

**WYROK**

**z dnia 14 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Bio-Rad Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Roche Diagnostics Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Specjalistycznego Szpitala im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika w Tarnowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę analizatorów do badań: gazometrycznych i wapnia zjonizowanego, z koagulologii, hematologicznych, analizy moczu, biochemicznych, wraz z dostawami: odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych niezbędnych do wykonywania badań na wymienionych analizatorach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 lipca 2018 roku wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum firm: Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Bio-Rad Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (przystępujący) w pakiecie nr 5,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Beckman Coulter Poiska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Bio-Rad Poiska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w Pakiecie nr 5
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) niezgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Beckman Coulter Polska sp. z o.o. i Bio-Rad Polska sp. z o.o. w pakiecie nr 5 pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z ostrożności odwołujący zarzucił także naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie przystępującego poprzez doliczenie brakującej ilości opakowań poszczególnych odczynników, a następnie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez przeliczenie wartości oferty zgodnie z prawidłową (odpowiadającą s.i.w.z.) ilością zaoferowanych odczynników.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. W związku z tym odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty przystępującego w pakiecie nr 5;
2. odrzucenie oferty przystępującego w pakiecie nr 5
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ww. pakiecie, ewentualnie z uwzględnieniem poprawienia omyłek na zasadach art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 18 lipca 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, zgodnie z którym w pakiecie nr 5 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu;

Z powyższym rozstrzygnięciem odwołujący się nie zgodził, gdyż złożona w postępowaniu oferta przystępującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że według s.i.w.z. każdy wykonawca przedstawi swoją ofertę zgodnie ze wzorem określonym w Formularzu Cenowym - Załącznik Nr 1 do s.i.w.z. W pkt III. 7 s.i.w.z. przewidziano, że: Cena brutto zamówienia - każdego pakietu powinna stanowić sumę wartości brutto wszystkich pozycji ujętych w pakiecie, natomiast wartość brutto pozycji winna być obliczona jako wartość netto powiększona o kwotę obowiązującego podatku. Wartość netto pozycji należy obliczyć jako iloczyn liczby opakowań przez cenę jednostkową netto opakowania, a uzyskaną kwotę zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku. Cenę jednostkową brutto opakowania należy obliczyć jako cenę jednostkową netto opakowania powiększoną o kwotę obowiązującego podatku i zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku.

Analogiczne zapisy znajdują się na wzorze formularza cenowego. Tam również zastrzeżono, że wypełniając formularz cenowy należy wymienić nazwę i ilość wszystkich: odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz pozostałych koniecznych do prawidłowego funkcjonowania oferowanych w dzierżawę analizatorów oraz wykonania wymienionej niżej liczby badań oraz oznaczeń kontrolnych. Formularz cenowy określał ilości oznaczeń przewidzianych do wykonania w okresie obowiązywania umowy (24 m-ce).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał liczbę i rodzaj oznaczeń, które będzie wykonywał, pozostawiając zarazem wykonawcom dobór odpowiedniej (adekwatnej) ilości asortymentu, koniecznego do wykonania założonych badań. Wykonawcy z jednej strony byli związani ilością podaną przez zamawiającego, a z drugiej strony - instrukcjami wykonywania oznaczeń zawartymi w tzw. ulotkach metodycznych każdego z oferowanych odczynników. W tychże ulotkach każdorazowo precyzyjnie podaje się zasady postępowania z odczynnikami, które są przecież wyrobami medycznymi, w tym określa się ich przechowywanie i stabilność (ponadto zasady wykonywania kontroli, kalibracji itp.). Jest więc oczywiste, że szacując ilość odczynników koniecznych do zaoferowania zamawiającemu, aby mógł wykonać zaplanowaną ilość badań, należy brać pod uwagę nie tylko ilość oznaczeń, którą nominalnie można wykonać z jednego opakowania odczynników, ale także okres ich przydatności (stabilności) po otwarciu. W razie bowiem jego upływu odczynnik podlega utylizacji.

Odwołujący wskazał, że ulotki odczynników zaoferowanych przez przystępującego przewidują różne okresy stabilności po otwarciu pojemnika (buteleczki), każdorazowo są jednak dokładnie określone, najczęściej liczbą dni z przedziału 14-90 dni. Przystępujący powinien więc kalkulować ilość testów, które należy zaoferować mając na uwadze stabilność wynikającą z ulotek odczynnikowych.

Odwołujący stwierdził, że ilości w ofercie przystępującego odczynników nie zostały obliczone z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu wynikającym z ulotek. Dotyczy to następujących pozycji formularza cenowego: nr 3, 4, 5, 7, 9,12,13, 15,19, 20, 24,28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37,41,44.

Odwołujący wskazał, że odczynniki w ilościach podanych w formularzu cenowym oferty przystępującego nie wystarczą na zabezpieczenie badań przez okres trwania umowy tj. 24 miesiące. Niedoszacowanie oferty wynosi 152 874,00 zł brutto.

Wobec zaniżenia ilości potrzebnych opakowań odczynników do wykonania określonych w s.i.w.z. ilości oznaczeń odwołujący stwierdził, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., mając na uwadze określony w s.i.w.z. sposób kalkulacji ceny. Skoro bowiem w ofercie nie ma niezbędnych ilości odczynników, to należy ją uznać, w odniesieniu do zakresu przyjętego na siebie zobowiązania, za sprzeczną z treścią s.i.w.z., co kwalifikuje ją pod przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jednocześnie, ze względu na wynikający z s.i.w.z., sposób obliczenia ceny brutto zamówienia należało zsumować wartości wszystkich niezbędnych towarów, a niewątpliwie kwota oferty przystępującego nie zawiera wszystkich odczynników, więc jest obliczona błędnie.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że gdyby ujawnione odstępstwa treści oferty przystępującego względem treści s.i.w.z. zostały uznane za inne omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., to odwołanie należy uznać za zasadne, a po doliczeniu właściwej liczby brakujących opakowań poszczególnych odczynników konieczne będzie przeliczenie wartości netto i brutto poszczególnych pozycji, stosownie do zmienionej (poprawionej) liczby opakowań, a następnie poprawienie kwoty łącznej ceny oferty na zasadach art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. łącznie o 152 874,00 zł brutto. Ze względu na skalę niedoszacowania, w wyniku ww. poprawienia oferta przystępującego przestanie być najkorzystniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2018 roku, złożonej na posiedzeniu Izby w dniu 10 sierpnia 2018 roku, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto zamawiający wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej, a w szczególności z dokumentów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie — na okoliczność ich treści oraz na okoliczność prawidłowego i zgodnego z prawem dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego, na okoliczność, że treść oferty przystępującego odpowiada treści s.i.w.z.

2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

Zamawiający podniósł, iż nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym w odwołaniu. Podnoszone w odwołaniu twierdzenia są bezzasadne i winny zostać oddalone w całości.

Przede wszystkim zamawiający stwierdził, że – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie naruszył żadnego z przepisów ustawy P.z.p., w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 7 ust. 1, jak również art. 87 ust.2 pkt 2 i 3. Zamawiający podniósł, że dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego są bezzasadne i nie znajdują potwierdzenia w przedmiotowej sprawie. Odwołujący prezentuje w swym piśmie szereg twierdzeń, nie przedstawia jednak żadnych dowodów na ich poparcie. Co więcej, w zamieszczonej w odwołaniu tabeli, odwołujący podaje obliczenia nie mające merytorycznych ani ekonomicznych podstaw.

Zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym wymagał podania „nazwy i ilości wszystkich: odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz pozostałych koniecznych do prawidłowego funkcjonowania oferowanych w dzierżawę analizatorów oraz wykonania wymienionej niżej liczby badań oraz oznaczeń kontrolnych”. Zamawiający wskazał szczegółowo, odnośnie każdej pozycji z tabeli, ile badań planuje wykonać. Przystępujący wypełnił wszystkie te pozycje i każdorazowo ilości przez niego zaoferowane spełniały lub przekraczały ilości oczekiwane przez zamawiającego.

Nie są zatem zrozumiałe wyliczenia odwołującego zaprezentowane w odwołaniu. Wielkości wskazane przez odwołującego znacząco przekraczają zapotrzebowanie zamawiającego i nie znajdują uzasadnienia.

Przykładowo zamawiający wskazał, że odwołujący twierdzi, że przystępujący, by wypełnić zapotrzebowanie, powinno zaoferować 3, a nie 2 opakowania Albumin. Na poparcie tej tezy przedstawia obliczenia (pozycja 1 tabeli), według których oferta powinna obejmować ilość Albumin wystarczającą na wykonanie 7.440 testów podczas, gdy zamawiający zamierza wykonać tylko 3.000 badań. Przystępujący zaoferował ilość Albumin pozwalającą na wykonanie 4.960 testów, a więc znacznie więcej niż zamierza wykonać zamawiający.

W ocenie zamawiającego, jeszcze bardziej jaskrawym przykładem błędnego rozumowania odwołującego jest ostatnia pozycja tabeli zawartej w odwołaniu dotycząca Homocysteiny (poz. 44 tabeli). Zamawiający planuje wykonać 500 oznaczeń. Przystępujący zaoferował ilość pozwalającą na wykonanie właśnie 500 oznaczeń, a tymczasem odwołujący uważa, że należało zaoferować ilość potrzebną do wykonania aż 2 500 testów.

Zamawiający stwierdził, że wszystkie pozycje tabeli sporządzonej przez odwołującego zawierają zawyżone ilości odczynników.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy mieli wskazać w formularzu cenowym ilości wszystkich: odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz pozostałych koniecznych do wykonania wskazanej przez zamawiającego liczby badań oraz oznaczeń kontrolnych. W związku z tym przystępujący zaoferował taką ilość poszczególnych odczynników, która pozwala zamawiającemu na wykonanie oczekiwanej przez niego ilości oznaczeń.

Zamawiający zaznaczył, że określił przedmiot zamówienia poprzez wskazanie efektu, jaki chce osiągnąć, tzn. wykonanie określonej ilości badań, a nie poprzez określenie potrzebnej ilości odczynników. Pozwoliło to wykonawcom na dalece posuniętą dowolność w doborze wielkości opakowań oraz sposobu porcjowania odczynników. Co istotne, dostrzega

to również sam odwołujący, który w treści swego odwołania zauważa, że to zamawiający pozostawił wykonawcom dobór odpowiedniej (adekwatnej) ilości asortymentu koniecznego do wykonania założonych badań.

W tym świetle, w ocenie zamawiającego, nie jest zrozumiałe podważanie oferty przystępującego, które zaoferowało ilości asortymentu właśnie w sposób adekwatny do potrzeb zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że przystępujący w trakcie postępowania zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem, czy wyrazi zgodę, aby w pakiecie Nr 5, w przypadku niektórych odczynników biochemicznych, zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferować ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze. Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2018 r. dopuścił zaoferowanie w pakiecie Nr 5 niektórych odczynników biochemicznych porcjowanych do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferowanie ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze.

Zamawiający wskazał, że porcjowanie odczynników pozwala na podzielenie ich na mniejsze porcje i bardziej ekonomiczne wykorzystanie. Butelka oryginalna przechowywana jest w lodówce w temp. 2-8°C, co pozwala na utrzymanie zawartego w niej odczynnika w stanie zdatnym do użycia do końca okresu ważności, podczas gdy w analizatorze przechowywana jest jedynie niewielka porcja i tylko ona traci stabilność po określonym w ulotce okresie przechowywania poza lodówką. Tak więc każde rozporcjowane opakowanie ma w rezultacie wydłużony okres stabilności.

W ocenie zamawiającego, zarzut odwołującego, iż treść oferty złożonej przez przystępującego, nie odpowiada treści s.i.w.z. jest zatem pozbawiony jakichkolwiek podstaw.

W ocenie zamawiającego, zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. nie zasługuje również na uwzględnienie. Oferta przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Cena została obliczona prawidłowo. Również zarzuty dotyczące zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie przystępującego poprzez doliczenie brakującej ilości opakowań poszczególnych odczynników, a następnie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez przeliczenie wartości oferty zgodnie z prawidłową, według odwołującego, ilością zaoferowanych odczynników nie znajdują uzasadnienia.



### **Izba ustaliła, co następuje:**

Według s.i.w.z., każdy wykonawca przedstawi swoją ofertę zgodnie ze wzorem określonym w Formularzu Cenowym - Załącznik Nr 1 do s.i.w.z. W pkt III. 7 s.i.w.z. przewidziano, że: Cena brutto zamówienia - każdego pakietu powinna stanowić sumę wartości brutto wszystkich pozycji ujętych w pakiecie, natomiast wartość brutto pozycji winna być obliczona jako wartość netto powiększona o kwotę obowiązującego podatku. Wartość netto pozycji należy obliczyć jako iloczyn liczby opakowań przez cenę jednostkową netto opakowania, a uzyskaną kwotę zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku. Cenę jednostkową brutto opakowania należy obliczyć jako cenę jednostkową netto opakowania powiększoną o kwotę obowiązującego podatku i zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku.

Analogiczne zapisy znajdują się na wzorze formularza cenowego. Tam również zastrzeżono, że wypełniając formularz cenowy należy wymienić nazwę i ilość wszystkich: odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz pozostałych koniecznych do prawidłowego funkcjonowania oferowanych w dzierżawę analizatorów oraz wykonania wymienionej niżej liczby badań oraz oznaczeń kontrolnych. Formularz cenowy określał ilości oznaczeń przewidzianych do wykonania w okresie obowiązywania umowy (24 m-ce).

Przystępujący w trakcie postępowania zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem, czy wyrazi zgodę, aby w pakiecie Nr 5, w przypadku niektórych odczynników biochemicznych, zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferować ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze. Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2018 r. dopuścił zaoferowanie w pakiecie Nr 5 niektórych odczynników biochemicznych porcjowanych do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferowanie ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze.

Przystępujący w pozycjach formularza nr 3, 4, 5, 7, 9,12,13, 15,19, 20, 24,28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37,41,44 zaoferował odczynniki w ilościach pozwalających na przeprowadzenie wymaganej ilości oznaczeń poprzez używanie odczynników w okresie dłuższym niż podana w ulotce odczynnikowej informacja o trwałości czynnika po otwarciu i przechowywaniu w analizatorze.

Z ulotek odczynnikowych wynika, że producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników przechowywanych na pokładzie aparatu od 14 do 90 dni. Nie wypowiedział się natomiast co do trwałości odczynników, które są przechowywane w

zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki po ich otwarciu w celu porcjowania odczynnika.

W dniu 18 lipca 2018 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, zgodnie z którym w pakiecie nr 5 została wybrana jako najkorzystniejsza oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą postępowania jest ustalenie, czy w rozpoznawanej sprawie przystępujący mógł zaoferować taką ilość odczynników, która uwarunkowana była możliwością wykorzystywania odczynnika po jego otwarciu i przechowywaniu w lodówce.

Na tak postawione zagadnienie należy odpowiedzieć twierdząco, gdyż wynika to z pytania zadanego przez wykonawcę o treści: *czy zamawiający wyrazi zgodę, aby w pakiecie Nr 5, w przypadku niektórych odczynników biochemicznych, zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferować ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze* oraz odpowiedzi na to pytanie, zgodnie z którą zamawiający dopuścił zaoferowanie w pakiecie Nr 5 niektórych odczynników biochemicznych porcjowanych do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferowanie ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze.

W tym miejscu podkreślić należy, że odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią s.i.w.z. i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi.

A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Biorąc powyższe pod uwagę, nie podzielono stanowiska

odwołującego, który zdawał się nie dostrzegać faktu udzielenia takiej odpowiedzi przez zamawiającego w toku postępowania.

Podkreślenia wymaga również to, że zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest zapewnić przestrzeganie naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami. Zdaniem Izby, oczywistym jest bowiem, że treść odpowiedzi wywarła wpływ na ofertę złożoną przez przystępującego, co zresztą w sposób niewątpliwy wynikało z argumentacji przystępującego przedstawionej w trakcie rozprawy.

W tym miejscu wskazać również należy, że treść odpowiedzi na pytanie dot. s i.w.z. jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. Odwołujący mógł zatem z tego uprawnienia skorzystać i zakwestionować w drodze odwołania treść udzielonej odpowiedzi. Wobec faktu, że odwołujący nie wniósł odwołania, odpowiedź na pytanie stała się obowiązująca i skuteczna wobec wszystkich uczestników postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, stwierdzić należy, że z zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego dowodów (ulotek odczynnikowych), wynika, że producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników przechowywanych na pokładzie aparatu. Nie wypowiedział się, a więc nie ograniczył wprost trwałości odczynników, które są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki, nawet po ich chwilowym otwarciu w celu porcjowania odczynnika.

Izba uwzględniła stanowisko przystępującego, że w przypadku odczynników Beckman Coulter podana jest informacja o trwałości otwartych odczynników przechowywanych w analizatorze i dotyczy to formy przechowywania otwartych odczynników w aparacie. Otwarte odczynniki, przechowywane w analizatorze, narażone są na parowanie i permanentny kontakt z powietrzem i zawartym w nim dwutlenkiem węgla czy tlenem. W związku z tym producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników przechowywanych na pokładzie aparatu. Nie ograniczył natomiast trwałości odczynników, które są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie została niedoszacowana i jest zgodna z s.i.w.z. z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie dot. możliwości

rozporcjowania odczynnika. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. należy uznać za bezzasadny.

Z tych samych przesłanek Izba uznała za nieuzasadniony podniesiony z ostrożności zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie przystępującego poprzez doliczenie brakującej ilości opakowań poszczególnych odczynników, a następnie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez przeliczenie wartości oferty zgodnie z prawidłową (odpowiadającą s.i.w.z.) ilością zaoferowanych odczynników. Ewentualne uwzględnienie tego zarzutu wymagałoby bowiem uprzedniego stwierdzenia istnienia w ofercie przystępującego oczywistej omyłki rachunkowej (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.) lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.). W ocenie Izby, żadna ze wskazanych wyżej okoliczności w ofercie przystępującego nie występuje. Izba uznała bowiem ofertę przystępującego za zgodną z s.i.w.z., co zostało wskazane powyżej. Tym samym nie może być mowy o wystąpieniu oczywistej omyłki rachunkowej, ponieważ operacje matematyczne w ofercie przystępującego zostały wykonane prawidłowo.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....