

Sygn. akt: KIO 1184/15

WYROK
z dnia 22 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, Pl. Hirszfelda 12, 53-413 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** na rzecz **Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu, Pl. Hirszfelda 12, 53-413 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dzierżawę zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego wraz z dostawą odczynników na okres 36 miesięcy”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2015 r. pod nr 2015/S 059-103236.

W postępowaniu tym wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 czerwca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego faksem w dniu 28 maja 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 3 czerwca 2015 r. W dniu 5 czerwca 2015 r. do Prezesa KIO wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 18 czerwca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia (nieodrzućenie) oferty Przystępującego albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, albowiem w oparciu o dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, kumulatywnie wyczerpana została jeszcze przesłanka z pkt 6 niniejszego artykułu ustawy Pzp, albowiem niniejsza oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny - bowiem jest niedoszacowana;
6. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
7. złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie uchylecia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego oraz udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego. Nadto w wyniku ponownej oceny ofert, zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego winna zostać odrzućona, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również jest niedoszacowana, co oznacza, że jest obarczona błędem w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący szczegółowo odniósł się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Co do zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego podkreślił, że kwestionuje wszystkie zarzuty Zamawiającego podniesione wobec jego oferty, które jego zdaniem wynikają z jej wadliwej oceny oraz z nadinterpretacji SIWZ, w sposób który nie wynika z jej zapisanej treści. Podniósł, że intencje Zamawiającego niewysłowione na etapie

przed składaniem ofert, niedopowiedzenia lub wieloznaczności i nieprecyzyjne zapisy na etapie oceny ofert nie mogą być wykorzystane przeciwko wykonawcy składającemu ofertę i tym samym nie mogą stanowić uzasadnienia jej odrzucenia. Jego zdaniem wymóg zapisany w załączniku nr 2 pkt II. 6 dla Zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego nie ma na celu i nie precyzuje wymagań odnośnie objętości dla poszczególnych testów, tylko dotyczy rodzaju obsługiwanych próbek i technicznych możliwości aspiracji materiału oferowanego analizatora. Odwołujący uznaje warunek za spełniony i podtrzymuje, iż oferowany analizator ma możliwość współpracy z wymaganymi rodzajami próbek (kolumna „Odpowiedni” co potwierdza załączony opis Analizatora ci 8200 str. 2) umożliwiającymi również badanie materiału o objętości $\leq 150 \mu$. Podkreślił, że Zamawiający formułując parametr graniczny w stosunku do próbek wymagał ich dodatkowego wyszczególnienia (kolumna — Wartości wymagam — „Podać jakie”) co zostało przez wykonawcę potwierdzone w kolumnie „Odpowiedni”, co zostało także potwierdzone w ofercie Przystępującego.

Co do zarzutów Zamawiającego odnoszących się do niedoszacowanie odczynników w ofercie Odwołującego (zbyt mała ilość opakowań odczynników i materiałów kontrolnych) Odwołujący dla przykładu dokonał ponownej analizy wybranych materiałów kontrolnych i wskazał, że np.:

- 1) Odwołujący zaoferował 5 zestawów multikontroli LA Plus Tri LIQ, w którym zawarł kolejno 3 zestawy zawierające 12 x 5 ml każdego z poziomów kontroli o odpowiednich numerach katalogowych (361,362,363). Podkreślił, że zgodnie z ulotką kontroli firmy Biorad produkt po rozmrożeniu zachowuje stabilność przez kolejne 14 dni. Zgodnie zaś z matematycznymi wyliczeniami: 14 dni x 12 buteleczek = 168 dni. Podany rodzaj kontroli stosowany jest dla parametrów oznaczanych 5 dni w tygodniu, więc dalej: 260 dni x 3 lata = 780 dni. Dzieląc otrzymany wynik przez ilość dni ważności pojedynczego opakowania mamy $780 \text{ dni} / 168 \text{ dni} = 4,6$ opakowania poszczególnych poziomów (361,362,363). Jego zdaniem zaoferowano więc prawidłową liczbę opakowań (5 opakowań poszczególnych poziomów kontroli).
- 2) Odwołujący zaoferował 6 opakowań kontroli Biorad CARD MKR LT PLUS LIQ i zgodnie z ulotką kontroli firmy Biorad produkt po rozmrożeniu może być podzielony na porcje i ponownie zamrożony zachowując stabilność przez 30 dni. Zgodnie zaś z wyliczeniami mamy 6 buteleczek każdego z poziomów kontroli, zatem po podzieleniu na porcje i ponownym zamrożeniu każdego z opakowań mamy 30 dni x 6 opakowań = 180 dni. Podany rodzaj kontroli stosowany jest dla parametrów oznaczanych 7 dni w tygodniu, mamy zatem dalej $365 \text{ dni} \times 3 \text{ lata} / 180 \text{ dni} = 6$ opakowań kontroli.

- 3) Odwołujący zaoferował 6 opakowań kontroli parametru HbsAg, a deklarowany termin ważności kontroli konfekcjonowanej 2 x 8 ml wynosi 6 miesięcy. Mamy zatem $(12 \text{ mies.} \times 3 \text{ lata}) / 6 \text{ mies.} = 6$ opakowań kontroli. W tym przypadku jego zdaniem zaoferowano również prawidłową liczbę opakowań kontroli testu HbsAg.
- 4) Odwołujący zaoferował – według niego - prawidłową liczbę opakowań odczynników, dla których Zamawiający zdefiniował konieczność stałego pobytu na pokładzie. Dla przykładu wskazał, że odczynnik HDL zachowuje stabilność przez 28 dni, a ponieważ wykonywanie badań przewidziane jest przez 5 dni w tygodniu mamy zatem $260 \times 3 / 28 = 27.85$, ponieważ w opakowaniu mamy 4 zestawy odczynnikowe dalej mamy $27.85 / 4 = 6,96$ opakowania, a Odwołujący zaoferował 7 opakowań po 4 zestawy odczynnikowe testu HDL. Dodatkowo Zamawiający nadmienił, iż System Architect posiada także wbudowaną i dostępną dla użytkownika, powszechnie stosowaną funkcję automatycznego wydłużania stabilności na pokładzie „*Stability override*”, której stosowanie jest dopuszczalne również w kontekście dobrej praktyki laboratoryjnej przy stosowaniu prawidłowej procedury kontroli jakości.

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący zwrócił również uwagę na zapis umowy, zgodnie z którymi powstałe ewentualne niedoszacowania będzie pokrywał wykonawca. Odwołujący zwrócił też uwagę na fakt, iż oferowane przez niego odczynniki mają prawie 9 krotnie dłuższy okres stabilności kalibracji, niż konkurencyjnej oferty złożonej przez Przystępującego, z czego wynika iż skalkulowana przez Zamawiającego ogólna liczba wymaganych testów (oznaczenia + kalibracje) w stosunku do Odwołującego jest dalece zawyżona.

Co do zarzutu bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a jednocześnie z uwagi, że jest ona nieoszacowana podkreślił, że:

1. Przystępujący w swojej ofercie nie doszacował ilości opakowań testu CKMB ze względu na liczbę wykonywanych oznaczeń i stabilność na pokładzie na podstawie zał. nr 1a - „*Szczegółowe zapotrzebowanie asortymentowe*” — pkt 3.4.1. SIWZ. Według Odwołującego Przystępujący powinien był zaoferować ilość testów wg. obliczeń. $52 \text{ tyg.} \times 3 \text{ lata} = 156$ tygodni, deklarowana w Załączniku nr 3 do SIWZ stabilność odczynnika na pokładzie analizatora wynosi 6 tygodni. Mamy zatem $156 / 6 = 26$ wymaganych opakowań odczynnika. Przystępujący zaś zaoferował jedynie 20 opakowań.
2. Przystępujący w swojej ofercie rażąco nie doszacował ilości opakowań kalibratorów testów immunochemicznych przewidzianych na okresową kalibrację, dotyczącą wszystkich oferowanych parametrów ze względu na wymaganą objętość.

Dla przykładu - zgodnie z zapisami w ulotce odczynnikowej, sugerowana przez Przystępującego częstotliwość kalibracji testu Troponina wynosi 7 dni. Zgodnie z matematycznymi wyliczeniami mamy: 365 dni w roku x 3 lata podzielone przez 7 (częstotliwość kalibracji), co stanowi 157 wymaganych kalibracji testu Troponina. Minimalna objętość kalibratora wymagana do przeprowadzenia jednego poziomu kalibracji w dublecie wynosi 200 uL. Mnożąc zatem 200 uL x 157 mamy 31400 uL — 31,40 mL wymaganej ilości kalibratora. Jedno opakowanie kalibratora zawiera 2 ml pojedynczego poziomu kalibratora, więc $31,40 \text{ mL} / 2 \text{ mL} = 15,7 = 16$ wymaganych opakowań kalibratora. W przypadku testu Troponina Przystępujący zaoferował jedynie 9 opakowań kalibratora. Szczegółowe wyliczenia dla pozostałych parametrów Odwołujący przedstawił w tabeli (AFP – niedoszacowanie 1 opakowanie, BHCG całkowite – niedoszacowanie 1 opakowanie, BNP – niedoszacowanie 2 opakowania, CA 125 – niedoszacowanie 3 opakowania, CA 15-3 – niedoszacowanie 3 opakowania, CA 19-9 – niedoszacowanie 1 opakowanie, CEA – niedoszacowanie 1 opakowanie, CKMB mass – niedoszacowanie 2 opakowania, Ferrytyna – niedoszacowanie 1 opakowanie, Ft3 – niedoszacowanie 2 opakowania, Ft4 – niedoszacowanie 2 opakowania, HE-4 – niedoszacowanie 1 opakowanie, PSA całkowite – niedoszacowanie 3 opakowania, Testosteron – niedoszacowanie 3 opakowania, TSH – niedoszacowanie 7 opakowań).

3. Przystępujący w swojej ofercie niedoszacował ilości opakowań kalibratorów testów immunochemicznych przewidzianych na okresową kalibrację, dotyczącą wszystkich oferowanych parametrów ze względu na trwałość kalibratora. Dla przykładu zgodnie z zapisami w ulotce kalibratora testu HE4, trwałość rekonstruowanych kalibratorów (po podzieleniu na porcje i przechowywaniu w temperaturze -20°C) wynosi 8 tygodni, w lodówce zaś tylko 7 dni. Zgodnie z wyliczeniami $365 \text{ dni w roku} \times 3 \text{ lata} = 1095$, co daje 157 tygodni. Dzieląc otrzymany wynik przez trwałość kalibratora (uwzględniono porcjowanie odczynnika i pojedyncze rekonstruowanie poszczególnych fiolek) mamy $157 / 8 + 8 \text{ tygodni} = 9,81 = 10$ wymaganych opakowań kalibratora. Szczegółowe wyliczenia dla pozostałych parametrów Odwołujący przedstawił w tabeli (CA 19-9 – niedoszacowanie 1 opakowanie, HE-4 – niedoszacowanie 1 opakowanie, Troponina – niedoszacowanie 1 opakowanie, TSH – niedoszacowanie 1 opakowanie).
4. Przystępujący, zakładając przechowywanie podzielonych na porcje kalibratorów, nie uwzględnił odpowiedniej ilości wymaganych i niezbędnych według ulotki odczynnikowej fiolek zamykanych korkiem (kat. 11776576322, fiołki CalSet Vials, 2 x 56). Według obliczeń zestawionych w tabeli, przedstawionej przez Odwołującego

(z uwzględnieniem ilości dołączonej do opakowania kalibratora) i w przeliczeniu na opakowania niedoszacowanie wynosi $1132/2 \times 56 = 11$ pełnych opakowań.

5. Oferta Przystępującego nie spełnia pkt 3.6 b SIWZ, w którym Zamawiający wyraźnie stwierdził, iż w opisie parametrów żąda czytelnego zaznaczenia parametrów granicznych. Przystępujący nie dokonał jednak zaznaczenia wszystkich wymaganych parametrów ani w załączonym opisie przedmiotu zamówienia, ani również w Załączniku nr 2 — Zestawienie parametrów wymagania i parametry. Przykładowo Odwołujący wskazał na brak zaznaczenia wymaganych parametrów w opisie analizatora dla warunków: 7, 8, 9, 10, 11.
6. Oferta Przystępującego zawiera nieprawidłowo podane informacje w Załączniku nr 4 - Deklarowany okres gwarancji dla kalibratorów, materiałów kontrolnych, odczynników do konserwacji i materiałów zużywalnych. Zamawiający w kolumnie Deklarowany okres gwarancji od chwili dostawy wymagał podania konkretnego okresu dla poszczególnych pozycji. Przystępujący, podając w wielu przypadkach tylko informację do daty ważności na opakowaniu, nie poinformował Zamawiającego o okresie gwarancji zgodnie z wymaganiami SIWZ.
7. Oferta Przystępującego w praktyce nie spełnia punktu nr II.4 w Załącznika nr 2 — Zestawienie parametrów wymagania i parametry, w którym Zamawiający określił - Termin ważności odczynników do badań od chwili dostawy minimum 5 miesięcy, kalibratorów minimum 4 miesiące. Wszystkie odczynniki Przystępującego tracą deklarowany okres ważności po otwarciu opakowania i przystąpieniu do wykonywania badań. Dla przykładu odczynnik Ca 19.9, zgodnie z ulotką odczynnikową, zachowuje stabilność po otwarciu przez 8 tygodni (nawet po wyjęciu z analizatora i przechowywaniu w lodówce), co nie jest zgodne z wymaganym przez Zamawiającego terminem 5 miesięcy. W praktyce potwierdzenie tego parametru nie jest prawdziwe i aby zostało spełnione Zamawiający musiałyby przechowywać fabrycznie zapakowane odczynniki w lodówce nie przystępując do pracy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający – biorąc powyższe pod uwagę - ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty i ewentualne zaniechanie Zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 k.c. Ponadto jeśli oferta taka zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, wykonawcy, któremu niniejsze zamówienie publiczne winno być udzielone, przysługiwałoby prawo do wystąpienia o uznanie umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym, a innym wybranym wykonawcą za bezskuteczną, o co mógłby on wystąpić do Prezesa UZP lub bezpośrednio do sądu. Podkreślił, że uwzględnienie żądania odrzucenia oferty Przystępującego wypływa z konieczności przestrzegania zasady

równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem wadliwe wyliczenie ilości wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie zatem odrzucenia takiej oferty - stanowiłoby nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co - w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp - jest niedopuszczalne, a przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe. Reasumując według Odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie. Na poparcie swoich zarzutów, w szczególności co do podstaw przyjętych przez niego w treści odwołania wyliczeń w zakresie niedoszacowania materiałów w ofercie Przystępującego, Odwołujący jako dowody w sprawie złożył wyciąg z instrukcji aparatu Cobasco do testów HE4 Calset Troponina T hs stat, fragment instrukcji aparatu Colbas, fragment z oferty Roche, str. 14, wyniki kontroli jakości potwierdzające, że określone testy są stosowane o przekroczeniu okresu stabilności, ulotkę kontroli jakości firmy Biorad. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc również o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy. Przedłożył też wydruk z dokumentacji postępowania, tj. płyty CD z oferty Odwołującego, z przedłożeniem metodyki oznaczenia TSH i oznaczenia Troponiny, gdzie Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ.

Przystępujący przedłożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, popierając w pełni Zamawiającego. Co do zarzutów dotyczących oferty Przystępującego przedłożył też jako dowód w sprawie ulotkę dotyczącą badania CK-MB, która znajduje się na płycie CD,

stanowiącej załącznik do oferty Przystępującego, z której wykazywał, iż stabilność materiału na pokładzie analizatora wynosi 8 tygodni, a nie - jak wpisano omyłkowo w formularzu zał. nr 3 do oferty i do SIWZ – 6 tygodni. Co do zarzutu nr 3 w zakresie jego oferty wskazał też, że Odwołujący nie wziął pod uwagę stabilności kalibracji w okresie 28 dni przy przyjętych wyliczeniach, i jako materiał poglądowy w tym zakresie przedłożył opracowany przez siebie schemat wraz z prawidłowym wyliczeniem kalibratorów Calset dla swojej oferty. Co do zarzutu nr 4 dotyczącego jego oferty złożył do akt sprawy wydruk z ulotki załączonej w wersji elektronicznej (na płycie CD) do oferty Przystępującego, wskazując, że Odwołujący nie uwzględnił, iż Przystępujący oferował także fiolki Sample Cups, które są także przeznaczone do podawania kalibratorów kontroli materiału badanego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy oraz dokumenty złożone w toku rozprawy przez Odwołującego i Przystępującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając zarzuty odnoszące się do czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu, a także zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu, wykazał, że ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu w dniu 20 marca 2015 r. na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej, zaś publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała miejsce w dniu 25 marca 2015 r.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 12 maja 2015 r., do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty: Odwołującego i Przystępującego.

Zamawiający w dniu 28 maja 2015 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego, a jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że oferta ta nie spełnia wymogów SIWZ opisanych w załączniku nr 2 pkt II.6 do SIWZ, bowiem na podstawie załączonych do oferty na płycie CD materiałów producenta w przypadku dwóch testów, tj. STAT high sensitive Troponin I i TSH minimalna objętość potrzebna do wykonania oznaczenia jest większa niż wymagane 150 μ (w pierwszym przypadku wynosi - oznaczenie priorytetowe: 210 μ dla pierwszego oznaczenia plus 160 μ dla każdego dodatkowego oznaczenia z tego samego kubeczka, w drugim przypadku zaś: oznaczenie priorytetowe: 200 μ dla pierwszego oznaczenia plus 150 μ dla każdego dodatkowego oznaczenia z tego samego kubeczka i dla \leq 3 godziny w analizatorze: 200 μ dla pierwszego oznaczenia plus 150 μ dla dodatkowego oznaczenia z tego samego kubeczka i dla $>$ 3 godziny w analizatorze: wymagana jest dodatkowa objętość próbki). Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował zbyt małą liczbę opakowań odczynników (z zał. Nr 1 do SIWZ poz. 3 – BNP – 1 op., poz. 8 – CK-MB – 1 op., poz. 65 - HDL Cholesterol – 3 op., poz. 69 – Phosphorus – 2 op.) i materiałów kontrolnych (z zał. Nr 1 do SIWZ poz. 39 – HbsAg Contr – 1 op., poz. 46 – IA PLUS TRI LIQ – 5 op., poz. 47 – CARD MKR LT PLUS 1 LIQ – 2 op., poz. 48 – CARD MKR LT PLUS 2 LIQ – 16 op., poz. 49 – CARD MKR LT PLUS 3 LIQ – 2 op.).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ z uwagi na niespełnienie wymogu SIWZ oznaczonego w załączniku nr 2 pkt II.6, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt II.6 załącznika nr 2 do SIWZ, odnoszącym się do Zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, określił wymóg, aby badania były wykonywane w próbkach systemu zamkniętego (próbki pierwotne) oraz innego rodzaju próbkach umożliwiającym badania próbek wtórnych o małej objętości (nie więcej niż 150 μ). Wskazany wymóg – w ocenie Izby – wprost odnosi się nie tylko do próbek (rodzajów próbek), ale także do próbek wtórnych, które mają umożliwiać badania małej objętości – maksymalnie 150 μ . Na powyższe literalnie wskazuje przywołany zapis SIWZ, jak również na taki sposób wykładani postanowienia SIWZ wskazuje zadane przez jednego z wykonawców w dniu 9 kwietnia 2015 r. zapytanie do SIWZ i udzielona przez Zamawiającego odpowiedź. Wykonawca wówczas zapytał Zamawiającego o to, czy wyrazi zgodę na badanie próbek wtórnych o objętości 110 – 150 μ w zależności od parametru, przy dopuszczonej pierwotnego w SIWZ wielkości 110 μ . Niewątpliwie zatem Zamawiający przewidywał w tym zakresie możliwość przeprowadzania badań określonych w opisie przedmiotu zamówienia na próbkach wtórnych o małej (maksymalnie 150 μ) wielkości. Powyższe Zamawiający oceniał w oparciu o informacje producenta (ulotki), które wykonawcy mieli obowiązek załączyć do swojej oferty na płytach CD.

Odwołujący nie kwestionował ustaleń Zamawiającego, poczynionych w oparciu o ulotki załączone do jego oferty, że w przypadku dwóch testów badań immunochemicznych: STAT high sensitive Troponin I i TSH, minimalna objętość próbki wtórnej potrzebna do wykonania oznaczenia jest większa niż wymagana w SIWZ wielkość: 150 μ . Podstawą jego zarzutu była wyłącznie interpretacja wymogu SIWZ opisanego w pkt II.6 załącznika nr 2 do SIWZ, z którego nie wynikał – w jego ocenie - przywołany powyżej wymóg. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący podkreślił, że wskazany parametr 150 μ był ogólnym wymogiem co do aparatu, a nie co do testów. Z takim twierdzeniem, w oparciu o wskazane postanowienia SIWZ i dodatkowo zapytanie co do treści SIWZ i udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź, Izba nie może się zgodzić. Odwołujący ani w samej treści formularza (załącznik nr 2 do SIWZ), ani też w wymaganych ulotkach, załączonych do oferty, a także uzupełnionych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismo Zamawiającego z dnia 18 maja 2015 r.), nie potwierdził spełniania tego wymogu w zakresie dwóch oznaczeń – wprost przeciwnie załączone ulotki dwóch oznaczeń (STAT high sensitive Troponin I i TSH) wskazują wyraźnie, że wymóg ten nie jest spełniony.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ z uwagi na niedoszacowanie odczynników i materiałów kontrolnych w ofercie, Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie określił w wymagach SIWZ konkretnej ilości niezbędnych opakowań odczynników i materiałów kontrolnych. Powyższe – jak wyjaśnił w toku rozprawy przed Izbą – uzasadnione było tym, że ilość wskazanych materiałów jest związana z możliwościami konkretnego aparatu. Zatem Zamawiający, aby nie faworyzować lub nie dyskryminować konkretnego rozwiązania, wprowadził generalne wymogi w SIWZ w tym zakresie. Zamawiający zatem w pkt 3.4.1 SIWZ wskazał, że przy obliczaniu ilości odczynników należy uwzględnić liczbę wykonywanych oznaczeń i stabilność odczynnika na podstawie załącznika nr 1a do SIWZ „Szczegółowe zapotrzebowanie asortymentowe”. W 3.4.2 SIWZ określił też, że przy obliczeniu ilości kalibratora należy uwzględnić liczbę wykonywanych oznaczeń i stabilność materiału kalibracyjnego od chwili dostawy. Jednocześnie w pkt 3.4.3 SIWZ określił, że przy obliczaniu ilości materiałów kontrolnych należy uwzględnić liczbę wykonywanych oznaczeń i częstotliwość wykonywania badań oraz to, że badania kontrolne wykonywane są zawsze na dwóch różnych poziomach. W pkt 3.4.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że przy obliczaniu ilości koniecznych opakowań odczynników do badań, materiałów kalibracyjnych, kontrolnych, odczynników do konserwacji, materiałów i części zużywalnych należy ilość zaokrąglić w „górze”. W załączniku nr 1a do SIWZ Zamawiający natomiast określił w odniesieniu do wszystkich badań ilość oznaczeń – szacowaną liczbę oznaczeń w okresie 36 miesięcy z uwzględnieniem częstotliwości wykonywania badań (liczba dni w tygodniu) ze wskazaniem sposobu przechowywania odczynników po otwarciu (wskazując na odczynniki pozostające na pokładzie przez 7 dni w tygodniu i odczynniki po wykonywaniu oznaczeń przechowywane poza analizatorem w chłodziarce).

W ocenie Izby Odwołujący nie wziął pod uwagę wskazanych powyżej wytycznych Zamawiającego co do ustalenia niezbędnej ilości odczynników i materiałów kontrolnych w treści swojej oferty. Izba w pełni podzieliła w tym względzie stanowisko Zamawiającego. Izba nie mogła podzielić stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w treści odwołania i przedstawionych przez niego wyliczeń z uwagi na to, że były one obarczone określonymi nieścisłościami, niezgodnościami i nie uwzględniały konkretnych wymogów SIWZ.

Co do niedoszacowania w zakresie poz. 46 IA Plus Tri LIQ załącznika nr 1 do oferty - zdaniem Izby - wyliczenia Odwołującego są nieprawidłowe, gdyż wskazany wykonawca nie zaoferował trzech zestawów 12 x 5 ml każdego z poziomów multikontroli, tylko oferowany przez niego odczynnik odnosi się do produktu kontroli Biorad o nr katalogowym 360, a nie 361, 362, 363. Oferowany zestaw zawiera więc po 4 butelki materiału kontrolnego o trzech poziomach (1, 2 i 3), a nie 12 butelek każdego z nich. Kontrole o nr 361, 362, 363 są odrębnymi produktami, które nie wchodzą w skład zestawu, co potwierdza ulotka produktu

kontroli. Tym samym zatem nie można było przyjąć za właściwe wyliczeń zaprezentowanych co do wskazanego produktu w treści odwołania.

Co do niedoszacowania w zakresie poz. 47 Biorad CARD MKR LT PLUS LIQ, poz. 48 CARD MKR LT PLUS 2 LIQ i poz. 49 CARD MKR LT PLUS 3 LIQ załącznika nr 1 do oferty – zdaniem Izby – wyliczenia Odwołującego są nieprawidłowe, gdyż wskazany wykonawca nie uwzględnił w nich okoliczności, iż materiał po rozmrożeniu 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.

Co do niedoszacowania w zakresie poz. 39 HbsAg załącznika nr 1 do oferty – zdaniem Izby – wyliczenia Odwołującego są nieprawidłowe, gdyż Odwołujący nie uwzględnił zapotrzebowania ilościowego określonego przez Zamawiającego w tym zakresie w załączniku nr 1a do SIWZ. Odwołujący nie uwzględnił bowiem, że wskazane badania ma być przeprowadzane z częstotliwością 5 dni w tygodniu i w związku z tym nie uwzględnił konieczności podziału materiału na porcje do wykorzystania w ciągu 1 tygodnia.

Co do niedoszacowania w zakresie odczynników – zdaniem Izby – wyliczenia Odwołującego są nieprawidłowe. Odwołujący w treści odwołania, odnosząc się do zarzutu niegodności treści jego oferty z treścią SIWZ, zaprezentował szczegółowe wyliczenia jedynie dla odczynnika HDL, podczas gdy podstawą wskazanej sprzeczności z treścią SIWZ było także niedoszacowanie oferty Odwołującego w zakresie innych odczynników, tj.: BNP, CK-MB, Phosphorus. W tym zatem zakresie należało uznać, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została zaskarżona przez Odwołującego.

Odnosząc się jednak do kwestii odczynnika HDL Izba stwierdziła, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy przyjął do zaprezentowanych przez siebie obliczeń liczbę 260 dni w ciągu roku zamiast 365 dni. Tymczasem według wymogów SIWZ (załączniki nr 1a do SIWZ) Zamawiający w odniesieniu do odczynnika HDL wymagał, aby odczynnik ten pozostawał na pokładzie analizatora przez 7 dni w tygodniu. Założenia poczynione przez Odwołującego powodują, że Zamawiający miałyby korzystać z odczynników przeterminowanych, czego Zamawiający w SIWZ nie dopuszczał.

Odnosząc się do zapisu postanowień § 5 pkt 10 projektu umowy, gdzie Zamawiający przewidział, że w przypadku wystąpienia braków ilościowo – rodzajowych poszczególnego asortymentu, spowodowanego niedoszacowaniem przy sporządzeniu oferty, wykonawca brakujący asortyment ma dostarczać nieodpłatnie do wysokości rzeczywistych potrzeb Zamawiającego do końca trwania umowy, Izba uznała, że zapis ten nie eliminuje podstawowych zapisów SIWZ dotyczących szacowania oferty co do ilości materiałów oferowanych w niniejszym postępowaniu przez wykonawców. Słusznie zauważył Zamawiający, że wskazany zapis projektu umowy odnosi się do sytuacji, w której oferta wykonawcy nie zabezpiecza potrzeb Zamawiającego, pomimo uwzględnienia w tym zakresie przy jej sporządzeniu wymogów SIWZ, a jest wynikiem sytuacji, których nie można było przewidzieć w chwili sporządzania oferty (np. z uwagi zwiększenia zużycia odczynników, materiałów kontrolnych, czy kalibratorów, ze względu na mniejszą niż deklarowana stabilność niektórych serii odczynników).

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, tak co do przeprowadzenia badań próbek wtórnych o małej objętości na poziomie maksymalnie 150 μ w zakresie dwóch testów, jak i co do przyjęcia podstaw do oszacowania w ofercie niezbędnej ilości odczynników i materiałów kontrolnych. Zasadna zatem była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu tej oferty.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ i błędu w obliczeniu ceny z uwagi na niedoszacowanie oferty, Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.

Izba podtrzymuje wcześniejsze ustalenia co do podstaw szacowania ofert w niniejszym postępowaniu przyjętych w postanowieniach SIWZ w pkt 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3 i 3.4.5 SIWZ oraz w załączniku nr 1a do SIWZ. W ocenie Izby w przypadku oferty Przystępującego Odwołujący także nie wziął pod uwagę wskazanych powyżej wytycznych Zamawiającego co do ustalenia niezbędnej ilości materiałów wchodzących w zakres ofert składanych w niniejszym postępowaniu przez wykonawców. Zatem wyliczenia Odwołującego zaprezentowane także w odniesieniu do oferty Przystępującego obarczone są pewnymi nieścisłościami i jako takie nie mogą stanowić podstawy uwzględniania zarzutów odwołania.

Co do testu CK-MB Izba faktycznie stwierdziła w treści oferty Przystępującego, że wykonawca ten w załączniku nr 3 do oferty przyjął, iż stabilność odczynnika wynosi 6 tygodni. Odwołujący, prezentując swoje wyliczenia w tym zakresie i wykazując

niedoszacowanie oferty Przystępującego przyjął właśnie 6 tygodniowy okres stabilności odczynnika. Powyższe, zdaniem Izby, nie jest uzasadnione z uwagi na to, że w innym miejscu treści oferty Przystępującego wskazuje się, że stabilność tego odczynnika wynosi 8 tygodni i tę wartość należało przyjąć do stosownych obliczeń dla ustalenia ilości tego materiału. Podkreślić należy, że za wiążącą treść oferty w tym zakresie należało przyjąć 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 okresu jego stabilności na pokładzie. Oświadczenie samego wykonawcy, który oferuje ewentualny, inny termin stabilności odczynnika, uznać należałoby za nieuprawnione. W tym jednak przypadku Przystępujący nie składał w swoim imieniu takiego oświadczenia woli, lecz przy przepisywaniu do formularza ofertowego tych danych z ulotek, popełnił omyłkę. Niewątpliwie bowiem - wedle oświadczenia producenta – wskazany okres stabilności odczynnika wynosi 8 tygodni i te dane powinny być wiążące i przyjęte do oszacowania oferty Przystępującego. Skoro Odwołujący przyjął inne dane, niezajdujące oparcia w informacji producenta odczynnika zawartej w treści oferty, jego wyliczenia są niemiarodajne i nie mogą podważać oferty Przystępującego.

Co do zaniżenia liczby kalibratorów dla wszystkich testów immunochemicznych za wyjątkiem testu HbsAg ze względu na wymaganą objętość, Izba stwierdziła, że przy obliczeniach przedstawionych przez Odwołującego, stanowiących podstawę zarzutu, Odwołujący przyjął błędne założenie, że kalibracja jest obowiązkowa co 7 dni. Odwołujący w tym zakresie przedłożył także w trakcie rozprawy przed Izbą stosowane dowody, wywodząc, że kalibracja jest obowiązkowa właśnie co 7 dni. W ocenie Izby powyższe twierdzenie jest nieuzasadnione i nie znajduje oparcia także w dowodach przedłożonych przez Odwołującego. Przedłożona w tym zakresie przez Odwołującego ulotka dotycząca Troponiny T hs STAT wskazuje wprost, że kalibrację przeprowadza się po 1 miesiącu (28 dni), jeżeli stosowana jest ta sama seria odczynnika, po 7 dniach, jeżeli w analizatorze jest ten sam zestaw odczynników oraz gdy jest to wymagane np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy. Przedstawiony przez Odwołującego dowód nie potwierdza zatem, że w każdym przypadku, standardowo, obowiązkowa jest procedura ponownej kalibracji co 7 dni. Kalibracja z taką częstotliwością odbywa się bowiem nie standardowo, lecz w określonych warunkach (w analizatorze jest ten sam zestaw odczynników). Jak wskazał sam Zamawiający w toku rozprawy standardowo nie uzasadnione jest przyjmowanie konieczności ponownej kalibracji po 7 dniach, lecz przyjmuje

się, iż ponowna kalibracja wymagana jest standardowo po rozpoczęciu nowej serii, albo kiedy wyniki kontroli mieszczą się poza określonym zakresem. Tym samym zatem przyjęcie przez Odwołującego konieczności kalibracji każdorazowo po 7 dniach nie znajduje oparcia w wymogach niniejszego postępowania, w opisie stosowania określonych testów, czy też nie wynika z określonych, powszechnie przyjętych standardów przeprowadzania badań. Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Co do zaniżenia liczby kalibratorów dla wszystkich testów immunochemicznych ze względu na trwałość kalibratora w zakresie testów: HE-4, CA 19-9, Troponina i TSH, Izba stwierdziła, że przy obliczeniach przedstawionych przez Odwołującego, stanowiących podstawę zarzutu, Odwołujący przyjął błędne założenie co do tego, że Zamawiający musi mieć do dyspozycji zamrożony materiał kalibracyjny w każdym dniu trwania umowy. Odwołujący w tym zakresie nie wziął pod uwagę okoliczności, że kalibracji nie wykonuje się codziennie, a więc przez kilka lub kilkanaście tygodni w roku kalibratory będą fabrycznie zapakowane przechowywane w chłodziarce. Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Co do zaniżenia liczby oferowanych przez Przystępującego fiolek zamykanych korkiem, do których przelewane są kalibratory, Izba stwierdziła, że przy obliczeniach przedstawionych przez Odwołującego stanowiących podstawę zarzutu Odwołujący przyjął błędne założenie zbyt częstych kalibracji. Ponadto Odwołujący nie uwzględnił w ogóle okoliczności, że 4 fiołki dostarczane są zgodnie z treścią oferty Przystępującego z każdym zestawem kalibratorów. Nadto zauważyć należy, że zgodnie z wymogami SIWZ w przypadku szacowania ilości kalibratorów Zamawiający - w odróżnieniu od szacowania odczynników i materiałów kontroli – przyjął łagodniejsze wymogi, wskazując w pkt 3.4.2 SIWZ, że przy obliczeniu ich ilości należy uwzględnić wyłącznie liczbę wykonywanych oznaczeń i stabilność materiału kalibracyjnego od chwili dostawy. Tym samym też powyższe ma znaczenie dla ilości fiolek, do których przelewane są kalibratory i zarzut nie potwierdził się.

Co do zarzutu braku zaznaczenia parametrów granicznych w załączonych do oferty Przystępującego, żądanych materiałach, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający faktycznie w wymogach SIWZ opisanych w pkt 3.6 lit b oczekiwał od wykonawców, aby ci, załączając do oferty katalogi, prospekty, foldery, materiały firmowe producenta, które zawierają opis parametrów technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia, czytelnie zaznaczyli wymagane przez Zamawiającego parametry graniczne. Pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem nie było sporne, że w ofercie Przystępującego wskazane parametry nie zostały w odpowiedni,

graficzny sposób oznaczone, zgodnie z przywołanym wymogiem SIWZ. Powyższe jednak - w ocenie Izby - nie może stać się podstawą uznania, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Przywołany wymóg SIWZ należy bowiem traktować jako wymóg techniczny, nie świadczący o treści oferty wykonawcy. Niedopełnienie zaś takiego wymogu przez wykonawcę nie może stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z ofertą merytorycznie sprzeczną z treścią SIWZ. Wskazany wymóg SIWZ można traktować podobnie, jak inne wymogi standardowo stosowane przez podmioty zamawiające w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego np. w zakresie ponumerowania wszystkich stron oferty. Brak wypełnienia takiego wymogu przez wykonawcę, także nie może świadczyć o sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ. O sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ można byłoby mówić w sytuacji nie wykazania spełniania przez tego wykonawcę określonych, konkretnych parametrów technicznych. Takich okoliczności Odwołujący nie formułuje w treści zarzutów odwołania, zaś sam Zamawiający potwierdził, że wszystkie parametry techniczne w ofercie Przystępującego zostały potwierdzone załączonymi do oferty ulotkami i innymi materiałami, stanowiącymi treść oferty wykonawcy.

Co do zarzutu podania przez Przystępującego nieprawidłowych informacji na temat deklarowanego okresu gwarancji dla kalibratorów, materiałów kontrolnych, odczynników do konserwacji i materiałów zużywalnych, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający, formułując załącznik nr 3 do SIWZ, oczekiwał deklaracji wykonawcy co do wskazania okresu gwarancji dla odczynników do badań, wskazując w zestawieniu tabelarycznym na określenie tego okresu dla poszczególnych odczynników od chwili dostawy oraz odrębnie dla odczynników na pokładzie systemu. W załączniku nr 4 do SIWZ Zamawiający wymagał określenia w tabelarycznym zestawieniu deklarowanego przez wykonawcę okresu gwarancji od chwili dostawy dla kalibratorów, materiałów kontrolnych, odczynników do konserwacji i materiałów zużywalnych. Jednocześnie Zamawiający w postanowieniach SIWZ – załącznik nr 2 do SIWZ pkt II.4 określił wymagania co do trwałości odczynników minimum 5 miesięcy od chwili dostawy oraz co do kalibratorów – minimum 4 miesiące od chwili dostawy, a także w pkt IV.2 tego załącznika wymagał dostępności jednej serii materiału kontrolnego przez minimum 1 rok. Przystępujący w treści swojej oferty w załączniku nr 3 do SIWZ określił deklarowany okres gwarancji dla odczynników, poprzez wskazanie w przypadku jednych odczynników: „*do daty ważności na opakowaniu; min. 5 miesięcy*”, zaś w przypadku innych odczynników: „*do daty ważności na opakowaniu; min. 6 miesięcy*”. W załączniku nr 4 do SIWZ Przystępujący

co do kalibratorów wskazał deklarowany okres ich gwarancji poprzez wskazanie: „do daty ważności na opakowaniu; min. 4 miesiące”, w przypadku kontroli wskazał: „do daty ważności na opakowaniu”, zaś w przypadku materiałów zużywalnych wskazał: „do daty ważności na opakowaniu” lub „nie dotyczy”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Przystępujący we wskazanym zakresie wypełnił wymogi SIWZ. Skoro Zamawiający w odniesieniu do odczynników i kalibratorów wymagał minimalnego okresu gwarancji (5 lub 4 miesiące), a wykonawca powyższe potwierdził, to spełnił wymagania SIWZ. Co do kontroli Przystępujący w formularzu załącznika nr 4 nie podał konkretnego okresu ich ważności, wskazując jedynie, że pozostają one ważne do daty ważności na opakowaniu. Powyższe jeszcze samo w sobie nie stanowi sprzeczności z treścią SIWZ. Zamawiający w swoim stanowisku podkreślił, że brakujące dane można było w tym zakresie odnaleźć w innych materiałach załączonych do oferty. Załączone zatem ulotki konkretnych produktów potwierdzały spełnianie wymagań dotyczących okresu 1 roku dostępności jednej serii materiału kontrolnego, choć powyższa okoliczność nie została w sposób konkretny określona przez Odwołującego jako formalny zarzut odwołania. Odwołujący jednocześnie nie wykazał, aby w przypadku konkretnych kontroli oferowanych przez Przystępującego powyższy wymóg nie był spełniony. Co do materiałów zużywalnych oraz odczynników do konserwacji Zamawiający nie określił w wymogach SIWZ konkretnego okresu ich ważności, stąd też samo potwierdzenie przez Przystępującego, iż owe materiały mają okres gwarancji do daty ważności na opakowaniu jest wystarczające. Brak wypełnienia formularza przygotowanego przez Zamawiającego w odniesieniu do wskazanych w zarzucie materiałów, poprzez wskazanie konkretnej daty, czy okresu liczonego w dniach miesiącach czy latach gwarancji samo w sobie nie może świadczyć o sprzeczności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Istotne są w tym względzie wymogi merytoryczne jakie postawił Zamawiającego co do konkretnego, wymaganego okresu gwarancji poszczególnych materiałów. Jeśli takiego okresu Zamawiający nie określił, nie można w tym zakresie z całą pewnością mówić sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Co do zarzutu nie spełnienia przez Przystępującego wymogów pkt II.4 załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez określenie terminów ważności odczynników do badań na poziomie minimum 5 miesięcy i co do kalibratorów na poziomie minimum 4 miesięcy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba pottrzymała wskazane powyżej ustalenia co do wymogów określonych w pkt II.4 załącznika nr 2 do SIWZ, gdzie Zamawiający określił wymagania co do trwałości odczynników: minimum 5 miesięcy od chwili dostawy oraz kalibratorów – minimum

4 miesiące od chwili dostawy. Odwołujący wywodził w ramach tego zarzutu, że wszystkie odczynniki oferowane przez Przystępującego tracą deklarowany okres ważności po otwarciu opakowania i przystąpieniu do wykonywania badań, stąd też przywołany wymóg nie jest spełniony. Odnosząc się do powyższego Izba, przyjmując w pełni stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w tym względzie, stwierdziła, że Zamawiający nigdzie w postanowieniach SIWZ nie określił wymagań co do trwałości odczynników, czy też kalibratora od otwarcia. Okres ważności określony w SIWZ liczony był od chwili dostawy, a nie od otwarcia odczynnika, na co powołuje się jako podstawę zarzutu odwołania Odwołujący.

Z tych też względów Izba nie stwierdziła, aby potwierdziło się naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania. Jednocześnie też Izba zauważa, że zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązana jest do oceny naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a nie ewentualnych naruszeń innych aktów prawnych. Tym samym też przywołane przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów Konstytucji RP oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych leżało poza kognicją Izby.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy.

Przewodniczący: