Sygn. akt: KIO 3476/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu

przy udziale wykonawcy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.
z siedzibą 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 wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie na rzecz zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Elblągu kwotę 4 329 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie
- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……

Sygn. akt: KIO 3476/24

U z a s a d n i e n i e

Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu (dalej: „zamawiający”) prowadzi,
na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Sprzedaż i dostawa odczynników, materiałów zużywalnych, kontroli i kalibratorów wraz z dzierżawą analizatorów i innych urządzeń oraz systemów wspomagających do automatyzacji fazy przed i post analitycznej (linia diagnostyczna) wraz z adaptacją (dostosowaniem) pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WSZ w celu umożliwienia montażu i uruchomienia linii diagnostycznej,
nr postępowania: 17/2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 291971-2024, numer wydania Dz.U. S: 96/2024.

W dniu 13 września 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie
o wyniku postępowania, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Beckman” lub „przystępujący”).

W dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący” lub „Roche”) zostało wniesione odwołanie
na niezgodne z ustawą czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na: (1) wyborze oferty Beckman w postępowaniu; (2) poprawieniu oferty Beckman, pomimo że ujawniona niezgodność jej treści z treścią dokumentów zamówienia nie miała charakteru omyłki;
(3) zaniechaniu odrzucenia oferty Beckman.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne poprawienie oferty Beckman, pomimo
że ujawniona niezgodność jej treści ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ") nie stanowiła omyłki oraz zaniechanie odrzucenia oferty Beckman, gdyż jej treść jest niezgodna
z warunkami zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; odrzucenia oferty Beckman oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący wskazał, że analiza treści oferty złożonej przez Beckman prowadzi do wniosku, że oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż jej treść jest niezgodna
z warunkami zamówienia, a to z przyczyn wskazanych poniżej.

W pierwszej kolejności zarzucał, że przystępujący skalkulował w swojej ofercie towar, który nie był wymagany przez zamawiającego, w sposób sprzeczny z odpowiedzią z dnia
20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 110 oraz niespełnianie warunku granicznego. Przypomniał, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą załączników nr 1A-1I do SWZ, stanowiących w odpowiednim zakresie także formularze cenowe. W załączniku nr 1C zamawiający wymagał podania przez wykonawcę m.in. elektrod i innych niezbędnych materiałów wymaganych do wykonania oznaczeń z załącznika nr 1A.

Zgodnie z pkt 1.2. rozdziału IV SWZ, m.in. w załączniku nr 1E zamawiający określił parametry graniczne oferowanych produktów. Pod pozycją 2 "Parametr" załącznika 1E
do SWZ określono wymaganie: "Instalacja aparatów bez wcześniejszych nakładów finansowych ze strony zleceniodawcy. Po instalacji aparaty gotowe do pracy."

Z kolei zgodnie z pozycją 3 "Serwis" załącznika 1E do SWZ: "W okresie dzierżawy wymagane przez producenta przeglądy okresowe (minimum 1 raz w roku lub częstsze, jeśli takie są zalecenia producenta) wraz z kosztami wymienianych części zamiennych, pakietów naprawczych i innych elementów zużywalnych. Cały zakres opisanej opieki serwisowej stanowi koszt Wykonawcy w ramach złożonej ceny oferty przetargowej."

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 20 czerwca 2024 r. na pytanie 110 do SWZ wyjaśnił: Pytanie 110: „Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku, jeśli serwis producenta analizatorów zobowiązuje się do wykonywania wszelkich procedur instalacyjnych, konserwacyjnych
i naprawczych elektrody referencyjnej, nie ma konieczności oferowania w postępowaniu przetargowym dodatkowej elektrody referencyjnej i jakichkolwiek płynów niezbędnych
do konserwacji tej elektrody. Płyny i kolejne elektrody są dostarczane, wymieniane
i uzupełniane przez serwis producenta w razie potrzeby". Odpowiedź: „Tak, Zamawiający potwierdza i w związku z tym nie oczekuje zaoferowania dodatkowej elektrody referencyjnej
i płynów konserwacyjnych do elektrody poza standardowymi przeglądami technicznymi Wykonawcy".

Oferta Beckman nie spełnia powyższych warunków. W załączniku nr 1C stanowiącym formularz asortymentowo-cenowy w pozycjach 6-9, oraz 14 i 15 firma Beckman zaoferowała
i wyceniła w ramach oferty dostawę: 6. Elektrody Na - 2 szt., 7. Elektrody K - 2 szt., 8. Elektrody CL - 2 szt., 9. Elektrody Reference - 2 szt., 14. Zestaw okresowo wymienianych materiałów zużywalnych - 6 m*, 15. Zestaw okresowo wymienianych materiałów zużywalnych - 12 m*. Pod tabelą została umieszczona informacja, że pozycje oznaczone * zawiera komplet elektrod wymienianych przez serwis.

Odwołujący wyjaśnił, iż w ramach "zestawów okresowo wymienianych materiałów zużywalnych" zaoferowanych przez Beckman w poz. 14 i 15 załącznika 1C mieszczą się elektrody Na, K, Cl, a także elektroda referencyjna, co jest wprost niezgodne z wymaganiami określonymi w odpowiedzi z dnia 20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 110. Zamawiający określił, iż nie wymaga zaoferowania dodatkowej elektrody referencyjnej, gdyż powinna być ona objęta opieką serwisową producenta, o czym mowa w pkt 3 "Serwis" załącznika nr 1E do SWZ. Zamawiający nie oczekiwał zaoferowania dodatkowej elektrody referencyjnej i ta elektroda nie powinna była zostać wyspecyfikowana i wyceniona w formularzu asortymentowym.

Beckman w formularzu stanowiącym załącznik 1C wyszczególnił 4 rodzaje elektrod oraz dwa zestawy okresowo

wymienianych materiałów zużywalnych, które zgodnie
z wyjaśnieniami pod tabelą cenową zawierają komplet elektrod wymienianych przez serwis. W takim ujęciu "komplet" nie może być rozumiany inaczej, niż jako kompletny zestaw zawierający wszystkie podane w formularzu elektrody (w tym elektrodę referencyjną, która także podlega wymianom serwisowym). Komplet z natury rzeczy oraz zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego PWN oznacza "zbiór elementów stanowiących pewną całość, w której nie brakuje żadnego z nich". W tym wypadku, tylko zbiór składający się
z elektrod: referencyjnej, Na, K i CI może oznaczać komplet. Wymienione elektrody stanowią niezbędną i minimalną całość, gdyż bez którejkolwiek z nich nie jest możliwym przeprowadzenie badań (oznaczenia elektrolitów).

W oparciu o powyższe, zwycięska oferta została skalkulowana poprzez nieuprawnione dodanie do formularza cenowego pozycji niewymaganej przez zamawiającego (dodatkowej elektrody referencyjnej w ramach oferowanego kompletu elektrod). Oznacza to, iż Beckman samodzielnie rozszerzył przedmiot zamówienia oraz swoje świadczenie, oczekując wynagrodzenia za elementy, które nie powinny być osobno płatne przez zamawiającego. Odwołujący, który dokonał prawidłowej kalkulacji oferty, nie uwzględniając w wycenie dodatkowej elektrody referencyjnej, nie ma możliwości uzyskania takiego dodatkowego zamówienia i proporcjonalnie większego wynagrodzenia. Zatem, umożliwienie uzyskania przez Beckman w oparciu o złożoną ofertę dodatkowego, nieprzewidzianego przez zamawiającego świadczenia, należy ocenić jako sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz generalnie podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Powyższe wnioski dodatkowo potwierdzają wyjaśnienia firmy Beckman z dnia 30 lipca 2024 r. Wykonawca ten oświadczył, że "Zaoferowane elektrody będą instalowane w trakcie instalacji aparatów i Zamawiający będzie zobowiązany do ich zamówienia w pierwszym złożonym zamówieniu." (str. 1 wyjaśnień). Oznacza to, iż nie spełniono ww. wymogu granicznego, wobec zobligowania zamawiającego do poniesienia wskazanych nakładów finansowych w postaci zakupu kompletu elektrod przed wykonaniem instalacji. Tak więc oferta Beckman nie mogła być uznana za zgodną z warunkami zamówienia i powinna być odrzucona już tylko z tej przyczyny (niezgodna z OPZ, zakłada dodatkową płatność ze element, który nie podlegał indywidualnej wycenie).

Dalej odwołujący wywodził, że oferta złożona przez Beckman jest sprzeczna z treścią SWZ także z tego powodu, że nie został spełniony wymóg zapewnienia materiału kontrolnego z gwarancją stabilności na cały okres trwania umowy (tj. wymóg z załącznika nr 1B do SWZ).

Przypomniał, że zgodnie z załącznikiem nr 1B do SWZ (wiersz 2) zamawiający określił następujące wymaganie: "KALIBRATORY, KONTROLE 2 - poziomowe z gwarancją stabilności po otwarciu obejmującą cały okres trwania umowy - 48 m-cy". Powyższe znajduje potwierdzenie w odpowiedzi zamawiającego z dnia 20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 14: Pytanie 14. „Czy Zamawiający poprzez zapis „KALIBRATORY, KONTROLE 2 poziomowe
z gwarancją stabilności po otwarciu obejmującą cały okres trwania umowy - 48 m-cy” ma na myśli, że wymaga aby Wykonawca zapewnił takie ilości opakowań kalibratorów i kontroli aby w okresie 48 m-cy Zamawiający miał cały czas stabilne?” Odpowiedź Zamawiającego: "Należy dokonać kalkulacji zaoferowanych kalibratorów i kontroli aby umożliwić pracę przez okres 48 miesięcy”.

Wykonawca Beckman w załączniku 1B zaoferował zbyt małą liczbę opakowań dla materiału kontrolnego z pozycji 1.24 - BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit, co w przypadku przystąpienia do realizacji zamówienia skutkowałoby brakiem zapewnienia go na cały okres obowiązywania umowy tj. 48 miesięcy, wbrew wyraźnym wymaganiom dokumentów zamówienia.

Na powyższą okoliczność odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu w ramach notatki z wglądu do oferty. W jej wyniku zamawiający wezwał Beckman do złożenia wyjaśnień treści oferty. W ramach pisma z dnia 30 lipca 2024 r. Beckman ustosunkował się do zarzutu zaoferowania niewystarczającej liczby ww. materiału podnosząc kategorycznie, że nie zachodzi sprzeczność z SWZ (cyt. „Oferta jest zgodna z SWZ” - strona 9 wyjaśnień). Beckman oświadczył zatem, że w ofercie nie ma żadnej omyłki jeśli chodzi o prawidłową ilość materiału BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit Podobnego zdania był zamawiający, dokonując jej wyboru.

Dopiero na skutek wniesionego odwołania zamawiający dokonał rewizji swojego stanowiska. W piśmie z dnia 9 września 2024 r. adresowanym do Beckman, stanowiącym zawiadomienie o poprawieniu omyłek, zamawiający stwierdził, że: „Z obliczeń wynikających
z treści oferty (ulotki) wynika jednoznacznie, że w poz. 1.24 dla kontroli Bühlmann fCALTM turbo Control Kit Wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181A
02-222 Warszawa wpisał zaniżoną ilość co wynika wprost z ulotki. Zamiast 4 opakowań prawidłowa ilość powinna wynosić 6 opakowań.” W ślad za tym nie odrzucił jednak oferty, lecz ją poprawił w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

na co Beckman wyraził zgodę.

Na gruncie powyższych ustaleń za niesporne, w ocenie odwołującego, należy uznać, że oferta Beckman w omawianym zakresie była niezgodna z SWZ. Nie obejmowała wymaganej ilości kontroli BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit. Oceny natomiast wymaga możliwość jej poprawienia w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znajduje on obligatoryjne zastosowanie w przypadku tzw. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Użycie przepisu następuje w razie ziszczenia się łącznie tych trzech warunków (niezgodność z SWZ, stanowiąca omyłkę, nie wymagająca istotnej ingerencji w ofertę). Jeden z nich nie zachodzi - nie mamy do czynienia z omyłką. Jak słusznie podkreślono w komentarzu do ustawy wydanym przez UZP (pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza) niezgodność, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.

Zamawiający za pismem z dnia 26 lipca 2024 r. zwrócił się do Beckman o wyjaśnienie okoliczności zaoferowania jedynie 4 opakowań kontroli BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit. Beckman potwierdził, że jest to ilość prawidłowa zaoferowana świadomie, zgodnie z wolą tego wykonawcy. Nie może być zatem mowy o omyłce, a w konsekwencji oferta nie podlegała poprawieniu. Skoro jednocześnie pozostaje ewidentnie niezgodna z SWZ, to koniecznym i uzasadnionym jest jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Kolejna niezgodność treści oferty przystępującego z SWZ dotyczyła braku spełnienia pkt 6 parametrów granicznych, Załącznik Nr 1G do SWZ - PARAMETRY GRANICZNE DLA ANALIZATORÓ IMMUNODIAGNOSTYCZNYCH - zmiana z dnia 20 czerwca 2024 r.

W załączniku nr 1G do SWZ w pkt 6 tabeli obejmującej parametry wymagane, zamawiający postawił warunek: “Łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych włączonych w linie minimum 800 oznaczeń na godzinę. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie większej liczby analizatorów włączonych w linię (łącznie max. 4 szt. w tym dwóch nowych + 1 szt. lub 2 szt. używane), przy czym wymaga, aby co najmniej dwa z nich były fabrycznie nowe (rok produkcji 2024) pozostałe jeśli zajdzie taka konieczność mogą być analizatorami używanymi z udokumentowanym stanem technicznym oraz przeglądem wykonanym przez serwis Wykonawcy. Zamawiający zastrzega, jednak aby analizatory używane były nie starsze niż 4 letnie (rok produkcji min. 2020 rok).”

Oferta wykonawcy Beckman nie spełnia także powyższego wymogu. Beckman w części dotyczącej analizatorów immunochemicznych zaoferował (w poz. 9 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w pkt 2 załącznika nr 1D do SWZ oraz w załączniku nr 1 G do SWZ) dwa systemy: DXl9000 i DXl800. W oświadczeniu zawartym w pozycji 6 tabeli załącznika nr 1G do oferty potwierdził dla tych systemów łączną wydajność 850 testów/ godz., co jest niezgodne z prawdą.

W instrukcji obsługi systemu DXl 9000 Access Immunoassay Analyzer (załączona do odwołania), jest napisane, że “wydajność analizatora, jest zależna od tego czy dany test charakteryzuje się oznaczeniem jednoetapowym czy dwuetapowym”. Jedynie w przypadku wykonywania samych testów jednoetapowych (one-step assays) wydajność wynosi max 450 ozn./godz. W przypadku oznaczeń dwuetapowych (two-step assays) wydajność analizatora wynosi max. 225 testów / godz. Odwołujący zacytował opis w Instrukcji użycia analizatora Dxl 9000 na str. 3-14.

Wskazał również, że podobna sytuacja zachodzi w przypadku zaoferowanego analizatora DXI 800. Zgodnie z informacją podaną przez Producenta w Instrukcji UniCel Dxl Reference Manual (załączona do odwołania) na stronie A-8, wydajność analizatora DXI 800 zależy od typu reakcji oznaczanych na nim testów. W przypadku oznaczania wyłącznie testów w technice jednostopniowej (one-step assays) wynosi 400 oznaczeń na godzinę, a w przypadku oznaczania testów dwustopniowych (two-step assays) wydajność Dxl 800 wynosi 200 testów/ godzinę.

Uzasadniał w dalszej części, że producent przewidział dużą różnicę w wydajności systemu w zależności od typu reakcji (testów z oznaczeniem jedno- lub dwu- etapowym).
Już sama ta okoliczność przesądza, iż oświadczenie złożone przez Beckman w załączniku nr 1G do oferty co do wydajności DXI 9000 na poziomie 450 oznaczeń na godzinę oraz DXI 800 na poziomie 400 oznaczeń na godzinę, jest niezgodne z prawdą. Producent nie ujmuje poziomu wydajności generalnie (jak zrobił to Beckman), tylko różnicuje w zależności od typu reakcji testów. Różnica jest znacząca, gdyż testy dwuetapowe są o 50% mniej wydajne niż testy jednoetapowe. Znacząca większość testów oferowanych przez Beckman

w przedmiotowym postępowaniu to testy oznaczane w technice dwustopniowej i stanowią one aż 70% zadeklarowanych w załączniku nr 1 A do oferty testów immunochemicznych. Zestawienie rodzaju testów i ich ilości zaprezentował w tabeli.

Jego zdaniem już tylko z tego powodu należy przyjąć, że wydajność systemu nie może być oznaczona na poziomie wydajności testów jednoetapowych (jak zrobił to Beckman), gdy przedmiotem oferty w przeważającej mierze (ok 70%) są testy dwuetapowe, dla których przewidziano odrębny (inny) poziom maksymalnej wydajności. Oczywistym jest zatem, że przy określonej przez zamawiającego konfiguracji badań wykonywanych w laboratorium, wymagana przez SWZ wydajność minimum 800 testów/ godz. nie może zostać spełniona przez oferowane przez Beckman analizatory DxI 9000 oraz DxI 800. Dla takiej konfiguracji badań należy przyjąć maksymalne wydajności opisane przez Producenta w instrukcjach analizatorów DxI 9000 oraz DxI 800, a więc odpowiednio 225 i 200 testów na godzinę
(tj. o połowę mniejsze niż wskazał Beckam). Sumarycznie łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych zaoferowanych przez wykonawcę wynosi 425 testów/ godzinę. Jest to wartość o prawie 50 % mniejsza od wymaganej w SWZ. Wobec tego warunek graniczny określony w pozycji 6 tabeli Załącznika Nr 1G do SWZ: ”Łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych włączonych w linie minimum 800 oznaczeń na godzinę” nie został spełniony przez Beckman.

Nadmienił również, że dla spełnienia ww. warunku wydajności, zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania większej liczby analizatorów włączonych w linię (łącznie max. 4 szt. - zgodnie z treścią poz. 6 tabeli Załącznika nr 1G do SWZ). Beckman mógł zaoferować większą liczbę analizatorów i spełnić w ten sposób warunek łącznej wydajności minimum 800 oznaczeń. Tak postąpił odwołujący oferując 3 analizatory o łącznej wydajności 900 ozn./ godzinę. Ograniczenie przez Beckman liczby oferowanych analizatorów do poziomu niepozwalającego na zachowanie ww. wymagań granicznych, spowodowało korzystniejszą cenowo wycenę oferty w stosunku do ceny odwołującego, który zadbał o zaoferowanie liczby produktów pozwalających zrealizować zamówienie zgodnie z założeniami SWZ.

Firma Beckman oferując jedynie dwa analizatory zaoferowała korzystniejszą cenę
za realizację zamówienia, jednakże to ograniczenie spowodowało, że umowa nie będzie mogła być realizowana zgodnie z wymaganiami zamawiającego, gdyż przedmiot oferty jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

Ostatni z podnoszonych zarzutów dotyczył z kolei braku zaoferowania przez Beckman materiału, niezbędnego do należytego działania analizatora DXI 9000.

Odwołujący przywołał następującą argumentację. Zamawiający wymagał skalkulowania oferty w sposób pozwalający na pełne wykonanie przedmiotu zamówienia.
Jak wynika z zawartej w załączniku nr 1C Odczynniki uzupełniające, elektrody, materiały zużywalne i pozostałe niezbędne materiały do wykonania oznaczeń z załącznika Nr 1A, kalkulacji oferty, Beckman nie zaoferował następującej pozycji, która jest niezbędnym materiałem zużywalnym koniecznym do pracy analizatora DxI 9000, tj.: Automated System Diagnostics (ASD) Pack, Nr kat. C23913.

Ten materiał zużywalny wymieniony jest, wraz z innymi materiałami zużywalnymi,
w Instrukcji Obsługi analizatora DxI 9000 w części Consumables (Materiały zużywalne)
na str. 5-4 oraz w Appendix A (Dodatek A), rozdział Lista części zużywalnych na str. A-1 (dokument odwołujący załączył do odwołania). Zgodnie z opisanym przeznaczeniem na
str. 5-4, analizator Dxi 9000 używa odczynnika ASD jako pomoc w diagnostyce aparatu. Odczynnik ASD jest ładowany, rozładowywany i przechowywany w analizatorze, podobnie jak odczynniki specyficzne dla testu. Ponieważ odczynnik ASD nie wymaga kalibracji, jego status jest wyświetlany na ekranie Consumables oprogramowania aparatu.

Pominięcie w ofercie wymienionego odczynnika powoduje brak możliwości sprawdzenia przez zamawiającego poprawności działania analizatora DXI 9000, a przez to
w ogóle korzystania z urządzenia. Przeznaczeniem analizatora jest wykorzystywanie
go w badaniach laboratoryjnych, które muszą gwarantować prawidłowość uzyskiwanych wyników. Brak wskazanego elementu uniemożliwia weryfikację należytego działania urządzenia, a przez to wykrywanie m.in. potrzeby wykonywania napraw serwisowych. Brak ww. materiału do analizatora jest nadto wprost sprzeczne z zaleceniami Producenta. Powyższe dodatkowo uzasadnia konieczność odrzucenia oferty Beckman.

Odwołujący stwierdził, że w świetle tak przedstawionego uzasadnienia faktycznego należy dojść do przekonania, że treść oferty Beckman jest niezgodna z warunkami zamówienia i zamawiający powinien odrzucić ofertę Beckman na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu ma bowiem miejsce w sytuacji kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy, nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji (zawartość

merytoryczna oferty). Poprzez niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia rozumie się w literaturze materialną niezgodność zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia
(tak M. Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod. red. M. Jaworska, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 638). Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W konsekwencji powyższych uchybień zamawiający naruszył jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 15 października 2024 r.,
w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania
w całości.

Wykonawca Beckman, na posiedzeniu w dniu 16 października 2024 r. wniósł
o przeprowadzenie dowodów, według spisu, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie.
W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jego oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby bowiem Izba uznała zasadność zarzutów odwołującego
i nakazała odrzucenie oferty przystępującego, to w wyniku powtórzenia czynności badania
i oceny ofert, to odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, możliwość uzyskania zamówienia została bowiem odwołującemu odebrana, a co za tym idzie utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez odwołującego, załączone do odwołania i złożone na rozprawie oraz złożone przez wykonawcę Backman na posiedzeniu, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SWZ jest: Sprzedaż i dostawa odczynników, materiałów zużywalnych, kontroli i kalibratorów wraz z dzierżawą analizatorów
i innych urządzeń oraz systemów wspomagających do automatyzacji fazy przed i post analitycznej (linia diagnostyczna) wraz z adaptacją (dostosowaniem) pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WSZ w celu umożliwienia montażu i uruchomienia linii diagnostycznej.

W zakresie zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego skalkulowania przez Beckman w ofercie towaru niewymaganego przez zamawiającego, w sposób sprzeczny z odpowiedzią udzieloną przez niego w piśmie z 20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 110, oraz niespełnianie warunku granicznego Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że

przedmiot zamówienia opisany został za pomocą załączników nr 1A-1I do SWZ, stanowiących w odpowiednim zakresie także formularze cenowe. W załączniku nr 1C zamawiający wymagał podania przez wykonawcę m.in. elektrod i innych niezbędnych materiałów wymaganych do wykonania oznaczeń
z załącznika nr 1A.

Zgodnie z pkt 1.2. rozdziału IV SWZ, m.in. w załączniku nr 1E zamawiający określił parametry graniczne oferowanych produktów. Pod pozycją 2 "Parametr" załącznika 1E
do SWZ określono wymaganie: "Instalacja aparatów bez wcześniejszych nakładów finansowych ze strony zleceniodawcy. Po instalacji aparaty gotowe do pracy."

Z kolei zgodnie z pozycją 3 "Serwis" załącznika 1E do SWZ: „W okresie dzierżawy wymagane przez producenta przeglądy okresowe (minimum 1 raz w roku lub częstsze, jeśli takie są zalecenia producenta) wraz z kosztami wymienianych części zamiennych, pakietów naprawczych i innych elementów zużywalnych. Cały zakres opisanej opieki serwisowej stanowi koszt Wykonawcy w ramach złożonej ceny oferty przetargowej."

Ponadto zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, w piśmie z 20 czerwca 2024 r. na pytanie 110 do SWZ wyjaśnił: „Pytanie 110: Prosimy o potwierdzenie, że
w przypadku, jeśli serwis producenta analizatorów zobowiązuje się do wykonywania wszelkich procedur instalacyjnych, konserwacyjnych i naprawczych elektrody referencyjnej, nie ma konieczności oferowania w postępowaniu przetargowym dodatkowej elektrody referencyjnej
i jakichkolwiek płynów niezbędnych do konserwacji tej elektrody. Płyny i kolejne elektrody są dostarczane, wymieniane i uzupełniane przez serwis producenta w razie potrzeby” Odpowiedź: Tak, Zamawiający potwierdza i w związku z tym nie oczekuje zaoferowania dodatkowej elektrody referencyjnej i płynów konserwacyjnych do elektrody poza standardowymi przeglądami technicznymi Wykonawcy”.

Jednocześnie w treści oferty firmy Beckman, w załączniku nr 1C stanowiącym formularz asortymentowo-cenowy w pozycjach 6-9, oraz 14 i 15 przystępujący zaoferował
i wycenił w ramach oferty dostawę: 6. Elektrody Na - 2 szt., 7. Elektrody K - 2 szt., 8. Elektrody CL - 2 szt., 9. Elektrody Reference - 2 szt. (…) 14. Zestaw okresowo wymienianych materiałów zużywalnych - 6 m*, 15. Zestaw okresowo wymienianych materiałów zużywalnych - 12 m*. Pod tabelą została umieszczona informacja, że pozycje oznaczone * zawiera komplet elektrod wymienianych przez serwis.

W zakresie niezbędnym dla rozpoznania drugiego z zarzutów, dotyczącego braku spełnienia przez Beckman wymogu zapewnienia materiału kontrolnego z gwarancją stabilności na cały okres trwania umowy (tj. wymogu załącznika nr lB do SWZ) Izba
w pierwszej kolejności ustaliła, że zgodnie z załącznikiem 1B do SWZ (wiersz 2) zamawiający określił następujące wymaganie: "KALIBRATORY, KONTROLE 2 poziomowe z gwarancją stabilności po otwarciu obejmującą cały okres trwania umowy - 48 m-cy". Powyższe znajduje potwierdzenie w odpowiedzi zamawiającego z dnia 20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 14: Pytanie 14. „Czy Zamawiający poprzez zapis KALIBRATORY, KONTROLE 2 - poziomowe
z gwarancją stabilności po otwarciu obejmującą cały okres trwania umowy - 48 m-cy ma na myśli, że wymaga aby Wykonawca zapewnił takie ilości opakowań kalibratorów i kontroli aby w okresie 48 m-cy Zamawiający miał cały czas stabilne?” Odpowiedź zamawiającego: "Należy dokonać kalkulacji zaoferowanych kalibratorów i kontroli aby umożliwić pracę przez okres 48 miesięcy”.

Ponadto ustalono, że zgodnie z deklaracją zawartą w treści Załącznika 1b do SWZ, który składali wykonawcy: Gwarantujemy, że zaoferowana ilości wyszczególnione
w niniejszym arkuszu asortymentowo-cenowym są wystarczające do wykonania podanej przez Zamawiającego ilości badań. W przypadku, gdy ilość ta okaże się niewystarczająca zobowiązujemy się do dostarczenia Zamawiającemu brakującej ilości na swój koszt

Odwołujący, po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez przystępującego, zwrócił zamawiającemu uwagę, że ten w załączniku 1B zaoferował zbyt małą liczbę opakowań dla materiału kontrolnego z pozycji 1.24 - BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit, co w przypadku przystąpienia do realizacji zamówienia skutkowałoby brakiem zapewnienia go na cały okres obowiązywania umowy - tj. 48 miesięcy, wbrew wyraźnym wymaganiom dokumentów zamówienia. W wyniku tego zamawiający wezwał Beckman do wyjaśnienia treści oferty.
W piśmie z 30 lipca 2024 r. Beckman ustosunkował się do zarzutu zaoferowania niewystarczającej liczby ww. materiału stwierdzając, że nie zachodzi w tym przedmiocie sprzeczność z SWZ. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Beckman. Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając odwołanie. W wyniku wniesionego odwołania zamawiający dokonał rewizji swojego stanowiska, uwzględniając odwołanie w tym zakresie.

Pismem z 9 września 2024 r. adresowanym do Beckman, zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu omyłek w treści jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając: „Z obliczeń wynikających z treści oferty (ulotki) wynika jednoznacznie, że
w poz. 1.24 dla kontroli Bühlmann fCALTM turbo Control Kit Wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181A 02-222 Warszawa wpisał zaniżoną ilość co wynika wprost z ulotki. Zamiast 4 opakowań prawidłowa ilość powinna wynosić 6 opakowań."
Na powyższe Beckman wyraził zgodę.

W zakresie istotnym dla oceny zarzutu trzeciego, dotyczącego braku spełnienia wymagań punktu 6 parametrów granicznych, Załącznik nr 1G do SWZ - PARAMETRY GRANICZNE DLA ANALIZATORÓ IMMUNODIAGNOSTYCZNYCH (zmiana z dnia
20 czerwca 2024 r.) Izba ustaliła, że treść spornego punktu miała następujące brzmienie: "Łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych włączonych w linie minimum 800 oznaczeń na godzinę. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie większej liczby analizatorów włączonych w linię (łącznie max. 4 szt. w tym dwóch nowych + 1 szt. lub 2 szt. używane), przy czym wymaga, aby co najmniej dwa z nich były fabrycznie nowe (rok produkcji 2024) pozostałe jeśli zajdzie taka konieczność mogą być analizatorami używanymi
z udokumentowanym stanem technicznym oraz przeglądem wykonanym przez serwis Wykonawcy. Zamawiający zastrzega, jednak aby analizatory używane były nie starsze niż 4 letnie (rok produkcji min. 2020 rok)".

Beckman, w części dotyczącej analizatorów immunochemicznych, zaoferował (poz. 9 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w pkt 2 załącznika nr 1D do SWZ oraz w załączniku nr 1 G do SWZ) dwa systemy: DXI 9000 i DXI 800. W oświadczeniu zawartym w pozycji 6 tabeli załącznika nr 1G do oferty potwierdził dla tych systemów łączną wydajność 850 testów/ godz..

W instrukcji obsługi systemu DXI 9000 Access Immunoassay Analyzer (załączona
do odwołania), jest napisane, że "wydajność analizatora, jest zależna od tego czy dany test charakteryzuje się oznaczeniem jednoetapowym czy dwuetapowym". W przypadku wykonywania samych testów jednoetapowych (one-step assays) wydajność wynosi max 450 ozn/ godz. W przypadku oznaczeń dwuetapowych (two-step assays) wydajność analizatora wynosi max. 225 testów / godz. (Instrukcja użycia analizatora Dxl 9000, str. 3-14).

W odniesieniu do zarzutu ostatniego, a dotyczącego braku zaoferowania materiału niezbędnego do należytego działania analizatora DXI 9000 zaoferowanego przez Beckman Izba ustaliła, że zamawiający wymagał skalkulowania oferty w sposób pozwalający na pełne wykonanie przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 1C Odczynniki uzupełniające, elektrody, materiały zużywalne
i pozostałe niezbędne materiały do wykonania oznaczeń z załącznika Nr 1A, Beckman
nie wymienił następującej pozycji: Automated System Diagnostics (ASD) Pack, Nr kat. C23913.

Izba ustaliła także, że zamawiający w dniu 13 września 2024 r. dokonał wyboru oferty złożonej przez Beckman jako najkorzystniejszej.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 23 września 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na oddalenie w całości.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu podlega oferta której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie: (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, (3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert.

Odwołujący, w treści odwołania wskazywał, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Beckman pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy tym wskazał cztery powody, dla których zamawiający powinien stwierdzić niezgodność oferty przystępującego z treścią SWZ, a każda z tych przyczyn stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty przystępującego.

Poniżej Izba odniesie się kolejno do wskazanych podstaw, jednakże na wstępie przypomnienia wymaga, który to pogląd należy uznać za ugruntowany w orzecznictwie Izby
i sądów okręgowych, że odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko i wyłącznie w razie jednoznacznego i niewątpliwego stwierdzenia takiej niezgodności. Przy czym niezgodność taka zachodzi, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, które zostały w sposób jasny i wyartykułowany w dokumentach zamówienia
(tak np.: Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1618/23; Wyrok KIO z dnia
15 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1205/23; Wyrok KIO z dnia12 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 472/24). Przepis ten, o charakterze sankcyjnym, musi być zatem stosowany w sposób ostrożny, wyłącznie w takich przypadkach gdy z porównania treści oferty wykonawcy wynika, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości.

Pierwszy z podnoszonych przez odwołującego zarzutów dotyczy skalkulowania przez Beckman w ofercie towaru niewymaganego przez zamawiającego (w sposób sprzeczny
z odpowiedzią udzieloną przez niego w piśmie z 20 czerwca 2024 r. na pytanie nr 110) oraz niespełnianie warunku granicznego.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący przywoływał treść dokumentów zamówienia wywodząc, że zamawiający jednoznacznie określił wymóg, zgodnie z którym instalacja aparatów miała następować bez wcześniejszych nakładów finansowych ze strony zamawiającego, co było wymaganiem, jak twierdził - granicznym. Dodatkowo, w okresie dzierżawy, w pozycji 3 „Serwis" załącznika nr 1E do SWZ, zamawiający wymagał przeglądów okresowych wraz z kosztami wymienianych części zamiennych, pakietów naprawczych
i innych elementów zużywalnych. Cały zakres opieki serwisowej odbywać miał się na koszt wykonawcy w ramach złożonej oferty. Co więcej, w treści odpowiedzi na pytanie nr 110, udzielonej w dniu 20 czerwca 2024 r., zamawiający potwierdził, że nie oczekuje zaoferowania dodatkowej elektrody referencyjnej i płynów konserwacyjnych do elektrody, poza standardowymi przeglądami technicznymi wykonawcy.

Oferta Beckman ma nie spełniać tych wymagań, o czym w ocenie odwołującego świadczy fakt, że w załączniku 1C, stanowiącym formularz asortymentowo-cenowy, w pozycji 14 i 15, zaoferował dodatkową elektrodę referencyjną. Z kolei zamawiający określił, że nie wymaga dodatkowej elektrody referencyjnej, gdyż ta powinna być objęta opieką serwisową producenta, o czym mowa w pkt 3 „Serwis" załącznika nr 1E do SWZ. Konsekwencją powyższego jest to, że doszło do rozszerzenia przedmiotu zamówienia o elementy, za które zamawiający zobowiązany będzie osobno zapłacić. Stanowisko odwołującego jest nietrafione z następujących powodów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie budzi wątpliwości, że spełnione zostało przez przystępującego wymaganie, które odwołujący określał jako graniczne w brzmieniu: „Instalacja aparatów bez wcześniejszych nakładów finansowych ze strony zleceniodawcy.
Po instalacji aparaty gotowe do pracy". W tym zakresie należy bowiem rozróżnić gotowość
do pracy danego urządzenia od jego gotowości do wykonywania badań. Jak wyjaśniał zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca każde urządzenie, po jego podłączeniu, będzie gotowe do pracy. Nie oznacza to jeszcze, że możliwe będzie wykonywanie badań. Aby móc wykonywać pracę rutynową i wydawać wyniki badań, należy zakupić stosowne akcesoria, te z kolei wymienione zostały w formularzu asortymentowo
- cenowym dołączonym do oferty. Należą do nich: odczynniki, wszystkie niezbędne kalibratory, kontrole, płyny systemowe oraz inne akcesoria, w tym także elektrody. Przy czym to czy dana elektroda jest na wyposażeniu danego aparatu w tzw. „wersji startowej" czy też nie, jest zależne od tego jaki aparat dany wykonawca oferuje.

Zamawiający w aktualnie prowadzonym postępowaniu nie sprecyzował w treści SWZ czy elektrody muszą zostać zaoferowane w ramach pakietu startowego czy też nie,
w przeciwieństwie do wymagania, które było zamieszczone w treści SWZ w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w roku 2020, znak sprawy 29/2020 (dowód I.5 przystępującego). Jakkolwiek zapisy poprzednich SWZ nie

są wiążące czy rozstrzygające dla oceny przedmiotowego zarzutu, Izba wzięła pod uwagę treść zapisu, który znalazł się w SWZ z roku 2020, załącznik nr 3 D do SWZ dla pakietu nr 3 lp. 3, a który precyzował, że aparat musi być gotowy do pracy, zaś pierwsze elektrody do elektrolitów na wyposażeniu analizatorów.
W odróżnieniu od poprzednich zapisów w niniejszym postępowaniu zamawiający nie postawił wymagania dotyczącego tego, że jeśli elektrody nie są oferowane w wersji startowej
- wykonawca zobowiązany będzie ją zapewnić. Tym samym należy stwierdzić, że w świetle aktualnych zapisów SWZ każdy aparat, po jego zainstalowaniu, bez względu na to czy zawiera elektrody czy też nie, będzie spełniał wymaganie zamawiającego dotyczące gotowości
do pracy.

Ponadto zamawiający, w formularzu asortymentowo cenowym - załącznik Nr 1A
do SWZ wymienił odczynniki, które należy zaoferować. Między innymi: w pozycji 30 - Cl,
w pozycji 62 - K, w pozycji 77 - Na. Z uwagi na to, że oznaczania te wykonywane są przy udziale elektrod jonoselektywnych, w ofercie pojawiła się informacja „Patrz: Załącznik 1C".
Z kolei w załączniku tym wyspecyfikowano elektrody: Na, K, Cl oraz elektrodę referencyjną. Ta ostatnia, podobnie jak wszystkie pozostałe odczynniki, niezbędne kalibratory, kontrole, inne akcesoria oraz płyny systemowe zamawiający będzie zobowiązany kupić w ramach obowiązującej umowy. Wszystkie należy zainstalować w aparacie, wykonać niezbędne kalibracje i sprawdzić za pomocą materiałów kontrolnych poprawność wykonywanych badań. Etap ten określany jest jako przygotowanie do pracy rutynowej i obejmuje szkolenia personelu, zaś kończy się wydaniem certyfikatów potwierdzających ich ukończenie. Po nim dopiero laboratorium przechodzi do pracy rutynowej przy wykorzystaniu danego aparatu
i zainstalowanych niezbędnych akcesoriów.

Powyższe przesądza, że spełniony został wymóg SWZ tj. analizatory biochemiczne zaoferowane w postępowaniu przez Beckman będą gotowe do pracy po ich zainstalowaniu, zaś sama instalacja nie wymaga ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych nakładów finansowych. Dodatkowe, niezbędne odczynniki, w tym także elektrody będą musiały zostać zakupione dopiero celem wykonywania badań na danym aparacie.

Nie potwierdził się także, w ocenie Izby zarzut, że zestawy okresowo wymienialnych materiałów zużywalnych zaoferowane w pozycji 14 i 15 Załącznika Nr 1 C do SWZ zawierają dodatkowe elektrody referencyjne. Informacja pod tabelą (oznaczone gwiazdką) wskazuje bowiem jednoznacznie, że każdy zestaw zawiera komplet elektrod wymienianych przez serwis. Skoro zatem z treści przywołanej informacji wynika bezspornie, że elektrody wymieniane są przez serwis, nie można podzielić zarzutu odwołującego, że przystępujący, wbrew treści odpowiedzi na pytanie nr 110 i oczekiwaniom zamawiającego będzie wymieniał elektrody referencyjne przy każdym przeglądzie serwisowym co 6 miesięcy i, że wykonawca dokonał ich wyceny w treści złożonej oferty.

Jak wyjaśniał przystępujący w przypadku oferowanych przez niego aparatów
- Beckman DXC 700 AU, wymiana elektrody referencyjnej następuje po analizie 150 000 próbek lub po 2 latach, w zależności od tego, co nastąpi pierwsze, dlatego też kolejne elektrody są dostarczane i wymieniane przez serwis producenta w razie potrzeby. Natomiast co sześć miesięcy wykonywane są okresowe przeglądy serwisowe, co zbiega się z koniecznością wymiany kompletu elektrod: Na, K i Cl. Dlatego też każdy zestaw wymieniony w pozycji 14
i 15 zawiera taki komplet elektrod Na, K i Cl. (powyższe jest zgodne z treścią dowodu I.1 przystępującego - Instrukcja użycia. System DxC 700 AU firmy BECKMAN COULTER).
Nie ma zatem powodu, aby każdy wyżej opisany zestaw zawierał elektrodę referencyjną, którą wymienia się co dwa lata. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia Kierownika Serwisu firmy Beckman (dowód I.2). Przystępujący przedłożył także dowody
w postaci oświadczeń kilku użytkowników analizatorów DxC 700 AU (dowody I.3), z treści których wynika, że w postępowaniach przetargowych przez nich organizowanych zostały
im zaoferowane zestawy okresowo wymienianych materiałów zużywalnych, które zawierają komplet materiałów zużywalnych wykorzystywanych przez serwis do przeglądów okresowych co 6 miesięcy. W ich skład nie wchodzi elektroda referencyjna ani płyny do konserwacji elektrody, gdyż te dodatkowe elektrody referencyjne oraz płyny do jej konserwacji
są dostarczane, wymieniane i uzupełniane przez serwis producenta w razie potrzeby.

Powyższe wyjaśnienia i dowody zgromadzone w sprawie potwierdzają, że zarzut sformułowany przez odwołującego w tym zakresie jest niezasadny.

Drugi zarzut, który sformułował odwołujący dotyczy kwestii braku spełnienia przez przystępującego wymogu

zapewnienia materiału kontrolnego z gwarancją stabilności na cały okres trwania umowy (załącznik nr 1B do SWZ). Odwołujący wskazywał, że oferta złożona przez wykonawcę Beckman była sprzeczna z SWZ w omawianym zakresie. Nie obejmowała wymaganej ilości kontroli BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit, zaś zamawiający dokonał poprawienia treści złożonej oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy
w okolicznościach niniejszej sprawy działanie takie było nieuprawnione.

Odwołujący zwracał uwagę, że przepis ten znajduje zastosowanie jedynie
w przypadku, gdy tzw. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Użycie przepisu następuje w razie ziszczenia się łącznie tych trzech warunków (niezgodność z SWZ, stanowiąca omyłkę, nie wymagająca istotnej ingerencji w ofertę). W tej sprawie nie zachodzi jeden z nich, nie mamy do czynienia z omyłką, ale celowym działaniem przystępującego, który świadomie złożył oświadczenia woli o określonej treści. Dodatkowo podkreślał, że w sytuacji, gdy zamawiający wezwał tego wykonawcę w piśmie z 26 lipca 2024 r. o wyjaśnienie okoliczności zaoferowania jedynie 4 opakowań kontroli BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit, Beckman potwierdził, że jest to ilość prawidłowa, zaoferowana świadomie, zgodnie z wolą tego wykonawcy.

Istota zarzutu sprowadzała się zatem do oceny czy w okolicznościach, które miały miejsce w niniejszej sprawie mamy do czynienia z omyłką, którą zamawiający mógł poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp czy też, jak wskazywał odwołujący koniecznym
i uzasadnionym było odrzucenie oferty Beckman na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako sprzecznej z treścią SWZ.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że zamawiający, przed odrzuceniem oferty
na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3 wskazanej ustawy, a więc gdy jej poprawa nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Przepis ten, w swojej treści, odpowiada co do zasady przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. Regulacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty
- nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się
o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazywało uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (…). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności,
w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Powyższe prowadzi do wniosku, że tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje
na pewną dozę elastyczności i uznaniowości, pozwalając zamawiającemu na zastosowanie tej regulacji w odniesieniu do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie budzi jednak wątpliwości, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek
w ofercie wykonawcy z zastosowaniem omawianej regulacji konieczne jest po pierwsze stwierdzenie, że oferta nie odpowiada dokumentom zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek i w końcu, że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty
(ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Podkreślić także należy, że w przeciwieństwie do omyłek z art. 223 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy, omyłki uregulowane w art. 223 ust. 2 pkt 3 nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości.

W niniejszej sprawie, zdaniem Izby, zaistniały wszystkie trzy elementy niezbędne
do tego, aby uznać, że konieczne jest poprawienie w ofercie przystępującego innej omyłki,

w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności nie budzi wątpliwości, że mamy do czynienia z brakiem zgodności treści oferty z SWZ, która polegała na zadeklarowaniu zaniżonej liczby opakowań kontroli BUHLMANN fCALTM turbo Control Kit, tj zadeklarowaniu dostarczenia 4 opakowań, podczas gdy z przedłożonej przez przystępującego ulotki produktu, załączonej do oferty, jednoznacznie wynikało, iż prawidłowo zadeklarowana liczba opakowań powyższego materiału kontrolnego winna wynosić 6 opakowań.

Nie sposób również uznać, że poprawienie oferty wykonawcy Beckman w wyżej opisanym zakresie spowodowało istotną zmianę w treści złożonej przez niego oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i piśmiennictwie, przy ocenie istotności poprawy należy badać zakres poprawy w stosunku do całości oferty i przedmiotu zamówienia. W tym przypadku, jak wskazywał zamawiający wartość oferty Beckman w momencie składania ofert wynosiła 7 645 367,41 zł. brutto, natomiast oferta Roche opiewała na kwotę 7 940 119,60 zł. brutto. W toku oceny ofert, w wyniku doszacowania liczby opakowań odczynników, cena oferty Roche wzrosła do 8 216 880,40 zł., co oznacza różnicę wynoszącą 571 512,99 zł na korzyść Beckman. Z kolei poprawienie omyłki w ofercie Beckman spowodowało zwiększenie wartość tej oferty zaledwie o 2 160,00 zł. brutto. Nie może być zatem mowy w tym przypadku o zmianie istotnej, ani w aspekcie ilościowym, ani też wartościowym.

W końcu też należy uznać, że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek. Fakt, że przystępujący początkowo nie dostrzegł, iż w treści złożonej przez niego oferty zaistniała omyłka, nie przesądza jeszcze, że nie może być mowy o omyłce. Trudno stwierdzić bowiem, że działanie przystępującego było świadome i celowe w sytuacji, gdy jednocześnie przedłożył wraz z ofertą ulotkę produktu, która potwierdza wymaganą liczbę materiałów kontrolnych, zgodną z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ. To, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z 26 lipca 2024 r. o wyjaśnienie okoliczności zaoferowania jedynie
4 opakowań kontroli BÜHLMANN fCALTM turbo Control Kit, Beckman potwierdził, że jest
to ilość prawidłowa, nie wyklucza i nie przesądza, że nie można mówić o omyłce.

Działanie Beckman należy oceniać raczej w kategoriach braku staranności,
niż celowego działania z tej przyczyny, że nawet w sytuacji gdyby do poprawienia omyłki nie doszło wykonawca ten byłby zobowiązany do dostarczenia brakujących materiałów na własny koszt (w treści Załącznika 1b do SWZ, który wykonawca składał znajduje się oświadczenie
o treści: „Gwarantujemy, że zaoferowana ilości wyszczególnione w niniejszym arkuszu asortymentowo-cenowym są wystarczające do wykonania podanej przez Zamawiającego ilości badań. W przypadku, gdy ilość ta okaże się niewystarczająca zobowiązujemy się do dostarczenia Zamawiającemu brakującej ilości na swój koszt.). Zapis ten gwarantował zamawiającemu, iż w przypadku gdy będzie miało miejsce niedoszacowanie, wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć brakującą liczbę kontroli na własny koszt".

Wykonanie tej czynności przez zamawiającego było zatem w tych okolicznościach uprawnione, a w świetle tego, że zamawiający dokonał również poprawy omyłek w ofercie Roche - także celowe i konieczne. Kluczowe w tej sprawie jest, iż zamawiający dokonując korekty oparł się na dokumentach złożonych wraz z ofertą przez samego przystępującego,
nie zaś w toku wyjaśnień czy jakichkolwiek negocjacji treści złożonej oferty. Ponadto zmiana ta, wobec postanowień dokumentów zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca tak czy inaczej byłby zobowiązany do dostarczenia brakujących materiałów na własny koszt, jeśli nie doszacuje ich liczby, nie była zmianą istotną. Na koniec, nie sposób się też zgodzić z tak kategoryczną oceną odwołującego, że nie mogło być mowy o omyłce w sytuacji, w której Beckman w piśmie z 30 lipca 2024 r. potwierdza, że prawidłowo obliczył i oszacował ilość materiałów. Beckman w istocie dość późno zorientował się, że popełnił błąd i nieprawidłowo oszacował potrzebną ilość materiałów, tym niemniej nie sposób wykluczyć, że przy tak dużej ilości pozycji - sytuacja taka może mieć miejsce. Odwołujący winien to zrozumieć tym bardziej, że sam popełnił tak wiele błędów w swojej ofercie, które zamawiający następnie skorygował.

Trzeci z zarzutów sformułowanych przez odwołującego dotyczył braku spełnienia punktu 6 parametrów granicznych, Załącznik Nr 1G do SWZ - PARAMETRY GRANICZNE DLA ANALIZATORĆ IMMUNODIAGNOSTYCZNYCH - zmiana z dnia 20.06.2024 r.

Kluczowe, dla oceny tego zarzutu będzie przywołanie w tym miejscu brzmienia wymagania zamieszczonego w załączniku nr 1G do SWZ w pkt 6 tabeli obejmującej parametry wymagane. Zamawiający opisał warunek w następujący sposób: "Łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych włączonych w linie minimum 800 oznaczeń na godzinę. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie większej liczby analizatorów włączonych w linię (łącznie max. 4 szt. w tym dwóch nowych + 1 szt. lub 2 szt. używane), przy czym wymaga, aby co najmniej dwa z nich były fabrycznie nowe (rok produkcji 2024) pozostałe jeśli zajdzie taka konieczność mogą być analizatorami używanymi z udokumentowanym stanem technicznym oraz przeglądem wykonanym przez serwis Wykonawcy. Zamawiający zastrzega, jednak aby

analizatory używane były nie starsze niż 4 letnie (rok produkcji min. 2020 rok)”

Przestępujący z kolei zadeklarował spełnienie wymagania w następujący sposób:

„TAK - Maksymalna wydajność analizatora DXI 9000 do 450 oznaczeń na godzinę. Maksymalna wydajność analizatora DXI 800 do 400 oznaczeń na godzinę. Łączna maksymalna wydajność analizatorów immunochemicznych włączonych w linie do 850 oznaczeń na godzinę”. Nie budzi tym samym wątpliwości, że zgodnie z deklaracją zaoferowane zostały dwa analizatory immunochemiczne, o łącznej wydajności minimum 800 oznaczeń na godzinę, co odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, jeśli deklarację

tę odniesiemy do literalnego brzmienia zapisów SWZ przywołanych wyżej.

Należy w tym miejscu podkreślić, że zamawiający określił swoje wymagania w zakresie analizatorów opierając się wyłącznie na parametrze ich maksymalnej wydajności.

Nie oczekiwał przy tym podania wydajności analizatorów ani dla konkretnych testów, ani też wydajności dla testów jedno czy dwuetapowych, wydajności średniej czy chwilowej.

Odwołujący formułuje zatem swój zarzut opierając go na treściach, które nie zostały zawarte w SWZ. Za bez znaczenia należy zatem uznać wszelkie wywody w zakresie, w jakim odnosi powyższe wymaganie do tego w jakiej konfiguracji wykonuje badania zamawiający

w swoim laboratorium, jak też opisując różnice w wydajności analizatorów w zależności

od tego, czy dany test charakteryzuje się oznaczeniem jednoetapowym czy dwuetapowym.

Ponownie należy wskazać w tym miejscu, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ta ma miejsce w sytuacji,

gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. W tym przypadku nie budzi żadnych wątpliwości, że o braku zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego nie może być mowy, gdyż odwołujący referuje

do wymagań, które nie mają odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu SWZ. W konsekwencji zarzut ten należało oddalić.

Ostatni z zarzutów podnoszonych przez odwołującego dotyczył braku zaoferowania przez Beckman w ofercie materiału niezbędnego do należytego działania analizatora DXI 9000.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie materiału „Automated System Diagnostics (ASD) Pack” (nr kat. C23913), który jest wymagany do prawidłowego funkcjonowania analizatora DXI 9000. Odwołujący wskazał przy tym, iż brak tego elementu uniemożliwia weryfikację działania urządzenia oraz wykrywanie ewentualnych usterek. Odwołujący podkreślił, iż pominięcie ASD Pack powoduje, że oferta Beckman jest niezgodna z wymaganiami SWZ.

I ten zarzut w ocenie Izby nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji prowadzonego postępowania. Należy bowiem wskazać, że z treści instrukcji obsługi zaoferowanego analizatora DXI 9000 (dowód przesłany do akt sprawy przez odwołującego, dowód IV.1 przystępującego) Tabela 13 wynika, że: „Analizator wykorzystuje pakiety ASD jako pomoc

w diagnostyce przyrządów”. Z kolei diagnostyka przyrządu nie wchodzi w skład rutynowej pracy laboratorium i przeprowadzana jest przez serwis producenta w razie takiej potrzeby.

W rozdziale Procedury wsparcia technicznego, str. 11-5 opisano, że: „Analizator wykorzystuje pakiety ASD (automatyczna diagnostyka systemu) do testów diagnostycznych pomagających w wyznaczeniu parametrów działania analizatora” oraz że „Testy ASD należy wykonywać tylko wtedy, gdy instrukcje ich wykonywania przekaże dział obsługi klienta firmy Beckman Coulter”. Takiej instrukcji nie przekazuje zamawiającemu dział obsługi klienta firmy Beckman Coulter

w Polsce, a w przypadku konieczności wykonania diagnostyki systemu wykonuje ją przeszkolony Inżynier serwisowy. Potwierdza powyższe dowód IV.2 złożony przez przystępującego - Oświadczenie kierownika serwisu Beckman Coulter, w którym kierownik serwisu firmy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. oświadcza, że ASD jest zestawem odczynników przeznaczonych do użytku jedynie przez autoryzowany serwis i wykorzystywany przy każdej naprawie, okresowym przeglądzie lub innych czynnościach serwisowych, nie jest on oferowany do sprzedaży przez użytkowników analizatorów.

Wobec przedłożonych w sprawie i opisanych dowodów jak wyżej należało uznać, że złożona przez Beckman w postępowaniu oferta jest kompletna i pozwala na pełne wykonanie przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało

na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy

prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający
w sposób prawidłowy, dokonał wyboru oferty złożonej przez Beckman.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……