

WYROK

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 roku przez Odwołującego wykonawcę: **Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwowy Instytut Medyczny MSWiA w Warszawie**

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawcy **Sysmex Polska Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o sygn. akt KIO 2664/24 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę: **Werfen Polska Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością 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 Odwołującego: Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego: Państwowy Instytut Medyczny MSWiA w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Odwołującego Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowy Instytut Medyczny MSWiA w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie np.: „Zakup i sukcesywną dostawę odczynników wraz z dzierżawą aparatów dla Państwowego Instytutu Medycznego MSWiA w Warszawie, nr postępowania: IMMSWiA-2375/20/03/02/2024, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 poz.1605 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 218316-2024 w dniu 12 kwietnia 2024 roku.

W dniu 29 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Odwołującym”) od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego

w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Zadanie nr 3 np.: „Zakup i sukcesywna dostawa odczynników koagulologicznych wraz z dzierżawą dwóch aparatów.

Odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. wyboru oferty Sysmex Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2. zaniechania dokonania przez Zamawiającego prawidłowego zbadania oferty Werfen Polska Sp. z o.o.

3. odrzucenia oferty Werfen Polska Sp. z o.o., która to oferta była najkorzystniejsza według kryteriów wskazanych w SWZ (21.1 i 2 SWZ),

4. zaniechania wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania:

1. art. 16 ust. 1 Pzp (sprostowany na rozprawie jako art. 16 pkt 1), tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie gwarantujący zachowania zasad uczciwej konkurencji,
2. art. 16 ust. 2 Pzp (sprostowany na rozprawie jako art. 16 pkt 2), tj. zasady przejrzystości poprzez sprecyzowanie przedmiotu zamówienia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. art. 223 ust. 1 Pzp, tj. obowiązku badania i oceny oferty oraz żądania wyjaśnień od wykonawców poprzez dokonanie błędnej interpretacji wyjaśnień Werfen Polska Sp. z o.o. z dnia 21 czerwca 2024 r., a w konsekwencji dokonanie oceny zgodności oferty złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o. jako niezgodnej z SWZ,
4. art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, tj. obowiązku odrzucenia oferty niezgodnej z SWZ, w związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o., która to oferta była zgodna z wymaganiami wskazanymi w SWZ,
5. art. 223 ust. 2 pkt 3 tj. braku poprawienia innych omyłek w ofercie Werfen, nie ingerujących w istotny sposób w treść oferty, poprzez zmianę ilości zaoferowanych opakowań z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dodatkowych działań
6. art. 239 ust. 1 i 2 PZP, tj. obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej poprzez wybranie oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria wskazane w SWZ oraz niewybranie oferty Werfen Polska Sp. z o.o.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b Pzp, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty wniesionej przez Sysmex Polska Sp. z o.o.,
2. zobowiązanie Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. złożonej przez Werfen Polska Sp. z o.o.,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Werfen Polska Sp. z o.o. kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ofertę odpowiadającą SWZ na kwotę 1 351 551,57 zł brutto. W sytuacji wadliwości czynności Zamawiającego, poprzez unieważnienie czynności dokonanych z naruszeniem Pzp

i niewybranie oferty Sysmex Polska Sp. z o.o. jako nie będącej ofertą najkorzystniejszej, oferta Werfen Polska Sp. z o.o. będzie ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu

i spełniającą wymogi SWZ, mieszczącą się w przeznaczonym na sfinansowanie zamówienia budżecie Zamawiającego. Powoduje to uznanie, że powinna ona zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Dnia 12 kwietnia 2024 r. Państwowy Instytut Medyczny MSWiA w Warszawie ogłosił przetarg, którego przedmiotem był zakup oraz sukcesywna dostawa odczynników wraz z dzierżawą aparatów, wyznaczając przy tym termin składania ofert na dzień 17 maja 2024r. Termin ten został następnie wydłużony do dnia 24 maja 2024 r.

Pismem z dnia 19 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Werfen Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Werfen”) o dokonaniu wyboru oferty Sysmex Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Werfen.

Oferta Sysmex Polska Sp. z o.o. została oceniona jako najkorzystniejsza i uzyskała 84 pkt wyniku końcowego oceny oferty, natomiast oferta Werfen została odrzucona uzyskując 0 pkt wyniku końcowego oceny oferty.

Jako przyczynę odrzucenia Werfen Zamawiający wskazał brak zgodności oferty z wymogami SWZ w postaci braku wystarczającej ilości materiałów kontrolnych do przeprowadzenia przez Zamawiającego codziennej kontroli na dwóch poziomach dla wskazanych parametrów.

We wzorze oferty elektronicznej będącej załącznikiem nr 1 do SWZ w wierszu 43, kolumnie C, Zamawiający wskazał, iż kontrole dla wybranych parametrów mają być wykonywane na dwóch poziomach, w ilości odpowiedniej do prowadzenia codziennej kontroli.

Zamawiający w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził, iż „Wykonawca powinien zaoferować ilości pozwalające na wykonanie 1460 kontroli na każdym z dwóch poziomów”, uznając przy tym, że liczba fiolek zaoferowanych przez Werfen byłaby zbyt mała do wykonania niezbędnych ilości kontroli na dwóch poziomach.

Stanowisko to według Odwołującego jest nieuzasadnione.

Werfen zaoferował odpowiednią ilość kontroli wymaganą przez Zamawiającego w SWZ do wykonania codziennej kontroli na dwóch poziomach (prawidłowym i patologicznym).

Kluczową kwestią w zrozumieniu prawidłowości ilości zaoferowanych przez Werfen materiałów kontrolnych jest stabilność tych materiałów (termin ich trwałości), tj. możliwości

ich wykorzystania po otwarciu fiolki danego materiału kontrolnego. Zaznaczyć przy tym należy, iż każda fiolka materiału kontrolnego zawiera ilość materiału umożliwiającego wykonanie kilkukrotnego kompletu kontroli dla wskazanych parametrów w ciągu 24 h od momentu jej otwarcia. Okres trwałości materiałów kontrolnych zaoferowanych przez Werfen od ich otwarcia wynosi 24h. W związku z powyższym, Zamawiający błędnie przyjmuje, że jeśli kontrola jest wykonywana codziennie to należy codziennie otworzyć nową fiolkę kontroli. Otwarcie jednej fiolki danego dnia zdecydowanie daje możliwość następnego jej użycia przez kolejne 24 godziny, także godziny przypadające na dzień następny, co niewątpliwie pozwala na dokonanie wymaganej zapisami SWZ codziennej kontroli. Używanie kolejnej fiolki materiału kontrolnego, podczas gdy otwarty pozostaje materiał w jego okresie trwałości, należy uznać za nieuzasadnione i generujące zbędne koszty po stronie Zamawiającego.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Werfen podniósł, iż dokonując kalkulacji ilości materiałów kontrolnych Werfen narzucił niejako Zamawiającemu, w jakich godzinach kontrola ma być wykonywana. Jednakże Zamawiający w zapisach SWZ wskazał, tylko iż kontrola będzie wykonywana codziennie na dwóch poziomach, a więc już jednorazowe wykonanie kontroli w ciągu każdego dnia trwania umowy spełnia taki wymóg. Zakładając dyscyplinę finansową Zamawiającego, do której zgodnie z przepisami prawa jest on zobowiązany, Zamawiający winien dążyć do maksymalnego wykorzystania zakupionych materiałów kontrolnych, aniżeli zakładać wykorzystanie zaledwie 125µl materiału (potrzebnych do wykonania kontroli codziennie oznaczanych parametrów) z 1000 µl znajdujących się w fiołce.

Werfen w dniu 21czerwca 2024, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 18 czerwca 2024 do wyjaśnienia treści oferty, przedstawił obszerne informacje, z których wynika,

że zaoferowana ilość po 110 opakowań materiału kontrolnego wystarczy na wykonanie założonych oznaczeń kontrolnych. Ilość ta uwzględnia także sytuacje, w których Zamawiający nie użyje ponownie otwartej fiolki.

Podkreślenia wymaga fakt, iż Werfen brał już udział w przetargu organizowanym przez Zamawiającego w 2015 oraz w 2020 r. (zamówienia zostały zrealizowane przez Werfen prawidłowo), o tożsamym opisie przedmiotu zamówienia, w których to przetargach jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wówczas Werfen przyjął tę samą metodykę oszacowania ilości materiałów kontrolnych (dla parametrów wykonywanych i kontrolowanych codziennie możliwość wykonania oznaczeń kontrolnych w dniu otwarcia fiolki, jak i w dniu następnym).

Sytuacja ta wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego w procedurach stosowanych w strukturach swojej działalności.

Odwołujący wskazuje, że niedookreślenie znaczenia poszczególnych zapisów SWZ oraz jego załączników nie może prowadzić do dowolnej ich interpretacji. Zgodnie bowiem z przyjętą linią orzecznictwem „Również w orzecznictwie krajowym konsekwentnie podkreśla się,

że stwierdzenie wątpliwości czy niespójności co do treści dokumentów zamówienia powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Zasadą jest,

że wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia.” (Wyrok KIO z dnia 17 marca 2023 r. o sygn. KIO 613/23), „(...) to powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności w dokumentach postępowania na korzyść wykonawcy” (Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r., sygn. akt 2020/21).

Gdyby Zamawiający jasno określił, że wymaga by codziennie wykonywano badania kontrolne z nowej fiolki materiału kontrolnego, Wykonawca policzyłby w ofercie po 1461 fiolek każdego z kwestionowanych materiałów (uwzględniając rok przestępny, umieścił by w ofercie o 1 opakowanie więcej niż policzył Zamawiający i firma Sysmex Polska), a jego oferta i tak byłaby najkorzystniejsza i cenowo i jakościowo. Niestety takiego jasnego wymogu nie było sprecyzowanego w pierwotnym SWZ, a pojawił się on dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Werfen.

Nawet jednak, jeśli zaistniały rozbieżności w interpretacji SWZ między Zamawiającym a Odwołującym, to jak czytamy w wyroku KIO z dn. 9 listopada 2018 r (sygn. KIO 2165/18),

w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących sukcesywnych dostaw zestawów odczynnikowych do badań diagnostycznych błędy w ilości zaoferowanych opakowań odczynników, kalibratorów czy materiałów kontrolnych i zużywalnych zdarzają się bardzo często. Kwestia tego, w jaki sposób kwalifikować tego rodzaju błędy – czy jako podstawę odrzucenia oferty, czy jako omyłkę podlegającą poprawie w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp (obecnie art.223 ust. 2 pkt 3 -przypis Odwołującego) – była zatem wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej (Izba lub KIO) Wynikiem tych rozważań było uznanie przez Izbę, że niedoszacowanie ilości zaoferowanych opakowań danego produktu stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ podlegającą poprawie przez zamawiającego

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp” (obecnie art. 223 ust 2 pkt 3 – przypis Odwołującego) (sygn. akt, KIO 2246/17) ”.

Tak więc, jeśli nawet Zamawiający odmiennie niż Odwołujący interpretował termin „codziennego wykonywania kontroli” (jako możliwość jej wykonywania bez żadnych ograniczeń czasowych), to ustalił przecież konkretną ilość opakowań w ofercie Odwołującego, spełniającą tak rozumiane przez niego wymogi SWZ - po 146 opak. kontroli Normal Control Assayed i Low Abnormal Control Assayed) i powinien poprawić ofertę w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 oraz zawiadomić Odwołującego o wprowadzeniu poprawek. (zwiększenie ilości opakowań wskazanych materiałów wraz ze zmianą ceny oferty). Oferowany asortyment materiałów nie uległby zmianie, a oferta firmy Werfen zwiększyłaby wtedy swoją wartość zaledwie o 0,81% wartości brutto, a więc poprawa nie miałaby istotnego charakteru dla całości oferty.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wyboru oferty spełniającej warunki SWZ, która to jest najkorzystniejsza. Zgodnie z poglądem doktryny zaznaczam,

iż „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości

do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. W tych okolicznościach zamawiający powinien stosować zasady wynikające z art. 17 ust. 1 dotyczące efektywności ekonomicznej. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.” (Komentarz do Ustawy Prawo Zamówień Publicznych pub. Granecki/Granecka 2024, wyd. 2).

W dniu 2 sierpnia 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 sierpnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację na potwierdzenie zasadności prezentowanego stanowiska.

W dniu 14 sierpnia 2024 roku podczas posiedzenia z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące replikę

na odpowiedź na odwołania. Do pisma procesowego zostały załączone następujące dowody:

1.Zestawienie trzech umów z formularzami ofert zawartych pomiędzy Zamawiającym

Odwołującym na dostawę odczynników koagulologicznych wraz z dzierżawą aparatów:

nr 78/FS/2020 z 5 marca 2020 r; nr 271/FS/2015 z 24 listopada 2015 r; nr 47/FS/2011

z dnia 18 kwietnia 2011 r.

2.Zestawienie wybranych SWZ od wybranych zamawiających w zakresie analogicznych przedmiotów zamówień,

3.opracowanie własne – punktacja dla oferty Odwołującego zgodnie z treścią punktacji wskazaną w kryterium oceny ofert.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył dowód w postaci „Karty kontroli odtwarzalności”

z dnia 5 sierpnia 2024 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego

oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 19 lipca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, stanowiącego podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego

do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny

z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe

do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób

w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego,

w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań

lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że Zamawiający w treści SWZ - wzór oferty elektronicznej będącej załącznikiem nr 1 do SWZ w wierszu 43, kolumnie C, wskazał, iż kontrole dla wybranych parametrów mają być wykonywane na dwóch poziomach, *w ilości odpowiedniej do prowadzenia codziennej kontroli*.

Z treści powyższego wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że Zamawiający określił,

że kontrole będą prowadzone codziennie, bez dodatkowego wskazania informacji

np. co do czasu, ilości, itp. ich przeprowadzania.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, *Zamawiający wskazał: W praktyce oznacza to, że w sytuacji terminu wykonania zamówienia wynoszącego 48 miesięcy, Wykonawca powinien zaoferować ilości pozwalające na wykonanie 1460 kontroli na każdym z dwóch poziomów*. Wykonawca zaoferował natomiast po 110 opakowań dla każdego poziomu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że *okres obowiązywania umowy wynosi 1460 dni. Odwołujący zaoferował 11 opakowań materiału kontrolnego w fiolkach po 10 ml (100 fiolek w opakowaniu) dla każdego poziomu, czyli łącznie zaoferował 1100 fiolek odczynnika dla każdego poziomu, a więc mniejszą niż liczba dni, w których mogą być wykonywane kontrole*.

Z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień treści oferty z dnia 21 czerwca 2024 roku (złożonych w trybie art. 223 ust. 1 Pzp) wynika, że ponieważ trwałość zaoferowanego odczynnika wynosi 24 godziny, to Zamawiający może korzystać z jednej otwartej fiołki przez dwa dni wykonując z jej zawartości badania (w okresie 24 godzin).

Jak wskazuje dalej Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *W ocenie Zamawiającego możliwość użycia odczynnika w następnym dniu po otwarciu fiołki teoretycznie istnieje, jednak jedynie przy spełnieniu warunku, aby kolejna kontrola odbyła się nie później niż 24 godziny po poprzedniej. Spełnienie tego warunku w całym okresie realizacji umowy nie jest możliwe, tak z uwagi na możliwość wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, powodujących brak możliwości wykonania kontroli w określonej z góry godzinie, jak i z uwagi na konieczność zachowania nieprzekraczalnego terminu jej przeprowadzenia. W sytuacji, gdy Wykonawca zaoferował 360 fiolek odczynnika mniej niż liczba dni, w których wykonywane będą kontrole, należy przyjąć, że w przynajmniej 360 dniach (a więc w ¼ okresu realizacji umowy), kontrola będzie musiała być wykonywana najpóźniej w 24 godziny po poprzedniej. Oznaczałoby to konieczność wprowadzenia systemu zarządzania wykorzystaniem dostępnymi fiolkami odczynnika tak, by zaplanować używanie fiolek „nowych” i*

„otwartych” oraz zapewnienie użycia fiolki „otwartej” nie później niż 24h po jej otwarciu. Zamawiający w żaden sposób nie przewidywał ani nie dopuszczał w SWZ takiej sytuacji, żądając dostarczenia odczynnika w ilości wystarczającej do przeprowadzenia codziennej kontroli nie precyzując w jakim reżimie czasowym kontrola ta będzie wykonywana. Postanowienie „codzienna kontrola” nie jest niejasne, nieprecyzyjne czy dwuznaczne i oznacza kontrolę „zdarzającą się co dzień” (por. Słownik Języka Polskiego PWN). Zamawiający ma więc prawo przeprowadzać kontrolę w dowolnie wybranym czasie każdego dnia obowiązywania umowy i zaoferowane przez wykonawcę odczynniki muszą mu na to pozwolić. Warunek ten nie został spełniony. Podkreślić należy, że wykonywanie kontroli w sposób narzucany przez Odwołującego nie tylko nie jest zgodne z wymaganiami SWZ, ale nie jest również możliwe w praktyce (prowadzi do większego zużycia odczynnika niż szacuje to Odwołujący, dodatkowych kosztów oraz do opóźnień w wykonywaniu badań) (...).

Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, uznając je za zasadne. Wymóg dostarczenia odczynnika w ilości wystarczającej do przeprowadzenia codziennej kontroli, w żaden sposób nie dawał Odwołującemu podstaw do szacowania ilości kontroli, przyjmując założenie, że Zamawiający będzie przeprowadzał badania codziennie, jednak w ciągu 24 godzin od otwarcia fiolki. Takie działanie pozwalałoby na użycie tego samego materiału w dniu jego otwarcia, jak i w dniu następnym.

Sposób szacowania ilości oferowanego materiału wynikał, jak wskazał Odwołujący podczas rozprawy z dotychczasowego doświadczenia u Zamawiającego.

W ocenie Izby sposób szacowania ilości oferowanego materiału kontrolnego winien jednak opierać się wyłącznie na treści zawartej w dokumentach zamówienia, a ta nie dawała podstaw do uznania, że Zamawiający będzie wykonywał badania w dniu następnym od otwarcia fiolki, w ciągu 24 godzin i w ten sposób wyczerpie potrzebę przeprowadzenia badań kontrolnych wymaganych w całym dniu. Przyjęcie takiego założenia przez Odwołującego było zatem nieuprawnione i nie może podlegać ochronie.

Określenie „codzienny/a”, jak wskazał Zamawiający nie jest niejasne, nieprecyzyjne czy dwuznaczne. Oznacza: 1. odbywający się, powtarzający się każdego dnia; 2. przypadający na każdy dzień, np. codzienna dawka; 3. robiący coś w każdy dzień, np. codzienny konsument; 4. wydawany, transmitowany każdego dnia, np. codzienna gazeta; 5. typowy dla dnia powszedniego, zwykły (). W definicji słowa „codzienny/a” nie znajduje się ograniczenie godziny lub pory dnia, jak próbuje to przekazać Odwołujący. Istotne jest natomiast to, aby dane zdarzenie nastąpiło każdego dnia.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że sposób opisu przedmiotu zamówienia był niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Brak pytań do SWZ w tym zakresie nie potwierdza takiego stanowiska. Ponadto dowody złożone przez Odwołującego w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia od innych Zamawiających w analogicznych postępowaniach, potwierdziły właśnie prawidłowość i zasadność opisu przedmiotu zamówienia w sposób przyjęty przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

W ocenie Izby, to nie sposób opisu przedmiotu zamówienia był nieprawidłowy, a sposób szacowania przez Odwołującego ilości oferowanego materiału kontrolnego, oparty nie o postanowienia SWZ, lecz o własne, nieuprawnione szacunki. Odwołujący powoływał się na dotychczasowe doświadczenie w realizacji takich samych zamówień, jednakże takie doświadczenie, wskazywałoby na konieczność zaoferowania ilości materiałów kontrolnych

na poziomie uzasadnionym potrzebami Zamawiającego z okresu poprzedniego (umowa z 2020 r zawarta na okres 48 miesięcy), nie tylko w ilości wynikającej z umowy (aneksu do umowy), ale również z zamówień składanych na innej podstawie prawnej.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, że dopiero z informacji o odrzuceniu jego oferty, dowiedział się, że winien zaoferować ilość pozwalającą na wykonanie 1460 kontroli.

Izba wskazuje, że ilość pozwalająca na wykonanie 1460 kontroli wynika z ilości dni obowiązywania umowy, na którą Odwołujący składał ofertę, i nie jest to żadna nowa informacja, która nie wynikała z postanowień SWZ. To, że ilość dni obowiązywania umowy nie została wskazana konkretną liczbą, nie oznacza, że Odwołujący nie miał wiedzy ile dni będzie obowiązywała umowa, i przez jaki okres czasu potrzeba Zamawiającego w postaci materiału kontrolnego dla „codziennej kontroli” winna zostać zabezpieczona. Taka informacja wynikała choćby z okresu wskazanego ilością 48 miesięcy obowiązywania umowy.

Wobec powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 tj. braku poprawienia innych omyłek w ofercie Werfen, nie ingerujących w istotny sposób w treść oferty, poprzez zmianę ilości zaoferowanych opakowań z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dodatkowych działań.

Zgodnie z treścią ww. przepisu Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego została poprawiona.

Izba w tym zakresie w całości podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wyjaśnił, że *byłoby to możliwe, gdyby Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, iż zaoferował omyłkowo zbyt małą liczbę fiolek odczynnika. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach (tajemnica przedsiębiorstwa) nie powołał się wszakże na błąd, lecz wskazał, że dana liczba fiolek została zaoferowana przez Odwołującego celowo, w oparciu o przeprowadzone oszacowanie potrzeb Zamawiającego. W takiej sytuacji nie można mówić o omyłce, czyli niedopatrzaniu, niezamierzonym błędzie. W wyroku z dnia 22 czerwca 2017 r., KIO 1083/17; KIO 1095/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę,* że „Orzecznictwo wydane w związku z powołanym przepisem wypracowało dyrektywę uzdrowienia oferty dotkniętej omyłkami. Przede wszystkim omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę.” W sytuacji, gdy niezgodność z SWZ została przez Odwołującego zamierzona, co wprost wynika z jego wyjaśnień a także z treści odwołania, nie ma możliwości jej poprawy przez Zamawiającego jako innej omyłki.

W ocenie Izby nie zaistniały podstawy uzasadniające możliwość poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego z dnia 21 czerwca 2024 roku co do ilości zaoferowanego materiału kontrolnego jednoznacznie wskazują, że zaoferowana ilość jest świadomą decyzją Odwołującego, niewynikającą z błędu lecz z wyliczeń Odwołującego, co do zabezpieczenia potrzeb Zamawiającego. W wyjaśnieniach, Odwołujący wręcz potwierdził prawidłowość przyjętej ilości materiału kontrolnego - co czyni zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie błędnej interpretacji wyjaśnień Odwołującego - zupełnie niezrozumiałym.

Taka informacja wynika również z treści samego odwołania (str. 4 przedostatni akapit).

Co więcej, w treści odwołania Odwołujący nie wykazał żadnych obiektywnych okoliczności uzasadniających poprawienie innej omyłki w treści oferty Odwołującego, lecz odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego rozbieżności w interpretacji postanowień SWZ, które mogą prowadzić do błędów w ofercie.

Jednakże, jak Izba wskazała powyżej, w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności niejasnych, nieprecyzyjnych postanowień SWZ.

W ocenie Izby przywołana argumentacja dotycząca możliwości poprawienia treści oferty Odwołującego jest wyłącznie strategią procesową Odwołującego, przyjętą na potrzeby postępowania odwoławczego. Pozbawiona jest ona jakichkolwiek argumentów i podstaw faktycznych, uzasadniających możliwość i zasadność jej przyjęcia w stosunku do oferty Odwołującego.

W tych okolicznościach nie można mówić, że Odwołujący popełnił inną omyłkę, uzasadniającą możliwość jej poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut należało zatem oddalić.

Izba oddaliła również zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, tj. obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej poprzez wybranie oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria wskazane w SWZ oraz niewybranie oferty Werfen Polska Sp. z o.o. Zgodnie z treścią ww. przepisu Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną.

W treści odwołania, ani również podczas rozprawy, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, potwierdzającej, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów, niż te określone w treści dokumentów zamówienia, lub z ich naruszeniem. Natomiast oferta Odwołującego, jako niezgodna z warunkami zamówienia nie mogła podlegać ocenie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Za niezasadne i niewykazane Izba uznała również zarzuty dotyczące naruszenia

art. 16 pkt 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie gwarantujący zachowania zasad uczciwej konkurencji, oraz art. 16 pkt. 2 Pzp, tj. zasady przejrzystości poprzez sprecyzowanie przedmiotu zamówienia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie odniosła się do argumentów podniesionych przez Odwołującego podczas rozprawy dotyczących treści oferty Przystępującego. Stanowiły one rozszerzenie zarzutów odwołania o nowe okoliczności niezawarte w odwołaniu, co należy postrzegać jako nowe zarzuty. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

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

Przewodnicząca: