

**WYROK**  
**z dnia 31 października 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Wielospecjalistyczny Szpital - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu z siedzibą w Zgorzelcu przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Wielospecjalistyczny Szpital - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu z siedzibą w Zgorzelcu nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 3/5 (słownie: trzech piątych) części oraz wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 2/5 (słownie: dwóch piątych) części i:
  - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),
  - 3.2. zasądza od Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 6 000 zł (słownie: sześć tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
  - 3.3. zasądza od Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 2 160 zł (słownie: dwa tysiące sto sześćdziesiąt złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

**UZASADNIENIE**

W dniu 12 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Abbott Laboratories Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pod nazwą „Zakup odczynników do badań biochemicznych, immunochemicznych wraz z dzierżawą modułów biochemiczno-immunochemicznych, UPS-ów, stacji uzdatniania wody, systemu informatycznego wraz z komputerami oraz innym sprzętem technicznym pomocniczym. II postępowanie” (według specyfikacji warunków zamówienia) „Zakup odcz. do badań biochem., immunochem. wraz z dzierżawą modułów biochem.-immunochem., UPSów, stacji uzdatniania wody, systemu informat. wraz z komputerami oraz innym sprzętem tech. pomocniczym. 2 post Numer referencyjny: 20/ZP/2023” (według ogłoszenia o zamówieniu) (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu z siedzibą w Zgorzelcu (dalej jako „Zamawiający”) na czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechania czynności poprawienia omyłki w ofercie

Odwołującego i odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił:

- 1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez bezpodstawny brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Roche, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2.naruszenie art. 239 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;
- 3.naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez jego błędne niezastosowanie i niepoprawienie omyłki w ofercie Abbott, podczas gdy w ofercie Abbott znalazła się omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a jej poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty, co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Abbott;
- 4.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 5.naruszenie art. 16 ust. 1 PZP poprzez nierówne traktowanie Abbott i Roche przez Zamawiającego, co doprowadziło do błędnego odrzucenia oferty Abbott i uznania oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy Zamawiający powinien traktować wykonawców w sposób równy i odrzucić ofertę Roche, jako niezgodną z SWZ.”.

Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia uznania oferty Roche za najkorzystniejszą; (ii) odrzucenia oferty Roche; (iii) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Abbott; a także (iv) powtórzenie czynności oceny ofert”, a „ewentualnie, jeśli Izba uzna wniosek o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Abbott za niezasadny” - o „nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia uznania oferty Roche za najkorzystniejszą; (ii) odrzucenia oferty Roche; oraz (iii) unieważnienia przetargu ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu”.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie w zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 145-463345.

W rozdziale 3 pkt 3.1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Przedmiotem zamówienia jest: Zakup odczynników do badań biochemicznych, immunochemicznych wraz z dzierżawą modułów biochemiczno-immunochemicznych, UPS-ów, stacji uzdatniania wody, systemu informatycznego wraz z komputerami oraz innym sprzętem technicznym pomocniczym. II postępowanie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2, 3, 6 do SWZ.”.

Załącznik nr 2 do SWZ ma treść „

Zaproponowana cena obejmuje całość zamówienia, tj. dostawę, montaż, uruchomienie całego przedmiotu podlegającego dzierżawie, przeszkolenie personelu wskazanego przez Zamawiającego oraz cykliczne dostawy odczynników wraz z całym asortymentem wskazanym w ofercie, przeglądami, serwisem oraz naprawami, oraz ewentualnymi dodatkowymi kosztami za których powstanie nie odpowiada Zamawiający.

Lp	Przedmiot zamówienia	Wymagana ilość oznaczeń lub szt. (jeżeli wskazano na 44 m-cy)	Nazwa handlowa zaoferowanego produktu	Nr katalogowy	ilość oznaczeń z 1 opakowania	Jednostka miary	Wielkość opakowania	Przewidywana ilość opakowań zaokrąglona do 1 pełnego opakowania w górę	Cena jednostkowa netto opakowania	stawka podatku VAT (w %)	Cena jednostkowa brutto opakowania	Wartość netto	Wartość brutto
(...)													
29.	Hemoglobina glikowana	16 000											
(...)													
46.	Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii	2 400											
(...)													

Wymogi do wypełnienia Formularza cenowego: (...) 17. W celu określenia kosztów materiału kontrolnego muszą być wyszczególnione wszystkie niezbędne kontrole do oceny poprawności badań wymaganych w tabeli 1 Opisu przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania. 18. Wymagane jest aby podana ilość była obliczona przy założeniu, że Zamawiający będzie prowadził kontrolę jeden raz dziennie na wszystkich poziomach wskazanych w metodyce. (...)”.

Załącznik nr 3 do SWZ ma treść „ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Przedmiotem zamówienia jest zał odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą dwóch zintegrowanych modułów biochemiczno-immunochemicznych z systemem informatycznym oraz innym sprzętem technicznym pomocniczym do wykonywania badań – szczegółowo określonych w Załączniku nr 2, 3 i 6 SWZ. Pakiet składa się z 4 części: Część 1 – obejmuje sukcesywne dostawy odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą dwóch

zintegrowanych modułów, biochemiczno-immunochemicznych i dwoma stacjami uzdatniania wody, dwóch UPS zabezpieczających pracę analizatorów. Część 2 – obejmuje dzierżawę sortera próbek do badań Część 3 – obejmuje dzierżawę 2 wirówek z chłodzeniem, 2 witryn chłodniczych i systemu klimatyzacji zabezpieczającego potrzeby wentylacji/chłodu oraz CO. Część 4 – obejmuje dzierżawę sprzętu komputerowego na potrzeby stacji roboczych wraz z podłączeniem oferowanych analizatorów do istniejącego systemu informatycznego CENTRUM (prod. Marcel), który posiada Zamawiający, zabezpieczenie EDM, pokrycie zryczałtowanych miesięcznych kosztów opieki serwisowej oraz nadzoru autorskiego nad systemem informatycznym w całym okresie trwania umowy. Wykaz badań i planowana ilość badań do wykonania na analizatorach biochemiczno-immunochemicznych przedstawiona została w tab.1 oraz w Formularzu cenowym – Załącznik nr 2 do SWZ. Rodzaj asortymentu i przewidywana ilość badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawionym sprzętem na okres 44 m-cy, stanowią wymóg graniczny. Tabela nr 1 Rodzaj asortymentu i przewidywana ilość badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawionym sprzętem na okres 44 m-cy

Lp.	Nazwa badania	Przewidywana liczba badań na okres 44 m-cy
(...)		
46.	Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii	2 400

(...) Wszystkie badania oznaczone \* będą wykonywane na jednym module biochemiczno-immunochemicznym, natomiast badania nieoznaczone będą wykonywane na drugim module biochemiczno-immunochemicznym. WYTYCZNE dla Wykonawcy - tab.1 1. Podana w tab.1 ilość badań zawiera dodatkowo ilość testów przewidzianych na kalibrację i kontrolę jakości. 2. Wymagane jest aby Wykonawca posiadał odczynniki do wykonania badania w materiale biologicznym, wskazanym przy nazwie badania. W pozostałych przypadkach, gdy Zamawiający nie sprecyzował wymagania, dopuszcza się materiał wskazany w ulotkach metodycznych tj. surowicy lub osoczu, hemolizacie, krwi pełnej. 3. Wymagane jest aby Wykonawca wycenił odczynniki do wszystkich wskazanych badań i dostosował ilość opakowań do przewidywanej ilości oznaczeń, z uwzględnieniem terminów ważności przed i po rekonstytucji / otwarciu oraz ilości wymaganych kalibracji i kontroli. 4. Jeśli metodyka wskazuje w ulotce producenta konkretny odczynnik do rozcieńczeń Wykonawca ma obowiązek zaofiarować wskazany rozcieńczalnik. 5. Wymagane jest aby mianowany materiał kontrolny do powyższych badań, pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie. 6. W przypadku, gdy metodyka wymaga trzeciego poziomu materiału kontrolnego Zamawiający wymaga oszacowania ilości tego materiału zgodnie z wymogami producenta, tj. zgodnie z ulotką producenta. (...)

Tabela nr 2 - Wymogi graniczne dla dwóch zintegrowanych modułów biochemiczno-immunochemicznych oraz kontroli jakości

Lp.	Wymogi graniczne
Wymogi graniczne – wspólne dla dwóch zintegrowanych modułów biochemiczno-immunochemicznych	
(...)	
34	Wykonawca musi zapewnić przynajmniej jeden niezależny program kontroli jakości badań zewnątrz – wewnątrzlaboratoryjnej, na zaofiarowanym materiale kontrolnym dla rutynowej pracy tj. codziennej kontroli jakości, dla wszystkich badań wymienionych w tab. 1. Wyniki kontroli muszą być opracowane statystycznie i posiadać porównanie do innych uczestników biorących w nich udział. Raporty muszą zawierać podsumowania liczbowe, podzielone na grupy metodyczne oraz zobrazowane wyniki laboratorium w formie graficznej, histogramów i wykresów.
(...)	

Tabela nr 4 - Wymogi graniczne dla odczynników, kalibratorów i materiału kontrolnego

Lp.	Wymogi graniczne
1.	Wymagane są wszystkie odczynniki niezbędne do wykonania badań przedstawionych w tab.1 i opisane w Formularzu cenowym – stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ.
(...)	
4.	Ilość zaofiarowanego materiału do kalibracji i kontroli musi być obliczona zgodnie z założeniami Zamawiającego, terminem ważności określonym od daty dostarczenia do Zamawiającego przy założeniu, że Zamawiający będzie kalibrował każdy z parametrów jeden raz w miesiącu tj. 44 razy w czasie trwania umowy.
5.	Zaofiarowana ilość materiału kontrolnego musi być skalkulowana przy założeniu, że Zamawiający będzie kontrolował dany parametr minimum jeden raz dziennie na obu poziomach. W przypadku, gdy metodyka wymaga trzeciego poziomu materiału kontrolnego Zamawiający wymaga oszacowanie ilości tego materiału, zgodnie z wymogami producenta.

(...) Niniejszym oświadczamy, pod odpowiedzialnością karną, że spełniamy przedstawione powyżej wymagania graniczne oraz zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej, do dostarczenia sprzętu spełniającego wyspecyfikowane parametry. Niniejszym oświadczamy, że skonfigurowany wg powyższej specyfikacji sprzęt będzie kompletny i po instalacji będzie gotowy do pracy. UWAGA!!! W przypadku, gdy w wyniku zadawanych pytań, Zamawiający dopuści inne niż w/w wymagania graniczne, należy je wyraźnie wymienić i opisać w Formularzu Ofertowym w pkt 3 (załącznik nr 1 do SWZ)".

Oferty w Postępowaniu złożyli wyłącznie Odwołujący i Przystępujący.

Część oferty Odwołującego stanowił dokument formularz cenowy sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ o treści: „

Lp	Przedmiot zamówienia	Wymagana ilość oznaczeń lub szt. (jeżeli wskazano) na 44 m-cy	Nazwa handlowa zaofertowanego produktu	Nr katalogowy	ilość oznaczeń z 1 opakowania	Jednostka miary	Wielkość opakowania	Przewidywana ilość opakowań zaokrąglona do 1 pełnego opakowania w górę	Cena jednostkowa netto opakowania	stawka podatku VAT (w %)	Cena jednostkowa brutto opakowania	Wartość netto	Wartość brutto
(...)													
92.6	Liquichek Diabetes Control, Level 1	Hemoglobina A1C	Lypchocek Assayed Chemistry Control Level 1 C-	12011343	18	108	6 x 1 ml	13	1 988,40 zł	8 %	2 147,47 zł	25 849,20 zł	27 917,14 zł
(...)													

Część oferty Przystępującego stanowił dokument formularz cenowy sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ o treści: „

Zaproponowana cena obejmuje całość zamówienia, tj. dostawę, montaż, uruchomienie całego przedmiotu podlegającego dzierżawie, przeszkolenie personelu wskazanego przez Zamawiającego oraz cykliczne dostawy odczynników wraz z całym asortymentem wskazanym w ofercie, przeglądami, serwisem oraz naprawami, oraz ewentualnymi dodatkowymi kosztami za których powstanie nie odpowiada Zamawiający.

Lp	Przedmiot zamówienia	Wymagana ilość oznaczeń lub szt. (jeżeli wskazano) na 44 m-cy	Nazwa handlowa zaofertowanego produktu	Nr katalogowy	ilość oznaczeń z 1 opakowania	Jednostka miary	Wielkość opakowania	Przewidywana ilość opakowań zaokrąglona do 1 pełnego opakowania w górę	Cena jednostkowa netto opakowania	stawka podatku VAT (w %)	Cena jednostkowa brutto opakowania	Wartość netto	Wartość brutto
(...)													
46.	Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii	2 400	S12, 14500T, cobas c pack gese	08063516190	120 ml / 14 500 testów	opak.	120 ml / 14 500 testów	8	152,00 zł	8%	164,16 zł	1 216,00 zł	1 313,28 zł
(...)													

„ W ww. formularzu nie wskazano mianowanego materiału kontrolnego do badania „Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 7 września 2023 r. pismo o treści „Informuję niniejszym, że w trakcie badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu Komisja przetargowa powzięła wątpliwości dotyczące Państwa oferty. W związku z powyższym, działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 t.j. ze zm.), proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii: (...) 4. zamawiający wymagał zaofertowania materiału kontrolnego na poziomie normy i patologii do wszystkich parametrów przedstawionych w Formularzu Cenowym w poz. 1-87 (załącznik nr 2 do SWZ). W zakresie pozycji 29 Formularza Cenowego tj. Hemoglobina Glikowana Zamawiający nie może znaleźć zaofertowanego materiału kontrolnego na poziomie patologii do w/w badania. Proszę o wskazanie, pozycji Formularza cenowego, w którym w/w materiał kontrolny na poziomie patologii został ujęty i wyceniony.”.

Odwołujący przekazał Zamawiającemu datowane na 11 września 2023 r. pismo o treści „W imieniu Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. w związku z wezwaniem z dnia 07.09 br. przesyłam wyjaśnienia odnośnie następujących kwestii: (...) Ad. 4 W pozycji 92.6 nastąpiła omyłka pisarska, zamiast nr kat 12011343 powinno być 12011334. Zatem prosimy Zamawiającego o poprawienie omyłki pisarskiej. (...)”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 12 września 2023 r. pismo o treści „Zamawiający po analizie otrzymanych od Państwa odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.09.2023r. pismo znak: DZP/207/2023, powziął wątpliwości w zakresie odpowiedzi na pytanie 4. W związku z powyższym, działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 t.j. ze zm.), proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii: ➤ informujecie Państwo w odpowiedzi na zadane pytanie nr 4, że w pozycji 92.6 Formularza Cenowego nastąpiła omyłka pisarska, zamiast nr kat 12011343 powinno być 12011334 i prosicie Zamawiającego o poprawienie omyłki pisarskiej. Zamawiający prosi o wyjaśnienie jak ma dokonać poprawy oczywistej omyłki pisarskiej, kiedy ewentualna poprawa spowoduje zmianę treści złożonej oferty (nastąpi zmiana zaofertowanego asortymentu)? Państwo w Formularzu cenowym w pozycji nr 92.6 zaofertowaliście: Liquichek Diabetes Control, Level 1 do kontroli o nazwie handlowej: Liquichek Diabetes Control, Level 1 i numerze katalogowym 12011343; zaofertowana wielkość opakowania to: 6x1ml. Zgodnie z podanym przez Państwa w udzielonej odpowiedzi numerem katalogowym 12011334 widnieje produkt o nazwie: Liquichek Diabetes Control, Trilevel MiniPak o wielkości opakowania: 3 x 1ml Powyższe informacje Zamawiający posiada z otrzymanej od Państwa karty katalogowej, która została udostępniona Zamawiającemu e-mailem przez Panią Tarasewicz Joanna, w dniu 06.09.2023r. (w załączeniu do niniejszego pisma Zamawiający załącza otrzymaną kartę katalogową). Po ewentualnej zmianie numeru katalogowego, wg Zamawiającego nie nastąpi zmiana wyłącznie numeru katalogowego, ale również konieczna byłaby zmiana nazwy zaofertowanego materiału kontrolnego oraz wielkości opakowania, co w tym przypadku skutkuje zmianą zaofertowanego przedmiotu zamówienia, co jest niedopuszczalne zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zaproponowana w tym przypadku przez Państwa forma poprawienia oferty w trybie oczywistej omyłki pisarskiej jest niedopuszczalna, ponieważ w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nastąpiłaby zmiana treści oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wzywa Państwa do jednoznacznego potwierdzenia czy zmiana numeru katalogowego, nie spowoduje zmiany zaofertowanego przez Państwa produktu oraz wielkości opakowania? Według Zamawiającego pierwotnie zaofertowaliście Państwo kontrolę na jednym poziomie (normy), gdzie wymagane były min. dwa poziomy (normy i patologii), a obecnie proponujecie wycofanie jednego produktu i w miejsce niego

wprowadzenie innego, który posiada w sobie kontrole na trzech poziomach, dopuszczonych przez Zamawiającego.”.

Odwolujący przekazał Zamawiającemu datowane na 15 września 2023 r. pismo o treści „W imieniu Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. uprzejmie informuję, że zmiana numeru katalogowego w pozycji 92.6 na nr kat 12011334 spowoduje zmianę wielkości opakowania na 3 x 1 ml oraz nazwę na Trilevel pack.”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 13 września 2023 r. pismo o treści „Zamawiający po analizie otrzymanych od Państwa odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.09.2023r. pismo znak: DZP/208/2023, w zakresie odpowiedzi na pytanie 3 dotyczące zasad konfekcjonowania kontroli celowanej w zakresie pozycji 108 i 109 Formularza cenowego EBV IgMVCAlG PC Elecsys, działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 t.j. ze zm.), prosi o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii: (...) 2. W związku z zastrzeżeniami do oferty jednego z uczestników postępowania proszę o potwierdzenie, czy dokonaliście Państwo wyceny kontroli dla pozycji 46 Formularza cenowego (Załącznik nr 2 do SWZ) weryfikacja lipemii i bilirubinemii? Zamawiający nie może znaleźć zaoferowanej kontroli do w/w parametru. Proszę o wskazanie, pozycji Formularza cenowego, w którym w/w kontrola została ujęta i wyceniona. Zamawiający wymagał, zgodnie z zapisami SWZ, aby mianowany materiał kontrolny do powyższych badań, pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie.”

Odwolujący przekazał Zamawiającemu datowane na 18 września 2023 r. pismo o treści „W odpowiedzi na Państwa pismo z dn.13 września 2023 roku w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących oferty przetargowej na „Zakup odczynników do badań biochemicznych, immunochemicznych wraz z dzierżawą modułów biochemicznoimmunochemicznych, UPS-ów, stacji uzdatniania wody, systemu informatycznego wraz z komputerami oraz innym sprzętem technicznym pomocniczym. II postępowanie” dla Wielospecjalistycznego Szpitala – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu, Numer sprawy 20/ZP/2023; DZP/211/2023 oświadczamy: W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego firma Roche Diagnostics Polska złożyła ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”). Poniżej wyjaśniamy, poszczególne punkty: (...) Ad. 2.- kontrola dla poz. 46 Formularza cenowego, weryfikacja lipemii i bilirubinemii Na wstępie chcielibyśmy podkreślić, że w ofercie złożonej w ww postępowaniu firma Roche zaoferowała materiały kontrolne, uniwersalne i celowane na poziomie normy i patologii niezbędne do wykonania wszystkich badań z formularza cenowego, Załącznik nr 2 do SWZ. Poz. 46 formularza cenowego odnosi się do weryfikacji hemolizy lipemii i bilirubinemii, w próbkach dla których wykonywane są badania z zakresu chemii klinicznej, w tym przypadku dla badań/ analizów wymienionych w poz. 1-45 i 47. Weryfikacja interferencji jest sprawdzeniem fazy przedanalizy, nie jest oznaczeniem parametru / analitu, dającym wynik dla którego przeprowadzana jest kontrola jakości, której wymagał Zamawiający. Zgodnie bowiem z pkt. 4 i 5 UWAG pod tabelą formularza cenowego należało zaoferować kontrolę uniwersalną jeśli obejmuje minimum 2 parametry lub więcej i kontrolę celowaną która jest dla jednego parametru. Oznaczanie indeksu surowiczego pomaga monitorować stopień potencjalnych interferencji związanych z lipemią, ikterią czy hemolizą. Jak określono w ulotce metodycznej odczynnika SI2 - „Sample Index Gen.2 należy oznaczać równoległe do odpowiednich parametrów”. Dla właściwych parametrów / badań / analizów firma Roche zaoferowała materiał kontrolny na poziomie normy i patologii w poz. 92, 93, 94, 96, 97, 100, 101, 102, 103. Ulotka odczynnika SI2 dla cobas pure w załączeniu. Oferta Roche została złożona prawidłowo, zaś jej treść odpowiada treści SIWZ. Roche Diagnostics pragnie zaznaczyć, że powyższe wyjaśnienia składa w dobrej wierze, a w przypadku dalszych pytań wyrażamy pełną gotowość do dalszych odpowiedzi.”.

W dniu 23 marca 2023 roku Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej o treści „Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu, działając zgodnie z art. 253 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (tj. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) informuje o wyborze najkorzystniejszej oferty w w/w postępowaniu przetargowym. I. OFERTA NAJKORZYSTNIEJSZA: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa UZASADNIENIE WYBORU: Wykonawca, której oferta została wybrana złożył najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną w postępowaniu przetargowym, nie podlegającą odrzuceniu i spełniającą wszystkie wymogi formalne i merytoryczne, szczegółowo określone w specyfikacji warunków zamówienia. II. WYKONAWCY, KTÓRZY ZŁOŻYLI OFERTY: 1. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 2 02-676 Warszawa 2. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa III. STRESZCZENIE OCENY I PORÓWNIANIA ZŁOŻONYCH OFERT:

Nr oferty	NAZWA WYKONAWCY	CENA w PLN
1.	Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.	OFERTA ODRZUCONA
2.	Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.	6 232 304,04

III. WYKONAWCY, KTÓRYCH OFERTA ZOSTAŁY ODRZUCONE: W wyniku badania złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, oferta przetargowa Firmy: Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21b, została odrzucona z postępowania na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 t.j. ze zm) – jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. UZASADNIENIE Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ – wytyczne dl:

Wykonawcy tab. 1 pkt. 5) wymagał, aby mianowany materiał kontrolny do badań przedstawionych w tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ), pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie. W zakresie pozycji 29 Formularza Cenowego (Załącznik nr 2 do SWZ) tj. Hemoglobina Glikowana, Zamawiający nie mógł odnaleźć zaoferowanego materiału kontrolnego na poziomie patologii do w/w badania. W związku z powyższym Zamawiający pismem znak: DZP/207/2023 z dnia 07.09.2023r. zwrócił się do Państwa o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 t.j. ze zm.), poprzez wskazanie, pozycji Formularza Cenowego, w którym w/w materiał kontrolny na poziomie patologii został ujęty i wyceniony. W odpowiedzi za zadane pytanie, Zamawiający otrzymał w dniu 11.09.2023r pismo od Państwa z następującą odpowiedzią: „ w pozycji 92.6 nastąpiła omyłka pisarska, zamiast nr kat. 12011343 powinno być 12011334. Zatem prosimy Zamawiającego o poprawienie omyłki pisarskiej.” W wyniku otrzymanej odpowiedzi, Zamawiający w dniu 12.09.2023r. pismem znak: DZP/209/2023, zwrócił się do Państwa o złożenie kolejnych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 t.j. ze zm.), w zakresie potwierdzenia, czy zmiana numeru katalogowego, nie spowoduje zmiany zaoferowanego przez Państwa produktu oraz wielkości opakowania. W odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający otrzymał w dniu 15.09.2023 pismo od Państwa z następującą odpowiedzią: „W imieniu Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. uprzejmie informuję, że zmiana numeru katalogowego w pozycji 92.6 na nr kat. 12011334 spowoduje zmianę wielkości opakowania na 3 x 1 ml oraz nazwę na Trilevel pack.” Mając powyższe na uwadze w ramach wyjaśnień treści złożonej oferty dokonaliście Państwo zmiany jej treści w zakresie zmiany zaoferowanego produktu na inny, niż pierwotnie zaoferowany (tj. zmiana numeru katalogowego z numeru podanego w ofercie 12011343 na numer 12011334, sposobu konfekcjonowania z opakowania podanego w ofercie 6x1ml na 3x1ml oraz nazwy produktu zaoferowanego w ofercie Liquichek Diabetes Control, Level 1 na produkt Liquichek Diabetes Control, Trilevel MiniPak). Powyższa zmiana jest niedopuszczalna zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Art. 223 ust. 1 ustawy PZP wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Odpowiedzi Państwa na zadane przez Zamawiającego pytania jednoznacznie powodują zmianę treści złożonej oferty w w/w zakresie. W wyniku udzielonej odpowiedzi chcecie Państwo, wycofać ze złożonej oferty jeden produkt i w miejsce jego wprowadzić inny (nowy) produkt zawierający dodatkowo kontrolę na poziomie patologii do w/w badania, która wcześniej nie została przez Was uwzględniona w złożonej ofercie przetargowej i nie została wyceniona. Ponadto proponowana przez Państwa forma ewentualnej poprawy treści złożonej przez Was oferty jako oczywistej omyłki pisarskiej jest również niedopuszczalna, ponieważ prowadziłaby do zmiany treści złożonej oferty, a charakter tej omyłki nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, a jest uchybieniem merytorycznym. Zgodnie z wypracowaną linią orzecniczą i wielokrotnie definiowaną definicją oczywistej omyłki pisarskiej przez sądy okręgowe i KIO, ewentualna możliwość poprawiania oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia. Zamawiający nie może również dokonać ewentualnej poprawy treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, ponieważ jej ewentualna poprawa spowoduje istotną zmianę treści złożonej przez Państwa oferty. Poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty – co w tym przypadku by wystąpiło ponieważ nastąpiłaby zmiana zaoferowanego asortymentu i sposobu jego konfekcjonowania, wprowadzenie do oferty nowego produktu w miejsce zaoferowanego pierwotnie). W formularzu cenowym został przez Państwa wyceniony i zaoferowany inny produkt niż wymagał tego Zamawiający. Wymagana przez Zamawiającego kontrola na poziomie patologii do w/w badania nie została przez Państwa w złożonej ofercie przetargowej zaoferowana i wyceniona, a próba skłonienia Zamawiającego do ewentualnej poprawy treści złożonej oferty, jest niedopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa i powodowałaby zmianę merytoryczną zawartości oferty. Poprawienie wskazanego przez Państwa błędu w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy, a to będzie sprzeczne z drugą częścią dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Należy podkreślić, że przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawiania omyłek, których może dokonać Zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) Wykonawcy nie będzie istotne. Uwzględniając wszystkie

powyższe rozważania i uwagi należy stwierdzić, że istnieje bezwzględna niemożliwość poprawienia błędu polegającego na braku zaoferowania wymaganej kontroli na poziomie patologii do badania Hemoglobiny Glikolowanej. W tym zakresie oferta została złożona niezgodnie z warunkami zamówienia, co ziszcza przesłankę odrzucenia oferty wyrażoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. W tym miejscu należy podkreślić, że dyspozycja art. 226 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Jeśli treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia, taką ofertę należy bezwzględnie odrzucić. Ponadto Zamawiający odstąpił od poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian treści oferty (zbyt mała ilość zaoferowanych opakowań) – ponieważ bez względu na dokonane poprawki Oferta Państwa Firmy nadal by podlegała odrzuceniu. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że odrzucenie Państwa oferty jest zasadne i konieczne. (...)

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz złożonym przez Odwołującego na rozprawie wydruku ulotki BIO-RAD Liquichek Diabetes Control Levels 1, 2 and 3.

Izba pominęła załączone do odwołania wydruki ulotek BIO-RAD Liquichek Serum Indices Icterus Level (które Odwołujący złożył także na posiedzeniu), BIO-RAD Liquichek Serum Indices Lipemia Level oraz BIO-RAD Liquichek Serum Indices Non-Interfered Level, zważywszy, że jak wynika z treści odwołania, dokumenty te miały służyć ustaleniu, iż Odwołujący w Postępowaniu „zaoferował kontrole do odczytnika HIL firmy BIO-RAD”, co nie było ani faktem spornym, ani – mając na uwadze przedstawione w odwołaniu okoliczności uzasadniające jego wniesienie - faktem istotnym dla oceny zgodności z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, na które wniesiono odwołanie.

Izba pominęła także złożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk fragmentu książki autorstwa Krystyny Sztefko, który mógłby służyć ustaleniu, że weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii jest badaniem (w rozumieniu branżowym), co jak wskazano poniżej, nie było faktem istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominęła również złożony przez Odwołującego na rozprawie dokument „Raport producenta dla firmy Roche”, gdyż mógłby on służyć ustaleniu, czy wymieniony w stanowiącym część oferty Przystępującego formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 46 produkt o nazwie handlowej SI2 może „być kontrolowany”, co także nie było faktem istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy.

#### Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego i Przystępującego, wyrażoną w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Uzasadniony był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Nie ulega wątpliwości, że określonym w punkcie 5 części „Wytyczne dla Wykonawcy - tab. 1 załącznika nr 3 do SWZ warunkiem zamówienia było, aby „mianowany materiał kontrolny do badań przedstawionych w tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ), pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie”. Nie było przy tym sporne pomiędzy Odwołującym i Przystępującym, że Przystępujący w stanowiącym część jego oferty formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ nie wymienił mianowanego materiału kontrolnego do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ (Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii). Bezsporne było również to, że Przystępujący w ww. formularzu cenowym w wierszu oznaczonym l.p. 46 jako „nazwę handlową zaoferowanego produktu” wpisał „SI2, 14500T, cobas c pack green”, a „ulotka odczytnikowa produktu SI2 nie wymaga przeprowadzania kontroli”.

Sporną kwestią było natomiast, czy w takiej sytuacji Przystępujący zobowiązany był wymienić w ww. formularzu cenowym mianowany materiał kontrolny do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ (Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii). Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Przystępujący miał taki obowiązek.

Należy wskazać, że wynikał on z treści pkt 5 zawartego w załączniku nr 3 do SWZ w części „WYTYCZNE dla Wykonawcy - tab.1” wymagania, „aby mianowany materiał kontrolny do powyższych badań, pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie”. Nie może ulegać wątpliwości, że użyte w tym punkcie sformułowanie „powyższych badań” dotyczy badań wymienionych w znajdującej się

w tym załączniku do SWZ tabeli nr 1. Jednym z tych badań, wymienionym w wierszu oznaczonym l.p. 46 jest „Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii”.

Brak jest podstaw do uznania, że weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii nie jest badaniem w rozumieniu ww. pkt 5. W szczególności w dokumentach zamówienia Izba nie znalazła choćby jednego postanowienia, które wskazywałoby, że w zawartej w załączniku nr 3 do SWZ tabeli nr 1 w kolumnie „nazwa badania” znajdują się nazwy badań oraz nazwy czegoś, co badaniem nie jest (parametrów/oznaczeń), a wśród tych ostatnich jest weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii.

Stwierdzenie, że wszystko, co jest wymienione w tej tabeli w wierszach oznaczonych l.p. 1 – 87, jest badaniem w rozumieniu ww. pkt 5 uzasadnia także treść datowanego na 7 września 2023 roku pisma przekazanego Przy przez Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał, że „wymagał zaoferowania materiału kontrolnego na poziomie normy i patologii do wszystkich parametrów przedstawionych w Formularzu Cenowym w poz. 1-87 (załącznik nr 2 do SWZ)”, a także datowanego na 13 września 2023 r. pisma przekazanego Przystępującemu przez Zamawiającego, w którym tenże napisał, iż „wymagał, zgodnie z zapisami SWZ, aby mianowany materiał kontrolny do powyższych badań, pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie”.

Z treści tych pism wynika, że Zamawiający wszystkie „parametry przedstawione w Formularzu Cenowym w poz. 1-87 (załącznik nr 2 do SWZ)” – tożsame z badaniami wymienionymi w wierszach oznaczonym l.p. 1 – 87 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ – traktuje identycznie, nie odróżniając wymienionej w załączniku nr 2 do SWZ oraz w tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ w wierszach oznaczonych l.p. 46 „Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii” jako parametru (badania) w zakresie którego nie „wymagał zaoferowania materiału kontrolnego na poziomie normy i patologii” od innych parametrów (badań/oznaczeń), w zakresie których „wymagał zaoferowania materiału kontrolnego na poziomie normy i patologii”.

Wymaga przy tym wskazania, iż nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy twierdzenia Przystępującego i Odwołującego w zakresie tego, czy weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii jest badaniem w rozumieniu powszechnym bądź branżowym, a w konsekwencji wskazany w tym zakresie dowód w postaci wydruku fragmentu książki autorstwa Krystyny Sztefko. W sytuacji, gdy Odwołujący kwestionował zgodność treści oferty Przystępującego z warunkiem zamówienia określonym w pkt 5 zawartym w załączniku nr 3 do SWZ w części „WYTYCZNE dla Wykonawcy - tab.1”, zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp należało ocenić w świetle tego, czy weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii jest badaniem w rozumieniu, w jakim wyraz ten użyto w tym postanowieniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż nie był on zobowiązany wymienić w formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ mianowany materiał kontrolny do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ ze względu na treść punktów 17 i 18 załącznika nr 2 do SWZ, zawierających „wymogi do wypełnienia Formularza cenowego”.

Zdaniem Izby treść tych postanowień nie uzasadnia uznania, że w formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wykonawca nie jest zobowiązany wymienić mianowanego materiału kontrolnego do ww. badania, jeżeli zastosowanie odczynnika do tego badania nie wymaga przeprowadzenia kontroli według producenta tego odczynnika.

Należy wskazać, że uznanie w powyższy sposób skutkowałoby tym, że zakres świadczeń objętych ofertą złożoną w Postępowaniu byłby inny w przypadku, jeżeli zastosowanie wymienionego w tej ofercie odczynnika do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ według producenta tego odczynnika nie wymagało przeprowadzenia kontroli, a inny, gdyby wymagało przeprowadzenia kontroli. Sformułowanie warunków zamówienia w sposób, w którym to, czy określone świadczenie ma być objęte ofertą, zależy od cech innego świadczenia objętego ofertą, jest w ocenie Izby dopuszczalne, natomiast musi jednoznacznie wynikać z dokumentów zamówienia, tak aby nie pozostawiały one wątpliwości, czy wykonawca zobowiązany jest objąć swoją ofertą określone świadczenie czy nie. W przeciwnym przypadku nie sposób byłoby mówić o prowadzeniu postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, czego celem jest zapewnienia porównywalności ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z treści pkt 17 i pkt 18 załącznika nr 2 do SWZ wynika, że pierwszy z nich jest postanowieniem odnoszącym się do zakresu materiału kontrolnego, który wykonawca zobowiązany jest zaoferować, zaś drugi do ilości tego materiału - zaoferowanego zgodnie z ww. pkt 17 – którą wykonawca zobowiązany jest zaoferować. Niewątpliwie jest przy tym, że o ile w ww. pkt 18 wskazano na metodykę (czyli na wymagania producenta), to pkt 17 ww. załącznika nie ma sformułowania, które mogłoby być traktowane jako odniesienie do wymagań producenta (w szczególności do metodyki czy ulotki producenta).

Wymaga przy tym zauważenia, że wskazanie na „metodykę”, „wymogi producenta” – „ulotkę producenta” jest ponadto w załączniku nr 3 do SWZ w części „WYTYCZNE dla Wykonawcy - tab.1” w pkt 6; jest to odniesienie dla

określenia ilości materiału kontrolnego trzeciego poziomu, którą wykonawca zobowiązany jest zaoferować.

W sytuacji, gdy ani to postanowienie, ani pkt 18 załącznika nr 2 do SWZ nie dotyczą zakresu materiału kontrolnego, lecz wyłącznie jego ilości, nie mogą one stanowić podstawy do określenia zakresu materiału kontrolnego, który wykonawca zobowiązany jest zaoferować, czyli wymienić w formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ.

W świetle treści tych przedmiotowych postanowień należy przy tym uznać, że ilekroć Zamawiający chciał w dokumentach zamówienia odwołać się do wymagań producenta, to uczynił to wprost. Nie sposób więc przyjąć, że odwołanie do takich wymagań wynika z pkt 17 załącznika nr 2 do SWZ, w którym w ogóle nie ma takiego odwołania, a w szczególności nie ma go w odniesieniu do „niezbędnych kontroli”.

W tym stanie rzeczy ani pkt 17 ani pkt 18 załącznika nr 2 do SWZ nie sposób uznać za postanowienia dokumentów zamówienia jednoznacznie określające, że wykonawca nie jest zobowiązany zaoferować mianowanego materiału kontrolnego do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ, jeżeli zastosowanie odczynnika do tego badania nie wymaga przeprowadzenia kontroli według producenta tego odczynnika.

Wobec powyższego bez względu na to, czy – jak twierdził Przystępujący – wymieniony w stanowiącym część jego oferty formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 46 produkt o nazwie handlowej SI2 (jego zastosowanie) nie wymaga kontroli, Przystępujący miał obowiązek wymienić tym formularzu cenowym mianowany materiał kontrolny do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 46 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ (Weryfikacja hemolizy lipidemii i bilirubinemii), czego, jak wskazano powyżej, nie uczynił.

Należy zaznaczyć, że na istnienie tego obowiązku nie miało wpływu to, czy ww. produkt może „być kontrolowany”, czy nie, a tym samym istnienie takiej możliwości nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W konsekwencji konieczne było uznanie, że treść oferty Przystępującego była niezgodna z warunkiem zamówienia wynikającym z pkt 5 zawartego w załączniku nr 3 do SWZ w części „WYTYCZNE dla Wykonawcy - tab.1” w zakresie mianowanego materiału kontrolnego do ww. badania, a zatem Zamawiający zobowiązany był ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, wobec czego zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego było uznanie za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

W sytuacji, gdy oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, nie mogło znajdować podstaw przyjęcie, że oferta ta była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego stanowiło więc naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Przystępującego została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszeń.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania w części i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Nie były natomiast uzasadnione zarzuty naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, dotyczący zaniechania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, dotyczący czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 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 oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Należy wskazać, że oczywistą omyłką pisarską, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, jest niezgodność pomiędzy rzeczywistą wolą wykonawcy składającego ofertę a jej wyrażeniem w treści samej oferty, która jest widoczna „na pierwszy rzut oka” i której sposób usunięcia jest oczywisty.

Mając na uwadze treść stanowiącą część oferty Odwołującego formularza cenowego sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ nie ulega wątpliwości, że w wierszu oznaczonym l.p. 92.6 Odwołujący jako numer katalogowy wpisał „12011343”, jako nazwę handlową „Liquichek Diabetes Control, Level 1”, o jako wielkość opakowania „6 x 1 ml”. Z datowanego na 15 września 2023 r. pisma Odwołującego oraz złożonego przez Odwołującego

na rozprawie wydruku ulotki BIO-RAD Liquichek Diabetes Control Levels 1, 2 and 3 wynika, numerem katalogowym 12011334, na który zgodnie z twierdzeniami Odwołującego Zamawiający powinien być poprawić wpisany w ww. formularzu cenowym numer katalogowy „12011343”, oznaczony jest produkt o nazwie handlowej „Trilevel MiniPak” w opakowaniu o wielkości 3 x 1 ml.

Powyższe prowadzi do wniosku, że numerem katalogowym 12011334 oznaczony jest produkt o innej nazwie handlowej i innej wielkości opakowania niż produkt oznaczony numerem katalogowym 12011343, wpisany w ww. formularzu cenowym w wierszu oznaczonym l.p. 92.6.

W konsekwencji przyjęcie, że w zakresie numeru katalogowego wpisanego w ww. formularzu cenowym w wierszu oznaczonym l.p. 92.6 wystąpiła niezgodność pomiędzy rzeczywistą wolą Odwołującego a jej wyrażeniem w treści jego oferty, stanowiąca oczywistą omyłkę pisarską w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, skutkowałaby koniecznością uznania, że w tym wierszu takowe niezgodności wystąpiły także w zakresie nazwy handlowej oraz wielkości opakowania. Ani w Postępowaniu, ani w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie twierdził zaś, że w ww. formularzu cenowym w wierszu oznaczonym l.p. 92.6 w zakresie nazwy handlowej oraz wielkości opakowania wystąpiła oczywista omyłka pisarska.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że w ww. wierszu Odwołujący w rzeczywistości chciał wpisać numer katalogowy produktu o innej nazwie handlowej oraz wielkości opakowania niż produkt, którego nazwę handlową i wielkość opakowania wpisał w tym wierszu.

Nawet gdyby przyjąć, że w zakresie tym wystąpiła niezgodność pomiędzy rzeczywistą wolą Odwołującego a jej wyrażeniem w treści jego oferty, to w sytuacji, gdy w ww. wierszu Odwołujący wpisał numer katalogowy „12011343”, będący rzeczywistym numerem katalogowym produktu o nazwie handlowej i wielkości opakowania wpisanego w tym wierszu, a tym samym w zakresie tych 3 danych zachodzi zgodność z rzeczywistym stanem rzeczy, to nie znajduje uzasadnienia uznanie, że owa niezgodność była widoczna „na pierwszy rzut oka” oraz że jest oczywisty sposób jej usunięcia.

W konsekwencji nie sposób stwierdzić, że wpisanie w ww. formularzu w wierszu oznaczonym l.p. 92.6 „12011343” stanowi niezgodność pomiędzy rzeczywistą wolą Odwołującego a jej wyrażeniem w treści jego oferty, która jest widoczna „na pierwszy rzut oka” i której sposób usunięcia jest oczywisty, a zatem oczywistą omyłkę pisarską w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, którą Zamawiający zobowiązany był poprawić, a więc że zaniechanie dokonania tej czynności naruszało ten przepis.

Nie ulega wątpliwości, że określonym w punkcie 5 części „Wytyczne dla Wykonawcy - tab. 1 załącznika nr 3 do SWZ warunkiem zamówienia było, aby „mianowany materiał kontrolny do badań przedstawionych w tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ), pozwalał na kontrolę, wszystkich parametrów na minimum dwóch poziomach tj. normy, patologii, minimum raz dziennie”. Nie było zaś sporne pomiędzy Odwołującym i Przystępującym, że wymieniony w stanowiącym część oferty Odwołującego formularzu cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ w wierszu oznaczonym l.p. 92.6 produkt o nazwie handlowej „Liquichek Diabetes Control, Level 1” i numerze katalogowym „12011343” nie jest mianowanym materiałem kontrolnym do badania przedstawionego w wierszu oznaczonym l.p. 29 tabeli nr 1 zawartej w załączniku nr 3 do SWZ (Hemoglobina Glikolowana), pozwalającym na kontrolę wszystkich parametrów na poziomie patologii, a w konsekwencji że w ww. formularzu cenowym nie został wymieniony mianowany materiał kontrolny do rzeczonego badania, pozwalający na kontrolę wszystkich parametrów na poziomie patologii.

Wobec powyższego czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z powodu „braku zaoferowania wymaganej kontroli na poziomie patologii do badania Hemoglobiny Glikolowanej”, należało ocenić jako prawidłowe. Brak było zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Izba nie uznała za uzasadniony także zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Jak wynika z treści odwołania, naruszenia tego przepisu Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu Odwołującego i Przystępującego, które „doprowadziło do błędnego odrzucenia oferty” Odwołującego, w sytuacji „gdy Zamawiający powinien (...) odrzucić ofertę” Przystępującego „jako niezgodną z SWZ”.

W ocenie Izby o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 16 pkt 1) Pzp może być mowa w przypadku, gdy zamawiający w sposób nieuprawniony różnie traktuje wykonawców, których powinien traktować tak samo, w szczególności znajdujących się w takiej samej sytuacji. Z twierdzeń Odwołującego wynika zaś, że gdyby Zamawiający traktował wykonawców równo, to oferta Odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu (gdyż ją „błędnie odrzucono”), a oferta Przystępującego podlegałaby odrzuceniu (ponieważ nieprawidłowo nie została odrzucona) – czyli że Zamawiający powinien był różnie potraktować Odwołującego i

Przystępującego, co byłoby postępowaniem, które nie może być kwalifikowane jako zgodne z wynikającym z art. 16 pkt 1) Pzp obowiązkiem równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, dotyczącym odrzucenie oferty Odwołującego, oraz art. 16 pkt 1) Pzp odwołanie podlegało zatem oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych”. Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Przystępujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Przystępującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła dwa zarzuty przedstawione w Odwołaniu, a trzech nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcji 3/5 Odwołujący1 i 2/5 Przystępujący. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia zasądzono od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą 2/5 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, zaokrągloną w górę do pełnych złotych, a także zasądzono od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę stanowiącą 3/5 kwoty uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Przystępującego.

Przewodniczący:.....