

Sygn. akt KIO 119/18

**WYROK**  
**z dnia 13 lutego 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 2 lutego i 8 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez odwołującego – **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o., ul. Hubalczyków 1, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dokonania z naruszeniem art. 87 ust.2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprawy omyłek w ofercie wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w pozycji 74 Formularza asortymentowo-ilościowego (załącznik nr 2A dla części 6) i nakazuje unieważnienie wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego wykonawcy oraz unieważnienie dokonanych w tej pozycji poprawek i odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegają uwzględnieniu;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o.** i zalicza:
  - 3.1. w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Słupsku**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka z siedzibą w Słupsku, którego przedmiotem jest „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów - 86/PN/2017”. Przedmiotowe odwołanie dotyczy Części 6 – „Dostawa odczynników, kontroli płynów systemowych i części zużywalnych wraz z dzierżawą 2 analizatorów do wykonania około 253 701 oznaczeń immunologicznych przez okres 36 miesięcy”. Wspólny Słownik Zamówień (CPV): 33696500. Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2017/S 188-384653. Zdaniem Odwołującego skutkiem wyboru oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (wykonawca Roche) w ramach części 6 przedmiotu zamówienia jako najkorzystniejszej naruszone zostały przepisy, w szczególności ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579 ze zm.), (ustawa Pzp), a mianowicie: art. 87 ust.2 i art. 89 ust.1 pkt 2 oraz punktu 6 a także art. 91 ust.1 tej ustawy, albowiem Zamawiający niezasadnie: (1) Dokonał poprawy omyłek w ofercie wykonawcy Roche oraz zaniechał jej odrzucenia, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a następnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Roche jako najkorzystniejszej. Na wypadek uznania, że czynność i zaniechanie wskazane powyżej były zgodne z przepisami Pzp wskazał dodatkowo na: (2) Zaniechanie poprawienia wszystkich omyłek w ofercie Roche. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazując na dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, Odwołujący stwierdził, że kumulatywnie wyczerpana została przesłanka z pkt 6 tego przepisu albowiem oferta wykonawcy Roche zawiera błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na jej niedoszacowanie. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Odwołujący ponadto zarzucił naruszenie art. 5 oraz art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp z uwagi na bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście. Także naruszenie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), który stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz: (1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia oferty Roche w ramach części 6 przedmiotu zamówienia. A w przypadku gdyby Izba uznała, że Zamawiający poprawił treść oferty Roche zgodnie z przepisami Pzp nakazanie Zamawiającemu: (2) poprawienia omyłek również w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. oraz 125. formularza oferty Roche; (3) unieważnienia czynności wyboru oferty w ramach części 6 przedmiotu zamówienia; (4) odrzucenia oferty

Roche dotyczącej części 6 przedmiotu zamówienia, jako nieodpowiadającej treści SIWZ; (5) powtórzenia czynności wyboru oferty w ramach części 6 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty złożonej przez Abbott. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów wyszczególnionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

1. Prowadząc postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów”, Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 PZP zmienił treść oferty Roche w zakresie części 6 przedmiotu zamówienia, choć w niniejszej sprawie nie miała miejsca omyłka, którą Zamawiający mógł poprawić w trybie tego przepisu. Ponadto, Zamawiający nie odrzucił oferty Roche, mimo, iż treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

2. Nawet gdyby uznać - z czym nie można się zgodzić - że Zamawiający był uprawniony do zmiany treści oferty Roche w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, to powinien poprawić wszystkie „omyłki” w ofercie Roche. W przypadku poprawienia wszystkich omyłek oferta Roche byłaby droższa od oferty Abbott. W takim wypadku to oferta Abbott, a nie oferta Roche, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w ramach części nr 6 przedmiotu zamówienia.

3. Oferta Roche jest niezgodna z SIWZ w wielu pozycjach. Poniżej niezgodności te zostały podzielone w trzy grupy według rodzaju niezgodności (rodzajowego lub ilościowego) oraz sposobu zachowania Zamawiającego (poprawienia oferty Roche lub nie):

(i) w pozycjach 36. oraz 74. formularza asortymentowo-ilościowego Roche zaoferował produkty, które nie mają właściwości wymaganych przez Zamawiającego wskazanych w SIWZ, tj. odczynnika i kalibratora służących oznaczaniu przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie anty-TG; Zamawiający błędnie stosując art. 87 ust. 2 PZP zmienił tę część oferty Roche, zamieniając rodzaj produktów niezgodny z SIWZ na rodzaj produktów zgodny z SIWZ.

(ii) w pozycjach 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. Formularza asortymentowo-ilościowego Roche zaoferował niewystarczającą w stosunku do wynikającego z SIWZ zapotrzebowania Zamawiającego w okresie 36 miesięcy ilość opakowań odczynników, kalibratorów i materiałów kontrolnych; Zamawiający błędnie stosując art. 87 ust. 2 Pzp zmienił tę część oferty podwyższając liczbę zaoferowanych produktów na ilości zgodne z SIWZ.

(iii) w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. i 125. formularza asortymentowo-ilościowego Zamawiający nie zmienił w tym zakresie oferty Roche w trybie art. art. 87 ust. 2 PZP. Gdyby jednak uznać, że Zamawiający był uprawniony do poprawy oferty Roche w zakresie produktów wskazanych w pkt. (i) oraz (ii) powyżej, to należy też uznać, że Zamawiający powinien poprawić ofertę Roche również w zakresie produktów wskazanych w pkt. (iii). W konsekwencji tej poprawy cena zaoferowana przez Roche będzie wyższa niż cena zaoferowana przez Abbott w ramach części nr 6 przedmiotu zamówienia.

- I. Roche nie zaoferował wymaganego odczynnika i kalibratora służących oznaczania przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie anti-TG (pozycje 36. i 74. formularza oferty).
5. W pozycji 36. formularza asortymentowo-ilościowego - załącznik nr 2A do SIWZ (Formularz), Zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie anti-TG. Jednocześnie, wymagał dostarczenia odpowiedniej ilości kalibratorów tego odczynnika. dowód (1): załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 30.09.2017r.
6. W przedstawionej ofercie, Roche w pozycji 36. formularza asortymentowo- ilościowego zaoferował odczynnik Elecsys Tg II o nr katalogowym 06445896190, a w pozycji 74. kalibrator Tg II CalSet o nr katalogowym 06445900190. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche.
7. Z instrukcji używania odczynnika Elecsys Tg II wynika, że zaoferowany odczynnik służy do oznaczania stężenia tyreoglobuliny, a nie przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie. dowód (4): instrukcja używania odczynnika Elecsys Tg II
8. Oznaczanie stężenia tyreoglobuliny i oznaczanie przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie to dwa różne oznaczenia. Zaoferowany przez Roche odczynnik nie daje możliwości oznaczania przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie, jak wymagał tego Zamawiający.
9. Z instrukcji używania kalibratora Tg II CalSet wynika, że służy on do kalibracji odczynnika Elecsys TG II, a więc odczynnika do oznaczenia tyreoglobuliny, a nie przeciwciał przeciwko tyreoglobuliny.
10. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie odczynnika i kalibratora służących do oznaczania przeciwciał przeciwko tyreoglobulinie anti-TG. Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.
11. W wyroku sygn. akt KIO 1782/16, na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatorów KIO uznała, że niezaoferowanie przez wykonawcę choćby jednego z kalibratorów wymaganych przez zamawiającego powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający nie mógł poprawić tej niezgodności oferty Roche z treścią SIWZ.
12. W formularzu oferty w pozycji 36. Roche zaoferował odczynnik Elecsys Tg II, a w pozycji 74. kalibrator Tg II CalSet.
13. Zamawiający ofertę Roche ocenił jako najkorzystniejszą. W związku z tym wezwał Roche do złożenia dokumentów potwierdzających, że zaoferowane produkty spełniają wymagania określone w SIWZ.
14. W wykonaniu wezwania Roche przedłożył karty katalogowe (instrukcje używania) oferowanych produktów. Nie złożył jednak instrukcji używania odczynnika Elecsys Tg II oraz kalibratora Tg II CalSet.

15. W piśmie z dnia 28 listopada 2017 r. Abbott zwrócił uwagę Zamawiającego, że zaoferowane przez Roche odczynnik Elecsys Tg II oraz kalibrator Tg II nie spełniają wymagań Zamawiającego. dowód (5): pismo Abbott z dnia 28 listopada 2017 r.

16. W konsekwencji w dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający zażądał od Roche wyjaśnień dotyczących treści oferty. dowód (6): wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2017 r.

17. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Roche stwierdził, że wskazanie w ofercie produktów nie spełniających wymagań Zamawiającego stanowiło jedynie „nieistotną omyłkę”, a prawidłowa treść oferty Roche może zostać ustalona na podstawie kart katalogowych przedłożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. dowód (7): wyjaśnienia Roche.

18. Zamawiający zmienił więc treść oferty Roche, zastępując w pozycjach 36. i 74. formularza asortymentowo-ilościowego numery katalogowe odczynnika Elecsys TG II i kalibratora Tg II CalSet, nieodpowiadających treści SIWZ, numerami katalogowymi innego odczynnika i kalibratora, które treści SIWZ odpowiadają, a których karty katalogowe Roche przedłożył Zamawiającemu już po tym upływie terminu na składanie ofert, a nawet po tym jak oferty zostały otwarte. dowód (8): formularz asortymentowo-ilościowy - Część nr 6 - poprawione omyłki.

19. Zamawiający nie mógł w taki sposób zmienić treści oferty Roche.

20. Zamawiający może poprawić ofertę wykonawcy wyłącznie w przypadkach wskazanych w art. 87 ust. 2 PZP, tj. gdy w treści oferty występuje oczywista omyłka pisarska, oczywista omyłka rachunkowa lub omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ, której poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Niezgodność polegająca na tym, że wykonawca w treści oferty wskazał jeden produkt, a następnie na wezwanie zamawiającego złożył dokumenty dotyczące innego produktu, z oczywistych względów nie stanowi omyłki rachunkowej. Nie może być także uznana za oczywistą omyłkę pisarską, ani za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

21. Powyższe potwierdza stanowisko przedstawione w wyroku sygn. akt KIO 1891/14. Stan faktyczny w tamtej sprawie był analogiczny do stanu faktycznego sprawy niniejszej. Odwołujący zaoferował urządzenie Toshiba e-studio 264cs. Jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowany sprzęt wymagań zamawiającego odwołujący przedstawił ulotki dotyczące urządzenia Toshiba e-studio 287cs. Odwołujący podnosił, że zamawiający powinien był poprawić tę niezgodność w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp, poprzez wpisanie w formularzu oferty odwołującego urządzenia Toshiba e-studio 287cs.

22. KIO [sygn. akt KIO 1891/14] uznała, że tego rodzaju niezgodność nie jest omyłką pisarską: „Odwołujący w treści formularza oferty wskazał model: A-4 T. e-studio264 CS. Nie doszło więc do niezamierzonego opuszczenia wymaganej w formularzu oferty treści, niewłaściwej pisowni czy też wskazania więcej niż jeden modelu. Nie doszło również, w ocenie Izby, do

niewłaściwego użycia wyrazu, rozumianego, jako błąd językowy polegający na popełnieniu błędu gramatycznego, błędu składniowego, błędu stylistycznego, słowotwórczego czy też błędu leksykalnego. Z żadną z powyższych sytuacji nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał bowiem w formularzu oferty urządzenie znajdujące się w jego ofercie produktów będących w sprzedaży, użył istniejącego symbolu, co więcej, jak sam potwierdził podczas rozprawy, urządzenie w-skazane w treści formularza ofertowego o symbolu A-4 T. e-studio 264 CS spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

23. Podobnie KIO uznała [sygn. akt KIO 1891/14]: Nie jest też omyłką oczywistą: „Nie wynika bowiem z treści oferty oraz materiałów do niej dołączonych w sposób oczywisty jakie urządzenie zostało zaoferowane. Treść oferty oraz treść materiałów do niej załączonych odwołują się do dwóch różnych urzędzeń, zaś Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia za Odwołującego decyzji, co zaoferował w przedmiotowym postępowaniu przetargowym: czy urządzenie o symbolu: Toshiba e-studio 287 CS czy urządzenie o symbolu A-4 Toshiba e-studio 264 CS. Oczywistym dla Izby jest, że dokonanie proponowanej przez Odwołującego zmiany w treści formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. stanowiłoby zmianę treści oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego, a czynność taka jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

24. Niezgodność ta nie podlega także poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jej poprawa stanowiłaby bowiem istotną zmianę treści.

25. KIO [sygn. akt KIO 1891/14] zmianę symbolu produktu podaną w formularzu oferty uznała za zmianę istotną, wskazując, że: „W ocenie Izby, analiza zakresu ewentualnych zmian w treści formularza ofertowego żądanych przez Odwołującego prowadził do wniosku, że poprawienie omyłki powodowałoby faktyczną istotną zmianę w treści złożonej oferty. Zamawiający bowiem po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego, już po otwarciu ofert, zaoferowałby zupełnie inne urządzenia niż pierwotnie wskazane w treści swojej oferty. Zmiana taka nosi znamiona zmiany istotnej i w konsekwencji jest niedopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Dokonanie takiej zmiany przez Zamawiającego prowadziłoby bowiem do wytworzenia odmiennego, nowego oświadczenia woli Odwołującego w przedmiocie oferowanego urządzenia. Izba podkreśla, że Zamawiający winien wyjaśnić treść oferty w przypadku wystąpienia w niej niejasności, nieścisłości, wewnętrznych sprzeczności. W przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący sprecyzował w sposób jednoznaczny treść oświadczenia woli - zaoferował urządzenia oznaczone symbolem T. e-studio 264 CS. W treści oferty brak było wewnętrznych sprzeczności, gdyż wskazany został tylko i wyłącznie jeden model urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. Odwołujący załączył niewłaściwe dokumenty do zaoferowanego urządzenia, ale dokumenty te nie stanowią treści oferty. (...) W ocenie Izby umożliwienie Odwołującemu dokonania zmiany przedmiotu

świadczenia stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. i umożliwiałoby wykonawcy kształtowanie treści oferty w zakresie jej najistotniejszych elementów już po otwarciu ofert, a to z kolei rodziłoby ryzyko manipulacji przez wykonawców ofertami złożonymi w postępowaniu, (podkreśl, własne).

26. Roche w formularzu ofertowym wskazał odczynnik Elecsys Tg II i kalibrator Tg II CalSet. Przedłożone przez niego karty katalogowe dotyczyły jednak innych produktów - odczynnika Anti-TG i kalibratora Anti-TG CalSet. Z treści oferty nie wynikało, aby zaoferowane przez Roche produkty nie spełniały wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw, aby uznać, że omyłka Roche dotyczyła wpisania błędnych numerów katalogowych w formularzu ofertowym, a nie złożenia nieodpowiednich instrukcji używania. Poprawienie omyłki dotyczącej oznaczenia oferowanych produktów oznaczałoby, że treść oferty Roche zostałaby ustalona po upływie terminu na składanie ofert, a nawet już po ich otwarciu.

27. Rozbieżność między oznaczeniem oferowanych produktów w formularzu oferty Roche, a przedstawionymi przez Roche instrukcjami obsługi nie mogła być poprawiona przez Zamawiającego. Czynność Zamawiającego, polegająca na wpisaniu do formularza oferty Roche w pozycji 36. odczynnika Anti-TG, a w pozycji 74. kalibratora Anti-TG CalSet powinna zostać unieważniona.

28. W konsekwencji unieważnienia, oferta Roche w zakresie tych produktów nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

II. Roche zaoferował niewystarczającą ilość opakowań odczynników, kalibratorów i materiałów kontrolnych w pozycjach w 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. formularza oferty

29. Zamawiający wymagał dostarczenia odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych w ilościach wystarczających do wykonania wskazanej w Formularzu liczby oznaczeń w okresie 36 miesięcy. Ilość zaoferowanych odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych miała uwzględniać ich stabilność po otwarciu zgodnie z instrukcjami producenta. dowód (1): załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 30.09. 2017 r. oraz dowód (9) wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 30.10.2017 r.

30. Roche nie zaoferował wystarczającej liczby odczynników, kalibratorów i kontroli wskazanych w pozycjach 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104 formularza oferty Roche.

31. Abbott zwrócił uwagę Zamawiającego na niedoszacowanie oferty Roche w piśmie z dnia 28 listopada 2017 r. dowód (5): pismo Abbott z dnia 28 listopada 2017 r.

32. W konsekwencji w dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający zażądał od Roche wyjaśnień dotyczących ilości zaoferowanych opakowań odczynników, kalibratorów i kontroli. dowód (6): wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2017 r.



33. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Roche przyznał, że jego oferta jest niedoszacowana w zakresie produktów wskazanych w pozycjach 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104., oraz że powinien był zaoferować ilość opakowań wskazaną w piśmie Abbott z dnia 28 listopada 2017 r. Roche wniósł o poprawienie oferty przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. dowód (7): wyjaśnienia Roche

34. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie odczynników, kalibratorów i kontroli wskazanych w pozycjach 11., 13., 28.1., 51., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. formularza oferty Roche. Zamawiający nie mógł poprawić tej niezgodności oferty Roche z treścią SIWZ.

35. Zgodnie z wnioskiem Roche, Zamawiający zmienił treść jego oferty, zmieniając ilość oferowanych opakowań w pozycjach 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. formularza asortymentowo-ilościowego odpowiednią ilość opakowań. dowód (8): formularz asortymentowo-ilościowy - Część nr 6 - poprawione omyłki

36. Zamawiający nie mógł w taki sposób zmienić treści oferty Roche.

37. Za dopuszczalne poprawienie omyłek należy uznać tylko taką zmianę treści oferty przez Zamawiającego, która dotyczy niezamierzonej niezgodności oferty z treścią SIWZ:

Dominujący pogląd zakłada, że zauważona niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie może być przejawem celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Wskazywał na to m.in. Sąd Okręgowy w Krakowie, podkreślając, że: art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie np. materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp (wyrok z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09). W świetle powyższego omyłka musi wynikać z błędu wykonawcy, co oznacza, że sformułowanie oferty w sposób niezgodny z SIWZ nie może być działaniem świadomym i zamierzonym.

38. Niedoszacowanie ilości zaoferowanych opakowań było celowym działaniem Roche. W wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. Roche nie wytłumaczył z czego wyniknęło zaniżenie ilości zaoferowanych opakowań. Wskazał za to, że: „W sytuacji, gdy powołana przez Zamawiającego odpowiedź do SIWZ miała takie konsekwencje, jak to obecnie wskazuje Zamawiający, to rzeczywiście niektórych opakowań powinno być więcej.

39. W przywołanej wypowiedzi Roche chodzi na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 35.: „Czy Zamawiający wymaga, aby ilość odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów' zużywalnych była skalkulowana uwzględniając stabilność po otwarciu zgodnie z informacjami producentów' testów zawartymi w' instrukcjach tych odczynników, kalibratorów, kontroli i

materiałów zużywalnych? Każdy producent deklaruje pewną trwałość swoich produktów' po otwarciu i zakładając wykonywanie oznaczeń na bieżąco ilość opakowań powinna te stabilności uwzględnia”.

40. Odpowiadając na to pytanie, Zamawiający początkowo wskazał, że w razie niedoszacowania oferty będzie po prostu wymagał dostarczenia odpowiedniej ilości zaoferowanych produktów. dowód (10): wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 26 października 2017 r. - wyciąg

41. Gdy jednak Abbott zwrócił uwagę Zamawiającego na to, że taka odpowiedź na pytanie nr 35 spowoduje, że część wykonawców umyślnie zaniży ilość oferowanych produktów w stosunku do ilości wymaganej, aby obniżyć cenę, Zamawiający zmienił swoją odpowiedź. Zamawiający wskazał, że „oczekuje, że wykonawcy zaoferują odpowiednią ilość produktów wystarczającą na wykonywanie określonej w Formularzu liczby oznaczeń w okresie 36 miesięcy”. dowód (11): pismo Abbott z dnia 30 października 2017 r. oraz dowód (9): wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 30 października 2017 r.

42. Powołane wyżej wyjaśnienia Roche wskazują, że jego zamiar był dokładnie taki, jakiego obawiał się Abbott. Roche umyślnie zaniżył liczbę oferowanych opakowań. Zmiana odpowiedzi Zamawiającego oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień spowodowały, że Roche musiał przystać na zwiększenie ilości, a co za tym idzie wzrost ceny oferowanych produktów.

43. Wskazał, że powołany przez Roche w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. wyrok KIO sygn. akt KIO 2246/17, również potwierdza, że niedoszacowanie ilościowej oferty jest standardowym, świadomym działaniem Roche w celu obniżenia łącznej ceny oferowanych towarów. Wyrok ten dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę odczynników i innych materiałów wraz z dzierżawą analizatorów do wykonywania badań biochemicznych oraz immunochemicznych. Jednym z wykonawców, którzy przedstawili oferty w ramach tamtego postępowania był Roche. Z ustalonego przez KIO stanu faktycznego wynika, że również w ramach tamtego postępowania Roche zaoferował zaniżoną liczbę opakowań materiałów kontrolnych. Zaniżanie ilości oferowanych opakowań oferowanych produktów w niniejszym postępowaniu nie jest więc odosobnionym przypadkiem „omyłki” Roche.

44. Roche świadomie wskazał w ofercie określone ilości opakowań oferowanych produktów. Zamawiający nie mógł więc zmienić ilości opakowań oferowanych przez Roche produktów. Czynność Zamawiającego, polegająca na zmianie ilości opakowań podanych w pozycjach 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. formularza oferty Roche powinna zostać unieważniona.

45. W konsekwencji unieważnienia, oferta Roche w zakresie tych produktów nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

III. Roche zaoferował niewystarczającą ilość opakowań fiolek, rozcieńczalników i kalibratorów w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. i 125.

46. Oferta Roche jest niedoszacowana także w zakresie produktów wskazanych w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. i 125. formularza oferty. Ilość opakowań tych produktów nie została poprawiona przez Zamawiającego. Również w zakresie tych produktów nie jest możliwe poprawienie ich ilości przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 PZP (por. pkt. 5-45 powyżej).

47. Gdyby jednak uznać, że Zamawiający miał prawo poprawić ilość opakowań wskazaną w pozycjach w 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104. formularza oferty Roche, to Zamawiający powinien poprawić ofertę Roche także w zakresie wskazanych poniżej niezgodności z SIWZ, tj. w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. i 125. formularza oferty. Skutkiem tej poprawy cena zaoferowana przez Roche wzrośnie i będzie wyższa niż cena zaoferowana przez Abbott. Oznacza to, że w zakresie części nr 6 przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien wybrać ofertę Abbott jako najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

48. Roche nie zaoferował wystarczającej ilości opakowań fiolek CalSet Vials, wskazanych w pozycji 121. formularza oferty Roche.

49. W piśmie z dnia 28 listopada 2017 r. Abbott zwrócił na ten fakt uwagę Zamawiającego, dowód (5): pismo Abbott z dnia 28 listopada 2017 r.

50. W konsekwencji w dniu 5 grudnia 2017 r. Zamawiający zażądał od Roche wyjaśnień dotyczących treści oferty. dowód (6): wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5.12.2017 r.

51. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Roche stwierdził, że w jego ocenie wskazana przez niego ilość opakowań fiolek CalSet Vials jest wystarczająca. Gdyby jednak opakowań CalSet Vials okazało się za mało. Zamawiający będzie mógł użyć zamiast fiolek CalSet Vials naczynek Sample Cups. dowód (7): wyjaśnienia Roche

52. Roche nie ma racji. Po pierwsze, nie zaoferował wystarczającej ilości opakowań fiolek CalSet Vials. Po drugie, Zamawiający nie może wymiennie stosować fiolek CalSet Vials i naczynek Sample Cups.

53. Roche zaoferował 12 opakowań fiolek CalSet Vials po 112 sztuk każde, czyli łącznie 1344 fiolek. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche

54. Zgodnie z SIWZ Roche miał dostarczyć kalibratory, kontrole, materiały eksploatacyjna, akcesoria dla podanych w formularzu asortymentowo-ilość i owym ilości oznaczeń. Fiolki CalSet Vials używane są do porcjowania i następnie mrożenia kalibratorów i materiałów kontrolnych w celu przedłużenia ich stabilności. Biorąc pod uwagę ilość fiolek potrzebnych do rozporcjowania samych materiałów kontrolnych Roche powinien był zaoferować co najmniej 11.222 fiolki, co obrazuje tabela stanowiąca Załącznik nr V do niniejszego pisma.

55. W okresie 36 miesięcy Zamawiający będzie więc potrzebował 101 opakowania fiolek CalSet Vials.

56. Roche powinien był zaoferować 101 opakowań fiolek CalSet Vials. Jego oferta zawiera 12 opakowań, a więc o 89 opakowań za mało.

57. Wspomniane w wyjaśnieniach Roche naczynka Sample Cups nie służą do porcjowania materiału kontrolnego w celu jego przechowywania. Naczynka typu Sample Cups nie mają zamknięcia, służą jedynie do umieszczenia materiału kontrolnego w analizatorze bezpośrednio po jego rozmrożeniu w ramach procedury kontroli. Nie jest więc możliwe, żeby zamrozić i przechowywać w zamrażarce rozporcjowany materiał kontrolny w naczynkach bez zamknięcia, jakimi są naczynka Sample Cups.

58. Ponadto, jeśli Roche uważa, iż zaoferował odpowiednią ilość naczynek CalSet Vials, wówczas powinien był zaoferować więcej opakowań materiału kontrolnego. Biorąc pod uwagę, że w każdym opakowaniu znajdują się 4 dodatkowe fiołki i przy założeniu, że dane opakowanie zawiera 4 fiołki materiału kontrolnego, bez porcjowania materiału kontrolnego do fiolek CalSet Vials każdy rekonstruowany materiał kontrolny znajdujący się w jednej fiołce mógłby być użyty maksymalnie 3 razy - pierwsza porcja zostałaby użyta od razu po rekonstrukcji, druga porcja zostałaby zamrożona w dodatkowej fiołce dołączonej do opakowania, trzecia porcja zostałaby zamrożona w oryginalnej fiołce.

59. Tak więc z jednego opakowania, przykładowo, materiału kontrolnego PreciControl Universal, z którego procedury kontroli wykonywane są codziennie. Zamawiający mógłby wykonać 12 procedur kontroli - 3 procedury z jednej fiołki x 4 fiołki w zestawie = 12 procedur kontroli. W okresie 36 miesięcy Zamawiający będzie więc potrzebował 92 opakowania kontroli PreciControl Universal, zgodnie z poniższym wyliczeniem: 1095 kontroli: 12 kontroli = 9125

60. Ilość opakowań materiałów kontrolnych, jakie musiałyby zaoferować Roche w przypadku nie doliczenia CalSet Vials obrazuje tabela stanowiąca Załącznik nr VI do niniejszego pisma.

61. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie fiolek CalSet Vials. Oferta Roche powinna zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

62. Ponadto, zaoferowanie przez Roche odpowiedniej ilości opakowań fiolek CalSet Vials lub zmiana w zakresie oferty Roche przez Zamawiającego skutkowałyby tym, że cena zaoferowana przez Roche byłaby wyższa, niż cena zaoferowana przez Abbott. Jedno opakowanie CalSet Vials kosztuje 410,40 zł. Brakujące 89 opakowania kosztują łącznie 36.525,60 zł. Różnica pomiędzy ofertą Abbott (2.191.000,68 zł), a ofertą Roche po poprawkach Zamawiającego (2.177.327,19 zł), wynosiła 13 673,49 zł. Gdyby do oferty Roche dodać cenę brakujących CalSet Vials, to oferta Roche byłaby wyższa od oferty Abbott. Oznacza to, że w zakresie części nr 6 przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien wybrać ofertę Abbott jako najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp. Roche zaoferował niewystarczającą ilość opakowań kalibratora Anti-TPO CS Elecsys w pozycji 51. formularza oferty.

63. Roche nie zaoferował także wystarczającej ilości opakowań kalibratora Anti-TPO CS Elecsys, wskazanego w pozycji 51. formularza oferty Roche.
64. Roche zaoferował 6 opakowań kalibratora Anti-TPO CS Elecsys. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche.
65. Kalibrator Anti-TPO CS Elecsys służy do kalibrowania odczynnika Anti-TPO. dowód (12): instrukcja używania kalibratora Anti-TPO CS Elecsys
66. Z instrukcji używania odczynnika Anti-TPO wynika, że należy kalibrować każde nowe opakowanie tego odczynnika. dowód (13): instrukcja używania odczynnika Anti-TPO
67. Ze względu na jego stabilność firma Roche zaoferowała 27 opakowań odczynnika Anti-TPO. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche
68. Zamawiający będzie więc musiał wykonać 27 kalibracji. Ponieważ umowa będzie zawarta na 36 miesięcy, czyli 1095 dni, kalibracja będzie wykonywana co 40 dni. Stabilność kalibratora po otwarciu wynosi 8 tygodni, a w opakowaniu znajdują się dwie butelki kalibratora. Kolejne opakowanie kalibratora będzie więc musiało być otwarte po 161 dniach (kalibracja w 1 dniu i w 41 dniu - jedna butelka; kalibracja w 81 dniu i 121 dniu - druga butelka z tego samego opakowania; po kolejnych 40 dniach kolejna kalibracja, czyli nowe opakowanie będzie otarte po 161 dniach). dowód (12): instrukcja używania kalibratora Anti-TPO CS Elecsys
69. W okresie 36 miesięcy Zamawiający będzie więc potrzebował 7 opakowań kalibratora Anti-TPO CS Elecsys, zgodnie z poniższym wyliczeniem:  $1095 \text{ dni} / 161 \text{ dni} = 6,80$
70. Roche powinien był zaoferować 7 opakowań kalibratora Anti-TPO CS Elecsys. Jego oferta zawiera 6 opakowań, a więc o 1 opakowanie za mało.
71. Treść oferty Roche nie odpowiada więc treści SIWZ w zakresie kalibratora Anti-TPO CS Elecsys. Roche nie zaoferował nie wystarczającą ilość opakowań rozcieńczalnika Universal Diluent, wskazanego w pozycji 122. formularza oferty.
72. Roche zaoferował 24 opakowania rozcieńczalnika Universal Diluent. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche
73. Odpowiadając na pytanie nr 37. Zamawiający wskazał, że z pomocą rozcieńczalników zamierza wykonywać około 3% oznaczeń. dowód (10): wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 26 października 2017 r. - wyciąg
74. Biorąc pod uwagę, do których odczynników może być stosowany rozcieńczalnik Universal Diluent, oznacza to 3677 oznaczeń. Z jednego opakowania każdego ze wskazanych rozcieńczalników można wykonać 72 rozcieńczenia. W okresie 36 miesięcy Zamawiający będzie więc potrzebował 52 opakowania rozcieńczalnika Universal Diluent, zgodnie z poniższym wyliczeniem:  $3677 \text{ oznaczeń} : 72 \text{ oznaczeń} = 51,07$
75. Roche powinien był zaoferować 52 opakowania rozcieńczalnika Universal Diluent. Jego oferta zawiera 24 opakowań, a więc o 28 opakowań za mało.

76. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie rozcieńczalnika Universal Diluent. Oferta Roche powinna zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.
77. Roche nie zaoferował także wystarczającej ilości opakowań rozcieńczalnika Diluent MultiAssay, wskazanego w pozycji 119. formularza oferty Roche.
78. Roche zaoferował 6 opakowań rozcieńczalnika Diluent MultiAssay. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche
79. Z instrukcji używania rozcieńczalnika Diluent MultiAssay wynika, że jego stabilność wynosi 1 miesiąc. dowód (14): instrukcja używania rozcieńczalnika Diluent MultiAssay
80. W opakowaniu Diluent MultiAssay znajdują się dwa zestawy tego rozcieńczalnika. Jedno opakowanie będzie więc mogło być używane nie dłużej niż 2 miesiące. Ponieważ umowa ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy, Roche powinien zaoferować 18 opakowań rozcieńczalnika Diluent MultiAssay, zgodnie z poniższym wyliczeniem:  $36 \text{ miesięcy} / 2 \text{ miesiące} = 18$
81. Roche powinien był zaoferować 18 opakowania rozcieńczalnika Diluent MultiAssay. Jego oferta zawiera 6 opakowań, a więc o 12 opakowań za mało.
82. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie rozcieńczalnika Diluent MultiAssay. Roche zaoferował niewystarczającą ilość opakowań rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent oraz Diluent Universal 2 w pozycjach 124. i 125. formularza oferty.
83. Roche nie zaoferował także wystarczającej ilości opakowań rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent Elecsys, wskazanego w pozycji 124. formularza oferty Roche.
84. Roche zaoferował 6 opakowań rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent. dowód (2): formularz asortymentowo-ilościowy Roche
85. Z instrukcji używania rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent wynika, że jego stabilność wynosi 4 tygodnie. dowód (15): instrukcja używania rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent
86. W opakowaniu Estr./Prog. Diluent znajdują się dwa zestawy tego rozcieńczalnika. Jedno opakowanie będzie więc mogło być używane nie dłużej niż 8 tygodni. Ponieważ umowa ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy, czyli 156,42 tygodnie, Roche powinien zaoferować 20 opakowań rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent, zgodnie z poniższym wyliczeniem:  $156,42 \text{ tygodnia} / 8 \text{ tygodni} = 19,55$
87. Roche powinien był zaoferować 20 opakowania rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent. Jego oferta zawiera 6 opakowań, a więc o 14 opakowań za mało.
88. Treść oferty Roche nie odpowiadała więc treści SIWZ w zakresie rozcieńczalnika Estr./Prog. Diluent. Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

89. Roche nie zaoferował odpowiedniej ilości opakowań także w zakresie rozcieńczalnika Diluent Universal 2 wskazanego w pozycji 125. formularza oferty - zamiast 7 opakowań tego rozcieńczalnika, Roche zaoferował 6 opakowań.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie części 6 przedmiotu zamówienia. W zakresie tej części oferty złożyły jedynie dwa podmioty: Abbott i Roche. Oferta Abbott została oceniona przez Zamawiającego na 99,38 pkt, natomiast oferta Roche - na 100,00 pkt. Z powyższego wynika, dokonane przez Zamawiającego naruszenie ustawy skutkujące nieodrzuconiem oferty Roche, które miało istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku części 6 zamówienia odrzucenie oferty Roche skutkowałoby wybraniem drugiej oferty - złożonej przez Abbott. Nie ma zatem wątpliwości, że Abbott poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Rozpoznając wniosek zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku [Zamawiający] o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.1 tej ustawy Izba uznała, że wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu faktycznym tego wniosku Zamawiający podniósł, że w odwołaniu nazwa firmy zamawiającego nie została oznaczona prawidłowo. Mianowicie wskazano na Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka, podczas gdy tak oznaczony podmiot został wykreślony z rejestru z dniem 01.07.2015 r., a prowadzącym postępowanie jest spółka: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku sp. z o.o. Wskazał na zmiany wprowadzone w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Izba, nie uwzględniając wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na wskazywanej przez niego podstawie prawnej [art. 189 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 180 ust.1 ustawy Pzp] stwierdziła, że z okoliczności tej sprawy wynika bezspornie, że odwołanie zostało wniesione w zakresie części 6 w postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego o numerze: 86/PN/2017 i w zakresie tej części została złożona przez Odwołującego oferta skierowana do prowadzącej postępowanie spółki. Także czynności podejmowane przez tego Odwołującego, w tym przekazanie kopii wniesionego odwołania dotyczą przedmiotowego

postępowania prowadzonego przez tego Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka sp. z o.o. Pomimo posługiwania się nazwą jednostki przed jej przekształceniem, która to nazwa została omyłkowo użyta, Zamawiający nie kwestionował dokonywanych czynności wnoszącego odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Dostawa odczynników wraz z dzierżawą analizatorów - 86/PN/2017” w zakresie jego części 6, która dotyczy „Dostawy odczynników, kontroli płynów systemowych i części zużywalnych wraz z dzierżawą 2 analizatorów do wykonania około 253 701 oznaczeń immunologicznych przez okres 36 miesięcy”.

Rozpoznając odwołanie, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 87 ust.2 ustawy Pzp skierowany do wprowadzonych zmian w zakresie pozycji 74 Formularza asortymentowo-ilościowego (załącznik nr 2A do specyfikacji).

Zamawiający w piśmie z dnia 13.12.2017 r. poinformował wykonawcę Roche Diagnostica Polska sp. z o.o. [wykonawca Roche], że dokonał w ofercie wykonawcy we wskazanym Formularzu w zakresie części 6 poprawienia omyłek w następujący sposób: (1) Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w ofercie wykonawcy w pozycji 36 i i poz. 74 oczywistą omyłkę pisarską. (2) Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił w ofercie oczywistą omyłkę rachunkową polegającą na błędnym obliczeniu ceny w pozycji poz. od 113 do 121. (3) Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprawił w poz. 11, 13, 28.1, 36, 82, 83, 85, 86, 91, 92, 97, 103, 104, inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Dokonane poprawki zostały naniesione na wskazany Formularz i załączone do tego zawiadomienia.

Odwołujący w odwołaniu wskazał na naruszenie art. 87 ust.2 ustawy Pzp, a także art. 89 ust.1 pkt 2 i punktu 6 tej ustawy oraz jej art. 91 ust.1 ustawy, podnosząc, że Zamawiający niezasadnie dokonał poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy Roche oraz dokonując wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej niezasadnie zaniechał jej odrzucenia, albowiem ta oferta nie odpowiada treści specyfikacji i nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba ustaliła, że w pozycji 36 Formularza oczywista omyłka pisarska polegała na nieprawidłowym oznaczeniu w kolumnie: „nr katalogowy odczynnika” - numeru katalogowego dla „Asortymentu”: „przeciwciała przeciwko tyreoglobulinie anty TG” którego oznaczenie było ustalone w tabeli przez Zamawiającego bez ingerencji wykonawcy. Z kolei w pozycji 74 nazwę asortymentu oznaczał wykonawca. W tym przypadku Zamawiający stwierdzając także oczywiste omyłki pisarskie dokonał poprawek w trzech miejscach: w kolumnie „Asortyment”



zastąpił wskazany w ofercie kalibrator „anty-TG” kalibratorem „Anti-Tg CalSet” dla którego w kolumnie „Wielkość opakowania” w miejsce „1x1,0 ml” wpisał „1x1,5 ml” oraz w miejsce numeru katalogowego dla „anty-TG” wpisał numer dla ustalonego kalibratora „Anti-Tg CalSet”.

Podjęcie decyzji o dokonaniu wskazanych poprawek poprzedziła informacja od Odwołującego o zauważonych niezgodnościach zawarta w piśmie z dnia 28 listopada 2018 r. oraz wezwanie wykonawcy Roche w piśmie z dnia 5.12.2017 r. przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, które – jak wskazuje treść pierwszego z wymienionych pism – oparte zostało na wskazywanych przez Odwołującego nieprawidłowościach. Powyższe pośrednio potwierdza treść wezwania, w którym podano, że „Zamawiający powziął informację o niezgodności Państwa oferty z zapisami SIWZ (...). Wykonawca udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 8 grudnia 2017 r. przyznał, że w zakresie tych pozycji nastąpiła omyłka.

Co do pozycji 36 Formularza, Izba zgodziła się, że nieprawidłowy numer katalogowy dla prawidłowo wskazanego w tabeli asortymentu mógł być zakwalifikowany jako omyłka pisarska podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. Karta katalogowa, wymagana i złożona na wezwanie zgodnie z mechanizmem tzw. procedury odwróconej, potwierdziła bowiem, że w treści formularza asortymentowo-ilościowego został omyłkowo podany niewłaściwy numer katalogowy, nieadekwatny – zgodnie z opisem Zamawiającego - do przedmiotu oferty w tej pozycji.

Natomiast takie poprawienie, co do pozycji 74 Formularza, zakwalifikowane jako oczywista omyłka pisarska na podstawie art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, nie było możliwe. Przede wszystkim skutkiem tej zmiany doszło do zmiany przedmiotowej asortymentu i wielkości jego opakowania konfekcjonowanego w opakowaniach 1x1,5 ml. Kwestia numeru katalogowego była wynikiem oferowanego w Formularzu asortymentu. Tym samym nie można mówić w tym przypadku o omyłce pisarskiej, a o zaoferowaniu dla tej pozycji innego nieodpowiadającego wymaganiom tego postępowania asortymentu. To z kolei, z uwagi na powyższe ustalenia, świadczy, że oferta wykonawcy Roche nie mogła zostać poprawiona w tej pozycji na wskazanej podstawie, albowiem takie poprawienie prowadziło do zmiany oferowanego asortymentu, a to z kolei wskazuje, że zmiany w zakresie tej pozycji prowadziły do istotnych zmian w treści oferty tego wykonawcy, co z kolei na gruncie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nie było możliwe.

Izba zwraca uwagę, że na podstawie art. 87 ust.2 ustawy Pzp możliwe są do poprawienia tylko: (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz (3) inne omyłki

polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie – tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO - treść oświadczenia woli składanego w ofercie należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się w uzyskaniu zamówienia na podstawie zgodnej z wymaganiami specyfikacji oferty. Jednakże w przypadku wystąpienia niezgodności w treści oferty z wymaganiami specyfikacji kluczową sprawą jest możliwość ustalenia treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu zamówienia lub jego elementu w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w danym postępowaniu. Zazwyczaj popełnienie takich nieprawidłowości nie jest skutkiem zamierzonego działania wykonawcy, jednakże ich sposób poprawienia musi być oczywisty - nie budzący obiektywnie wątpliwości. W odniesieniu do pozycji 74 (podobnie do pozycji 36) Izba nie kwestionuje, że wprowadzenie nieprawidłowych danych do formularza mogło być skutkiem niezamierzonego błędu, jednakże ten błąd – jako wynik niestaranności wykonawcy w opracowywaniu oferty - nie mógł zostać wyeliminowany w drodze uzupełnienia treści oferty. Wprowadzone zmiany nie mogły być bowiem kwalifikowane jako oczywiste, według ustaleń Zamawiającego, omyłki pisarskie. Izba zgodziła się także z Odwołującym, że charakter tej zmiany nie pozwala na jej poprawienie jako innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem takie poprawienie (ustalenie wymaganego asortymentu) powoduje istotną zmianę w treści oferty. Taka niezgodność nie może być kwalifikowana jako omyłka a jako niestaranność w działaniu wykonawcy Roche, która powoduje, że oferta w zakresie tej pozycji nie jest zgodna z wymaganiami specyfikacji i nie podlega poprawieniu.

W odniesieniu do drugiej grupy kwestionowanych w odwołaniu poprawek dotyczących pozycji 11., 13., 28.1., 82., 83., 85., 86., 91., 92., 97., 103. i 104 Formularza Izba stwierdza, że wykonawca Roche zgodził się na ich poprawienie. Te omyłki mogły zdaniem Izby być kwalifikowane jako inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wprowadzenie ich nie wpływało bowiem na cenę ofertową.

Odnośnie trzeciej grupy zarzutów – niewystarczającej ilości opakowań fiolek, rozcieńczalników i kalibratorów w pozycjach 51., 119., 121., 122., 124. i 125 - Izba zgodziła się z Przystępującym Roche, że Odwołujący Abbott stwierdzając niezgodność oferty Roche z treścią SIWZ zarzuty oparł na przyjętym przez niego wzorcu idealnych wielkości zakładając najmniej korzystny dla wykonawcy scenariusz. Zamawiający w warunkach tego postępowania takiego wymagania nie postawił. Także odpowiadając na pytania nie sugerował takich oczekiwań, albowiem z tych odpowiedzi raczej wynikało, że jego oczekiwania dotyczą rzeczywistych a nie teoretycznych potrzeb. W odpowiedzi na pytanie nr 35 z dnia 26. 10. 2017 podał: „Zamawiający oczekuje od Wykonawcy w przypadku udowodnienia niedoszacowania

oferty o dostarczenie w cenie oferty odczynników i materiałów zużywalnych”, a w odpowiedzi z 30.10.2017: [„Zamawiający oczekuje aby ilość odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych była skalkulowana uwzględniając stabilność odczynników po otwarciu zgodnie z instrukcjami producenta”.] wymaganie co do stabilności odniósł do odczynników. Ponadto w odpowiedzi z dnia 26. 10. 2017 na pytanie 38 z wniosku: „o doprecyzowanie częstotliwości kontroli wewnątrzlaboratoryjnej dla podanych parametrów. Informacja ta jest niezbędna do prawidłowego wyliczenia ilości opakowań materiałów kontrolnych” podał, że: „wymaga zaoferowania kontroli codziennej naprzemiennie po jednym poziomie dla wszystkich parametrów oprócz: LH, FSH, Estradiol, Progesteron, HE-4, Testosteron, Insulina, Kortyzol, PTH, DHEA-S, C-Peptyd, a-TPO, a-TG, a-CCP, IgE, wpisane parametry Zamawiający wykonuje dwa razy w tygodniu naprzemiennie kontrolując jednym poziomem”. Z kolei w odpowiedzi na pytanie 36 także: „o określenie ilości oznaczeń (5%, 10%,...) dla jakich Zamawiający wykonuje rozcieńczenia. Informacja ta jest niezbędna w celu oszacowania ilości opakowań rozcieńczalników do tego niezbędnych.” Zamawiający podał, że wykonuje około 3 % oznaczeń z rozcieńczenia. Z też względu Izba zgodziła się z Przystępującym Roche, że w przypadku fiolek CalSet Vials – specyfikacja nie określała sposobu oszacowania liczby fiolek. Ponadto odpowiedź nr 35 z dnia 30.10.2017 r. nie dotyczy kalkulacji materiałów zużywalnych, zwłaszcza tych, które ze względu na swoją specyfikę nie mają okresu stabilności po otwarciu. Także w specyfikacji Zamawiający nie wskazał czy i w jaki sposób będzie porcjował kalibratory i kontrole, czy potrzebuje większą (jaką?) liczbę naczynek oraz czy i w jakim celu będzie naczynka wykorzystywał. W związku z powyższym wykonawca Roche mógł zaoferować standardową liczbę opakowań CalSet Vials, kierując się własnym doświadczeniem, w tym statystykami zużycia tego rodzaju asortymentu. Co do kalibratora anty-TPO wykonawca Roche miał także podstawy – jak podał w nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie 38 - w obliczeniach wydajności opakowania uwzględniać m.in. ilości stabilności odczynnika i ilości dni przerwy w wykonywaniu oznaczenia. Odnośnie rozcieńczalników typu Diluent, Izba także nawiązując do odpowiedzi na pytanie 37, zgodziła się z Przystępującym Roche, że Zamawiający wyjaśnił zasadę kalkulacji asortymentu dla oznaczeń wykonywanych na bieżąco (których jest zdecydowana większość) do których Diluenty nie mają zastosowania. Zgodnie z opisem zawartym w każdej z ulotek dotyczących rozcieńczalników rozcieńczenie próbek jest niezbędne w przypadku gdy stężenie oznaczanej substancji w próbce przekracza zakres pomiarowy w danym teście. W związku z powyższym Diluenty są wykorzystywane sporadycznie i tym samym założenie Odwołującego, że rozcieńczalniki muszą być zaoferowane w ilości zakładającej codzienne (bieżące) użycie, zdaniem Izby nie można było uznać za słuszne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....