

**WYROK  
z 25 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie 24 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, przy udziale wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 2.1 unieważnienie czynności z 7 sierpnia 2020 r. polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,
  - 2.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego,
  - 2.3 unieważnienie czynności poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego,
  - 2.4 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i:

- 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2 zasądza od Zamawiającego - Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu na rzecz Odwołującego - DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

.....

## Uzasadnienie

Sosnowiecki Szpital Miejski Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora, sprzętu do badań immunohematologicznych wykonywanych za pomocą metod z użyciem technologii aglutynacji mikrokolumnowej”, numer: ZP-2200-17/20, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 czerwca 2020 r. pod numerem 546338-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

12 sierpnia 2020 r. wykonawca DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niezasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera omyłki, które należy poprawić w trybie ww. przepisu w sytuacji, w której Odwołujący przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez wyznaczenie Odwołującemu dwudniowego terminu na wyrażenie zgody na dokonanie innej omyłki w ofercie Odwołującego, kiedy to ustawa określa trzydniowy termin na złożenie przez wykonawcę oświadczenia w ww. zakresie;
3. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy w formularzu cenowo – asortymentowym został uwzględniony koszt związany z koniecznością zabezpieczenia odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań;
4. art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt niewyrażenia zgody na dokonanie poprawy innej omyłki w sytuacji, w której Odwołujący przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zatem brak było podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego zawierała omyłki skutkujące koniecznością dokonania ich poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

5. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niezasadne unieważnienie postępowania z uwagi na brak ku temu przesłanek, gdyż z postępowaniu została złożona jedna ważna oferta niepodlegająca odrzuceniu - oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z 7 sierpnia 2020 r. polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 7 sierpnia 2020 r.;
3. unieważnienia czynności zawiadomienia o dokonaniu poprawy innej omyłki z 27 lipca 2020 r.;
4. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy w formularzu cenowo-asortymentowym uwzględniony został koszt związany z koniecznością zabezpieczenia odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań;
5. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

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 wycenie. Z kolei pod tabelą 1, Zamawiający opisał istotne z punktu widzenia sprawy „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników”. 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 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)”. W ust. 14 ww. dokumentu zostało wskazane, że „Odczynniki niezbędne do wykonania codzienna kontroli jakości badań oraz Kontrolę zewnątrzlaboratoryjną należy ująć w formularzu asortymentowo-cenowym pod pozycją „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”.

Zamawiający w toku udzielania wyjaśnień treści SIWZ, w odpowiedzi na pytania wykonawców dokonał następującego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i sposobu przygotowania oferty w ww. zakresie:

Pytanie nr 21 (z 16 czerwca 2020 r.):

„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 wyrazi zgodę na zaoferowanie odpowiedniej ilości kart do wykonania kontroli codziennej w pozycjach 1-7?”

Odpowiedź na powyższe pytanie była twierdząca.

Pytanie nr 25 (z 16 czerwca 2020 r.):

Czy zamawiający wymaga uwzględnienia 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?

Odpowiedź: 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 I. 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 stanie przewidzieć, jaką ilość płynów systemowych analizator będzie zużywał systemie pracy rutynowej, dyżurowej, w trakcie procedury Stand-Bye lub razie awarii.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, w tym Odwołujący.

Zamawiający 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 Pzp. Dokonane zmiany oferty przez Zamawiającego polegały na modyfikacji ilości poszczególnych jednostek (względem tych, które zostały określone przez Zamawiającego we wzorze ww. formularza), a następnie ich pomnożeniu 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 29 lipca 2020 r.

W odpowiedzi na ww. informację Odwołujący 29 lipca 2020 r. poinformował, że nie zgadza się na poprawę omyłki w sposób przyjęty przez Zamawiającego jednocześnie wskazując, że wypełnił formularz cenowo - asortymentowy w sposób zgodny z literalnym brzmieniem SIWZ, mając na względzie:

1. ww. odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców stanowiące wytyczne w jaki sposób należało wycenić poszczególne pozycje formularza;
2. zastrzeżenie poczynione w ust. 10 punktu „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników” - koszt zapewnienia odpowiedniej ilości elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań powinien zostać wliczony w cenę poszczególnych pozycji;
3. fakt, iż uznanie założeń Zamawiającego za prawidłowe skutkowałoby zdublowaniem w formularzu cenowo - ofertowym wyceny ww. kosztów.

7 sierpnia 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania wraz z informacją o odrzuceniu jego oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące niedoszacowania ilości niezbędnych materiałów. Wystąpiła konieczność poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego. Bez pozycji — w szczególności w zakresie kart kontroli nie było możliwe właściwe wykonywanie badań. Ponadto informacja Odwołującego o uwzględnieniu w cenie niezbędne ilości materiałów była informacją ogólną i na jej podstawie Zamawiający nie miał możliwości zamówienia konkretnych ilości kart/odczynników dla przeprowadzania obligatoryjnych kontroli.

Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w sposób niezgodny z wytycznymi oraz zaleceniami określonymi w SIWZ, czym dopuścił się dokonania zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert, co na gruncie prawa zamówień publicznych jest działaniem niedopuszczalnym.

Zamawiający w informacji o dokonaniu poprawy omyłki Odwołującego z 27 czerwca 2020 r. narzucił mu ściśle określony sposób interpretacji postanowień SIWZ, który odbiegał od literalnego, dosłownego brzmienia jej postanowień. Odwołujący dokonał wyceny ilości

pozycji zgodnie z danymi wskazanymi we wzorze dokumentu cenowo-asortymentowego mając na względzie treść SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania odpowiedzi. Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wskazał wprost (czy nawet nie zasugerował), że wykonawcy byli obowiązani do dodania dodatkowych ilości poszczególnych pozycji. Wręcz przeciwnie, w toku postępowania Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 21 i 25 potwierdził, że koszt związanych z dostawą kart kontrolnych powinien być wliczony w koszt dostawy w ramach poszczególnych elementów zamawianego asortymentu.

Zamawiający mając na względzie okoliczności związane z zaniechaniem przez niego, jako gospodarza postępowania oraz autora dokumentacji przetargowej, określenia jasnych wymagań w zakresie właściwych ilości do obliczenia poszczególnych pozycji formularza cenowego, w tym np. przez odwołanie do konkretnych przepisów prawa lub norm etc., winien przyjąć, że oferta Odwołującego została przygotowana w sposób prawidłowy. W przypadku powzięcia wątpliwości czy Odwołujący dokonał prawidłowej kalkulacji (wliczył koszt kart kontrolnych) Zamawiający miał możliwość skorzystania z instytucji opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp.

Uznanie przez Zamawiającego, w ślad za dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, że oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ (a zatem winna zostać poprawiona w ramach innej omyłki) obligowało Zamawiającego do wskazania, które konkretnie postanowienia SIWZ świadczą o owej niezgodności. W sytuacji braku konkretnych wymagań w SIWZ w ww. zakresie (co do konieczności doliczania dodatkowych ilości kart katalogowych) - nie było możliwości przyjęcia, że doszło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Brak było bowiem możliwości zestawienia dostrzeżonego przez Zamawiającego uchybienia z określonym w SIWZ wymogiem.

Zamawiający w informacji o poprawie innej omyłki z 27 czerwca 2020 r. nie wskazał podstaw przyjętych przez siebie wyliczeń, w tym w szczególności wymaganej dodatkowej liczby kart kontrolnych (nie wynikały one bowiem ani z treści SIWZ, ani ze wzoru formularza cenowego).

Zamawiający mając wątpliwości co do oferty Odwołującego, zaniechał zwrócenia się do niego o udzielenie wyjaśnień dotyczących jej treści na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Nie było żadnych przeszkód prawnych, by Zamawiający przed odrzuceniem oferty lub przed poprawieniem w niej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, żądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Twierdzenia Zamawiającego wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że „Bez pozycji w szczególności, w zakresie kart kontroli nie jest możliwe właściwe wykonywanie badań” oraz „W przypadku braku ilości (i kwoty) nie jest możliwe złożenie

zamówienia i jego rozliczenie" nie były właściwe i nie znajdowały odzwierciedlenia w treści SIWZ. W piśmie przekazanym Zamawiającemu 29 lipca 2020 r. „Odpowiedź wykonawcy na pismo z 27.07.2020 r. dot. informacji o poprawieniu innej omyłki” bezspornym było, że Odwołujący uwzględnił w cenie oferty wymagane w SIWZ materiały, w szczególności karty niezbędne do wykonania wymaganych kontroli. Powyższe potwierdzało złożone oświadczenie Odwołującego w pkt 10 warunków granicznych: „Uwzględniono w cenie oferty niezbędne ilości asortymentu do wykonania w/w ilości badań”. W zaistniałej sytuacji brak było podstaw do wnioskowania, że niewykazanie wprost pewnych materiałów w formularzu asortymentowo-cenowym było tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie.

Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie Odwołującego z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne było stwierdzenie, że:

1. oferta nie odpowiadała treści SIWZ, a brak było postanowień SIWZ, które kształtowałyby wymagania w przedmiocie konieczności wyszczególniania w formularzu kosztów kart kontrolnych,
2. dostrzeżone niezgodności miały charakter omyłek - jak wynikało z informacji przekazanych przez Odwołującego załączony do oferty formularz cenowo - ofertowy został wypełniony zgodnie z wymaganiami z SIWZ i uwzględniał koszty kart katalogowych, a dokonanie poprawy oferty spowoduje doliczenie po raz kolejny tych samych kosztów realizacji zamówienia,
3. poprawki nie spowodują istotnych zmian w treści oferty.

Przesłanki powyższe nie zostały wypełnione.

22 września 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający zgodnie z postanowieniem zał. nr 3 do SIWZ „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników” określił w jaki sposób należy przygotować ofertę. W punktach 10, 14 oraz 15 Zamawiający wskazał:

„10. Zabezpieczenie odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań (zgodnie z danymi podanymi w tabeli, oraz przepisami 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”.



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

„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”.

Zamawiający twierdząco odpowiedział na przytoczone wyżej pytanie nr 21 z 16 czerwca 2020 r. Tym samym wskazał wprost dwa możliwe warianty miejsc w tabeli formularza asortymentowo-cenowego gdzie mogły zostać ujęte mikrokarty służące do wykonania kontroli wewnętrznlaboratoryjnej i zewnętrznlaboratoryjnej tj. w pozycji 1-7 lub w pozycji „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”.

W związku z tym, że Zamawiający nie stwierdził u Odwołującego pod pozycją „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne” mikrokart do wykonania wewnętrznlaboratoryjnej i zewnętrznlaboratoryjnej kontroli jakości, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (pkt 14) i zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 21, doliczył brakujący asortyment w zakresie punktów 1-7. Stwierdzony brak Zamawiający potraktował jako oczywistą omyłkę Odwołującego, tym samym działając na jego korzyść.

Odwołujący nie miał problemu z interpretacją punktu 14 „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników w zakresie dotyczącym zaoferowania Kontroli Zewnętrznlaboratoryjnej, która została zaoferowana zgodnie z postanowieniem w/w punktu w pozycji 3 tabeli Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne.

Dla Zamawiającego oczywistym było, że Odwołujący zaoferował za małą ilość mikrokart przeznaczonych do kontroli, którą to ilość należało skorygować w zgodzie z zasadami dotyczącymi wykonywania i kontroli badań laboratoryjnych tym zakresie.

Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień czy w formularzu asortymentowo - cenowym uwzględnił koszt związanych z koniecznością zabezpieczenia odpowiedniej ilości wszystkich elementów niezbędnych do wykonania poszczególnych badań, ponieważ Zamawiający - jako specjalista - miał wystarczającą informację do zastosowania procedury poprawienia innej omyłki i stwierdzenia jej "oczywistości". Zwracanie się do Odwołującego w tym zakresie nie było zasadne.

Wymagana ilość mikrokart była łatwa do oszacowania, ponieważ Zamawiający ma wiedzę dotyczącą ich zastosowania i użycia. Zamawiający posłużył się także informacjami znajdującymi się w załączonych do oferty ulotkach odczynnikowych Odwołującego i przepisów prawa w tym zakresie.

Zamawiający dokonując poprawienia innej omyłki, dokładnie wykazał w przesłanych wyliczeniach do czego mają służyć poszczególne ilości brakujących mikrokart. Podstawy takiego działania czyli wykonywanie kontroli, określają odrębne przepisy, na które powołał się Zamawiający w zał. nr 3 do SIWZ „Warunki graniczne dotyczące metodyki i odczynników” w punkcie 10, a w punkcie 14 Zamawiający wskazał w którym miejscu w tabeli odczynniki (w tym mikrokarty do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnątrzlaboratoryjnej) powinny się znaleźć. Poprawa której dokonał Zamawiający nie spowodowała ponownego doliczenia wartości odczynników do oferty, a jedynie jego uzupełnienie o brakujący asortyment. Natomiast sposób przygotowania formularza asortymentowo - cenowego dawał możliwość dopisywania kolejnych elementów w pozycji tabeli „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”.

W związku z brakiem Odwołującego na poprawę omyłek, w oparciu o obowiązujące przepisy Pzp Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, tj. zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez wyznaczenie Odwołującemu dwudniowego terminu na wyrażenie zgody na dokonanie innej omyłki w ofercie Odwołującego, kiedy to ustawa określa trzydniowy termin na złożenie przez wykonawcę oświadczenia w ww. zakresie.

Zgodnie z art. 180 ust. Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzut nr 2 odwołania nie mieścił się w wyżej wymienionym, zamkniętym katalogu czynności wobec których dopuszczalne jest wniesienie odwołania w postępowaniu prowadzonym w tzw. „procedurze krajowej”. By zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu na wyrażenie zgody na dokonanie innej omyłki w ofercie mógł być przedmiotem rozpoznania Odwołujący musiałby uprawdopodobnić, że działanie Zamawiającego prowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. W związku z faktem, iż Odwołujący nie podniósł zarzutu, że skrócenie terminu zgody na dokonanie innej omyłki w ofercie skutkowało odrzuceniem jego oferty brak było podstaw do uznania, że przedmiotowy zarzut mieścił się w dyspozycji art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Z powyższych przyczyn Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, o czym orzekła w sentencji.

W pozostałym zakresie Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z częścią II SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatora, oraz sprzętu do badań immunohematologicznych wykonywanych za pomocą metod z użyciem technologii aglutynacji mikrokolumnowej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 3 do SIWZ – formularzu cenowo-asortymentowym. Podstawową jego częścią są dwie tabele, przy czym dla rozstrzygnięcia odwołania znaczenie ma pierwsza z nich.

Przedmiotowa tabela została podzielona na dwie części:

- A. Odczynniki do badań serologicznych wykonywanych z wykorzystaniem technologii aglutynacji kolumnowej na okres 3 lat dla Laboratorium Analitycznego I (ul. Zegadłowicza 3). Ta część tabeli zawierała następujące pozycje:
  1. Badanie grupy krwi u dorosłych ABO/Rh wraz z oznaczeniem występowania regularnych aglutynin (tzw. Revers : 18000 grup krwi (18000 pacjentów),
  2. Przeglądowe badanie na obecność przeciwciał w teście AHG ( 18000 grup krwi + 3800 biorców): 21800 badań (21800 pacjentów),
  3. Właściwa próba zgodności w teście AHG: 8600 dawców (8600 oznaczeń),
  4. Weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD biorcy : 6000 biorców,
  5. Weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD dawcy : 10800 dawców,
  6. Oznaczenie grupy krwi w układzie ABO i RhD u noworodka wraz z oznaczeniem BTA : 1600 grup krwi,

7. Kontrola grupy krwi noworodka w układzie ABO i RhD: 800 grup krwi.

B. Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne – tabela przeznaczona do w pełni samodzielnego uzupełnienia przez wykonawcę, nie zawierała żadnych, gotowych wpisów.

Formularz cenowo-asortymentowy zawierał również zestawienie dodatkowych warunków dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał m. in.:

„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”.

Tym samym Zamawiający, oprócz wymienionych we wskazanej w punkcie A. powyżej tabeli odczynników do badań, oczekiwał dostawy dodatkowej, odpowiedniej ilości odczynników, które miały służyć m. in. do kontroli prawidłowego funkcjonowania sprzętu wykorzystywanego do badań. Te dodatkowe odczynniki miały zostać wymienione i wycenione w tabeli „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne” (punkt B. powyżej).

Wymóg ten został zmieniony w wyniku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 21 z 16 czerwca 2020 r.:

„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 wyrazi 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”.

Powyższe wyjaśnienie wprowadziło możliwość ujęcia dodatkowych odczynników do kontroli w części tabeli wskazanej w punkcie A. powyżej, w ramach pozycji od 1 do 7.

W konsekwencji, wykonawcy mieli prawo ująć dodatkowe odczynniki do badań w obu częściach tabeli nr 1. Zwrócić przy tym należy jednak uwagę na fakt, że Zamawiający nie

określił konkretnej ilości dodatkowych odczynników. Zamawiający wskazał jedynie, że ilość ta ma być „odpowiednia”.

W wyniku przeprowadzonej oceny oferty Odwołującego Zamawiający doszedł do przekonania, że w ofercie tej nie zostały uwzględnione ww. dodatkowe odczynniki. W efekcie, 27 lipca 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego Informację o poprawie innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W informacji tej Zamawiający wskazał m. in. (zachowano oryginalną pisownię):

„Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawiono w Państwa ofercie w formularzu asortymentowo-cenowym inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj.:

Stwierdzono niedoszacowanie w zakresie następujących pozycji:

Pozycja „Badanie grupy krwi u dorosłych ABO/Rh wraz z oznaczeniem występowania regularnych aglutynin (tzw. Revers): 18 000 grup krwi (18 000 pacjentów) 1 karta = 1 pacjent wymagane: 18 000 pacjentów (18 000 kart) + 2 190 kontrola wewnętrzna (2 190 kart ) + 45 kontrola zewnętrzna (45 kart) = 20 235 badań (20 235 kart)

Zaoferowano: 25 op (60 x 12 kart) = 18 000 kart

20 235 kart wymaganych – 18 000 kart zaoferowanych = 2 235 kart brakujących tj. 4 opakowania

4 op x 5 040,00 zł netto = 20 160,00 zł netto + 8% = 21 772,80 zł brutto

Wartość netto: 146 160,00 zł wartość brutto: 157 852,80 zł

Pozycja 2. Przeglądowe badanie na obecność przeciwciał teście AHG (18 000 grup krwi, 3 800 biorców): 21 800 badań (21 800 pacjentów) 1 karta = 2 pacjentów oraz

Pozycja 3. Właściwa próba zgodności w teście AHG: 8 600 dawców (8 600 oznaczeń) (te same karty niezbędne do wykonania badania) 1 karta = 6 oznaczeń

Wymagane: 18 000 grup krwi (9 000 kart) + 3 800 biorców (1 900 kart) + 8 600 właściwa próba zgodności (1 434 karty) + 2 190 kontrola wewnętrzna (1 095 kart) + 45 kontrola zewnętrzna (45 kart) = 13 474 karty

Zaoferowano: 9 op (112 x 12 kart) + 1 op (24x12 kart) = 12 384 kart

13 474 kart wymaganych – 12 384 karty zaoferowane = 1 090 kart brakujących tj. 4 op (24x12 kart)

4 op x 3 168 zł netto = 12 672,00 zł netto +8% = 13 685,76 zł brutto

Wartość netto: 15 840,00 zł wartość brutto: 17 107,20 zł

Pozycja 4. Weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD biorcy: 6 000 biorców 1 karta = 2 pacjentów

oraz

Pozycja 7. Kontrola grupy krwi noworodka w układzie ABO i RhD: 800 grup krwi

(te same karty niezbędne do wykonania badania)

Wymagane: 6 000 biorców (3 000 kart) + 2 190 kontrola wewnętrzna (1 095 kart) + 22 karty kontrola zewnętrzna + 800 grup krwi (400 kart) = 4 517 kart

Zaoferowano: 12 op (24 x 12 kart) = 3 456 kart

4517 kart wymaganych – 3 456 kart zaoferowanych = 1 061 kart brakujących, tj. 4 op

4 op x 2 016,00 zł netto = 8 064,00 zł netto + 8% = 8 709,12 zł brutto

Wartość netto: 32 256,00 zł wartość brutto: 34 836,48 zł

Pozycja 5. Weryfikacja grupy krwi w układzie ABO i RhD dawcy: 10 800 dawców 1 karta = 2

pacjentów Wymagane: 10 800 dawców (5 400 kart) + 2 190 kontrola wewnętrzna (1 095 kart) + 22 karty kontrola zewnętrzna = 6 517 kart

Zaoferowano: 7 op (60 x 12 kart) + 2 op (24 x 12 kart) = 5 616 kart

6 517 kart wymaganych – 5 616 kart zaoferowanych = 901 kart brakujących tj. 1 op (60 x 12 kart) i 1 op (24 x 12 kart)

1 op (60 x 12 kart) x 4 680 zł netto i 1 op (24 x 12 kart) x 1 872,00 zł netto = 6 552,00 zł netto + 8% = 7 076,16 zł brutto

Pozycja 6. Oznaczenie grupy krwi w układzie ABO i RhD u noworodka wraz z oznaczeniem BTA: 1 600 grup krwi 1 karta 1 pacjent

Wymagane: 1 600 grup krwi (1 600 kart) + 2 190 kontrola wewnętrzna (2 190 kart) = 3 790 kart

Zaoferowano: 5 op (24 x 12 kart) + 2 op (4 x 12 kart) = 1 536 kart

3 790 kart wymaganych – 1 536 kart zaoferowanych = 2 254 kart brakujących tj. 47 op (4 x 12 kart)

47 op x 336,00 zł netto = 15 792,00 zł netto + 8% = 17 055,36 zł brutto

4 x 12 wartość netto: 16 464,00 zł wartość brutto: 17 781,12 zł

Łączna wartość oferty:

500 750,00 zł netto i 544 940,20 zł brutto”.

Zamawiający wyznaczył przy tym Odwołującemu termin do 29 lipca 2020 r. na wyrażenie zgody na poprawę omyłek.

Między stronami bezsporne było, że elementy przedmiotu zamówienia, które Zamawiający uznał za brakujące, nie zostały ujęte w tabeli „Dodatkowe odczynniki i materiały zużywalne”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący oświadczył m. in.: „Niniejszym informujemy, że przedstawiony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27.07.2020 r. sposób poprawienia rzekomej innej omyłki nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, a „stwierdzone niedoszacowanie” nie występuje w ofercie Wykonawcy DiaHem

AG Diagnostic Products”. Odwołujący tym samym odmówił wyrażenia zgody na dokonanie w jego ofercie zaproponowanych przez Zamawiającego zmian.

W konsekwencji Zamawiający 5 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania. Ze względu na fakt, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucona z postępowania została również oferta Przystępującego, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W ocenie Izby opisane wyżej czynności Zamawiającego, które doprowadziły do unieważnienia postępowania były nieprawidłowe.

Zamawiający bezpodstawnie dookreślił liczbę dodatkowych odczynników do badań po upływie terminu składania ofert. W załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający jednoznacznie określił, że ich ilość ma być „odpowiednia”, ale nawet w przybliżonym stopniu nie określił minimalnych wymogów w tym względzie. 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.

Powinnością Zamawiającego w sytuacji podejrzenia, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, było przeprowadzenie odpowiedniego postępowania wyjaśniającego. Jest to o tyle istotne, że skutkiem takiego postępowania mogło być m. in. uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ i jej odrzucenie z postępowania. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w warunkach przedmiotowego postępowania zapoczątkowało ciąg błędnych czynności Zamawiającego skutkujących bezpodstawnym unieważnieniem postępowania. 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. Jednoznaczne ustalenie, że ta część przedmiotu zamówienia nie została zaoferowana, skutkować powinno odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający nie podjął jednak próby wyjaśnienia tej – podstawowej dla oceny oferty Odwołującego – okoliczności. Zamiast tego Zamawiający uznał, że w ofercie Odwołującego doszło do innej omyłki możliwej do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Podstawowym zatem warunkiem umożliwiającym zastosowanie tego przepisu jest stwierdzenie, że dokonanie poprawy nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. W ocenie Izby warunek ten nie został spełniony. W sytuacji

nieujęcia przez wykonawcę określonego, istotnego elementu przedmiotu zamówienia nie może zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – byłoby to całkowicie niezgodne z podstawowymi zasadami postępowań wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że czynności, które nastąpiły po próbie poprawy oferty Odwołującego również były wadliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....