Sygn. akt KIO/UZP 1204/08
Sygn. akt KIO/UZP 1211/08

WYROK
z dnia 19 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Stanisław Sadowy
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa (sygn. akt: KIO/UZP 1204/08);
B. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa (sygn. akt: KIO/UZP 1211/08);

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital im. dr Jana Biziela, ul. Karola Ujejskiego 75, 85-168 Bydgoszcz** protestów:

A. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa z dnia 7 października 2008 r.
B. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa z dnia 8 października 2008 r.

---

przy udziale **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 1204/08 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa i Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa;**
B. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa;**
2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital im. dr Jana Biziela, ul. Karola Ujejskiego 75, 85-168 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym XXX;
4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy

dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa;**

B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatury na okres 12 miesięcy", którego dotyczą odwołania wniesione przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący *Abbott")* oraz Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący *Roche"),* zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 lipca 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 136 -181999). Postępowanie to prowadzi Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital im. dr Jana Biziela w Bydgoszczy, zwany dalej: „Zamawiającym", na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą".

Zamawiający dokonał podziału niniejszego zamówienia na cztery grupy dopuszczając możliwość składania ofert częściowych w poszczególnych grupach. Rozpatrywane przez Izbę odwołania dotyczą Grupy II zamówienia.

Zamawiający w piśmie z dnia 3 października 2008 r. poinformował o wynikach postępowania, tj. o odrzuceniu ofert firm Abbott i Roche i o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Informacja ta doręczona została w tej samej dacie obydwu odwołującym.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 1204/08 - Odwołujący Abbott

Na czynności te Odwołujący Abbott w piśmie z dnia 7 października 2008 r. złożył do Zamawiającego protest (wpływ protestu do Zamawiającego w dniu 8 października 2008 r.). W proteście tym podniósł zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. W uzasadnieniu protestu podniósł, że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a Zamawiający bezzasadnie dokonał jej odrzucenia. Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego o nie uwzględnieniu w formularzu cenowym

---

roztworów do rozcieńczania ręcznego dla oznaczeń testosteronu, LH i progesteronu, tj. jakoby z ulotek odczynnikowych wynikało, że roztwór ten jest materiałem niezbędnym do wykonania w/w wymaganych oznaczeń, stwierdził, że w wyjaśnieniach udzielanych Zamawiającemu oświadczył, że roztwory te nie są materiałami wymaganymi do wykonania tych oznaczeń. Wymienił on jakie są niezbędne pozycje do wykonania tych oznaczeń, tzn.: zestawy odczynnikowe (poz. nr 40, 33, 37, 45 załącznika nr 2a do oferty), kalibratory (poz. nr 84, 87, 90, 95 załącznika nr 2a do oferty), kontrole (poz. nr 96, 99 załącznika nr 2a do oferty, Wash Buffet (poz. nr 103 załącznika nr 2 a do oferty), Pre-Trigger (poz. 100 załącznika nr 2a do oferty), Trigger (poz. nr 101 załącznika nr 2a do oferty), Reaction Vessels (poz. nr 102 załącznika nr 2a do oferty) oraz analizator Architekt i2000sr lub Architekt i1000sr, które zostały zawarte w ofercie.

Wyjaśnił również, że Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował zakresów liniowości, w jakich powinny być wykonywane oznaczenia i postawił w tym zakresie dowolność oferentom. Wskazał, że w ofercie zagwarantował możliwość wykonania poszczególnych oznaczeń bez roztworu do rozcieńczania ręcznego (testosteron w zakresie 0,08 ng/Ml – 15,00 ng/Ml; LH w zakresie 0,07 – 250 mIU/Ml; Progesteron w zakresie 0,1 ng/Ml – 40,00 ng/Ml i PTH

w zakresie 1,00 pg/Ml – 3000 pg/Ml. Wskazał, że wyjątkowych sytuacjach, kiedy stężenie znacznie przekracza zakres liniowości danego testu do rozcieńczania manualnego można użyć najniżej wartości kalibratora, który został zawarty w treści oferty (poz. 84, 97, 90, 95 załącznika nr 2a do oferty). Wskazał jednak na szeroki zakres liniowości.

Jednocześnie też Odwołujący Abbott z ostrożności w swoim proteście podniósł zarzuty dotyczące oferty Odwołującego Roche, która w jego ocenie jest niezgodna z SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jest niedoszacowana. W tym kontekście podniósł, że:

1) na str. 1 pkt III błędnie podano cenę netto i brutto odczynników i podano 174 115,00 zł netto i 186 303,05 brutto. Powinno być 489 025 zł netto i 523 256,75 zł brutto, co wynika z zsumowania pozycji od 1 do 36 szczegółowego formularza cenowego;
2) na str. 1 oferty pkt III – błędnie podano cenę dzierżawy za okres12 miesięcy (cena dzierżawy za jeden miesiąc netto to: 120,00 zł netto, a powinno być: 1 440 zł netto brutto zaś jest: 1464,00 zł, a powinno być 1 756,80 zł, natomiast wartość VAT jest 264,00 zł, a powinno być 316,80 zł;
3) załącznik nr 2a Szczegółowy Formularz Cenowy w poz. 82 – niedoszacowanie ilości opakowań Elecsys 2010 Assay Tip. Firma Roche zaoferowała w sumie 78 120 oznaczeń (poz. 1-36), a do wykonania każdego oznaczenia zużywa 2 szt. Assai Tip Zaoferowana ilość Assai Tip to 151 200, a powinno być 156 240, a więc o 5 040 za mało;

4) załącznik nr 2a Szczegółowy Formularz Cenowy w poz. 81 – nieoszacowano ilości opakowań Elecsys 2010 Assay Cup. Firma Roche zaoferowała w sumie 78 120 oznaczeń (pozycje 1-36) do wykonania każdego oznaczenia aparat zużywa 1 szt. Assai Cup. Zaoferowana ilość Assai Cup to 75 600, a powinno być 78 120, a więc o 1 520 za mało.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący Abbott w swoim proteście wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
3. dokonanie ponownej oceny jego oferty;
4. podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty Roche w oparciu o dotychczasowe, jak i pozostałe przesłanki oraz podniesione zarzuty;
5. dokonanie wyboru jego oferty, albowiem wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia „oferty najkorzystniejszej";
6. udzielenie Odwołującemu Abbott niniejszego zamówienia.

Do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu przez firmę Abbott swoje przystąpienie, odpierając podniesione zarzuty złożyła firma Roche. Przystąpienie nastąpiło na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego firmie Roche w dniu 8 2008 r., pismem doręczonym w dniu października Zamawiającemu 10 października 2008 r.

Zamawiający rozpatrując niniejszy protest pismem z dnia 17 października 2008 r. oddalił go w całości (doręczenie pisma Odwołującemu Abbott w tej samej dacie). W rozstrzygnięciu tym podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego Abbbot, gdyż ten nie zaoferował roztworów do rozcieńczania ręcznego, które – jak wynika z treści ulotek załączonych do oferty firmy Abbott – są niezbędne do przeprowadzenia oznaczeń dla testosteronu, LH, Progesteronu, PTH. Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zażądał w tym zakresie wyjaśnień od Odwołującego Abbott, a wyjaśnia te potwierdziły, że w pewnych przypadkach wydanie konkretnego, ilościowego wyniku bez rozcieńczalnika będzie niemożliwe.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych wobec oferty firmy Roche Zamawiający podniósł, że na tym etapie postępowania są one bezcelowe bowiem oferta tej firmy została odrzucona.

Odwołujący Abbott nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego wniósł od niego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie to zawarte w piśmie z dnia 21 października 2008 r. w tej samej dacie zostało nadane przesyłką kurierska do Prezesa UZP i jednocześnie mu doręczone. W odwołaniu Odwołujący Abbott podtrzymał swoje zarzuty, żądania i argumentację z treści protestu.

Do postępowania odwoławczego wnosząc o oddalenie odwołania swoje przystąpienie złożyła firma Roche. Przystąpienie zawarte w piśmie z dnia 30 października 2008 r. wpłynęło do Prezesa UZP w dniu 31 października 2008 r.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 1211/08 - Odwołujący Roche

Na czynności Zamawiającego polegające na rozstrzygnięciu postępowania poprzez jego unieważnienie i odrzucenie oferty Roche firma ta w piśmie z dnia 8 października 2008 r. złożyła protest (doręczenie Zamawiającemu w dacie 9 października 2008 r.), w którym podniosła naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 2, art. 88 ust. 1 pkt 2a i ust. 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 (a *contrario),* art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W argumentacji zawartej w proteście odnoszącej się do nieprawidłowości w ofercie Roche, firma ta stwierdził, że jej oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny została bowiem skalkulowana poprawne i co najwyżej z powodów nieścisłości terminologicznej SIWZ można mówić o odstępstwie formy oferty od wymagań SIWZ, co nie powinno skutkować odrzuceniem oferty tej firmy. Firma dowodziła, że cena w jej ofercie została wyliczona zgodnie z instrukcją zawartą w rozdz. IX SIWZ, powołując się szczegółowo na pkt 1 tego rozdziału oraz jego trzeci akapit. Odwołujący Roche w proteście wskazał, że Zamawiający nie podważa przedstawienia w jego ofercie ceny łącznej, która była brana pod uwagę przy ocenie ofert. Skoro zatem ceną oferty jest cena łączna, a ta została prawidłowo wyliczona jako suma wartości z formularza cenowego oraz kosztów dzierżawy, to nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny.

Wykazywany błąd w ofercie Roche w zakresie wpisania w pozycji odczynników innej wartości niż wskazana w formularzu cenowym stanowi wyłącznie błąd co do formy i wynika z niejednoznacznego brzmienia treści SIWZ. Odwołujący Roche zinterpretował bowiem pozycję formularza ofertowego „cena odczynników" jako wartość odczynników sensu stricte tj. bez pozostałych elementów koniecznych do wykonania oznaczenia, a wymienionych w formularzu cenowym, co zresztą wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Z ostrożności firma Roche podniosła, że nawet gdyby uznać , że w tym zakresie w jej ofercie są pomyłki to Zamawiający powinien był tutaj zastosować przepis art. 88 ust. 1 pkt 2a) i poprawić omyłki rachunkowe.

Podnosząc przywołane zarzuty Odwołujący Roche w swoim proteście wniósł o:

1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ustosunkowując się do złożonego protestu i podniesionych w nim zarzutów Zamawiający w piśmie z dnia 17 października 2008 r. (doręczenie Odwołującemu Roche w tej samej dacie) protest oddalił w całości. W szczegółowej argumentacji swojego stanowiska podkreślił, że Odwołujący w proteście przywołuje niewłaściwą podstawę odrzucenia jego oferty, tj. powołuje się na błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem Zamawiający dokonał odrzucenia tej oferty z powodu omyłek rachunkowych w jej treści, które nie nadają się do poprawienia w trybie art. 88 ustawy. Zamawiający podniósł, że pomiędzy poszczególnymi wymaganymi formularzami w poz. „cena odczynników" w ofercie firmy Roche występowała niespójność, dlatego też zażądał w tym zakresie wyjaśnień od Odwołującego Roche. Udzielone wyjaśnienia nie tłumaczyły dlaczego tak niska cena została wpisana w poz. „cena odczynników", a firma Roche twierdziła, że formularz oferty został wypełniony zgodnie z wzorem Formularza oferty (załącznik nr 2a), a cena jaką firma ta wpisała to wartość odczynników. Pismo to w ocenie Zamawiającego poświadczało nieprawdę. Wyjaśnienia otrzymane od wykonawcy nie uprawniały Zamawiającego do poprawienia jego oferty w trybie art. 88 ustawy .

Z tą decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący Roche wnosząc do Prezesa UZP odwołanie. Odwołanie to zostało zawarte piśmie z dnia 22 października 2008 r. i z tą datą nadane przesyłką kurierską, zostało też doręczone Prezesowi UZP.

W odwołaniu firma Roche podtrzymała zgłoszone w proteście żądania, dodatkowo wnosząc o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów firma Roche zaskarżyła czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty tej firmy i w konsekwencji unieważnieniu postępowania, wskazując jednocześnie na naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 2 lit. a oraz art. 88 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 i w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. W prezentowanej w odwołaniu argumentacji na potwierdzenie podnoszonych zarzutów firma Roche wskazała na obowiązek Zamawiającego poprawienia w jej ofercie oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie podania ceny odczynników na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 1 lit a, pkt 2 lit a oraz ust. 2 ustawy. Odwołujący Roche podniósł, że poprawienie tej omyłki możliwe jest poprzez zsumowanie cen

poszczególnych odczynników. Jednocześnie też firma Roche wskazała na jeszcze jedną podlegającą obligatoryjnemu poprawieniu w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy omyłkę rachunkową. Omyłka to w jego ocenie dotyczy niewłaściwego przemnożenia w ofercie Roche ceny dzierżawy za jeden miesiąc przez 12 miesięcy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert Odwołujących się, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestów w niniejszej sprawie w dniu 8 i 9 października 2008 r., tj. w dacie sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. sprzed daty 24 października 2008 r.). Podobne stanowisko skład orzekający Izby wyraża w zakresie stosowania przepisów dotyczących poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, o których mowa w art. 4 ust. 1 przywołanej ustawy, w związku z podjęciem czynności oceny ofert przez Zamawiającego przed datą wejścia w życie przywołanych przepisów nowelizacji ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił również, że obydwaj Odwołujący się wykazali się interesem prawnym w złożeniu środków ochrony prawnej w niniejszej sprawie, broniąc ważności swoich ofert odrzuconych w postępowaniu przez Zamawiającego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do odwołania firmy Abbott (sygn. akt: KIO/UZP 1204/08), skład orzekający Izby uznał, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie skład orzekający Izby odniósł się do argumentu Przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. firmy Roche o braku interesu prawnego po stronie Odwołującego Abbott w związku z kwestionowaniem przez tę firmę unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w oparciu o inną przesłankę ustawową, aniżeli wskazał to Zamawiający. Zamawiający

unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, natomiast Odwołujący Abbott konsekwentnie w proteście, jak i w odwołaniu wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność ta nie wpływa na brak interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej po stronie Odwołującego Abbott. Firm ta, oprócz kwestionowania czynności

unieważnienia postępowania (niezależnie na jakiej podstawie prawnej), kwestionuje również czynność odrzucenia jej oferty, powodującej uszczerbek w jej interesie prawnym w uzyskaniu niniejszego zamówienia, w wyniku której to czynności Zamawiający unieważnił postępowanie.

Odnosząc się do kwestii związanych z odrzuceniem oferty firmy Abbott z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przywołanych przepisów ustawy (art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, a tym samym również art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Zgodnie z postanowieniem rozdz. III pkt 2 lit b Zamawiający wymagał dołączenia do oferty na oferowany przedmiot zamówienia materiałów dotyczących zaoferowanego przedmiotu (prospekty lub broszury lub wyciągi z instrukcji lub foldery lub zdjęcia lub katalogi lub część katalogów lub inne posiadane dokumenty), zastrzegając, że powyższe dotyczy odczynników oraz urządzeń będących przedmiotem dzierżawy.

Kwestią sporną pomiędzy Odwołującym Abbott, a Zamawiającym stały się informacje zawarte w załączonych do oferty tego Odwołującego materiałach, które wskazywały na konieczność zastosowania określonych roztworów do rozcieńczania ręcznego, które – jak wynika z treści ulotek załączonych do oferty firmy Abbott – są niezbędne do przeprowadzenia oznaczeń dla testosteronu, LH, Progesteronu, PTH, a nie zostały zaoferowane w ofercie tej firmy.

Odwołujący Abbott na rozprawie potwierdził, że faktycznie w odniesieniu do wykonania oznaczenia progesteronu, testosteronu i PTH dzięki oferowanemu urządzeniu Architect i zestawie odczynników można automatycznie, bądź manualnie, dokonać oznaczeń i rozcieńczeń. Jednocześnie też przyznał, że co do oznaczenia LH, faktycznie w zestawie odczynników oferty firmy Abbott nie zaoferowano rozcieńczalnika, jednakże w tym przypadku wzrost poza liniowość występuje niezmiernie rzadko i w tych kilku przypadkach rocznie można ewentualnie dokonać rozcieńczenia innym składnikiem, który jest w posiadaniu każdego laboratorium. Odwołujący wskazał również, że w jego ofercie zaoferowano w tym zakresie kalibratory, które tę funkcję mogą wypełniać.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do argumentacji Odwołującego Abbott wskazuje, iż faktycznie co do wykonania oznaczenia LH bezspornie Odwołujący przyznał, że do

---

wykonania tego oznaczenia konieczny jest rozcieńczalnik, którego wprost w tym zakresie nie zaoferował w swojej ofercie. Wskazywał on jedynie, że funkcję tę mogą pełnić kalibratory. Słusznie zauważył w tym zakresie Zamawiający, że w ofercie firmy Abbott na str. 108 w poz. kalibratory – pozycja ta nie została wypełniona, a zatem w tym zakresie Odwołujący kalibratorów nie zaoferował. Niezależnie od powyższego wątpliwym wydaje się argument, czy dzięki kalibratorom w ogóle można dokonywać czynności rozcieńczania manualnego przy wykonywaniu wskazanego oznaczenia. Oznaczenia LH, jak i inne wymagane oznaczenia, powinny być wykonywane zgodnie z instrukcja zawartą w załączonych do oferty ulotkach. Tymczasem w ulotce dotyczącej oznaczenia LH (str. 296 oferty) wskazuje się na konieczność użycia w tym zakresie roztworu do rozcieńczania ręcznego – MULTI-ASSAY MANUAL DILUENT, a nie wskazywanych przez Odwołującego Abbott kalibratorów.

Opieranie się przez Odwołującego na argumentacji, że taki roztwór do rozcieńczania jest w posiadaniu każdego laboratorium również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający bowiem żądał złożenia oferty na całość zamówienia – a więc dostarczenia odczynników wraz z wszystkimi niezbędnymi materiałami, dzięki którym możliwe będzie dokonanie określonych, wymaganych oznaczeń.

Argument Odwołującego Abbott, że oznaczenia te są niezmiernie rzadko wykonywane również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie postawił bowiem przy realizacji zamówienia warunku, iż dostarczenie, bądź nie określonych materiałów będzie obowiązkowe, bądź nie w sytuacji różnej częstotliwości dokonywanych oznaczeń. W ulotce do wskazanego testu określone zostały materiały wymagane do przeprowadzenia tego oznaczenia lecz nie zawarte w zestawie i tutaj wskazuje się na uniwersalny roztwór do rozcieńczania ręcznego 7D82 – 50 (str. 298 oferty). Również w teście PTH w materiałach niezbędnych do przeprowadzenia oznaczenia, a nie zawartych w zestawie wskazuje się na MULTI – ASSAY MANUAL DILUENT, (str. 359 oferty) także nie ujęty w treści oferty

Odwołującego Abbott. Podobna sytuacja ma odniesienie do pozostałych kwestionowanych testów.

Istotnym jest również argument podnoszony przez Zamawiającego na rozprawie, że wymagał on automatycznego rozcieńczania próbek przekraczających zakres liniowości przynajmniej dla analizatora podstawowego Abbott na str. 110, poz. 9 Odwołujący potwierdził, iż spełnia ten wymóg, jednakże faktycznie tego wymogu nie wypełnił, co również potwierdził na rozprawie, wskazując na możliwość manualnego wykonywania rozcieńczania w przypadku testów za pomocą urządzenia Architekt. W tym również względzie oferta nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe ustalenia, a w szczególności przyznanie przez samego Odwołującego Abbott, że w ramach oferowanego testu LH nie zaoferowano wprost roztworu

do rozcieńczania, skład orzekający Izby stwierdził zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty firmy Abbott z powodu jej niezgodności treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do oferty firmy Roche odnośnie jej niedoszacowania oraz błędów w podawanych cenach odczynników i dzierżawy, skład orzekający Izby uznał, że w tym zakresie Odwołujący Abbott nie ma interesu prawnego w podnoszeniu tych zarzutów. Oferta firmy Roche została przez Zamawiającego odrzucona również na podstawie wskazanych przesłanek, a skuteczność tej decyzji potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszym orzeczeniu, odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu firmy Roche (KIO/UZP 1211/08).

Odnosząc się w drugiej kolejności do odwołania firmy Roche (sygn. akt: KIO/UZP 1211/08), skład orzekający Izby uznał, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Podstawą podniesionych w odwołaniu Roche zarzutów jest zaniechanie Zamawiającego polegające na braku poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w treści oferty tej firmy – tak w zakresie wyceny dostawy odczynników, jak i w kwestii wyceny dzierżawy.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odniesienia się do zarzutu braku poprawienia treści oferty Odwołującego Roche w zakresie wyceny dzierżawy, bowiem zarzut ten nie był podnoszony na etapie protestu, a dopiero w treści odwołania. Stosowanie natomiast do treści art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Skład orzekający zauważa, że w treści protestu tak zarzut, jak i argumentacja na potwierdzenie takiego zarzutu w odniesieniu do omyłki rachunkowej w treści oferty firmy Roche w zakresie wyceny dzierżawy nie były podnoszone.

Odnosząc się do zarzutu braku poprawienia w treści oferty Roche omyłki rachunkowej w zakresie ceny odczynników, która *de facto* stała się podstawą do odrzucenia oferty firmy Roche przez Zamawiającego, skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ szczegółowo określił sposób obliczenia ceny oferty. W rozdz. IX pkt 1 Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca *obliczy cenę oferty w oparciu o szczegółowy formularz cenowy załącznik nr 2a do SIWZ. W pierwszej kolejności wykonawca poda cenę jednostkową netto następnie przemnoży przez zamawianą ilość otrzymując wartość netto i do tak otrzymanej wartości netto doda podatek od towarów i usług VAT otrzymując w ten sposób wartość brutto danej pozycji. Jeżeli grupa zawiera więcej niż jedną pozycję*

wykonawca podsumuje wartość netto i wartość brutto. Zsumowanie wartości brutto i netto Wykonawca wpisze dla oferowanej grupy w załączniku nr 2 do SIWZ – cena odczynników". Zamawiający, formułując wzór formularza załącznika nr 2a – Szczegółowy Formularz Cenowy – wymagał wskazania wszystkich wymaganych elementów w odniesieniu do poszczególnych oferowanych odczynników, w tym m.in. nazwy odczynnika oraz jego wartości – netto, brutto oraz podatku VAT. Cenę łączną zamówienia dla odpowiedniej grupy (w tym zakresie kwestionowana grupa to grupa II, dla której firma Roche składała ofertę), z wyszczególnieniem cen odczynników oraz ceny dzierżawy za 1 miesiąc i ceny dzierżawy za

okres 12 m-cy należało wskazać w odpowiedniej pozycji formularza ofertowego (załącznik nr 2).

W ofercie firmy Roche w załączniku nr 2a Szczegółowego Formularza Ofertowego dla Grupy II Odwołujący wyspecyfikował w pozycjach od 1 do 36 poszczególne odczynniki, wyceniając ich pozycje jednostkowe zgodnie z wymogiem SIWZ. W pozycjach od 37 do 61 firma Roche dokonała identycznego działania w odniesieniu do oferowanych Kalibratorów, a w pozycjach od 62 do 74 w zakresie Materiałów kontrolnych i w pozycjach od 75 do 88 - Materiałów eksploatacyjnych. Na końcu tabeli znalazło się zsumowanie wszystkich elementów tabeli z ceną łączna netto: 544 570,00 zł i brutto: 582 782,45 zł. Natomiast kwota, która została wpisana w formularzu ofertowym (oferowana przez Roche Grupa II) w zakresie ceny odczynników to kwota netto: 174 115,00 zł i brutto: 186 303,05 zł.

Odwołujący Roche tłumaczy, że dokonał błędnego zsumowanie poz. od 1 do 36 załącznika 2a, co należy uznać za oczywistą omyłkę rachunkową w treści oferty, poprawialną w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1 lit a pkt 2 lit a oraz ust. 2 tego artykułu ustawy. W proteście Odwołujący wskazywał jako podstawę prawną poprawy swojej oferty w tym zakresie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz ust. 2 tego artykułu ustawy (nie wskazywał zatem art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy).

W treści przywołanego przepisu art. 88 ustawy ustawodawca zawarł enumeratywne wyliczenie sytuacji, w których dopuszczalne jest, a zarazem obligatoryjne dokonanie przez Zamawiającego poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w treści oferty. Przywołane przez firmę Roche zapisy odnoszą się do:

1) błędnego przemnożenia cen jednostkowych oraz liczby jednostek miar (art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy);
2) obliczenia sumy cen za poszczególne części zamówienia (art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy);
3) uwzględnienia przy dokonanych poprawkach omyłek rachunkowych konsekwencji dokonanych poprawek (art. 88 ust. 2 ustawy).

Pierwsza z wymienionych sytuacji w analizowanym stanie faktycznym nie jest kwestionowana przez Zamawiającego, jak też Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji. Z jednej strony Zamawiający nie kwestionował, że Odwołujący Roche nieprawidłowo przemnożył poszczególne ceny jednostkowe przez ilość opakowań, z drugiej strony również Odwołujący nie argumentował ani w treści protestu, ani w treści odwołania, jak też na samej rozprawie, aby w jego ofercie doszło do nieprawidłowości w działaniu mnożenia cen jednostkowych i ilości opakowań poszczególnych pozycji.

Druga z wymienionych sytuacji - w ocenie składu orzekającego Izby - również nie ma miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Odwołujący Roche nie dokonał w swojej ofercie zsumowania cen za poszczególne części zamówienia bowiem w tym przypadku tych części zamówienia w zakresie dostawy odczynników nie było. Przyjmując, że mielibyśmy w tym przypadku do czynienia z częściami zamówienia należałoby ocenić pod tym kątem sumę za dostawę odczynników i dzierżawę przy cenie łącznej zamówienia z formularza ofertowego (załącznik nr 1). Problem w ofercie Odwołującego Roche tkwi bowiem w innym miejscu. Firma Roche dokonała obliczenia wszystkich pozycji w Szczegółowym Formularzu Cenowym (załącznik nr 2a) w poz. od 1 do 88, dokonując zsumowania tych pozycji w cenie netto i brutto zgodnie z wymogiem SIWZ, natomiast w samym formularzu ofertowym załącznik nr 2 w cenie odczynników wpisała wartości netto i brutto, które w żaden sposób nie wynikają z załącznika nr 2a. Jest to więc kwota, którą Zamawiający musiałby przyjąć za prawidłową przy ustalaniu ceny łącznej, dokonując sumowania ceny odczynników i ceny za dzierżawę. Jeśli natomiast cena za jedną część zamówienia (kwestionowana cena odczynników) w żaden sposób nie wynika z jej obliczenia za poszczególne odczynniki w formularzu załącznika 2a, czego wymagał Zamawiający w SIWZ, Zamawiający nie miałby prawa do poprawienia w tym trybie omyłki rachunkowej. Zamawiający musiałby w takim przypadku przyjąć kilka niewiadomych - nie wiadomo jaka była cena za poszczególne odczynniki, jaka była faktycznie łączna cena za wszystkie odczynniki oraz, czy Odwołujący uwzględnił w cenie odczynników wszystkie elementy - skoro Odwołujący wskazał w tym zakresie odmienne ceny w obydwu wymaganych formularzach ofertowych i dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ.

Zauważyć należy, że argumentacja Odwołującego o błędnym zsumowaniu pozycji od

1 do 36 również w tym zakresie nie może być uwzględniona, bowiem we wskazanym formularzu brak zsumowania tych pozycji, a trudno wymagać od Zamawiającego, aby tej czynności dokonywał za wykonawcę. Dokonane na potrzeby niniejszego postępowania zsumowanie tych pozycji przez skład orzekający Izby w zakresie ceny brutto daje jednak kwotę odmienną (523 256,75 zł), aniżeli kwota brutto wskazana przez Odwołującego w załączniku nr 1 (186 303,05 zł), co również świadczy o braku wiarygodności argumentacji Odwołującego Roche w tym zakresie.

13

Trzecia z wymienionych sytuacji również nie będzie miała zastosowania w niniejszej sprawie. Skoro skład orzekający Izby stwierdził brak możliwości poprawienia samych omyłek rachunkowych (nie zachodzi żadna z sytuacji określonych w ust. 1 art. 88 ustawy) brak jest również możliwości uwzględnienia w tym zakresie konsekwencji tych niedokonanych poprawek.

Uwzględniając przedstawioną argumentację faktyczną i prawną skład orzekający Izby nie dopatrzył się naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy, a tym samym uznał, że Zamawiający nie miał prawa do poprawienia w trybie przywołanego przepisu art. 88 ustawy omyłek rachunkowych w ofercie firmy Roche. Tym samy skład orzekający Izby uznał za niezasadne kwestionowanie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Roche w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a w konsekwencji unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktura VAT) - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, o których zasądzenie pełnomocnik Zamawiającego wniósł w odniesieniu do sprawy o sygn. akt: KIO/UZP 1211/08. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby tymi kosztami obciążył Odwołującego Roche.

14

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy.**

Przewodniczący:
.....
Członkowie:
……..
……..

15