrzuceniem oferty Grifols), zaznaczając, że czynność ta została dokonana z rażącym pogwałceniem przepisów prawa. Zdaniem Odwołującego ocena jego oferty została dokonana w sposób niezgodny z wytycznymi oraz zaleceniami określonymi w SIWZ, czym Zamawiający dopuścił się zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert, co na gruncie prawa zamówień publicznych jest działaniem niedopuszczalnym. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie ma możliwości dokonywania poprawy oferty wykonawcy zgodnie z własnym sposobem (lub narzuconym przez konkurenta Odwołującego) rozumienia postanowień SIWZ, które de facto nie zostały wprowadzone do dokumentacji przekazanej wykonawcom.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał na prawomocność wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 1934/20 i podał, że kwestia czy treść jego oferty odpowiada treści SIWZ była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, która wskazała, że: W konsekwencji, wykonawcy mieli prawo ująć dodatkowe odczynniki do badań w obu częściach tabeli nr 1. Zamawiający nie określił konkretnej ilości dodatkowych odczynników, wskazał jedynie, że ilość ta ma być „odpowiednia”. Tym samym uznać należy, że faktyczne doprecyzowanie przedmiotu zamówienia Zamawiający powierzył wykonawcom. W tej sytuacji uznanie, że oferta Odwołującego nie zawiera konkretnej liczby dodatkowych odczynników nie miało oparcia w treści SIWZ oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Wbrew zaprzeczeniu tej okoliczności tak przez Grifols w złożonym odwołaniu, jak i przez Zamawiającego, Izba analizowała sprawę zarówno pod kątem, czy treść oferty DiaHem była sprzeczna z SIWZ - stwierdzając, że nie - a także czy gdyby była sprzeczna z SIWZ, to czy można byłoby ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako nieprowadzącą do istotnej zmiany treści oferty. Rozpatrując odwołanie wniesione przez Odwołującego na czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na brak wyrażenia przez DiaHem zgody na poprawienie w jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim badała, czy treść oferty DiaHem jest sprzeczna z SIWZ - jako podstawowy warunek wdrożenia procedury poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba wyraźnie stwierdziła, że Zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej liczby dodatkowych odczynników, a więc nie mógł stwierdzić sprzeczności treści oferty Odwołującego z SIWZ w tym zakresie. Izba stwierdziła w

konsekwencji, że Zamawiający nie wykazał, że treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ, a zatem nie mógł poprawić oferty DiaHem w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W podsumowaniu tej części argumentacji, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 562 ust. 1 Nowej ustawy Pzp orzeczenie Izby ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Co za tym idzie, prawomocność wyroku Izby należy oceniać zgodnie z art. 366 k.p.c. według którego wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Potwierdza to w swoim orzecznictwie Izba: „Odwołujący nie może dwukrotnie wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. W tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Odmienne regulacja prowadziłaby bowiem do naruszenia art. 366 k.p.c. Granice powagi rzeczy osądzonej określa przedmiot rozstrzygnięcia i jego podstawa faktyczna, a jej granice podmiotowe obejmują tożsamość obydwu stron postępowania odwoławczego.

Następnie Odwołujący powołując się na orzecznictwo wskazał, że aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest wskazać jednoznaczną treść SIWZ oraz treść oferty wykonawcy, która nie koresponduje ze wskazaną treścią SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SIWZ, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Wszelkie wątpliwości wynikające z SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Zamawiający nie określił w SIWZ dokładnej ilości dodatkowych odczynników do badań, poprzestając na wskazaniu, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić ich "odpowiednią" ilość. Oznacza to, że SIWZ nie zawiera konkretnych i jednoznacznych wymagań, a więc nie jest możliwe stwierdzenie sprzeczności oferty Odwołującego z SIWZ w tym zakresie. Wskazać także należy, że sam Zamawiający nie wskazał konkretnie na czym miałyby polegać sprzeczność treści oferty Odwołującego z SIWZ tj. ile konkretnie dodatkowych odczynników nie zaoferował Odwołujący i z jakiej części SIWZ wynika, że Odwołujący winien był zaoferować właśnie taką, a nie inną ilość dodatkowych odczynników. Sprzeczność treści oferty z SIWZ zachodzi wówczas, gdy zaoferowany przedmiot świadczenia nie odpowiada świadczeniu, które jest przedmiotem zamówienia. W niniejszej sprawie, taka sprzeczność treści oferty Odwołującego z SIWZ nie zachodzi, bowiem Odwołujący zaoferował wymagany w SIWZ przedmiot zamówienia i wycenił wszystkie niezbędne elementy przyszłej dostawy, w tym

zaoferował odpowiednią ilość dodatkowych odczynników do badań kontrolnych. Oceny tej nie zmienia bezpodstawne twierdzenie Zamawiającego, iż rzekomo "z dokumentów zawartych w ofercie przetargowej wynika, że dostawy zestawów kontrolnych IH-QC 1 i IH-QC 2 odbywają się 13 razy w ciągu roku, czyli 39 razy w ciągu trwania umowy (umowa na 36 miesięcy - 3 lata). W odpowiedzi udzielonej na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12.01.2021 r. została dostarczona tabela określająca ilości poszczególnych mikrokart, które będą dostarczane do Zamawiającego w poszczególnych miesiącach trwania umowy. Jest to niespójne z wcześniejszymi wyjaśnieniami gdzie Oferent wyjaśnił że "... Zamawiający składając zamówienie na zestawy kontrolne IH-QC 1 i IH-QC 2 otrzyma jednocześnie odpowiednią ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. "pakiecie kontrolnym", czyli zgodnie z dokumentami zawartymi w ofercie 39 razy, a nie 36 razy jak wynika z wyjaśnień złożonych w dniu 15.01.2021 r. Wykonawca nie wyjaśnił z czego wynikają ilości mikrokart w poszczególnych miesiącach obowiązywania umowy zawarte w tabeli, a z powodu konieczności przeprowadzenia kwalifikacji mikrokart z każdej dostawy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi jest ona niewystarczająca".

Podobnie jak orzekła Izba co do braku określenia przez Zamawiającego konkretnej ilości dodatkowych odczynników w SIWZ, Zamawiający w SIWZ nie wskazał również, że to zapisami wymienionego w odrzuceniu Obwieszczenia należy się kierować, wskazane ilości odpowiadają wymogowi postawionemu w SIWZ - czyli kartom na kontrole wewnętrzne i zewnętrzne. Co więcej to Zamawiający sam określił ilość niezbędnych kart, które to wskazał 27.07.2020 r., kiedy to wystosował informację o poprawieniu innej omyłki w ofercie Odwołującego, a którą Odwołujący następnie wyszczególnił w wyjaśnieniach. Dookreślanie po raz kolejny tej ilości przez Zamawiającego, tym razem w unieważnieniu postępowania z dnia 27 stycznia 2021 r., powołując się na kolejne informacje, których wcześniej w SIWZ nie było jest dalece niewłaściwe. Zgodnie z wyrokiem KIO „faktyczne doprecyzowanie przedmiotu zamówienia Zamawiający powierzył wykonawcom.”

Odnosząc się do rzekomej niezgodności oraz niespójności w wyjaśnieniach DiaHem (raz 39, a raz 36) Odwołujący wskazał, że przekazane wyjaśnienia są rzetelne, a o rozbieżności nie ma mowy. O ile dostaw produktów krwinkowych Odwołujący w roku przewidział 13 to miesięcy jest 12. Oczywiście zatem jest, że w 1 z 12 miesięcy kalendarzowych będą miały miejsce 2 dostawy produktów krwinkowych. Dostawy kart kontrolnych natomiast zgodnie z planowanym przez Odwołującego rozwiązaniem zawartym w tabeli „OKREŚLENIE ILOŚCI MIKROKART DANEGO RODZAJU DOSTARCZANYCH W PAKIECIE KONTROLNYM [w sztukach mikrokart]” przewidziane zostały raz na miesiąc w taki sposób, aby dostarczane ich ilości zapewniały możliwość wykonywania bieżących badań kontrolnych. Tym samym dostarczane cyklicznie karty, odpowiadające sumarycznie ilości

wskazanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27.07.2020 r. pozwolą wykonać badania kontrolne, co winno być priorytetem dla Zamawiającego. Z punktu widzenia oferty bezsprzeczne było, że oferta uwzględnia te karty - potwierdzenie stanowi oświadczenie woli złożone w treści oferty przez Odwołującego w pkt 10 warunków granicznych: Zabezpieczenie odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań (zgodnie z danymi podanymi w tabeli, oraz przepisami obowiązującymi w zakresie wykonywania badań serologicznych) oraz w celu wykonania wewnątrzlaboratoryjnej, codziennej, kontroli jakości badań, przez cały okres trwania umowy, a także kontroli zewnątrzlaboratoryjnej 5 razy w roku (kontrola Ihit 4x w roku i kontrola RCKiK 1 x w roku) - *"uwzględniono w cenie oferty niezbędne ilości asortymentu do wykonania w/w ilości badań"*. Stwierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie sporządził oferty zgodnej z określonymi wymaganiami (nie zastosował jednej z dwóch wskazanych możliwości) co do wyliczenia (uwzględnienia w ofercie) niezbędnych kart jest bezpodstawne. Jak stanowi orzecznictwo Izby, nie jest istotna forma oferty (gdzie zostały uwzględnione dane odczynniki), ale czy faktycznie są one przedmiotem oferty. Takie stanowisko Zamawiającego prowadzi do absurdu - należałoby przyjąć, że wycena kart w ofercie w innym niż wskazanym przez Zamawiającego miejscu (wierszu formularza) zawsze skutkowałaby odrzuceniem oferty, nawet pomimo ich fizycznego wyszczególnienia i wyceny. W konsekwencji, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m.in., że zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ wymagał złożenia oferty na formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Pytanie nr 21 zostało zadane przez Odwołującego. Odpowiedź została udzielona literalnie na zadane pytanie. Nie dotyczyło ono ilości, lecz miejsca zaoferowania mikrokart, co świadczy o tym, że na tym etapie postępowania Odwołujący nie miał wątpliwości jaką ilość mikrokart należy zaoferować do wykonania kontroli, a tylko, w którym miejscu tabeli, stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ, należy te mikrokarty umieścić. Świadczy o tym również fakt, iż w postępowaniu przetargowym, które miało miejsce w 2011 r. przy podobnych zapisach w SIWZ, Odwołujący wiedział, gdzie i ile należy zaoferować mikrokarty w celu wykonania badań kontroli wewnątrz i zewnątrzlaboratoryjnej. Treść pytania Nr 5 zadanego w tym zakresie w postępowaniu z roku 2011 również o tym świadczy.



Zamawiający stwierdził, że bezpodstawne jest stwierdzenie Odwołującego, że rzekomo nie określił w SIWZ dodatkowej ilości odczynników do badań poprzestając na wskazaniu, że ma to być ilość „odpowiednia”. W punkcie 15 „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników” Zamawiający określił: 15 Wewnętrznlaboratoryjna kontrola jakości badań wykonywana będzie codziennie dla wszystkich badań wymienionych w tabeli (dotyczy wszystkich rodzajów zaoferowanych mikrokart). Zamawiający dopuszcza aby pochodziła od tego samego producenta co odczynniki, co dodatkowo w toku udzielanych wyjaśnień Zamawiający potwierdził i uszczegółowił w odpowiedzi na pytanie Nr 7: „Zamawiający będzie wykonywał wewnętrzlaboratoryjną kontrolę jakości badań codziennie dla wszystkich badań wymienionych w tabeli (dotyczy wszystkich rodzajów zaoferowanych mikrokart) zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami.” Poniżej treści dotyczącej warunków granicznych tj. „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników”, „Warunki graniczne dotyczące zaoferowanego sprzętu” oraz „Warunki graniczne dotyczące analizatora” znajduje się bardzo istotna informacja z punktu widzenia toczącego się odwołania tj. przywołane są akty prawne na podstawie których Zamawiający wykonywał będzie badania wyszczególnione w tabeli. „Wszystkie badania serologiczne wymienione w tabelach wykonywane będą zgodnie z obowiązującymi przepisami zawartymi w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi z późniejszymi aktualizacjami oraz Rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie leczenia krwią i jej składnikami w podmiotach leczniczych wykonujących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne z późniejszymi aktualizacjami. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmian w realizowaniu wszystkich pozycji znajdujących się w arkuszach asortymentowo-cenowych wynikających z wprowadzenia zmian przepisów w tym zakresie wprowadzonych w nowym zapowiadany wydaniu w/w publikacji”

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nieprawdziwy jest zarzut, że nie określił w jaki sposób będzie wykonywał kontrolę jakości badań zarówno w zakresie kontroli wewnątrz jak i zewnątrzlaboratoryjnej, ponieważ informacje na ten temat znajdują się w SIWZ. Zgodnie natomiast z wyrokiem w sprawie KIO 1934/20 "Nie budzi wątpliwości, że z formularza cenowo-asortymentowego załączonego do oferty Odwołującego nie sposób było odczytać gdzie (i czy) Odwołujący zaoferował Zamawiającemu dostawę również, dodatkowych odczynników do badań” oraz, że „Powinnością Zamawiającego w sytuacji podejrzenia, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, było przeprowadzenie odpowiedniego postępowania wyjaśniającego. Jest to na tyle istotne, że skutkiem takiego postępowania mogło być m. in. uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści

SIWZ i jej odrzucenie z postępowania.” Celem Zamawiającego w wezwaniach do złożenia wyjaśnień wysłanych do Odwołującego w dniach 13.10.2020 r., 23.10.2020 r. oraz 12.01.21 r. było przeprowadzenie odpowiedniego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający miał wątpliwości czy zgodnie z ww. wyrokiem mikroarty do wykonania badań kontrolnych są przedmiotem oferty.

Do pisma Zamawiającego zostały załączone: Formularz asortymentowo-cenowy - Załącznik Nr 3 do SIWZ, Wyjaśnienia Zamawiającego (Odpowiedź na pytanie nr 21), Pakiet Nr 4.2 z SIWZ Zamawiającego z roku 2011, Pakiet Nr 4.2 ze złożonej oferty Odwołującego z roku 2011, Wyjaśnienia Zamawiającego z roku 2011 (Odpowiedź na pytanie nr 5), Wyjaśnienia Zamawiającego (Odpowiedź na pytanie nr 7), Treść Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi, - fragmenty dotyczące zasad kontroli jakości i kwalifikacji odczynników, str. 78 oferty Odwołującego, Odpowiedź. Odwołującego z dnia 15.01.2021 r., Treść Obwieszczenia Ministra Zdrowia / 18 marca 2020 roku w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA - fragmenty dotyczące zasad kontroli jakości i kwalifikacji odczynników, Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 16.10.2020 r., 27.10.2020 r. i 15.01.2021 r.

W dniu 4 lutego 2021 r. wykonawca Grofols Polska Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Następnie w piśmie z dnia 4 marca 2021 r., złożonym na posiedzeniu, przedstawił uzasadnienie prezentowanego stanowiska, podając m.in., że konieczność odrębnej wyceny każdego z odczynników wynikała z przyjętego we wzorze umowy modelu rozliczeń, zgodnie z którym wynagrodzenie będzie należne za sukcesywnie realizowane dostawy. Wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego. Zamawiający zastrzegł sobie prawo realizowania zamówień w ilościach uzależnionych od rzeczywistych potrzeb i posiadanych środków oraz do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym. W przypadku oferty Przystępującego dodatkowe odczynniki zostały uwzględnione w ten sposób, że odpowiednio powiększono liczbę odczynników w ramach każdego z badań w poz. 1-7 Tabeli nr 1. Natomiast w ofercie DiaHem odczynniki do badań kontrolnych nie zostały uwzględnione w żadnej części tej tabeli. Zamawiający nie ma zatem możliwości ich zamówienia w trakcie trwania umowy i dokonania rozliczeń za ich dostawę.

Przystępujący stwierdził również, że w sprawie KIO 1934/20 Izba zwróciła uwagę, iż z formularza cenowo - asortymentowego załączonego do oferty Odwołującego nie sposób było odczytać gdzie (i czy) odwołujący zaoferował również dodatkowe odczynniki do badań, jak też, że w sytuacji nieujęcia przez wykonawcę określonego, istotnego elementu przedmiotu zamówienia, nie może to być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z tym wyrok ten nie rozstrzygał kwestii zgodności oferty z SIWZ.

Następnie Przystępujący podał, że w piśmie zawierającym odmowę wyrażenia zgody na poprawienie omyłki Odwołujący stwierdził, że cena odczynników do badań kontrolnych została ogólnie uwzględniona w cenie jego oferty, podczas gdy w innych postępowaniach o tym samym przedmiocie zamówienia samodzielnie ustalał ilość dodatkowych odczynników do badań kontrolnych i odpowiednio je uwzględniał w złożonych ofertach. Nadto zauważył, że przeprowadzenie kontroli wymaga każdorazowo wykorzystania nie tylko materiału wzorcowego (krwinek), ale również mikrokart, których nie wskazano w żadnej pozycji formularza asortymentowo-cenowego.

Do pisma zostały załączone: wydruk ze strony internetowej DiaHem, Wyciągi z SIWZ i z oferty DiaHem w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy w Olsztynie, wyciąg z oferty DiaHem w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku, umowę nr 68/ZP/2011 zawartą pomiędzy Zamawiającym a DiaHem.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego w sprawie KIO 1934/20, uzupełnionej w sprawie KIO 318/21, oraz dowody załączone do złożonych pism, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci oświadczenia Kierownika Pracowni Immunologii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi Powiatowego Szpitala im. Władysława Biegańskiego w Łławie dot. kwalifikacji dostawy mikrokart oraz próbki mikrokarty.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89,*

*wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, to oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem i tym samym narażony jest na szkodę, na którą składają się w szczególności szeroko rozumiane koszty przygotowania oferty oraz niezyskany zysk z tytułu braku możliwości wykonania umowy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Z uwagi na wypełnienie wymogów ustawowych zgłoszenia Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (w treści „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym Odwołujący.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - w związku z odrzuceniem oferty Grifols, Zamawiający wskazał:

„(...) Po ponownej ocenie odpowiedzi udzielonych przez firmę DiaHem Diagnostic Products Sp. z o.o. w dniach 16.10.2020 roku 27.10.2020 roku oraz 12.01.2021 roku (i całości oferty) stwierdzono co następuje:

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę określają, że „...sposób dostaw mikrokart będzie miał miejsce „wraz z dostawą zestawów do codziennej kontroli jakości badań IH-QC 1 i IH-QC-2„ a Zamawiający składając zamówienie na zestawy kontrolne IH-QC 1 i IH-QC 2 otrzyma jednocześnie odpowiednią ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. „pakiecie kontrolnym”.”

W odpowiedziach na wezwania do złożenia wyjaśnień złożonych w dniach 16.10.2020r i 27.10.2020r Oferent powołuje się na Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 18 marca 2020r w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA oraz zaleceń Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie. W dokumencie tym opisany jest sposób wykonywania codziennej kontroli jakości badań, a także jest narzucony obowiązek kwalifikowania każdej nowej serii i dostawy odczynników (w tym mikrokart), w celu dopuszczenia ich do użytku. Badania dla pacjentów i wewnętrzna kontrola jakości badań muszą być wykonywane przy użyciu tej samej serii odczynnika (mikrokarty). Kwalifikacja musi być odrębna dla każdej serii i dostawy.

Idea kontroli wewnątrzlaboratoryjnej polega na kontroli mikrokart przeznaczonych do wykonywania badań dla pacjentów celem sprawdzenia poprawności ich działania. Wymienione wyżej krwinki kontrolne IH-QC 1 i IH-QC 2 mają służyć do kontroli mikrokart, a nie odwrotnie. Dlatego do wykonania kontroli wewnątrzlaboratoryjnej powinny być wykorzystywane mikrokarty dostarczone w tej samej dostawie co mikrokarty używane do wykonywania badań. Ponadto w skład zestawu kontrolnego nie mogą wchodzić mikrokarty o przypadkowym numerze seryjnym, ponieważ to przeczyłoby idei kontroli jakości przytoczonej powyżej.

Z dokumentów zawartych w ofercie przetargowej wynika, że dostawy zestawów kontrolnych IH-QC 1 i IH- QC 2 odbywają się 13 razy w ciągu roku, czyli 39 razy w ciągu trwania umowy (umowa na 36 miesięcy - 3 lata). W odpowiedzi udzielonej na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12.01.2021r została dostarczona tabela określająca ilości poszczególnych mikrokart, które będą dostarczane do Zamawiającego w poszczególnych miesiącach trwania umowy. Jest to niespójne z wcześniejszymi wyjaśnieniami gdzie Oferent wyjaśnił że,„... Zamawiający składając zamówienie na zestawy kontrolne IH-QC 1 i IH-QC 2 otrzyma jednocześnie odpowiednią ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. „pakiecie

kontrolnym”., czyli zgodnie z dokumentami zawartymi w ofercie 39 razy, a nie 36 razy jak wynika z wyjaśnień złożonych w dniu 15.01.2021r.

Wykonawca nie wyjaśnił z czego wynikają ilości mikrokart w poszczególnych miesiącach obowiązywania umowy zawarte w tabeli, a z powodu konieczności przeprowadzenia kwalifikacji mikrokart z każdej dostawy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi jest ona niewystarczająca.

Zamawiający określił dwa możliwe sposoby zaoferowania mikrokart do wykonania kontroli wewnątrz i zewnątrzlaboratoryjnej tj. zgodnie z pkt. 14 Warunków granicznych dotyczących metodyki i odczynników oraz zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie Nr 21 w Wyjaśnieniach Zamawiającego.

Zamawiający WYMAGAŁ w pkt 14 Warunki graniczne dotyczących metodyki i odczynników „Odczynników niezbędnych do wykonywania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrolę Zewnątrzlaboratoryjną należy ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod pozycją „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”, natomiast w odpowiedzi na pytanie Nr 21 DODATKOWO DOPUŚCIŁ możliwość oferowania mikrokart w pozycjach 1 do 7.

Wykonawca nie sporządził oferty zgodnej z określonymi wymaganiami (to znaczy z żadną z dwóch możliwości jakie określił Zamawiający), wprowadzając własny sposób, który jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego i jednocześnie niespójny w złożonych przez siebie wyjaśnieniach.(...)”

Załącznik Nr 3 do SIWZ zawiera informacje dotyczące ilości poszczególnych rodzajów badań, jakie Zamawiający wykona przy pomocy dostarczonych odczynników, automatycznego analizatora oraz sprzętu służącego do wykonywania tych samych badań metodą manualną. Pod tabelą znajdują się: „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników”. „Warunki graniczne dotyczące zaoferowanego sprzętu” oraz „Warunki graniczne dotyczące analizatora”. W Warunkach granicznych dotyczących metodyki i odczynników w punkcie 10 i 14 Zamawiający wymagał:

„10. Zabezpieczenie odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań (zgodnie z danymi podanymi w tabeli, oraz przepisami obowiązującymi w zakresie wykonywania badań serologicznych) oraz w celu wykonania wewnątrzlaboratoryjnej, codziennej, kontroli jakości badań przez cały okres trwania umowy, a także kontroli zewnątrzlaboratoryjnej 5 razy w roku ( kontrola IHiT 4x w roku i kontrola RCKiK 1x w roku).”

„14. Odczynniki niezbędne do wykonania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrolę zewnątrzlaboratoryjną należy ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod pozycją „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”.

W toku udzielanych wyjaśnień Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania mikrokart do wykonania badań kontrolnych również w inny sposób, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 21: „W związku z warunkiem granicznym dotyczącym metodyki i odczynników pkt 14 załącznika Nr 3 do SIWZ „Odczynniki niezbędne do wykonania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrolę zewnątrzlaboratoryjną należy ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod pozycją Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”. Prosimy o potwierdzenie że Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie odpowiedniej ilości kart do wykonania kontroli codziennej w pozycjach 1- 7? Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę/dopuszcza na zaoferowanie odpowiedniej ilości kart do wykonania kontroli codziennej oraz kontroli zewnątrzlaboratoryjnej w pozycjach 1-7."

W odpowiedzi z dnia 16 października 2020 r. na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał m.in. „(...) udzielając wyjaśnień w zakresie zaoferowanych ILOŚCI mikrokart, niniejszym informujemy, że Wykonawca DiaHem AG Diagnostic Products w ramach oferty uwzględnił następującą ilość sztuk mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej:

- dot. badanie grupy krwi u dorosłych ABO/Rh wraz z oznaczeniem występowania regularnych aglutynin ( tzw. Revers ), 1 karta = 1 pacjent. 2190 badań kontrola wewnętrzna (2190 kart) + 45 badań kontrola zewnętrzna (45 kart) = 2235 kart DiaClon ABO/D (DVI + , DVI-) + Reverse Grouping;
- dot. przeglądowe badanie na obecność przeciwciał w teście AHG (1 8000 grup krwi + 3800 biorców), 1 karta = 2 pacjentów; 2190 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 45 badań kontrola zewnętrzna (45 kart) 1140 kart LI5S/Coombs;
- dot. weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD biorcy, 1 karta = 2 pacjentów: 21 90 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 22 badań kontrola zewnętrzna (22 kart) =1117 kart DiaClon ABD-Confirmation for Patients,
- dot. weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD dawcy, 1 karta = 2 pacjentów: 21 90 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 22 badań kontrola zewnętrzna (22 kart) =1117 kart DiaClon ABD-Confirmation for Donors;
- dot. oznaczenie grupy krwi w układzie ABO i RhD u noworodka wraz z oznaczeniem BTA, 1 karta = 1 pacjent: 2190 badań kontrola wewnętrzna (2190 kart) = 2190 kart DiaClon ABO/Rh for Newborns (DVI+);

W/w ilości mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej będą dostarczane sukcesywnie wraz z dostawą zestawów do codziennej kontroli jakości badań (IH-QC 1 i IH-QC 2) w pakiecie kontrolnym.

Uwzględniona w ofercie konkretna ilość mikrokart, odpowiada niezbędnej liczbie odczytników do przeprowadzenia wymaganych kontroli zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi, tj. zgodnie z treścią Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 marca 2020 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA oraz zaleceń Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie.

Niniejszym pragniemy zapewnić że, oferta Wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products została złożona z należytą starannością, odpowiada treści przedmiotowej SIWZ i uwzględnia wszelkie wymogi i zobowiązania wobec Wykonawcy, określone przez Zamawiającego w dokumentacji przedmiotowego postępowania.”

W odpowiedzi z dnia 27 października 2020 r. na wezwanie z złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał m.in. „(...) Mając na uwadze złożone przez Wykonawcę DiaHem AC Diagnostic Products, w dniu 16.10.2020 r. wyjaśnienia, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2020 r. wzywające do udzielenia wyjaśnień, wskazujemy że będący przedmiotem wyjaśnień zwrot „pakiet kontrolny” stanowią zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 16.10.2020 r., wskazane w mm „ilości mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej”. Wykonawca DiaHem AC Diagnostic Products używając takiego określenia miał na celu zapewnienie Zamawiającego, że dostawy zaoferowanych mikrokart do przeprowadzenia wskazanych w SIWZ badań kontrolnych będą odbywały się sukcesywnie i regularnie, tak aby możliwe było ich wykonanie zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi, tj. zgodnie z treścią Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 marca 2020 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA oraz zaleceniami instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie. Doprecyzowując złożone w dniu 16.10.2020 r. wyjaśnienia, dodatkowo informujemy, iż użyty zwrot „pakiet kontrolny” miał za zadanie również utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu i jednoznacznie potwierdzić, że sposób dostaw mikrokart do badań kontrolnych będzie miał miejsce „wraz z dostawą zestawów do codziennej kontroli jakości badań (IH-QC 1 i IH~QC 2)“, a Zamawiający składając zamówienie na zestawy kontrolne IH-QC 1 i IH-QC 2 otrzyma jednocześnie odpowiednią ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. „pakiecie kontrolnym””.



W odpowiedzi z dnia 15 stycznia 2021 r. na wezwanie z złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał m.in. „(...) niniejszym wyjaśniamy, że określenie „odpowiednia ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. „pakiecie kontrolnym” użyte w odpowiedzi udzielonej w dniu 27.10.2020 r. odnosi się do zaoferowanych ilości mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej, które to Wykonawca DiaHem AG Diagnostic Products szczegółowo wskazał w wyjaśnieniach z dnia 16.10.2020 r.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest oceniana z uwzględnieniem definicji oferty, zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie z zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania Zamawiającego. Dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. Przy ocenie w tym zakresie brany jest pod uwagę podwyższony miernik staranności w działaniu wykonawcy, co wynika z art. 355 § 1 i 2 k.c., zgodnie z którym *dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), zaś należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności*, w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, wskazania wymaga, iż z ww. informacji o odrzuceniu oferty DiaHem wynika m.in. iż Wykonawca ten nie

sporządził oferty w sposób zgodny z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami w zakresie zaoferowania mikrokart do kontroli codziennej, przy czym okoliczności sprawy wskazują, że wbrew sugestiom Odwołującego, nie chodzi jedynie o formalny aspekt, lecz o to, że jego oferta nie zawiera wymaganego w SIWZ oświadczenia woli w przedmiocie zaoferowania mikrokart do kontroli codziennej. Odwołujący nie zaoferował ich ani w poz. 1-7, ani w części przeznaczonej dla zaoferowania dodatkowych odczynników i materiałów zużywalnych w tabeli nr I, gdzie powinny być zaoferowane zgodnie z SIWZ, co wynika wprost z Formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 21. Wbrew sugestiom Odwołującego w odwołaniu, z których miałyby wynikać, że wystarczającym było uwzględnienie mikrokart do kontroli w ogólnej cenie oferty, Zamawiający wymagał zaoferowania tych kart, a więc złożenia oświadczenia zawierającego istotne postanowienia umowy także w tym zakresie, a więc należało podać liczbę oferowanych mikrokart nie tylko dla potrzeb badań wskazanych w poz. 1-7 tabeli nr I, ale także dla potrzeb kontroli oraz ich cenę.

Nie jest sporne, że Zamawiający określił dwa dopuszczalne sposoby zaoferowania mikrokart do wykonania kontroli. W Załączniku nr 3 do SIWZ zawierającym Formularz asortymentowo-cenowy, w pkt 14 Warunków granicznych dotyczących metodyki i odczynników Zamawiający określił, że odczynniki niezbędne do wykonania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrolę Zewnętrznlaboratoryjną należy ująć w ww. formularzu pod pozycją *Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne*. Odpowiadając natomiast w dniu 16 czerwca 2020 r. na pytanie wykonawcy, które dotyczyło potwierdzenia, że Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie odpowiedniej ilości kart do wykonania kontroli w pozycjach 1-7, została wyrażona zgoda na to, aby odpowiednia ilość kart do wykonania kontroli codziennej oraz kontroli zewnętrznlaboratoryjnej została zaoferowana w poz. 1-7 tego formularza.

Powyższe oznacza, że Zamawiający jasno określił, że wykonawcy: po pierwsze, powinni zaoferować odpowiednią ilość mikrokart także dla potrzeb kontroli, po drugie, mogli oświadczenie woli w zakresie ich zaoferowania złożyć na dwa sposoby. Jednym ze sposobów był ten wnioskowany przez wykonawcę w ww. pytaniu nr 21, tj. w poz. 1-7 tabeli zawartej w Formularzu asortymentowo-cenowym, w których to pozycjach, w drugiej kolumnie, wypełnionej przez Zamawiającego, były wskazane podstawowe badania wraz z podaniem ich ilości, zaś kolejne kolumny wymagały odpowiedniego uzupełnienia przez wykonawcę i dotyczyły odpowiednio: „Asortyment niezbędny do wykonania badania”, „Numer karty katalogowej”, „Nazwa handlowa”, „Oferowana wielkość opakowania jednostkowego”, „Ilość opakowań”, „Cena jednostkowa za opakowanie”, „Wartość netto”, „Stawka VAT”, „Wartość brutto”. Drugi sposób, to ten określony przez Zamawiającego w SIWZ tj. Załączniku

nr 3, pkt 14 Warunki graniczne dotyczących metodyki i odczynników, zgodnie z którym wykonawcy byli obowiązani odczynniki niezbędne do wykonywania codziennej kontroli jakości badań oraz Kontrolę Zewnętrznlaboratoryjną ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod pozycją „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”, która to posiada kolumny analogiczne jak dla poz. 1-7, z tym, że w całości do wypełnienia przez wykonawcę.

Sposób skonstruowania tabeli wskazuje, że niezależnie od tego, czy mikrokarty do kontroli codziennej byłyby zaoferowane w poz. 1-7, czy w poz. „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne” powinna zostać podana (zaoferowana przez wykonawców) odpowiednia liczba takich kart, wynikająca wielkości i ilości opakowań oraz ich wycena.

Odwołujący nie zastosował się do ww. wymogów.

Z treści SIWZ, ani z ww. pytania nr 21 nie wynika, że za sprawą umożliwienia zaoferowania tych kart także w poz. 1-7, wykonawca został zwolniony z podania liczby oferowanych kart dla potrzeb kontroli, uznawanej przez niego, w świetle postanowień SIWZ, za odpowiednią, a także ich wyceny. Przeciwnie, wynika, że karty te powinny być zaoferowane, a więc wykonawca powinien złożyć w odniesieniu do nich oświadczenie woli obejmujące zarówno ich liczbę (wielkość i ilość opakowań), jak i cenę. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że z SIWZ wynika, że ma być dostarczona odpowiednia ilość mikrokart, bowiem ma być zapewniona ich odpowiednia ilość zarówno do badań, jak i do codziennych kontroli, przy czym muszą być to karty tej samej serii.

Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w odwołaniu wynika natomiast, że wystarczającym jest aby mikrokarty do kontroli codziennej były jedynie wycenione w poz. 1-7, co w praktyce oznacza, że zdaniem tego wykonawcy wystarczy, aby ich cena zawierała się w cenie kart do wskazanych w tych pozycjach badań, nadto w liczbie odpowiedniej do tych badań. Jednocześnie Odwołujący przyznaje, że jest potrzebna większa liczba mikrokart, niż ta przewidziana dla badań, i w wyjaśnieniach oferty zadeklarował dodatkową liczbę mikrokart dla potrzeb kontroli. Z treści tej części tabeli oferty Odwołującego nie wynika, aby wycena dotyczyła większej, niż wskazana w niej liczba, a zatem nie została zaoferowana dodatkowa ilość opakowań mikrokart dla potrzeb kontroli, jakie Odwołujący uznał za odpowiednie dla przeprowadzenia kontroli wynikających z SIWZ, a czemu dał wyraz dopiero po złożeniu oferty. Również pozycja „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne” nie zawiera oświadczenia woli Odwołującego, co do kart na potrzeby kontroli, w tym codziennych.

Jak zostało przedstawione na rozprawie, przez zaoferowanie odpowiedniej ilości wymaganych odczynników, w tym do kontroli codziennych, Odwołujący rozumie swój dopisek w pkt 10 Formularza asortymentowo-cenowego dotyczącym Warunków granicznych

dotyczących metodyki i odczynników w brzmieniu: „10. Zabezpieczenie odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań (zgodnie z danymi podanymi w tabeli, oraz przepisami obowiązującymi w zakresie wykonywania badań serologicznych) oraz w celu wykonania wewnątrzlaboratoryjnej, codziennej, kontroli jakości badań przez cały okres trwania umowy, a także kontroli zewnątrzlaboratoryjnej 5 razy w roku (kontrola IHiT 4x w roku i kontrola RCKiK 1x w roku).”, gdzie po ww. treści wprowadzonej przez Zamawiającego dopisał: „uwzględniono w cenie oferty niezbędne ilości asortymentu do wykonania w/w ilości badań”.

Zauważenia przy tym wymaga, że niezależnie od braku wskazania odpowiedniej liczby kart dla potrzeb codziennej kontroli w tabeli I formularza asortymentowo-cenowego, interpretując literalnie treść ww. dopisku, należy stwierdzić, że odnosi się on jedynie do badań, na co wskazuje treść: „wykonania w/w ilości badań”, a nie również do wykonania ww. kontroli jakości badań, co do których dopisek ten nie zawiera wzmianki, nadto których ilości nie zostały wyżej określone.

Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w cenie swojej oferty wycenił dodatkową ilość krat do kontroli codziennych. Z treści oferty to nie wynika. Jeśli nawet, jak twierdzi, cena jego oferty obejmuje również cenę za dodatkową liczbę kart, która jest odpowiednia dla przeprowadzenia codziennych kontroli, pomimo, iż liczba ta w żadnym miejscu oferty nie została zaoferowana i z żadnego miejsca oferty nie wynika, że cena oferty ją obejmuje, to nie sposób uznać takiego twierdzenia, za wiarygodne. Oświadczenie woli w zakresie zaoferowania mikrokart do wykonania codziennej kontroli jakości badań powinno zostać złożone w ofercie, a to nie nastąpiło, co oznacza to, że oferta nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, zważywszy na pozostałą treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w tym odnoszącą się do wyjaśnień oferty, składanych przez Odwołującego, zauważenia wymaga, że w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2020 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 października 2020 r. zawarł oświadczenie, że mikrokarty przeznaczone do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej zostały zaoferowane w cenie oferty, tj. w łącznej wartości zamówienia brutto 476.641,80 zł. Ponadto w wyjaśnieniach tych znajduje się informacja, że w pozycjach od 1 – 7 uwzględnił większą liczbą kart, niż podana w jego ofercie, tj., jak wyjaśnił na rozprawie, liczbę podaną przez Zamawiającego w piśmie z 27 lipca 2020 r., dotyczącym poprawy omyłki w jego ofercie:

- dot. badania grupy krwi u dorosłych ABO/Rh wraz z oznaczeniem występowania regularnych aglutynin ( tzw. Rewers ), i karta = i pacjent: 2190 badań kontrola wewnętrzna (12190 kart) + 45 badań kontrola zewnętrzna (45 kart) - 2235 kart DiaClon ABO/D (DVI+, DVI-) + Reverse Grouping;
- dot. przeglądowe badanie na obecność przeciwciał w teście AHC ( i8000 grup krwi + 3800 biorców), 1 karta - 2 pacjentów: 2190 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 45 badań kontrola zewnętrzna (45 kart) = 1140 kart USS/Coombs;
- dot. weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD biorcy, 1 karta - 2 pacjentów: 2190 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 22 badań kontrola zewnętrzna (22 kart) - 1117 kart OiaC/on ABD-Confirmation for Patients;
- dot. weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD dawcy, 1 karta = 2 pacjentów: 2190 badań kontrola wewnętrzna (1095 kart) + 22 badań kontrola zewnętrzna (22 kart) = 1117 kart DiaClon ABD-Confirmation for Donors;
- dot. oznaczenie grupy krwi w układzie ABO i RhD u noworodka wraz z oznaczeniem BTA, 1 karta = 1 pacjent: 2190 badań kontrola wewnętrzna (2190 kart) = 2190 kart DiaClon ABO/Rh for Newborns (DVi+).

W wyjaśnieniach tych Odwołujący podał, że ww. ilości mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej będą dostarczane sukcesywnie wraz z dostawą zestawów do codziennej kontroli jakości badań (IH-QC 1 i IH- QC 2) w pakiecie kontrolnym. Jak zostało wyjaśnione na rozprawie, sformułowanie: „pakiet kontrolny” nie występuje w SIWZ, nie występuje również w ofercie Odwołującego. Po raz pierwszy zostało ono użyte w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2020 r., a na wystąpienie Zamawiającego w tym zakresie w wezwaniu z dnia 23 października 2020 r., w piśmie z dnia 27 października 2020 r., zostało wyjaśnione przez wykonawcę DiaHem w ten sposób, że miał na celu zapewnienie Zamawiającego, że dostawy zaoferowanych mikrokart do przeprowadzania wskazanych w SIWZ badań kontrolnych będą odbywały się sukcesywnie, regularnie, tak aby możliwe było ich wykonanie zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wytycznymi, tj. zgodnie z treścią Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 marca 2020 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki przechowywania i wydawania krwi i jej składników dla banków krwi oraz badań z zakresu immunologii transfuzjologicznej wykonywanych w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych innych niż regionalne centra, Wojskowe Centrum lub Centrum MSWiA oraz zaleceniami Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie.

Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2021 r., złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2021 r., Odwołujący podał, że określenie „odpowiednia

ilość mikrokart do badań kontrolnych w tzw. Pakiecie kontrolnym” użyte w odpowiedzi udzielonej w dniu 27 października 2020 r. odnosi się do zaoferowanych ilości mikrokart do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej, które szczegółowo wskazał w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2020 r. i dodał, że określenie ilości mikrokart niezbędnych do wykonania oznaczeń w zakresie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej w 36 miesięcznym okresie realizacji przedmiotu zamówienia, które Laboratorium otrzyma w „pakiecie kontrolnym” w każdym miesiącu przedstawia załącznik do pisma. Załącznik ten zawiera tabelę zat.: Określenie ilości mikrokart danego rodzaju dostarczanych w pakiecie kontrolnym (w sztukach mikrokart), w której zostały podane ilości poszczególnych kart w 36 miesiącach obowiązywania umowy. Analiza tabeli wskazuje, że w poszczególnych kolumnach odnoszących się do rodzaju mikrokart, ilości przewidziane dla dostaw w poszczególnych miesiącach są takie same w ramach danego rodzaju kart, a jedynie w pierwszym, trzynastym i dwudziestym piątym miesiącu ilości te są większe niż w pozostałych miesiącach. Tymczasem z dopisku w uwagach na str. 78 oferty istnieje informacja, z której wynika, że potrzebne jest złożenie zamówienia z zadeklarowaną ilością towaru np. dostawa krwinek 1 x miesiąc, a także zastrzeżenie, że dostawy miałyby się odbywać 39 razy.

Zauważenia w tym zakresie wymaga, że aby mogło być skutecznie złożone zamówienie, oferta musi zawierać zobowiązanie do realizacji takiego zamówienia. Jak natomiast zostało wykazane, oferta Odwołującego nie zawiera zobowiązania do dostawy mikrokart do kontroli badań codziennych. Dopiero złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wskazują na to, że po złożeniu oferty została przez niego przedstawiona deklaracja odnośnie liczby kart na potrzeby kontroli. Nadto wynika z nich, że dostawy mikrokart miałyby się odbywać w innym systemie, niż w ramach dostawy kart do badań wymienionych w poz. 1-7 Formularza asortymentowo-cenowego, co, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego ma istotne znaczenie, bowiem wpływa na zwiększenie potrzeb w zakresie ilości mikrokart, a w konsekwencji skutkuje tym, iż podana dopiero w wyjaśnieniach dodatkowa liczba mikrokart dla potrzeb kontroli jest niewystarczająca.

W ocenie Izby podstawową okolicznością w sprawie jest to, że dopiero po złożeniu przez Odwołującego oferty zostało przez niego złożone oświadczenie w przedmiocie mikrokart do codziennej kontroli jakości badań, co wynika także z pisma wykonawcy DiaHem z dnia 4 marca 2020 r., w którym oświadczył: „Wskazać także należy, że Zamawiający określił jednoznacznie w piśmie z dnia 27 lipca 2020 r. o poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego wymaganą zgodnie z SIWZ ilość mikrokart, która stanowi przedmiot zamówienia. Odwołujący zaś jednoznacznie w odpowiedzi na to pismo zadeklarował dostawę wymaganej ilości mikrokart. Potwierdził to kolejno w pismach z dnia 16 października

2020 r., 27 października 2020 r. oraz 15 stycznia 2021 r. Tym samym Odwołujący zaoferował taką samą ilość mikrokart, co pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu (...)" Tymczasem, jak wyżej wskazano, Zamawiający wymagał w SIWZ, aby odpowiednia ilość mikrokart do kontroli, była zaoferowana w Formularzu asortymentowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, w Tabeli I. Korespondencja stron po upływie terminu składania ofert, nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w tym przypadku do jej uzupełnienia o brakujące elementy.

Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, że liczba wycenionych przez niego dodatkowych kart jest taka sama, jak podawana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 lipca 2020 r., zawierającym stanowisko Zamawiającego w zakresie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w tym zakresie oferty DiaHem, wskazuje na to, że Odwołujący z treści SIWZ mógł pozyskać wiedzę co do tego, jaka liczba kart do codziennych badań kontrolnych jest odpowiednią liczbą. Oznacza to, że mógł i powinien taką liczbę zaoferować w ofercie, powinien to uczynić w przeznaczonym do tego formularzu asortymentowo-cenowym, zawierającym oferowany przedmiot zamówienia, skoro taki był wymóg Zamawiającego. Oferta Odwołującego nie zawiera jego oświadczenia woli w tym zakresie, a wyjaśnienia nie mogą tego zastąpić. Wyjaśnienia treści oferty służą bowiem do tego aby przedstawić jaśniej to, co znajduje się w jej treści, a nie temu, aby uzupełnić ofertę o brakujące w niej elementy, które były wymagane w SIWZ.

Od wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wymagana jest przy składaniu oferty staranność w działaniu oczekiwana od profesjonalistów. Oznacza to, że wykonawcy są obowiązani złożyć ofertę, w której zaoferują wszystkie świadczenia objęte przedmiotem zamówienia, zobowiązują, na równych zasadach, do zrealizowania takiego samego zakresu przedmiotu i rozmiaru dostaw, celem zapewnienia porównywalności ofert. Takie zobowiązanie, nawet jeśli dotyczy części wymaganych w SIWZ dostaw, nie może być składane po terminie składania ofert, nadto w sposób wskazujący na brak spójności w twierdzeniach wykonawcy.

W sprawie zostało wykazane, że Odwołujący nie zaoferował odpowiedniej liczby mikrokart, których zaoferowanie było wymagane w SIWZ. Słusznie zatem Zamawiający uznał, że wypełniona została przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego, wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wbrew stanowisku Odwołującego okoliczność ta nie była przedmiotem rozpatrzenia w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1934/20. Przedmiotem rozpoznania Izby w ww. sprawie był bowiem zarzut odrzucenia oferty DiaHem z uwagi na odmowę wyrażenia zgody na dokonanie jej poprawy innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawa ta

w rzeczywistości polegała na uzupełnieniu oferty o określone liczby mikrokart do kontroli codziennych (które to liczby nie zostały podane w SIWZ, a jedynie, jak wyżej wskazano, zostały przedstawione informacje pozwalające na ich określenie przez wykonawców) i w konsekwencji na zwiększeniu ceny oferty, co Izba uznała za niedozwolone. Tymczasem w obecnym postępowaniu zarzut dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi niezgodność oferty z SIWZ tj. brak zaoferowania odpowiedniej liczby wymaganych w SIWZ mikrokart do kontroli codziennych. Inna jest zatem podstawa sporu i inny jest zakres badania przez Izbę w obydwu postępowaniach. W związku z tym nie można uznać argumentacji Odwołującego dotyczącej powagi rzeczy osądzonej, jako mającej zastosowanie w rozpatrywanej sprawie.

#### Ad. zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

Nie jest sporne, że także druga z dwóch złożonych w postępowaniu ofert, tj. oferta Przystępującego, również została odrzucona.

Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutu. Skoro zatem Odwołujący nie wykazał, aby odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to również ten zarzut należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego.



Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....