

WYROK
z dnia 8 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 listopada 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 października 2017 r.** przez wykonawcę **R. D. P. Sp. z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. J. K. Ł. w C., ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **A. L. P. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 16.10.2017 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego: **R. D. P. Sp. z o.o., ul. (...)**, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje poprawienie w ofercie Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zwanego dalej: „Pzp”, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, tj. ilości opakowań materiału kontrolnego wycenionych w pozycjach: 11 (z 8 na 19), 12 (z 12 na 19), 14 (z 14 na 28), 15 (z 12 na 24) i 18 (z 24 na 28) formularza asortymentowo- cenowego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dodatkowych opakowań.
2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Specjalistyczny im. J. K. Ł. w C., ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. D. P. Sp. z o.o., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Szpitala Specjalistycznego im. J. K. Ł. w C., ul. (...)** na rzecz **R. D. P. Sp. z o.o., ul. (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2246/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „DOSTAWA ODCZYNNIKÓW I INNYCH MATERIAŁÓW WRAZ Z DZIERŻAWĄ ANALIZATORÓW DO WYKONYWANIA BADAŃ BIOCHEMICZNYCH ORAZ IMMUNOCHEMICZNYCH” (numer referencyjny DZAP-380-23/17), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 134-275551 z 15.07.2017 r., przez Szpital Specjalistyczny im. J. K. Ł. w C., ul. (...) zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.10.2017 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej A. L. P. Sp. z o.o., ul. (...) zwanego dalej: „A. L. P. Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” oferty R. D. P. Sp. z o.o., ul. (...) zwanego dalej: „R. D. P. Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 26.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) R. D. P. Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 16.10.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.10.2017 r. (e-mailem). Odwołujący podnosił niezgodność czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności i zaniechania zostały dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwzględnieniem konieczności poprawienia w treści oferty Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest sukcesywna dostawa odczynników, materiałów zużywalnych, kalibratorów i kontroli wraz z dzierżawą analizatorów do wykonywania badań biochemicznych oraz immunochemicznych w okresie 48 m-cy od udzielenia zamówienia. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, przy czym oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów. Została jednak odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z powodu zaferowania niewystarczającej,

zdaniem Zamawiającego, ilości materiału kontrolnego w zakresie pięciu pozycji.

1. Pozycja 11 Anti-HCV PC Elecsys

Odwołujący składając wyjaśnienia w toku oceny ofert wskazał na sposób wyliczenia zaoferowanej ilości opakowań kontroli. Uwzględniając możliwość rozporcjowania fiołki do mniejszych naczynek typu sample cup lub CalSet Vials, które również zostały uwzględnione i wycenione w formularzu asortymentowo-cenowym oraz biorąc pod uwagę ilość zużywanej kontroli na jedno oznaczenie, wykazał, że do wykonania przewidzianej ilości oznaczeń wystarczy 8 opakowań kontroli Anti-HCV PC Elecsys.

Zamawiający zanegował metodę przyjętą przez Odwołującego do obliczenia ilości potrzebnego asortymentu przyjmując, że z jednej fiołki można wykonać tylko 7 oznaczeń kontrolnych. Powołał przy tym odpowiedź na pytanie nr 10, że należy uwzględniać stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach. W rezultacie ustalił „jednoznacznie”, iż Odwołujący powinien zaoferować 19 opakowań spornej kontroli.

Różnica między Zamawiającym i Odwołującym dotyczy 11 opakowań i wynika z odmiennej wykładni zapisów ulotki odczynnikowej oraz odpowiedzi z 04.08.2017 r. Zamawiający w jej treści nie dostrzega możliwości porcjowania kontroli, a Odwołujący taką praktykę uznaje za dopuszczalną, gdyż nie jest zakazana w instrukcji używania testu i kontroli, a zarazem wykorzystywana w laboratoriach w celu optymalizacji zużycia odczynników.

Jednakże w sytuacji gdyby należało interpretować postanowienia SIWZ (a zwłaszcza cytowaną przez zamawiającego odp. nr 10) w ten sposób, że uniemożliwiła porcjowania kontroli to nadal oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona, lecz Zamawiający powinien ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie sposób wszak przyjąć, że omyłkowe (wynikające z niewłaściwego, aczkolwiek nie zamierzonego zaniżenia ilości materiału kontrolnego spowodowanego niezrozumieniem SIWZ) niedoliczenie odpowiedniej liczby opakowań kontroli (dla kilku pozycji) nie stanowi istotnej niezgodności oferty z SIWZ. Najlepszym dowodem, że zachowanie Odwołującego nie mogło być celowe jest fakt, że Zamawiający posiadając ulotki odczynnikowe z łatwością mógł zweryfikować prawidłowość wyliczeń wykonawcy. Odwołujący nie mógł więc „ukryć” przed Zamawiającym ewentualnego niedoboru. Nie miał więc takich intencji oferując 8 opakowań Anti-HCV PC Elecsys, lecz działał w przekonaniu, że jest to ilość wystarczająca. Skoro Zamawiający z łatwością był w stanie ustalić jaka powinna być prawidłowa (zgodna SIWZ) ilość ww. kontroli, to powinien przyjąć, że brakująca ilość jest wynikiem omyłki, której poprawienie nie może doprowadzić do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Jedno opakowanie kontroli Anti-HCV PC Elecsys to koszt jednostkowy 324 zł, zatem doliczenie brakujących 11 opakowań oznacza

wzrost ceny oferty o 3 564 zł.

2. Pozycja 12 HBsAg G2 PC

Analogiczne podejście co w przypadku Anti-HCV PC Elecsys Zamawiający zastosował w stosunku do kontroli HBsAg G2 PC. Odwołujący w piśmie z 06.10.2017 r. przedstawił uzasadnienie dla zaoferowanych 12 opakowań kontroli HBsAg G2 PC, a Zamawiający nie zgadzając się z możliwością porcjowania materiału kontrolnego uznał, że konieczne było zaoferowanie 19 opakowań kontroli.

Odwołujący w tym zakresie prezentuje swoje stanowisko podobnie jak w pierwszym stwierdzonym przypadku niedoszacowania. Ze względu jednak na fakt, iż podejście Zamawiającego, z jego perspektywy oceny ulotki i odpowiedzi nr 10 może być uzasadnione, to należało w ofercie Odwołującego poprawić omyłkę poprzez zastąpienie liczby opakowań kontroli z 12 na 19, a ceny za tę pozycję z kwoty 3 888 zł, na 6 156 zł (tj. 19 x cena jednostkowa za opakowanie - 324 zł).

3. Pozycja 14 Pred Control Cardiac G2 Elecsys V4

W odniesieniu do Preci Control Cardiac G2 Elecsys V4 Zamawiający twierdzi, że powinno być zaoferowanych 28 opakowań tej kontroli. Kwestionuje zarazem wyjaśnienia Odwołującego zarzucając, że nie uwzględniają one objętości martwej towarzyszącej pracy aparatów. Przy czym tę objętość martwą Zamawiający określił arbitralnie na 50 mikrolitrów. Jak już wcześniej podnosił, nawet gdyby przyznać rację Zamawiającemu, to oferta Odwołującego podlega poprawieniu jako zawierająca nieistotną omyłkę. Zmiana liczby opakowań z 14 na 28 powoduje przeliczenie pozycji 14 do kwoty 8 618,40 zł.

4. Pozycja 15 PreciControl TM Elecsys

W odniesieniu do tej kontroli Zamawiający stwierdził, że brakuje w ofercie 12 opakowań. W tym przypadku sposób wyliczenia prawidłowej ilości oparł na kryterium stabilności odczynnika wynoszącej 1 miesiąc (po rekonstytucji, poporcjowaniu i zamrożeniu). Zarazem zakwestionował metodę przyjętą przez Odwołującego i przedstawiona w wyjaśnieniach z 06.10.2017 r.

Po raz kolejny również zarzucił zaniechanie rozpatrzenia przez zamawiającego konieczności zastawania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego. Jeśli bowiem byłoby tak jak twierdzi Zamawiający, to niezgodność ilości należy traktować w kategoriach omyłki o której mowa w ww. przepisie, która powinna być poprawiona przez Zamawiającego. Mając dane na temat ceny jednostkowej opakowania oraz wiedzę i przekonanie ile opakowań powinno być zaoferowanych Zamawiający mógł i powinien poprawić poz. 15 poprzez zmianę 12 zaoferowanych opakowań na 24 i poprawienie wartości pozycji z kwoty 6 156 zł na kwotę 12 312 zł.

5. Pozycja 18Troponin (QCS) PC Elecsys

Kontrola troponiny została przez Zamawiającego obliczona biorąc pod uwagę ilość porcji kontroli jaką można przygotować z jednego zestaw kontrolnego, czyli 26 porcji. To ma wystarczyć na 26 dni (ze względu na założenie wykonywania kontroli każdego dnia). Mając na uwadze 2 zestawy kontrolne w jednym opakowaniu zamawiający przyjął wykonanie 52 kontroli przez okres 52 dni z każdego opakowania. 4 lata (1460 dni) podzielone przez 52 dni (czas zabezpieczony przez jedno opakowanie) daje mu 28 opakowań zamiast zaoferowanych 24.

Natomiast Odwołujący w piśmie z 06.10.2017 r. wyjaśnił, że swoje obliczenia oparł na realnym zużyciu odczynnika przez analizator podczas wykonywania kontroli. Zakładając, że zużywa się 50 pl kontroli, przy 2920 kontrolach przez cały czas trwania kontraktu wystarczy nawet 13 pełnych opakowań. Zamawiającego to tłumaczenie nie przekonało, przy czym nie wiadomo dokładnie dlaczego. Zamawiający sugeruje jakoby nie uwzględniały sposobu postępowania z materiałem kontrolnym, lecz żadnych konkretnych zapisów ulotki nie powołuje.

Niemniej nawet w takiej sytuacji Zamawiający powinien zrealizować obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie omyłki co do 4 opakowań Troponin (QCS) PC Elecsys (wówczas wartość tej pozycji wzrosła by o 691,20 zł).

Podsumowując, odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W stosunku do każdej zaniżonej ilościowo pozycji w ofercie Odwołującego należało zastosować obligatoryjny mechanizm korekty. Nie sposób bowiem inaczej traktować zaistniałych rozbieżności, jak wyniku omyłki ze strony Odwołującego. Zarazem poprzez poprawienie ilości opakowań w stosunku do kilku kontroli nie doszło by do istotnej ingerencji w treści oferty. Aktualnie opiewa ona na 2 889 102, 52 zł (jest o ok. 200 tys. zł tańsza od oferty drugiego wykonawcy). Konsekwencją poprawienia omyłek będzie wzrost ceny o 16 988, 40 zł, czyli niespełna o 0,6%.

Podkreślił, że poprawianie omyłkowo zaniżonych ilości opakowań odczynników w postępowaniach na dostawę tego rodzaju asortymentu jest powszechnie stosowane

w praktyce zamawiających oraz zaaprobowane w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 02.10.2013 sygn. akt: KIO 2203/13, 2206/13 - sentencja: uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym: poprawianie oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu; wyrok KIO z 27.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1704/16 - sentencja: Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy oferty Konsorcjum: D. P. Sp. z o.o., B.-R. P. Sp, z o.o. - ilości opakowań wycenionych w poz.: 8, 26, 43 i 51 formularza cenowego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dodatkowych opakowań.)

Zamawiający w dniu 26.10.2017 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A. L. P. Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.11.2017 r. (e-mailem), a 08.11.2017 r. (oryginał na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu ani Przystępującemu dopiero na posiedzeniu. Zamawiający wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z dokumentów:

- pism Zamawiającego skierowanych do Odwołującego z 12.09.2017 r. oraz z 03.10.2017 r.
- ulotek odczynnikowych doręczonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego oraz składanych przez Odwołującego wyjaśnień
- instrukcji obsługi w części dotyczącej analizatora wraz ze specyfikacją techniczną Cobas 6000 - na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie, jako uzasadniające odrzucenie oferty, w tym na okoliczność wezwania Odwołującego do złożenia ulotek odczynnikowych dotyczących treści oferty oraz do złożenia wyjaśnień. Ponadto, wnosił o zobowiązanie Odwołującego do przedłożenia KIO dokumentacji w postaci instrukcji obsługi analizatora Cobas 6000 wraz ze specyfikacją techniczną.

Zamawiający zaprzecza twierdzeniu (zarzutowi) Odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaoferował materiał kontrolny w ilości zgodnej ze SIWZ. Zamawiający wskazuje na niekonsekwencję Odwołującego co do tego, że jego oferta odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z jednej strony Odwołujący próbuje wykazać, że zaoferowana przez niego ilość materiału kontrolnego w zakresie pięciu pozycji jest wystarczająca, a zatem jego oferta odpowiada SIWZ, a jednocześnie podnosi zarzut zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją i warunkami zamówienia (str. 1 odwołania, pkt 2 zarzutu). Zamawiający nie uznaje zarzutu Odwołującego, że zobowiązany był poprawić jego ofertę w sytuacji, gdy zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, to jest ulotek odczynnikowych zgodnie z Rozdz. III pkt 1.1.3 SIWZ, dotyczących przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich pozycji. Zamawiający wskazał jednocześnie, że brak tych dokumentów uniemożliwia jemu ocenę prawidłowego przeliczenia zaoferowanej ilości odczynników. (pismo Zamawiającego do Odwołującego z 12.09.2017 r.).

Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez Odwołującego warunków co do ilości zaoferowanego materiału kontrolnego w zakresie pięciu pozycji, ustalał ich spełnienie bądź nie spełnienie na podstawie treści ulotek odczynnikowych złożonych przez Odwołującego oraz przy uwzględnieniu parametrów technicznych oferowanego sprzętu. Następnie Zamawiający po otrzymaniu dokumentów, zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie jej zgodności z SIWZ, dotyczącym sposobu obliczenia zaoferowanej ilości materiałów kontrolnych z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu oraz zabezpieczenia wykonania kontroli jakości wewnątrzlaboratoryjnej w sposób opisany w SIWZ (w zakresie poz.: 11. Anti-HCV, 12. HBsAg, 14. PreciControl Cardiac Q, 15. PreciControl TM, 18. Troponin (QCS)). Odwołujący złożył wyjaśnienia, potwierdzając jednak niezgodność zaoferowanych powyżej pozycji ze SIWZ.

Oдноśnie poz. 11. Anti-HCV PC Elecsys - Opakowanie zawiera 8 zestawów kontroli. Każdy zestaw ma stabilność 8 tygodni po otwarciu, jednak z jednej fiolki można wykonać tylko 7 procedur ze względu na parowanie. Z opakowania można wykonać 7 x 8 (zestawów kontroli) - 56 procedur kontrolnych. Zamawiający określił, że zamierza wykonać 1043 procedur kontrolnych w ciągu 48 miesięcy. (5x w tygodniu x 208,6 tygodnia 1043) 1043 procedur: 56 procedur na opakowanie = 18,6 opakowania. Wykonawca zaoferował 8. Z obliczeń Zamawiającego wynika, iż prawidłową ilością opakowań powinno być 19. Z ulotki odczynnikowej materiału kontrolnego Anti-HCV PC Elecsys wynika jednoznacznie, że można wykonać 7 oznaczeń kontrolnych z jednej fiolki oraz że stabilność fiolki po otwarciu

i przechowywanej zgodnie z zapisem w ulotce - w temp. 2-8 st. C wynosi 8 tygodni. Niczego na temat porcjowania kontroli w metodyce odczynnika kontrolnego Anti-HCV PC Elecsys nie ma. Nie ma znaczenia ilość mikrolitów materiału kontrolnego zaferowanego w poszczególnej fiołce - ilość możliwych do wykonania oznaczeń kontrolnych limituje tu zapis o siedmiokrotnym użyciu fiołki. Zgodnie z odpowiedzią na pyt. 10: „*należy uwzględnić stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach*”. Zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej Preci Control Anti-HCV str. 1 postępowanie z odczynnikami: „*z powodu możliwości parowania nie należy wykonywać więcej niż 7 procedur kontroli jakości przy użyciu jednego zestawu fiołek*”. Z powyższego zapisu wynika, że oferent składając ofertę winien przyjąć, że z jednego zestawu fiołek można wykonać maksymalnie 7 procedur kontroli. W świetle wyżej przedstawionych dokumentów twierdzenie Odwołującego, że uważał, iż można wykonać z jednego zestawu fiołek więcej niż 7 oznaczeń kontrolnych (str. 2 poz. 1 uzasadnienia) lub też, że zaniżył ilość materiału kontrolnego w złożonej przez siebie ofercie wskutek nie zrozumienia SIWZ (str. 3 uzasadnienia odwołania) jest absolutnie nie do przyjęcia.

Odnośnie poz. 12. HBsAg G2 PC - Opakowanie zawiera 8 zestawów kontroli. Każdy zestaw ma stabilność 8 tygodni po otwarciu, jednak z jednej fiołki można wykonać tylko 7 procedur ze względu na parowanie. Z opakowania można wykonać 7 x 8 (zestawów kontroli) 56 procedur kontrolnych. Zamawiający określił, że zamierza wykonać 1043 procedur w ciągu 48 miesięcy. (5x w tygodniu x 208,6 tygodnia - 1043) 1043 procedur: 56 procedur na opakowanie 18,6 opakowania. Wykonawca zaferował 12 opakowań, natomiast z obliczeń Zamawiającego wynika, że powinno ich być 19. Z ulotki odczynnikowej materiału kontrolnego HBsAg G2 PC wynika jednoznacznie, że można wykonać 7 oznaczeń kontrolnych z jednej fiołki oraz, że stabilność fiołki po otwarciu i przechowywaniu zgodnie z zapisem w ulotce w temp. 2-8 st. C wynosi 8 tygodni. Niczego na temat porcjowania kontroli w metodyce odczynnika kontrolnego HBsAg G2 PC nie ma. Nie ma znaczenia ilość mikrolitrów materiału kontrolnego zaferowanego w poszczególnej fiołce - ilość możliwych do wykonania oznaczeń kontrolnych limituje tu zapis o siedmiokrotnym użyciu fiołki. Zgodnie z odpowiedzią na pyt. 10: „*należy uwzględnić stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach*”. Zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej Preci Control HBsAg II str. 1 postępowanie z odczynnikami: „*z powodu możliwości parowania nie należy wykonywać więcej niż 7 procedur kontroli jakości przy użyciu jednego zestawu fiołek*”. Z powyższego zapisu wynika, że oferent składając ofertę winien przyjąć, że z jednego zestawu fiołek można wykonać maksymalnie 7 procedur kontroli. W świetle wyżej przedstawionych dokumentów twierdzenie Odwołującego, że uważał, że można wykonać z jednego zestawu fiołek więcej niż 7 oznaczeń kontrolnych

(str. 2 poz. 1 uzasadnienia) lub też, że zaniżył ilość materiału kontrolnego w złożonej przez siebie ofercie wskutek nie zrozumienia SIWZ (str. 3 uzasadnienia odwołania) jest absolutnie nie do przyjęcia.

Oдноśnie poz. 14. PreciControl Cardiac G2 Elecsys V4 - opakowanie tego odczynnika kontrolnego zawiera 2 zestawy kontroli (2 fiołki x 2 poziomy x 2ml 4x2ml). Każdą fiołkę przed użyciem należy rekonstruować, następnie rozporcjować czyli przelać do pustych fiołek i natychmiast zamrozić. Każda fiołka przechowywana w temperaturze - 20 st. C ma stabilność wynoszącą 3 miesiące, a każda zamrożona porcja kontroli może być tylko jednokrotnie rozmrażana i użyta tylko w jeden dzień (tak mówi zapis w ulotce odczynnikowej odczynnika kontrolnego PreciControl Cardiac G2 Elecsys V4). Zamawiający zamierza wykonywać kontrolę codziennie. Jeden zestaw kontrolny (1 fiołka x 2 poziomy x 2ml -2 x2ml) porcjowany po 75 mikrolitrów daje 26 porcji kontroli zużywanej przez 26 dni (po rozmrożeniu używane tylko jeden dzień) - z jednego opakowania (2 zestawy kontrolne) otrzymujemy porcje na 52 dni. 1460 dni 52 dni 28 opakowań na okres umowy. Wykonawca oferuje 14 op. Wyliczenia potrzebnych ilości materiałów kontrolnych dokonane w piśmie firmy Roche zakładają, że ich aparaty pracują bez objętości martwej. Aparat aby pobrał do analizy 15 mikrolitrów materiału kontrolnego PreciControl Cardiac, czy surowicy badanej pacjenta musi mieć co najmniej objętość martwą plus 15 mikrolitrów do analizy. Objętości martwe są różne w różnych analizatorach, zależą między innymi od tego jak głęboko igła aspirująca może penetrować naczynko z podaną próbką i zawierają się od kilkunastu do kilkudziesięciu mikrolitrów. Objętość pozostała jest niemożliwa do wykorzystania dlatego nazywana jest martwą. Przy użyciu oferowanego analizatora przez Odwołującego nie jest możliwe pobranie całości materiału ze względu na tzw. objętość martwą, czego Odwołujący się nie uwzględnił w swojej ofercie, to dlatego wniosek o zobowiązanie Odwołującego o doręczenie specyfikacji technicznej analizatora w celu wykazania konieczności uwzględnienia przez Odwołującego w ofercie objętości martwej, jest uzasadnione. Zamawiający zakłada jednak, że Odwołujący nie będzie kwestionował zasadności tego zarzutu - wg wiedzy Zamawiającego przy użyciu tych analizatorów nie ma możliwości aspirowania materiału do dna naczynka.

Idąc tokiem obliczeń Odwołującego: oferowane 14 opakowań materiału kontrolnego każdy po 8000 mikrolitrów łącznie 112000 mikrolitrów materiału kontrolnego. 2920 oznaczeń kontrolnych zaplanowanych na cały okres trwania umowy na dwóch poziomach pomnożone przez ilość na jedną kontrolę tj. 15 mikrolitrów plus objętość martwa np. 50 mikrolitrów: $2920 \times (15 + 50) = 189800$ mikrolitrów potrzebnego materiału kontrolnego. Każde opakowanie kontroli ma 8000 mikrolitrów $189800 : 8000 = 23,725$ opakowań materiału kontrolnego.

Wg przedstawionych wyliczeń, aby 6 pełnych opakowań materiału kontrolnego zabezpieczyły pracę na okres trwania umowy ich aparaty musiałyby posiadać niespotykaną

zdolność aspirowania materiału do dna naczynka reakcyjnego (wykazana objętość martwa - instrukcja obsługi Cobas 6000, Specyfikacja techniczna, str. A-116 oraz str. A-121): 2920 oznaczeń kontrolnych na okres 48 miesięcy x 15 mikrolitrów na każde oznaczenie 43800 mikrolitrów materiału kontrolnego, które podzielone na objętość materiału kontrolnego w 1 opakowaniu 8000 5,475 opakowań, czyli 6 pełnych opakowań wyliczonych przez Wykonawcę. Ulotka odczynnikowa do materiału kontrolnego dla PreciControl Cardiac w opisie postępowania z odczynnikami podaje m.in.: *„Ostrożnie rozpuścić zawartość jednej butelki poprzez dodanie dokładnie 2,0 ml wody destylowanej (...) Przełąć rekonstruowane kontrole do pustych, oznakowanych etykietą fiolek (...) Materiał przeznaczony do przechowywania w temperaturze minus 20 stopni Celsjusza natychmiast zamrozić (...) Wykonywać tylko jedną procedurę kontroli dla każdej porcji. (...)”* W części dotyczącej przechowywania i trwałości: *„Przechowywać w temp. 2-8 stopni Celsjusza. Liofilizowana surowica kontrolna zachowuje trwałość do podanej daty ważności. Trwałość rekonstruowanej surowicy kontrolnej: w temp. minus 20 stopni Celsjusza - 3 miesiące (zamrażać jednokrotnie) lub w temp. 2-8 stopni Celsjusza -3 dni”*.

W opisanym przypadku ilość możliwych do wykonania oznaczeń kontrolnych limituje sposób postępowania z materiałem kontrolnym opisany w ulotce i związana z tym zbyt mała ilość materiału kontrolnego (w każdej zamrożonej porcji znajduje się objętość martwa, której analizator nie jest w stanie zaaspirować oraz wymagana objętość do analizy). Stabilność odczynnika po zamrożeniu - 3 miesiące nie ma w tym przypadku kluczowego znaczenia. Zgodnie z odpowiedzią na pyt. 10: *„należy uwzględnić stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach”*.

Odwołujący nazywa tu omyłkę w szacowaniu ilości odczynników i co za tym idzie różnicę w całkowitej kwocie własnej oferty jako „niestotną”. O istotności tej różnicy można mówić znając ofertę konkurencyjną czyli na obecnym etapie postępowania. W momencie konstruowania oferty każda różnica kwot dająca obniżenie całkowitej kwoty oferty własnej mogła mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania na korzyść Odwołującego. Zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej Preci Control Cardiac II str. 1 postępowanie z odczynnikami: *„Ostrożnie rozpuścić zawartość jednej butelki poprzez dodanie dokładnie 2.0 ml wody destylowanej lub dejonizowanej... Niewykorzystane surowice kontrolne natychmiast zamrozić. Przełąć rekonstruowane kontrole do pustych oznakowanych fiolek lub zamrozić natychmiast rozporcjowane próbki w dodatkowych fiolkach zamykanych korkiem (ControlSet Vials). Nakleić etykiety na te fiolki”*. Z powyższego zapisu wynika, że oferowana procedura postępowania z odczynnikami obligowała

składającego ofertę do oszacowania strat odczynnika w każdej porcji przeznaczonej do jednokrotnego użycia, czego nie uczynił.

Odnosnie poz. 15. PreciControl TM Elecsys - z ulotek odczynnikowych wynika, że opakowanie odczynnika zawiera dwa zestawy materiału kontrolnego (2 fiołki x 2 poziomy x 3ml 4x3ml). Zamawiający określił, że parametry będą kontrolowane 1 raz (CEA, Ferrytyna i CA125) i dwa razy w tygodniu - PSA. W związku z tym minimalna ilość kontroli dla tych parametrów wynosi 416 w ciągu 48 miesięcy. Stabilność oferowanego odczynnika po rekonstytucji, poporcjowaniu i zamrożeniu wynosi 1 miesiąc w temperaturze minus 20 stopni. Z opakowania - dwóch zestawów kontrolnych można uzyskać materiał kontrolny do pracy w przeciągu 2-ch miesięcy. Zatem z obliczeń Zamawiającego wynika, iż na cały okres obowiązywania umowy potrzebne będą 24 opakowania (48 miesięcy: 2 = 24). Wykonawca zaoferował 12 opakowań. Obliczenia Wykonawcy dotyczące ilości mikrolitrów materiału kontrolnego w stosunku do zaplanowanych procedur kontrolnych nie mają znaczenia ponieważ nie ilość oferowanych mikrolitrów materiału kontrolnego limituje ilość wykonań procedur kontrolnych lecz stabilność zamrożonych porcji odczynnika. Wg ulotki po rekonstytucji materiał kontrolny należy poporcjować i natychmiast zamrozić. Stabilność tych wszystkich poporcjowanych materiałów w temp. minus 20 st. C wynosi tylko 1 miesiąc. W tym czasie możemy wykonać 8 i więcej procedur kontrolnych pod warunkiem, że wykonamy je w przeciągu 1 miesiąca. Odwołujący zaoferował 12 opakowań PreciControl TM Elecsys, każde opakowanie po 2 poziomy x 2 fiołki. Rozpuścimy najpierw 1 parę fiołek - ważną 1 miesiąc po rekonstytucji i zamrożeniu, następnie drugą parę - ważną również 1 miesiąc - łącznie z każdego opakowania mamy 2 miesiące dostępności do ważnej kontroli. 12 opakowań x 2 miesiące - daje 24 miesiące użytkowania ważnych kontroli, czyli połowę okresu obowiązywania umowy - 48 miesięcy. Biorąc pod uwagę postępowanie z materiałem kontrolnym opisane w ulotce odczynnikowej dla tego materiału firma Roche nieprawidłowo oszacowała należne jego ilości w swojej ofercie. Zgodnie z odpowiedzią na pyt. 10 „*należy uwzględnić stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach*” Zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej Preci Control Tumor Marker str. 1 postępowanie z odczynnikami: „*Ostrożnie rozpuścić zawartość jednej butelki poprzez dodanie dokładnie 3.0 ml wody destylowanej lub dejonizowanej.... Przełąć rekonstruowane kontrole do pustych oznakowanych etykietą fiołek lub do dodatkowych fiołek zamykanych korkiem (ControlSet Vials). Nakleić etykiety na te fiołki. Materiał przeznaczony do przechowywania w temperaturze -20° C należy natychmiast zamrozić. Wykonywać tylko jedną procedurę kontroli dla każdej porcji”. Przechowywanie i trwałość: „*Trwałość składników w rekonstruowanej surowicy kontrolnej: lub w temp. - 20° C - 1 mies. (zamrażać jednokrotnie)*”. Z powyższego zapisu wynika, że oferent składając ofertę*

winien przyjąć, że z jednego opakowania otrzymujemy materiał kontrolny na okres 2 miesięcy, podczas, gdy ze złożonej oferty wynika, że z 1 opakowania otrzymujemy materiał na okres 4 miesięcy.

Odnosnie poz. 18. Troponin (QCS) PC Elecsys - z ulotek odczynnikowych wynika, że opakowanie tego odczynnika zawiera 2 zestawy kontroli (2 poziomy x 2 butelki x 2 ml). Każdy zestaw po rekonstytucji, rozporcjowaniu i zamrożeniu przechowywany w temperaturze minus 20 stopni ma stabilność wynoszącą 3 miesiące, a każda zamrożona porcja kontroli może być tylko jednokrotnie rozmrażana i użyta tylko raz. Zamawiający zamierza wykonywać kontrolę codziennie. Odczynnik z jednego zestawu kontrolnego poporcjowany po 75 mikrolitrów daje 26 porcji kontroli zużywanej przez 26 dni. Z jednego opakowania otrzymujemy 52 porcje na 52 dni. 1460 dni 52 dni 28 opakowań na okres umowy. Wykonawca oferuje 24 op. Stabilność (3 miesiące) zamrożonej każdej porcji materiału kontrolnego nie limituje w tym przypadku ilości wykonanych procedur kontrolnych ponieważ cały materiał zostanie zużyty w przeciągu 52 dni a nie w 3 miesiące. Nie mają znaczenia wyliczenia Wykonawcy stosunku objętości materiału kontrolnego podanego w ofercie do objętości materiału potrzebnego do planowanych procedur kontrolnych bez uwzględnienia sposobu postępowania z materiałem kontrolnym podanym w ulotce odczynnikowej materiału kontrolnego, z którego wynika konieczność uwzględnienia strat odczynnika w każdej utworzonej jednorazowej porcji odczynnika kontrolnego równej objętości martwej naczynka którym podaje się materiał do analizatora. Zgodnie z odpowiedziami udzielonymi Wykonawcom w dniu 04.08.2017 r. na pytanie 10: *„należy uwzględnić stabilność odczynników po otwarciu oraz brać pod uwagę przechowywanie odczynników w warunkach opisanych w metodykach”*. Zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej Preci Control Troponin str. 1 postępowanie z odczynnikami: *„Przełać rekonstruowane kontrole do pustych oznakowanych etykietą fiolek lub do dodatkowych fiolek zamykanych korkiem (ControlSet Vials). Nakleić etykiety na te fiołki. Materiał przeznaczony do przechowywania w temperaturze -20^o C należy natychmiast zamrozić. Rozmrożone do temp. 2-8 ° c fiołki pozostawić zamknięte przez 60 min. w temp. 20-25 °C i następnie ostrożnie wymieszać unikając tworzenia się piany. Wykonywać tylko jedną procedurę kontroli dla każdej porcji”*. Z powyższego zapisu wynika, że oferowana procedura postępowania z odczynnikami obligowała składającego ofertę do oszacowania strat odczynnika w każdej porcji przeznaczonej do jednokrotnego użycia, czego nie uczynił.

Odwołujący w odwołaniu oświadczył, że nie wiadomo dlaczego Zamawiającego nie przekonuje jego zapewnienie, że wystarczy 13 pełnych opakowań Troponin (QCS) PC Elecsys dla zapewnienia wykonania 2920 oznaczeń kontrolnych w okresie 4 lat skoro na jedno oznaczenie kontrolne aparat pobiera 50 mikrolitrów odczynnika kontrolnego.

Sprawdzając: 13 op. x 8000 mikrolitrów w każdym opakowaniu daje 104000 mikrolitrów dostępnego materiału kontrolnego, który po podzieleniu na 50 mikrolitrów na jedno oznaczenie kontrolne daje 2080 oznaczeń kontrolnych a w przeciągu 4 lat mamy wykonać 2920, zatem brakuje materiału na 840 oznaczeń kontrolnych bez uwzględnienia objętości martwej! Inaczej licząc 2920 oznaczeń kontrolnych x 50 mikrolitrów 146000 mikrolitrów: 8000 mikrolitrów (objętość 1 opakowania) 18,25 (a nie 13) opakowań materiału kontrolnego bez uwzględnienia objętości martwej. Ulotka odczynnikowa do materiału kontrolnego dla troponiny dostarczona w opisie postępowania z odczynnikami podaje m.in.: „*Ostrożnie rozpuścić zawartość jednej butelki poprzez dodanie dokładnie 2,0 ml wody destylowanej (...)* *Przełać rekonstruowane kontrole do pustych, oznakowanych etykietą fiolek (...)* *Materiał przeznaczony do przechowywania w temperaturze minus 20 stopni Celsjusza natychmiast zamrozić (...)* *Wykonywać tylko jedną procedurę kontroli dla każdej porcji. (...)*” W części dotyczącej przechowywania i trwałości: „*Przechowywać w temp. 2-8 stopni Celsjusza. Liofilizowana surowica kontrolna zachowuje trwałość do podanej daty ważności. Trwałość rekonstruowanej surowicy kontrolnej: w temp. minus 20 stopni Celsjusza - 3 miesiące (zamrażać jednokrotnie) lub w temp. 2-8 stopni Celsjusza - 4 dni*”.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie części odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W odniesieniu do zarzutu braku poprawy oferty Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający nie uznaje zasadności powyższego zarzutu. W trakcie badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującego zgodnie z regulacją art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty - z obliczeń Zamawiającego wynikało, iż Odwołujący nie zabezpieczył odpowiednio ilościowo w złożonej ofercie zapotrzebowania zgodnego z zapisami SIWZ. Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia zaoferowanej ilości:

a - odczynników zabezpieczających wymaganą przez Zamawiającego deklarowaną ilość oznaczeń na 48 miesięcy z uwzględnieniem ilości odczynników potrzebnych do wykonania oznaczeń kalibracyjnych, z uwzględnieniem stabilności zaoferowanych odczynników oraz stabilności kalibracji (w zakresie poz. 38.CK-MB),

b- materiałów kalibracyjnych z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu, stabilności kalibracji testów oraz zabezpieczenia wykonania odpowiedniej ilości procedur kalibracyjnych zgodnej z wymaganiami producenta testów (w zakresie poz. 7. NH3/ETH/Kalibrator),

c - materiałów kontrolnych z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu oraz zabezpieczenia wykonania kontroli jakości wewnątrzlaboratoryjnej w sposób opisany w SIWZ (w zakresie poz. 11. Anti-HCV, 12. HBsAg, 14. PreciControl Cardiac Q, 15. PreciControl TM, 18. Troponin (QCS)). W odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego firma R. D. P. Sp. z o.o. oświadczyła:

- poz. 38 CK-MB, że wypełniła kryteria SIWZ oraz przygotowała ofertę asortymentowo-cenową zgodnie z prawdą i najwyższymi standardami,
- poz. nr 7 NH3/ETH/C02 Calibrator- potwierdzono, iż ilość 2 op. na rok, czyli 8 op. na 4 lata jest ilością wystarczającą na przeprowadzenie kalibracji zgodnie z wymogami ulotki odczynnika ETOH2.
- poz. 11 Anti-HCV PC Elecsys, że liczba zaoferowanych opakowań kontroli anty-HCV spełnia wymogi Zamawiającego,
- poz. 12 HBsAG G2 PC, że 6 pełnych opakowań kontroli w pełni wystarczy na pokrycie potrzeb Zamawiającego,
- poz. 14 Preci Control Cardiac G2 Elecsys V4, że 6 pełnych opakowań kontroli w pełni wystarczy na pokrycie potrzeb Zamawiającego,
- poz. 15 PreciControl TM Elecsys, że 12 pełnych opakowań kontroli w pełni wystarczy na pokrycie potrzeb Zamawiającego,
- poz. 18 Troponin (QCS) PC Elecsys, że 24 pełne opakowania kontroli w pełni wystarcza na pokrycie potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący potwierdził, iż wziął pod uwagę zapisy i wymogi SIWZ oraz to, że kontrola wewnątrzlaboratoryjna będzie wykonywana na dwóch poziomach, jak i to, że podał zbiorczą wielkość oferowanych opakowań kontroli, a szczegółowe informacje dotyczące konfekcjonowania znajdują się w ulotkach metodycznych. Fakt konieczności uwzględnienia tzw. objętości martwej wynika natomiast niewątpliwie z instrukcji obsługi - specyfikacji technicznej sprzętu oferowanego Cobas 6000.

Powołując się na komentarz J. Pieróg - Prawo zamówień publicznych 14 wyd.; art. 87 ust. 2, nie można poprawić nieprawidłowości w ofercie, które wynikają z celowego i zamierzonego działania Wykonawcy. Odwołujący miał możliwość potwierdzenia błędnego dokonania obliczeń, czego nie uczynił, a wręcz przeciwnie, świadomie potwierdził własne obliczenia. Udzielając wyjaśnień zamknął tym samym możliwość jakiegokolwiek poprawy oferty. Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu podtrzymuje ważność swoich obliczeń, jednocześnie wykazując się brakiem konsekwencji zarzucą Zamawiającemu brak poprawy oferty: *„Nie sposób wszak przyjąć, że omyłkowe (wynikające z niewłaściwego, aczkolwiek nie zamierzonego zaniżenia ilości materiału kontrolnego spowodowanego niezrozumieniem SIWZ) niedoliczenie odpowiedniej liczby opakowań kontroli (dla kilku*

pozycji) nie stanowi istotnej niezgodności oferty z SIWZ". Trudno jest się ustosunkować do opinii Odwołującego w sytuacji, gdy sam rozbieżnie traktuje zaoferowaną ilość opakowań. Podkreślił, że Wykonawca miał możliwość w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odnieść się do sposobu obliczenia zaoferowanej ilości odczynników, materiałów kalibracyjnych oraz materiałów kontrolnych. Zgodnie z orzeczeniem Izby (sygn. akt. KIO 401/17 z 21.03.2017 r.) - z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika zamiar Ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli Wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący jednoznacznie określił swoje stanowisko co do złożonej przez siebie ilości opakowań. Powołując się na komentarz J. Pieróg - Prawo zamówień publicznych 14 wyd., możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogu SIWZ.

W odniesieniu do powołanego przez Odwołującego zaniżenia ilości materiału kontrolnego spowodowanego niezrozumieniem SIWZ, Zamawiający podnosi, że Wykonawcy lub zamierzający ubiegać się o udzielenie zamówienia, mogą złożyć odwołanie na treść SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, ale mogą również wykorzystać środek ochronny objęty dyspozycją art. 38 ust. 1 Pzp; przewidziana w tym artykule procedura pozwala poprawić ewentualne błędy lub zapisy w SIWZ mogące budzić wątpliwości interpretacyjne. Wówczas wyjaśnienia Zamawiającego stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej Zamawiającego i Wykonawców; stanowią też rodzaj zmiany SIWZ, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego jej zmodyfikowania. Potwierdzeniem szerokiej możliwości wykorzystania pytań i odpowiedzi Zamawiającego, jest uchwała KIO z 11.04.2011 r., sygn. akt: KIO/KD28/11, zgodnie z którą udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienie oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem zapisu o inne, sprecyzowane parametry, stają się wiążące dla Wykonawców, niezależnie od tego, czy została dokonana modyfikacja SIWZ. Szereg orzeczeń KIO potwierdza stanowisko Zamawiającego. Tak np: uchwała KIO z 22.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1184/15 Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ między innymi co do przyjęcia podstaw do oszacowania w ofercie niezbędnej ilości odczynników i materiałów kontrolnych oraz uznała zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Za wiążącą treść oferty uznano wiarygodną informację zawartą w ulotce producenta, która także - zgodnie z wymogami SIWZ - stanowiła treść oferty Wykonawcy: *„To producent odczynnika określa bowiem w sposób miarodajny i oparty na stosownych, przeprowadzonych w tym zakresie badaniach, istotne informacje co do użycia konkretnego odczynnika, w tym także co do kresu jego stabilności na pokładzie. Oświadczenie samego Wykonawcy, który oferuje*

ewentualny, inny termin stabilności odczynnika, uznać należałoby za nieuprawnione". Izba odniosła się również do zarzutu nieprawidłowości wyliczeń Odwołującego. Uznała, „ *iż Wykonawca nie uwzględnił w nich okoliczności, iż po rozmrożeniu materiał musi być od razu wykorzystany i nie może być ponownie zamrożony lub przechowywany w innych warunkach. Na powyższe wskazuje treść ulotki wskazanego materiału, załączona do oferty Odwołującego. Odwołujący zatem nie uwzględnił przy swoich wyliczeniach nieuniknionych strat w materiale powstałych na skutek mrożenia, rozmrażania i parowania, stąd też uzasadnione są zarzuty Zamawiającego o niedoszacowaniu ilości oferowanych materiałów w tym zakresie*”.

Z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że Zamawiający dla ustalenia treści złożonej przez Odwołującego oferty w zakresie 5 pozycji, skorzystał z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z utrwalonym poglądem, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę (Odwołującego) w trybie art. 87 ust. 1 Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli - oferty i wykonawcę na równi z treścią oferty. Niewątpliwie Odwołujący miał możliwość, w trakcie postępowania wyjaśniającego, dokonania ponownej analizy treści złożonej oferty, z uwzględnieniem treści SIWZ oraz treści złożonych przez siebie na żądanie Zamawiającego dokumentów stanowiących podstawę oferty - ulotek metodycznych, jak i specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, w celu weryfikacji ewentualnych błędów w swoich obliczeniach. Odwołujący w efekcie przeprowadzonej procedury wyżej opisanej, jednoznacznie określił swoje stanowisko co do złożonej przez siebie oferty w zakresie sposobu obliczeń ilości oferowanego materiału. W tych warunkach uznanie przez Zamawiającego, że zaistniały przesłanki do zastosowania trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zmieniałoby treść oświadczenia woli Odwołującego, a tym samym stanowiłoby zmianę treści oferty.

Reasumując, skoro po wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, to jest ulotek odczynnikowych dotyczących zaoferowanego przedmiotu świadczenia, Zamawiający na podstawie treści tych ulotek dokonywał obliczeń, a Odwołujący po przeprowadzonym w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp postępowaniu podtrzymał swoje stanowisko, że oferowana przez niego ilość pakietów jest prawidłowa, to Zamawiający zobligowany był do odrzucenia jego oferty. Fakt najkorzystniejszego bilansu ceny, na którą to okoliczność powołuje się Odwołujący, nie może mieć decydującego znaczenia, skoro Odwołujący, niezgodnie z treścią złożonych przez siebie dokumentów przyjął do obliczenia ilości potrzebnego asortymentu, że z jednej fiolki można wykonać więcej niż 7 oznaczeń kontrolnych oraz nie uwzględnił tzw. objętości martwej, a w trakcie postępowania wyjaśniającego takie stanowisko podtrzymał. Zdaniem Odwołującego odmienna od dokonanej przez Zamawiającego ocena złożonej przez

Odwołującego oferty i jej nie odrzucenie naruszałaby zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości. W ocenie Zamawiającego wyroki KIO o sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13 oraz sygn. akt: KIO 1704/16 dotyczące odmiennego stanu faktycznego, a co za tym idzie i prawnego - za nieodpowiadającą treści SIWZ należy uznać ofertę, która proponuje niewystarczające ilości przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań określonych przez Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający ustalając treść oferty nie może zignorować oświadczeń wykonawcy, który po uprzednim wyczerpaniu przez Zamawiającego procedury wyjaśnień, podtrzymuje swoje stanowisko. Tym samym dokonanie w ofercie Odwołującego poprawek o do ilości oferowanego materiału prowadziłoby do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej treści jego oferty (wyrok o sygn. akt: KIO 1242/12, KIO 1253/12).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, i nie została skasyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia z uwagi na zaoferowanie najkorzystniejszej ceny.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, w tym na pytanie 10 (pismo z 04.08.2017 r.), oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 12.09.2017 r., uzupełnienia z 19.09.2017 r. (czyli ulotek), wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 03.10.2017 r., wyjaśnienia Odwołującego z 06.10.2017 r. oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z 16.10.2017 r.

Złożone przez Przystępującego jako dowód na rozprawie:

- fragment instrukcji obsługi katalizatora COBAS 6000 (B-49) - Izba uznała z uwagi na jednoznaczne stwierdzenie w przedstawionym wydruku, że jest to instrukcja obsługi;

- wydruk /Naczynka na próbki oraz próbkówki/ - Izba nie uznała, z uwagi na brak jednoznacznego stwierdzenia, co do źródła pochodzenia przedstawionego wydruku z instrukcji obsługi katalizatora COBAS 6000;
- zestawienie tabelaryczne przedstawione na rozprawie przez Przystępującego, Izba uznała za opracowanie własne Przystępującego, stanowiące de facto jego stanowisko w sprawie. Przy czym, nie było w odwołaniu zarzutu, co do tzw. naczynek.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest także treść wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 03.10.2017 r., wyjaśnienia Odwołującego z 06.10.2017 r. oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z 16.10.2017 r. Nadto, treść oferty w zakresie pięciu spornych pozycji - poz. 11. Anti-HCV, poz. 12. HBsAg, poz. 14. PreciControl Cardiac Q, poz. 15. PreciControl TM, oraz poz. 18. Troponin (QCS) oraz dostarczone na wezwanie z 12.09.2017 r. – ulotki metodyczne – odczynniki, kalibratory, materiały zużywalne. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutów w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba z uwagi na charakter zarzutów odniesie się do nich zbiorczo, tym bardziej, że możliwość zastosowania art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp ma miejsce z zastrzeżeniem, czyli oblikiem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp., w konsekwencji uznając, że sformułowane powyżej zarzuty są zasadne.

W tym kontekście, Izba zauważa, iż: *"przepis art. 87 ust. 2 pkt 3Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że zamawiający nie może wyłączyć jego stosowania na mocy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp".* (wyrok z dnia 12.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 112/10). Zaś: *"Działania określone w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający podejmuje z mocy ustawy, nawet jeżeli wykonawca wprost nie złoży wniosku w tym zakresie"* (wyrok z dnia 20.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09). Stwierdzić bowiem należy, że pojawienie się w ofercie Wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego nie tylko uprawnienia, ale również obowiązku jej poprawienia.

Jednocześnie stwierdzając, że Izba uwzględniła odwołanie w zakresie spornych pięciu pozycji, uznając dopuszczalność zastosowywania w tym stanie faktycznym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przy czym, w pierwszej kolejności należy przywołać komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *"można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień"* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118.).

Nadto, za wyrokiem KIO z 30.01.2013, sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12: *"Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego*

typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że "oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).".

W tym kontekście Izba podnosi, że musi badać faktyczny zamiar złożenia oferty o danej treści. Zgodnie z uchwałą KIO z 14.08.2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13, określono, że stwierdzenie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania Zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp.).

Nadto: "Dopuszczalne jest także w pewnych okolicznościach wzywianie do wyjaśnień, jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. (...) Poprawienie omyłek oferty na zasadach art. 87 ust. 2 ustawy pzp powinno nastąpić w sytuacji, gdy z treści oferty szeroko rozumianej można wywieść fakt istnienia omyłki, a przede wszystkim powziąć wiedzę o charakterze pomyłki i sposobie jej poprawienia w celu doprowadzenia do zgodności treści oferty z treścią siwz." (za wyrokiem KIO z 16.04.2015 r., sygn. akt: KIO 634/15, KIO 639/15). Kontynuując co do wzywania do wyjaśnień, jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest to dopuszczalne pod warunkiem, że nie prowadzi do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty. Może się bowiem zdarzyć, że Zamawiający nie dostrzega tego, co oferta już zawiera. Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Intencją ustawodawcy w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził także w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4.09.2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *"W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań."*

Izba także wskazuje, iż: *"Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy nie wskazują, czy wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiegokolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna, w ocenie Izby, z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika, by samo przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody, miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest odrzucana."* (wyrok KIO z dnia 07.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1094/09).

Należy bowiem zauważyć przekładając powyższe rozważania na przedmiotowy stan faktyczny, że sposób obliczenia ilości opakowań został dokonany samodzielnie przez Zamawiającego w oparciu o ulotki i zawartą tam metodykę dostarczone przez Zamawiającego do oferty (w dniu 19.09.2017 r.), choć w wyniku uzupełnienia na wezwanie z 12.09.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednocześnie, sposób interpretacji postanowień SIWZ, zwłaszcza w kontekście odpowiedzi na pytanie 10 (pismo z 04.08.2017 r.) dokonany przez Zamawiającego nie był jedynym możliwym. Zamawiający, zinterpretował bowiem

przywołaną odpowiedź na pytanie 10 w kontekście wszystkiego, co dotyczy badania odczynników. W tym zakresie należy zauważyć, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (pismo z 03.10.2017 r.) dotyczyło oddzielnie odczynników, oddzielnie materiałów kontrolnych, a oddzielnie kalibratorów, a samo odrzucenie oferty przez Zamawiającego (pismo z 16.10.2017 r.) choć dotyczyło pięciu pozycji będących materiałem kontrolnym odnosiło się w każdym z pięciu przypadków do odpowiedzi na pytanie 10, które stricte dotyczyło jedynie odczynników.

Mamy więc do czynienia biorąc pod uwagę powyższe, z różnym rozumieniem postanowień SIWZ i wynikającym z tego faktu ryzykiem popełnienia omyłki. Podobnie w wyroku KIO z 02.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13.

Nadto, Zamawiający nie wyjaśnił także kwestii porcjowania materiałów kontrolnych (rozprawa de facto potwierdziła, że taka możliwość istnieje, gdyż Przystępujący nie przeczył temu, a jedynie negował brak wystarczającej ilości naczynek, a Odwołujący wykazał skutecznie, że można do tego zastosować naczynka z poz. 15 i 27), objętości martwej aparatu (wyliczenia przedstawione przez Zamawiającego – nie brały pod uwagę owej objętości, ale jedynie treść ulotki i zawartej tam metodyki, nadto Przystępujący nie przeczył, że owa objętość jest także uzależniona od samego naczynka), stabilności odczynników w kontekście uzyskanych od Odwołującego wyjaśnień i odrzucił arbitralnie jego ofertę. Równie dobrze mógł w tym zakresie ponownie wezwać do wyjaśnień, czy też odnieść się do tych kwestii w pierwotnym wezwaniu. Choć niewątpliwie mógł także Zamawiający skonfrontować uzyskane wyjaśnienia z wcześniej uzyskanymi ulotkami. W ich wyniku stwierdzając, czy miała miejsce niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ oraz czy miała ona charakter omyłki, tj. innej omyłki. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że Zamawiający odmiennie rozumiał postanowień SIWZ, w kontekście odpowiedzi na pytanie 10, zaistniała niezgodność w zakresie pięciu pozycji w ofercie Odwołującego mająca charakter omyłki, tj. „innej omyłki” wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podobnie należy odnosić się do zapewnień Odwołującego (w kontekście dojście do liczby opakowań, jako wniosek wynikający z tych wyliczeń), co do zgodności jego oferty z postanowieniami SIWZ, wyrażonych w udzielonych wyjaśnieniach – pismem z 06.10.2017 r.

Izba była zmuszona wziąć pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności i w konsekwencji uznać nakazane w sentencji poprawienie za dopuszczalne i nie powodujące zniekształcenia woli Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego. Niewątpliwie bowiem nie było zamiarem Odwołującego złożenie oferty niezgodnej z postanowieniami SIWZ i nie było jego intencją wprowadzenie w błąd Zamawiającego. W ocenie Izby, także wolą Odwołującego było zaoferowanie całego asortymentu i zaspokojenie w tym zakresie potrzeb Zamawiającego w całym okresie obowiązywania umowy. Zamawiający, ani

Przystępujący nie przeczyli, że rozliczenie będzie miało charakter jednostkowy, a nie ryczałtowy, ani temu, że de facto Zamawiający w wyniku zastosowanych klauzul w formularzu asortymentowo - cenowym będzie mógł zamówić na etapie realizacji zamówienia tyle asortymentu ile będzie potrzebował. Wszelkiego więc działania mające na celu niedoszacowanie albo przeszacowanie nie spełniałoby swojej roli. Jednocześnie, Izba wskazuje, że każdorazowo w sytuacji, gdy dokonana poprawa w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niezgodna z wolą Wykonawcy może on nie wyrazić na nią zgody, co skutkuje odrzuceniem jego oferty – w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, co jak podnoszono na rozprawie miało miejsce na kanwie np. sprawy o sygn. akt: KIO 1297/16.

Jednocześnie wskazując, że nakazana poprawa dotyczy jedynie 5 pozycji ze 150, które są objęte przedmiotem oferty, a konsekwencje rachunkowe nie spowodują przetarasowania w rankingu złożonych ofert, tzn. w tym sensie, iż oferta Odwołującego jest tańsza od oferty Przystępującego ok. 200 tys. zł., poprawa spowoduje jedynie wzrost ceny Odwołującego (2 889 102, 52 zł brutto) zaledwie o ponad 16 tys. zł. Pozostałe kwestie poruszane na rozprawie, Izba uznała za wtórne w kontekście konieczności rozstrzygnięcia kwestii zasadniczej, tj. dopuszczalności, czy też nie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co Izba rozstrzygał pozytywnie mając także w pamięci kontekst i genezę historyczną wprowadzenia tego przepisu. Celem bowiem tego przepisu było uniknięcie sytuacji, gdy z powodu kilku pozycji odrzuca się poprawna merytorycznie ofertę bez analizy wpływu tych kilku pozycji na samą jej treść.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....