

Sygn. akt: KIO 460/16

**WYROK**

**z dnia 13 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2016 r. przez **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku,** przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa odczynników wraz z dzierżawą platformy biochemiczno-immunochemicznej do ZDL USK w Białymstoku ul. Żurawia 14 przez okres 36 miesięcy.*

W dniu 31 marca 2016 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, art. 5 Kc i art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, a także art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Roche pozostaje w kolizji z zapisami SIWZ oraz odpowiedziami do zapytań, jakie składane były do Zamawiającego. Odwołujący przywołał przywołał treść jednego z pytań wykonawców i udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź:

Pytanie: *Prosimy o potwierdzenie, czy wymienione badania w formularzu asortymentowo-cenowym SIWZ Zamawiający będzie wykonywał na bieżąco i że należy to uwzględnić przy obliczaniu ilości zaoferowanych opakowań odczynników, biorąc pod uwagę stabilność odczynników po otwarciu?*

Odpowiedź: *Tak, badania będą wykonywane na bieżąco.*

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający musi mieć stały dostęp do odczynników na pokładzie analizatora, a wykonawca Roche nie doszacował ilości zaoferowanych odczynników przy uwzględnieniu ich stabilności po otwarciu na pokładzie analizatora, co przedstawia poniższa tabela:

Nazwa badania	Stabilność po otwarciu (tyg.)	Liczba tygodni	Ilość opakowań jaka powinna być zaoferowana	Ilość opakowań zaoferowana	Brakująca ilość opakowań	Cena netto 1 op.	Cena brutto 1 op.	Wartość netto niedoszacowania	Wartość brutto niedoszacowania
Kwas foliowy	2	156	78	20	58	750,00	810,00	43 500,00	46 980,00
CA 19-9	6	156	26	20	6	700,00	756,00	4 200,00	4 536,00
CEA	6	156	26	22	4	450,00	486,00	1800,00	1944,00

Total PSA	8	156	20	15	5	550,00	594,00	2 750,00	2 970,00
Toxo IgM	2	156	78	35	43	650,00	702,00	27 950,00	30186,00
Toxo IgG	2	156	78	39	39	650,00	702,00	25 350,00	27 378,00
Toxo IgG Awidność	2	156	78	14	64	900,00	972,00	57 600,00	62 208,00
Troponina	4	156	39	22	17	500,00	540,00	8 500,00	9180,00
Vit. D	4	156	39	20	19	1000,00	1836,00	32 300,00	34884,00
Vit. B12	5	156	32	14	18	750,00	810,00	13500,00	14 580,00
Wolne T3	6	156	26	14	12	450,00	486,00	5 400,00	5 832,00
Wolne T4	4	156	39	14	25	450,00	486,00	11250,00	12150,00
Cyklosporyna	8	156	20	18	2	2 00,00	2160,00	4000,00	4 320,00
CMV IgM	2	156	78	14	64	700,00	756,00	44 800,00	48 384,00
Wartość niedoszacowania razem								282 900,00	305535,00

Załącznikiem do tabeli są ulotki odczynnikowe do wszystkich pozycji tabeli, z zaznaczeniem okresów stabilności odczynników. Odwołujący podał następujący algorytm wyliczenia brakujących ilości odczynników, który jest taki sam do wszystkich pozycji tabeli: ilość tygodni w okresie trwania umowy (156) / stabilność odczynnika po otwarciu w tygodniach = ilość opakowań, jaka powinna być zaoferowana (z zaokrągleniem w górę do liczb całkowitych) vs ilość opakowań, jaka została zaoferowana.

Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne byłoby podniesienie przez wykonawcę Roche, że do obliczenia koniecznej ilości odczynników winno się liczyć ich terminy stabilności oznaczone w ulotkach odczynnikowych jako przechowywanie odczynników w lodówce. Wskazał, że odczynniki w trakcie badań z natury rzeczy muszą się znajdować na pokładzie analizatora, natomiast nie jest to tożsame z naprzemiennym trzymaniem odczynnika w lodówce i w analizatorze, znowu w lodówce i znów w analizatorze itd. W takich przypadkach stabilność takich odczynników jest zupełnie inna niż stabilność „permanentna odczynnika w lodówce”.

Odwołujący powołał się na ulotki Toxo IgM, Toxo IgG, Toxo IgG Avidity, CMV IgM, Vitamin B12II, FT4II, FT3 III i wskazał, że na podstawie zapisów ww. ulotek odczynnikowych można łatwo wyciągnąć wniosek, że odczynniki wrażliwe są na czynność przekładania: pokład analizatora-lodówka-pokład analizatora (a to z tej przyczyny, że po każdym wyjęciu odczynnika z lodówki trzeba go doprowadzać do temperatury pokojowej – zapisy w ulotkach). Potwierdzenie parametru stabilności w ofercie Roche poprzez zadeklarowanie przyjętych ilości nie jest prawdziwe i aby zostało spełnione zamawiający musiałby

przechowywać fabrycznie zapakowane odczynniki po otwarciu, wyłącznie w lodówce, nie przystępując do pracy.

Odwołujący podniósł również, że treść oferty wykonawcy Roche jest sprzeczna z wymaganiem zawartym w Zał. Nr 1 Formularz cenowy (Wymagania dotyczące odczynników), aby odczynniki były gotowe do użycia (*Odczynniki w formie ciekłej, gotowe do użycia*). Powyższy wymóg Zamawiający potwierdził odpowiadając na pytanie z 18 grudnia 2015 r. Zdaniem Odwołującego, w przypadku wszystkich odczynników zaoferowanych do modułu immunochemicznego, takich jak: Vitamin D Total, Vitamin B12 II, Toxo IgM, Toxo IgG, Toxo IgG Avidity, Total PSA, FT3, FT4, Cyklosporyna0, CEA, CA 19-9, CMV IgM, Folate, Troponin wymienionych w tabeli 1 odczynniki na 36 miesięcy (moduł immunochemiczny) – tak nie jest, gdyż zapis: *Odczynniki wyjęte z lodówki należy doprowadzić do temp. ok. 20 °C i umieścić je w rotorze odczynnikowym analizatora (w temp. 20 °C)* oznacza, że nie są one gotowe do użycia. Należy je bowiem po wyjęciu z lodówki doprowadzić do temperatury 20°C co obniża stabilność odczynnika, a dowodem na to są zapisy w ulotkach w części *Oznaczenie*. W ocenie Odwołującego oznacza to, że oferta Rocha niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wymienione w przepisie ustawy Pzp przesłanki stanowią bezwzględne podstawy odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty. Ewentualne zaniechanie Zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 Kc. Ponadto, jeśli oferta taka została by wybrana jako najkorzystniejsza, wówczas 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 mógł by on wystąpić do Prezesa UZP, lub bezpośrednio do sądu (por. roszczenie z art. 59 Kc.). Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty wypływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. 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 w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 Kc. w zw. z art. 14 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe. Zaniechanie odrzucenia oferty Roche Polska Sp. z o.o. oznaczałoby także naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art.

naruszenie art. 17 ust. 1c 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 wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia rozstrzygnięcia postępowania, powtórzenia czynności oceny oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., odrzucenia tej oferty w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty, a także dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia Odwołującemu niniejszego zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z rozdziałem I pkt 1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa odczynników oraz dzierżawa platformy biochemiczno-immunochemicznej wraz ze sprzętem do utworzenia laboratoryjnego systemu informatycznego do ZDL USK Białystok ul. Żurawia 14 przez okres 36 miesięcy.

W formularzu asortymentowo-cenowym Zamawiający wyszczególnił rodzaje badań i planowaną ilość oznaczeń w okresie 36 miesięcy. Wykonawcy wypełniali Formularz podając: nr katalogowy, oferowaną ilość opakowań, zawartość opakowania, cenę netto za opakowanie, wartość netto, stawkę podatku VAT w %, cenę brutto za opakowanie oraz wartość brutto.

W zał. Nr 1 Formularz cenowy (Wymagania dotyczące odczynników), Zamawiający zamieścił wymóg: *Odczynniki w formie ciekłej, gotowe do użycia.*

W dniu 18 grudnia 2015 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do SIWZ:

Pytanie: *Prosimy o potwierdzenie, że ilości zaoferowanych opakowań odczynników na okres 36 m-cy powinny uwzględniać stabilność odczynników po otwarciu potwierdzoną zapisem w dołączonej do oferty ulotce odczynnikowej.* Odpowiedź Zamawiającego: *Tak.*

Pytanie: *Prosimy o potwierdzenie, czy wymienione badania w formularzu asortymentowo-cenowym SIWZ Zamawiający będzie wykonywał na bieżąco i że należy to uwzględnić przy obliczaniu ilości zaoferowanych opakowań odczynników biorąc pod uwagę stabilność odczynników po otwarciu.* Odpowiedź Zamawiającego: *Tak, badania będą wykonywane na bieżąco.*

W dniu 4 stycznia 2016 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do SIWZ:

Pytanie: *Prosimy o doprecyzowanie udzielonych odpowiedzi i wyrażenie zgody by w celu prawidłowego przygotowania oferty skalkulować liczbę opakowań odczynników biorąc pod uwagę ich stabilność po otwarciu z uwzględnieniem ich okresowego przechowywania w lodówce poza analizatorem. Takie rozwiązanie zapobiegnie stratom odczynnikowym i pozwoli na optymalne skalkulowanie oferty, bez sztucznego jej zawyżania.* Odpowiedź Zamawiającego: *Zamawiający wymaga zaoferowania odpowiedniej liczby opakowań odczynników do wykonania zadeklarowanej liczby oznaczeń.*

Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.500.455,70 zł i terminem dostawy 1 dzień, w której w kwestionowanym w odwołaniu zakresie zaoferował następujące liczby opakowań odczynników: kwas foliowy – 20, CA 19-9 – 20, CEA – 22, Total PSA – 15, Toxo IgM – 35, Toxo IgG – 39, Toxo IgG Awidność – 14, Troponina – 22, Vit. D – 20, Vit. B12 – 14, wolne T3 – 14, wolne T4 – 14, cyklosporyna – 18, CMV IgM – 14.

W ulotkach dotyczących wszystkich ww. odczynników (w punkcie *Postępowanie z odczynnikami*) podano informację, że *odczynniki w zestawie stanowią gotową do użycia całość i nie można ich rozdzielać* (kwas foliowy, Troponina, CA 19-9, Total PSA Vit. D, Vit. B12, wolne T3, wolne T4, cyklosporyna) lub *odczynniki zawarte w zestawie są gotowe do użytku i kompatybilne z systemem* (Toxo IgM, Toxo IgG, Toxo IgG Awidność, CMV IgM). W punkcie *Oznaczenie* podano, że *odczynniki wyjęte z lodówki należy doprowadzić do temp. ok. 20°C i umieścić je w rotorze odczynnikowym analizatora (w temp. 20°C).*

W dniu 4 marca 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia m.in., czy zaoferowana ilość odczynników do immunochemii wystarczy do wykonania zadeklarowanej liczby oznaczeń z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu. W wyjaśnieniach z 8 marca 2016 r. Przystępujący podał: *Tak, potwierdzamy że zaoferowana ilość odczynników do immunochemii wystarczy do wykonania zadeklarowanej liczby oznaczeń z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu.* Wykonawca przedstawił tabelę, w której podał m.in. następujące dane dotyczące stabilności odczynnika po otwarciu zgodnie z ulotką: kwas foliowy – 8 tygodni, CA 19-9 – 8 tygodni, CEA – 12 tygodni, Total PSA – 12 tygodni, Toxo IgM – 12 tygodni, Toxo IgG – 12 tygodni, Toxo IgG Awidność – 12 tygodni, Troponina – 12 tygodni, Vit. D – 8 tygodni, Vit. B12 – 12 tygodni, wolne T3 – 12 tygodni, wolne T4 – 12 tygodni, cyklosporyna – 12 tygodni, CMV IgM – 12 tygodni.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Niezgodność oferty z treścią SIWZ występuje w sytuacji, gdy treść zobowiązania ofertowego pozostaje merytorycznie niezgodna z wyartykułowanymi przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiami. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego była niezgodna z postanowieniami SIWZ określającymi wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia lub sposobu obliczenia ceny oferty.

Bez wątplenia w samej treści SIWZ Zamawiający nie określił żadnych wymagań dotyczących uwzględnienia przy obliczaniu liczby opakowań odczynników okresu ich stabilności po otwarciu. Jedynym wymogiem wynikającym z SIWZ było zaoferowanie liczby opakowań poszczególnych odczynników odpowiedniej do wykonania określonej przez Zamawiającego liczby oznaczeń. Z kolei w wyjaśnieniach do treści SIWZ, które należy uznać na etapie oceny ofert za wiążące, Zamawiający wprowadził wymóg zaoferowania ilości odczynników do immunochemii wystarczającej do wykonania zadeklarowanej liczby oznaczeń z uwzględnieniem ich stabilności po otwarciu, nie określając jednocześnie sposobu przechowywania odczynników i nie precyzując wymogów dotyczących przyjęcia okresu stabilności odpowiedniego do określonego sposobu przechowywania odczynników po otwarciu opakowania. Przystępujący zaoferował liczbę opakowań odczynników uwzględniającą ich stabilność po otwarciu przy przechowywaniu w temperaturze 2-8°C (wg załączonych ulotek). Wobec niepodania przez Zamawiającego informacji dotyczących

przechowywania odczynników i niesformułowania związanych z tym wymagań nie można uznać, że tak skalkulowana oferta jest sprzeczna z SIWZ lub zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący, formułując zarzuty w odwołaniu, za jedyny właściwy sposób kalkulacji oferty przyjął kalkulację uwzględniającą stabilność odczynników po otwarciu przy ich ciągłym przechowywaniu na pokładzie analizatora. Podstaw do takiej tezy nie sposób – zdaniem Izby – wywieść ani z treści SIWZ, ani z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. Nie wynika ona z odpowiedzi Zamawiającego, na której w szczególności oparł się Odwołujący, a która potwierdza, że badania będą wykonywane na bieżąco. Odpowiedź tę należy rozumieć w ten sposób, że poszczególne badania będą realizowane odpowiednio do bieżącego zapotrzebowania. Zamawiający różnie określił liczbę poszczególnych oznaczeń, co wskazuje, że będą one wykonywane z różnym natężeniem, niektóre z nich będą wykonywane bardzo często, inne – w określonych odstępach czasowych. Przy ciągłym wykonywaniu oznaczeń, ze względu na tempo zużycia odczynnika, nie istnieje ryzyko przekroczenia okresu stabilności odczynników. W przypadku oznaczeń wykonywanych w mniejszych lub większych odstępach czasowych brak jest podstaw do przyjęcia, że nieużywane odczynniki będą stale przechowywane na pokładzie analizatora. Dodatkowo zauważyć należy, że zaoferowany przez Przystępującego analizator posiada 25 miejsc na odczynniki, zaś przedmiot zamówienia obejmuje 28 rodzajów odczynników, co tym bardziej potwierdza, że prezentowana przez Odwołującego teza dotycząca permanentnego przechowywania wszystkich odczynników na pokładzie analizatora, jest nieuprawniona.

Teza prezentowana przez Odwołującego nie znajduje również potwierdzenia w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2016 r. Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem o możliwość skalkulowania liczby opakowań odczynników biorąc pod uwagę ich stabilność po otwarciu z uwzględnieniem ich okresowego przechowywania w lodówce poza analizatorem. Zamawiający poinformował, że wymaga zaoferowania odpowiedniej liczby opakowań odczynników do wykonania zadeklarowanej liczby oznaczeń, którym to stwierdzeniem nie odniósł się wprost do zadanego pytania. Z udzielonej odpowiedzi nie wynika zakaz skalkulowania oferty w sposób, w jaki zrobił to Przystępujący. Gdyby Zamawiający zamierzał narzucić wykonawcom sposób kalkulacji w oparciu o konkretny sposób przechowywania odczynników, to w odpowiedzi na pytanie mógł i powinien to wyrazić. Milczenie Zamawiającego na ten temat (de facto brak odpowiedzi na zadane pytanie) nie może być utożsamiane z wprowadzeniem nowego wymogu do treści SIWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący prezentując stanowisko o konieczności uwzględnienia w ofercie założenia, że odczynniki będą przechowywane na pokładzie analizatora, próbował nadinterpretować udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia, wywodząc z nich wymagania



niewyrazone w ich treści. Tymczasem podstawą odrzucenia oferty może być tylko niespełnienie wymagań wyartykułowanych przez Zamawiającego w SIWZ lub w wyjaśnieniach do SIWZ. Oferta Przystępującego podlegałaby odrzuceniu, gdyby Zamawiający ww. dokumentach wprost postanowił, że odczynniki będą przechowywane na pokładzie stabilizatora i z uwzględnieniem tego założenia należy skalkulować ofertę. Wobec braku tego rodzaju postanowienia, teza przyjęta przez Odwołującego jest nieuprawniona.

Nie zasługuje na uwzględnienie zaprezentowane podczas rozprawy stanowisko, że nawet przy przyjęciu, że odczynniki będą przechowywane naprzemiennie w lodówce i na pokładzie analizatora, oferta Przystępującego jest niedoszacowana z uwagi na fakt, że okres stabilności niektórych odczynników przy takim sposobie przechowywania jest krótszy niż okres stabilności przy przechowywaniu w lodówce. Przede wszystkim należy stwierdzić, że zarzuty odwołania oparte były na twierdzeniu, że należało uwzględnić stabilność odczynników przy przechowywaniu na pokładzie analizatora (nie zaś na przemian w lodówce i w analizatorze) i z uwzględnieniem tej właśnie stabilności zostały przedstawione obliczenia mające dowodzić stopień niedoszacowania oferty Przystępującego. Tym samym granice podstaw faktycznych podniesionych zarzutów zostały przez Odwołującego określone w powyższy sposób i są dla Izby wiążące, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jedynym twierdzeniem zawartym w odwołaniu, a odnoszącym się do naprzemiennego sposobu przechowywania odczynników jest stwierdzenie, że *odczynniki w trakcie badań z natury rzeczy muszą się znajdować na pokładzie analizatora, natomiast nie jest to tożsame z naprzemiennym trzymaniem odczynnika w lodówce i w analizatorze, znowu w lodówce i znowu w analizatorze itd. W takich przypadkach stabilność takich odczynników jest zupełnie inna niż stabilność „permanentna odczynnika w lodówce”*. Powyższe stwierdzenie nie może być uznane za prawidłowo sformułowany zarzut, ze względu chociażby na niedoprecyzowanie jego granic faktycznych. Odwołujący nie określił bowiem, w przypadku których odczynników stabilność przy przechowywaniu na przemian w lodówce i w analizatorze różni się od stabilności przy przechowywaniu wyłącznie w lodówce oraz nie przedstawił wyliczeń określających ilościowe i wartościowe niedoszacowanie oferty Przystępującego. Podkreślić należy, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego i uzupełniać ich treści. Tym samym, chociaż okoliczność dotycząca tego sposobu przechowywania była w odwołaniu zasygnalizowana, to takie sformułowanie nie ma cech prawidłowo skonstruowanego zarzutu i już z powodów formalnych nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że stanowisko Odwołującego należy uznać za nieuprawnione w świetle postanowień SIWZ

i wyjaśnień do SIWZ, z tych samych powodów, które nie pozwoliły uwzględnić stanowiska dotyczącego konieczności przyjęcia założenia o przechowywaniu odczynników wyłącznie na pokładzie analizatora.

Jakkolwiek nie można negować faktu, że sposób przechowywania odczynników ma wpływ na ich stabilność, a uzależnienie liczby oferowanych opakowań od sposobu ich przechowywania mogłoby być uznane za zasadne, to jednak dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie fakt niesformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu. Jeśli nawet tezę Odwołującego uznać za uzasadnioną względami praktycznymi, to fakt ten nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, podstawą taką mogą być bowiem tylko postanowienia SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odnoszący się do niespełnienia przez oferowane przez Przystępującego odczynniki wymogu gotowości do użycia. Wobec braku zdefiniowania przez Zamawiającego ww. wymogu, należy go rozumieć jako brak konieczności podejmowania przez personel Zamawiającego dodatkowych czynności koniecznych do użycia odczynników, takich jak np. rozpuszczenie preparatu, połączenie dwóch lub więcej preparatów, itp. Wymóg gotowości do użycia powinien być uznany za spełniony w przypadku preparatu nadającego się do użycia w takiej formie, w jakiej zostaje on dostarczony, niewymagającego przed jego użyciem określonego przetworzenia. W ocenie Izby konieczność doprowadzenia odczynników do temperatury pokojowej nie uprawnia do wniosku, że nie są one dostarczane w wersji gotowej do użycia. Powyższa konieczność nie wymaga żadnych czynności zmierzających zmiany stanu lub składu preparatu, a jedynie wyjęcia go z lodówki i umieszczenia w temperaturze pokojowej. Wywodzenie z tej konieczności tezy, że preparat nie jest dostarczany w stanie gotowym do użycia jest nadinterpretacją niemającą merytorycznego uzasadnienia. Wskazać również należy, że w ulotkach dotyczących zaoferowanych przez Przystępującego odczynników, w punkcie *Postępowanie z odczynnikiem*, znajdują się informacje, że są one gotowe do użycia, co powinno wyeliminować wszelkie wątpliwości co do zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w tym zakresie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp oraz innych wskazanych w odwołaniu przepisów pozostających w związku z ww. przepisami ustawy Pzp. Na marginesie wskazać należy, że z odwołania nie sposób wywieść, na czym zdaniem Odwołującego miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Odwołujący

nie przedstawił w tym zakresie żadnego wywodu. Biorąc pod uwagę, że art. 22 Konstytucji ustanawia skierowane do organów władzy publicznej obostrzenia co do formy i powodów nałożenia na obywateli ograniczeń w podejmowaniu i prowadzeniu wolności działalności gospodarczej, czynności lub zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie sposób uznać za mieszczące się w dyspozycji tego przepisu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....