

Sygn. akt KIO 3131/21

**WYROK**

**z dnia 6 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2021 r. przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:**

**2.1. 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,**

**2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa odczynników 4 w podziale na pakiety*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 149-395860.

W dniu 22 października 2021 r. wykonawca Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 10, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Abbott”, podczas gdy występują w niej braki materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy i w konsekwencji nie spełnia ona wymagań zawartych w Rozdział II pkt. 8 lit. i) oraz j) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”,
2. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowana w niej ilość odczynników, materiałów kontrolnych oraz kalibratorów uniemożliwia prawidłową realizację przedmiotu umowy w okresie 36 miesięcy, a tym samym nie spełnia ona wymagań zawartych w SWZ,
3. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy załączone do jej treści dokumenty nie potwierdzają prawidłowego zaoferowania materiałów kontrolnych, co w konsekwencji prowadzi do braku spełnienia wymagań zawartych w Rozdziale II pkt 2 SWZ,
4. art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Abbott, podczas gdy zaoferowana w pozycji 36.9 sól fizjologiczna nie jest przeznaczona do diagnostyki *in vitro* oraz nie jest przeznaczona do użycia z oferowanym analizatorem i odczynnikami i w konsekwencji nie spełnia wymagań zawartych w Rozdział II pkt. 2 i 8 lit. i) oraz j) SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Abbott jako niezgodnej z SWZ; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego i Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2021 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazywał na cztery rodzaje braków w ofercie Abbott, tj. brak materiałów zużywalnych do przeprowadzenia okresowych procedur konserwacyjnych; brak materiałów wymaganych do oznaczania CRP; brak materiałów eksploatacyjnych oraz brak materiału zużywalnego „Replacement caps”, niezbędnego do przeprowadzenia procedur kalibracyjnych.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 8 lit. i oraz j SWZ *Oferta na wybrane i oferowane przez wykonawcę zadania (pakiety) musi posiadać pełny asortyment. Brak jakiegokolwiek pozycji w oferowanej części lub oferowanie asortymentu, który nie spełnia wymaganych parametrów (np. niezgodność substancji czynnej, postaci, dawki) lub brak informacji określonych w poszczególnych kolumnach formularzy cenowych będzie skutkowało odrzuceniem oferty.*

#### Brak materiałów zużywalnych do przeprowadzenia okresowych procedur konserwacyjnych

Odwołujący podnosił, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których przedmiotem oferty jest analizator Alinity C, oferowany jest też „zestaw materiałów zużywalnych Alinity c”, w skład którego wchodzi produkty służące do wykonywania okresowych procedur konserwacyjnych. Dodatkowo, Odwołujący zarzucał zaniechanie zaoferowania lampy fotometru, wymiennej w aparacie Alinity c raz na kwartał.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w zakresie części 10 jest dostawa odczynników do badań diagnostycznych z dzierżawą dwóch analizatorów biochemicznych. Zgodnie z załącznikiem nr 10B do SWZ Przystępujący wskazał, że oferuje aparat Alinity C, fabrycznie nowy, rok produkcji – 2021. Zamawiający wymagał, aby zamówienie zostało wykonane w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy/udzielenia zamówienia.

Stosownie do §1 ust. 10 Załącznika nr 14A do SWZ (wzór umowy dzierżawy) *Wydanie Zamawiającemu urządzenia, wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, odbędzie się w siedzibie Zamawiającego do 21 dni od dnia podpisania umowy, potwierdzone protokołem odbioru technicznego. Instalacja oraz szkolenie i testowanie dotyczące obsługi urządzenia odbędzie się w terminie do 7 dni od daty dostarczenia.*

Zgodnie z §1 ust. 11 Załącznika nr 14A do SWZ *Przez cały okres trwania umowy wykonawca udziela serwisu gwarancyjnego (na zasadach i warunkach opisanych w kartach gwarancyjnych) obejmującego reakcję w ciągu 48 godzin w dni robocze od zgłoszenia awarii, napraw w ramach czynszu dzierżawnego wraz z wymianą części uszkodzonych lub zużytych, przeglądów technicznych, konserwacji oraz opieki merytorycznej i aplikacyjnej.*

Powyższe postanowienia wskazują, że zamiarem Zamawiającego było, aby wszystkie konserwacje wymagające wymiany elementów analizatora, naprawy i wymiany części następowały w ramach oferowanego przez wykonawcę serwisu gwarancyjnego. Zatem nie sposób twierdzić, że zaoferowanie przez wykonawcę produktów służących do konserwacji było obligatoryjne, skoro procedura konserwacyjna będzie wykonywana każdorazowo przez serwis wykonawcy.

W związku z powyższym zarzut dotyczący rzekomego braku materiałów zużywalnych do przeprowadzenia okresowych procedur konserwacyjnych jest bezpodstawny.

#### Brak materiałów wymaganych do oznaczania CRP

Odwołujący podnosił brak zaoferowania przez Przystępującego związanych z wykonywaniem oznaczenia CRP materiałów: 08P7510 Alinity c Immuno Control 1 kit; 08P7511 Alinity c Immuno Control 2 kit; Sól fizjologiczna (0,85-0,9% NaCl do rozcieńczania badanych próbek).

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał metodyki CRP hs (high sensivity), zgodnie z wierszem 29 kolumny tabeli asortymentowo-cenowej zamieszczonej w Załączniku Nr 10A do SWZ. Przystępujący w poz. 35.10 formularza cenowego wskazał CRP Vario HS Control oraz dodatkowo dwie inne kontrole CRP, tj. Multichem S L1, Multichem S L2 (poz. 35.1 oraz 35.2 formularza cenowego).

Stosownie zaś do treści ulotki odczynnikowej, do kontroli metodyki CRP hs (wymaganej przez Zamawiającego), można używać produktu *07P5610 Alinity c CRP Vario HS Control Kit lub innych dostępnych w sprzedaży kontroli*, co też uczynił Przystępujący. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że zgodnie z treścią ulotki 08P7510 Alinity c Immuno Control 1 kit oraz 08P7511 Alinity c Immuno Control 2 kit nie są dostępne w USA, co potwierdza, że przeprowadzenie kontroli jest możliwe nie tylko z użyciem ww. dwóch produktów. Gdyby było tak, że tylko te dwie kontrole (tj. 08P7510 Alinity c Immuno Control 1 kit oraz 08P7511 Alinity c Immuno Control 2 kit) były kompatybilne z odczynnikiem Przystępującego, przeprowadzenie badania za pomocą odczynnika CRP Vario nie byłoby w ogóle możliwe w USA.

Odwołujący wskazywał dalej, że zaoferowana w ofercie Przystępującego sól fizjologiczna nie jest przeznaczona do rozcieńczania próbek badanych, a tym samym zaoferowany materiał nie spełnia wymogów ulotki odczynnikowej.

Izba ustaliła, że Abbott w poz. 36.9 formularza cenowego wskazał jako materiał zużywalny sól fizjologiczną NaCl 0,9%.

Skład orzekający podzielił argumentację Przystępującego, że po pierwsze nieracjonalnym działaniem producenta byłoby wskazywanie w ulotce wszelkich możliwych zastosowań roztworu soli fizjologicznej. Po drugie, elastyczne wymogi znajdujące się w ulotce dla soli (stężenie od 0,85 do 0,9% NaCl) stanowią zabieg celowy, umożliwiający zastosowanie każdego rodzaju soli fizjologicznej i nieprecyzyjnie przygotowanego roztworu chlorku sodu w warunkach obniżonego standardu przygotowania. Po trzecie, gdyby istniała konieczność stosowania specyficznego, przeznaczonego do badania CRP rozwiązania, każdy producent posiadałby dedykowaną sól, oznaczoną tak jak dedykowane odczynniki do oznaczania różnych parametrów, opatrzone numerami katalogowymi lub dedykowane rozcieńczalniki, a tak nie jest.

Reasumując, nie potwierdził się zarzut jakoby zaoferowana przez Abbott sól fizjologiczna nie mogła być użyta przy wykonywaniu oznaczeń odczynnikiem CRP Vario oraz nie potwierdził się zarzut zaniechania zaoferowania materiałów związanych z wykonywaniem oznaczenia CRP.

#### Brak materiałów eksploatacyjnych

Odwołujący zarzucił Przystępującemu zaniechanie zaoferowanie wymaganych na stronie 1484 instrukcji obsługi do analizatorów Alinity CI Series materiałów: Sample caps, numer katalogowy 01R3801; Reagent Replacement Caps, numer katalogowy 04R4701 oraz Calibrator/Control Replacement caps, numer katalogowy 04R1001.

Izba ustaliła, że zgodnie z §1 ust. 10 Załącznika nr 14A do SWZ *Wydanie Zamawiającemu urządzenia, wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, odbędzie się w siedzibie Zamawiającego do 21 dni od dnia podpisania umowy, potwierdzone protokołem odbioru technicznego. Instalacja oraz szkolenie i testowanie dotyczące obsługi urządzenia odbędzie się w terminie do 7 dni od daty dostarczenia.*

Zgodnie z plikiem pn. Instrukcja używania Roztwory i akcesoria\_ Alinity ci (str. 1464), załączonym do oferty Przystępującego, *Materiały eksploatacyjne oznaczają wszelkie materiały zużywalne, które są niezbędne do oznaczania próbek w analizatorze Alinity ci-series.* Skoro zaś elementy zużywalne stanowią, według Przystępującego oraz Zamawiającego, część zestawu startowego, załączanego do przedmiotu dzierżawy, wystarczające będzie dostarczenie tych materiałów wraz z instalacją urządzenia.

### Niedoszacowanie w ofercie Przystępującego

Odwołujący zarzucał także niedoszacowania przez Przystępującego odczynników, materiałów kontrolnych oraz kalibratorów.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 4, 6 i 7 parametrów granicznych wskazanych w Załączniku Nr 10A do SWZ: *Należy uwzględnić ilości potrzebne do kalibracji. W przypadku serwisowych procedur konserwacyjnych lub napraw analizatora wymagających dodatkowych oznaczeń dodatkowe ilości odczynników dostarczy wykonawca. Odczynniki w postaci płynnej w min. 90%. Materiały kontrolne - min. na dwóch poziomach, dla wszystkich zamawianych odczynników, kontrole prowadzone raz dziennie dla wszystkich parametrów, wyliczone w ilości uwzględniającej stabilność po otwarciu. W przypadku serwisowych procedur konserwacyjnych lub napraw analizatora wymagających dodatkowych oznaczeń kontrolnych dodatkowe ilości materiałów kontrolnych dostarczy wykonawca. Kalibratory wyliczone w ilości wynikających z zaleceń producenta odczynników, uwzględniającej stabilność po otwarciu. W przypadku serwisowych procedur konserwacyjnych lub napraw analizatora wymagających dodatkowych kalibracji, dodatkowe ilości kalibratorów dostarczy wykonawca.*

Zgodnie z §1 ust. 11 Załącznika nr 14A do SWZ *Przez cały okres trwania umowy wykonawca udziela serwisu gwarancyjnego (na zasadach i warunkach opisanych w kartach gwarancyjnych) obejmującego reakcję w ciągu 48 godzin w dni robocze od zgłoszenia awarii, napraw w ramach czynszu dzierżawnego wraz z wymianą części uszkodzonych lub zużytych, przeglądów technicznych, konserwacji oraz opieki merytorycznej i aplikacyjnej.*

Oznacza to, że odczynniki, materiały kontrolne i kalibratory będą uzupełniane ponad liczbę wskazaną w formularzu asortymentowo-cenowym podczas serwisowych procedur konserwacyjnych lub napraw (zgodnie z pkt 4 *dodatkowe ilości odczynników dostarczy wykonawca*, zgodnie z pkt 6 *dodatkowe ilości materiałów kontrolnych dostarczy wykonawca*, zgodnie z pkt 7 *dodatkowe ilości kalibratorów dostarczy wykonawca*).

Ponadto, Odwołujący pomija istotną okoliczność, że Zamawiający wymagał, zgodnie z Rozdziałem II pkt 3 SWZ, aby zamówienie zostało wykonane w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy/udzielenia zamówienia. Natomiast zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 10 Załącznika Nr 14A do SWZ oferowane analizatory dostarczone zostaną 21 dni po podpisaniu umowy, zaś kolejne 7 dni zajmie instalacja oraz szkolenie i testowanie analizatorów. Zatem, okres wykonywania umowy będzie faktycznie o 28 dni krótszy, niż przyjął to Odwołujący w swoich obliczeniach.

Niemniej nawet gdyby przyznać rację Odwołującemu, że do wyliczeń należy przyjąć 36 miesięcy (Odwołujący wywodzi to z wymogu znajdującego się w formularzu cenowym, tj.



*Odczynników do badań diagnostycznych — Laboratorium Centralne Ilość potrzebna do wykonania 2 220 000 oznaczeń (testów) / 3 lata, pomijając zupełnie całość postanowień umownych), to i tak wyliczenia Odwołującego są niezasadne.*

#### Niedoszacowanie hemoglobiny glikowanej

Odwołujący podnosił, że zgodnie z deklaracją producenta Abbott termin ważności odczynnika wynosi 5 miesięcy, Przystępujący zaoferował 7 opakowań, co daje 35 (7x5) miesięcy. Czas trwania kontraktu wynosi 36 miesięcy W związku z powyższym brakuje jednego opakowania odczynnika HbA1c o wartości 2 431,00 zł netto, to jest 2 625, 48 zł brutto.

Przystępujący wskazywał, że wyciąg z systemu magazynowego Abbott wskazuje, że znajdujący się obecnie w magazynach Abbott odczynnik do przeprowadzania oznaczeń hemoglobiny glikowanej ma termin ważności do 8 października 2022 r., a zatem termin ten wynosi ponad 9 miesięcy. Oznacza to, że 7 opakowań odczynnika do oznaczania hemoglobiny glikowanej będzie wystarczające nawet na okres 63 miesięcy (7x9).

Ponadto, jak słusznie zauważył Abbott, w formularzu cenowym wskazał 5 m-ce/91%, czyli że 5-miesięczny termin ważności może przedłużyć nawet o 91% (zgodnie z formularzem cenowym należało podać termin ważności w miesiącach oraz %). Izba dostrzega, że wartość procentowa stanowiła kryterium oceny ofert, tj. termin ważności odczynnika, w odniesieniu do innych pakietów. Niemniej Zamawiający nie dostosował formularza cenowego w tym zakresie do pakietu nr 10, a dokonywanie negatywnej weryfikacji oferty w zakresie nieostrych, niedookreślonych postanowień specyfikacji jest nieuprawnione, brak jest bowiem wówczas wzorca dla przeprowadzenia oceny i jednoznacznego ustalenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia (por. przykładowo wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1717/16, z 7 października 2016 r. KIO 1771/16, z 2 stycznia 2018 r. KIO 2651/17, z 14 lipca 2015 r. KIO 1399/15, z 31 października 2018 r. sygn. akt KIO 2111/18).

#### Niedoszacowanie odczynnika do oznaczeń amoniaku

Odwołujący wskazywał na niedoszacowanie odczynnika do oznaczania amoniaku, stwierdzając, że 15-dniowy okres stabilności odczynnika na pokładzie analizatora nie może ulec wydłużeniu przez wyjęcie odczynnika do zewnętrznej lodówki odczynnikowej z użyciem korków zamiennych. Zdaniem Odwołującego w ofercie Przystępującego brakuje 17 opakowań odczynnika.

Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi (pismo z 23 sierpnia 2021 r.) na pytanie 2 do pakietu nr 10, wskazał, że badania amoniaku są badaniami wykonywanymi rzadko – Zamawiający przyjmuje ich wykonywanie 2 razy w tygodniu. Izba ustaliła także, że Przystępujący w pozycji nr 28 formularza cenowego zaoferował 20 opakowań Ammonia Ultra Reagent Kit.

Przystępujący wyjaśnił zaś, że wobec milczenia ulotki odczynnikowej w tej kwestii, możliwe jest przechowywanie odczynnika Ammonia Ultra Reagent Kit w zewnętrznej lodówce odczynnikowej, które zatrzymuje zegar stabilności odczynnika na pokładzie analizatora. Dalej wyjaśnił, że zakładając, że Zamawiający będzie dokonywał oznaczeń amoniaku tylko 2 razy w tygodniu, w okresie trwania umowy, odczynnik do przeprowadzania oznaczenia amoniaku nie będzie znajdował się na pokładzie analizatora nawet przez 156 dni. Od poniedziałku do piątku nie będą przeprowadzone badania – w związku z czym przez 3 dni nie będzie potrzeby załadowania nowego odczynnika. Sytuacja, w której przez 3 dni na pokładzie analizatora nie będzie musiał znajdować się odczynnik do amoniaku, będzie powtarzać się co 3 tygodnie.

Oznacza to, że w trakcie obowiązywania umowy 52 razy zdarzy się sytuacja (156/3), w której odczynnik nie będzie obecny na pokładzie analizatora przez 3 dni, czyli w trakcie trwania umowy na pokładzie analizatora przez 156 dni nie będzie znajdował się odczynnik do oznaczania amoniaku (52\*3).

Powyższe wskazuje, że odczynnik do oznaczania amoniaku będzie znajdował się na pokładzie analizatora krócej o 156 dni niż zakłada to Odwołujący. Pozwala to zaoferować o 5 opakowań (zawierających 2 pojemniki) odczynnika do oznaczania amoniaku mniej niż założono w odwołaniu.

#### Niedoszacowanie materiału kontrolnego oraz kalibratorów

Odwołujący wskazywał na niedoszacowanie materiału kontrolnego do płynu mózgowo rdzeniowego, niedoszacowanie materiału kontrolnego do Amoniaku oraz niedoszacowanie kalibratorów, przedstawiając wyliczenia i wskazując, iż w każdym przypadku brakuje opakowań na cały okres obowiązywania umowy oraz podnosząc, że oferta Przystępującego nie uwzględnia stabilności kalibratorów po otwarciu. Powyższe w ocenie Odwołującego powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach

zamówienia warunkom. Przez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp ,należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje świadczenie, które nie spełnia wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań. Ugruntowanym w orzecznictwie jest również to, że aby zastosować podstawę odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, ustalonymi jednoznacznie postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie wskazał natomiast żadnych postanowień SWZ, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, z którymi oferta Przystępującego byłaby niezgodna.

Ponadto, okres wykonywania umowy będzie faktycznie o 28 dni krótszy, niż przyjęto to w obliczeniach dokonanych w odwołaniu. Zgodnie z Rozdziałem II podrozdział 3 SWZ Zamawiający wymagał, aby zamówienie zostało wykonane w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania umowy/udzielenia zamówienia. Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 10 Załącznika Nr 14A do SWZ *Wydanie Zamawiającemu urządzenia, wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, odbędzie się w siedzibie Zamawiającego do 21 dni od dnia podpisania umowy, potwierdzone protokołem odbioru technicznego. Instalacja oraz szkolenie i testowanie dotyczące obsługi urządzenia odbędzie się w terminie do 7 dni od daty dostarczenia.*

Skoro umowa ma być wykonana w ciągu 36 miesięcy od podpisania umowy, a oferowane analizatory dostarczone zostaną 21 dni po podpisaniu umowy, zaś kolejne 7 dni zajmie instalacja oraz szkolenie i testowanie analizatorów, faktyczny okres wykonywania umowy skróci się o 28 dni. Krótszy o 28 dni rzeczywisty czas wykonywania umowy, skutkuje tym, że obliczenia Odwołującego nie przystają do niniejszego stanu faktycznego.

Dodatkowo, stosownie do załącznika nr 10A do SWZ (Formularz asortymentowo-cenowy — Pakiet nr 10A, str. 26 SWZ), w przypadku serwisowych procedur konserwacyjnych wymagających dodatkowych oznaczeń, oznaczeń kontrolnych i kalibracji, dodatkowe ilości odczynników, materiałów kontrolnych i kalibratorów dostarczy wykonawca. Zgodnie zaś z instrukcją analizatorów Przystępującego, wymagają one przeprowadzenia cokwartalnych procedur konserwacyjnych (str. 842). Przy okazji cokwartalnej procedury konserwacyjnej polegającej na wymianie lampy fotometru wymagane jest przeprowadzenie oznaczenia kontroli jakości. Na str. 921 wskazano *Sprawdzenie Przeprowadź oznaczenia*

*kontroli jakości Przeprowadź oznaczenia kontroli jakości w celu zweryfikowania pracy systemu przed raportowaniem wyników próbek.*

Oznacza to, że w okresie obowiązywania umowy przeprowadzonych zostanie co najmniej 12 konserwacji, po których wykonawca będzie musiał wykonać oznaczenia kontroli jakości. W przypadku, gdyby oznaczenia kontroli jakości wykazywały odchylenia, konieczna będzie kalibracja odczytników. Zgodnie z postanowieniami pkt. 4, 6 i 7 Załącznika Nr 10A do SWZ wykonawca zapewni dodatkowe ilości odczytników, materiałów kontrolnych oraz kalibratorów w ramach otrzymywanego czynszu dzierżawnego, konieczne do wykonania tych kontroli, a także do wykonania potencjalnych kalibracji.

Odnosząc się do podstawy prawnej wskazanej przez Odwołującego, tj. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, należy wskazać, że ustalając wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej, a tego Odwołujący nie wskazał.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 10 ustawy Pzp.

#### Środki dowodowe

Odwołujący w tytule zarzutu stwierdzał brak przedmiotowych środków dowodowych dotyczących materiałów kontrolnych Spinal Fluid Control 1 i 2 oraz CARD MKR LT Plus 1 i 2, a następnie podnosił, że w ulotkach załączonych do oferty Przystępującego nie wskazano wartości należnych na analizatorze Alinity c dla materiałów kontrolnych Spinal Fluid Control 1 i 2 oraz CARD MKR LT Plus 1 i 2.

Odwołujący wskazywał, że z załączonej ulotki nie wynika, że zaoferowane materiały kontrolne przeznaczone są do kontrolowania wyników uzyskanych na oferowanym aparacie Abbott Alinity C (ulotka dotyczy wyników na analizatorze Siemens). Z drugiej załączonej ulotki nie wynika, że zaoferowane materiały kontrolne przeznaczone są do kontrolowania wyników na aparacie Abbott Alinity C (ulotka mówi o analizatorze Architect, który nie został zaoferowany w niniejszym postępowaniu).

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale II pkt 2 SWZ Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych Zamawiający żądał, by wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

a) nazwa handlowa oferowanego produktu, wielkość opakowania oferowanego produktu, producent oferowanego produktu, Numer Katalogowy Produktu– wpisane w formularzu asortymentowo-cenowym

b) Aktualne karty charakterystyki odczynników, jeżeli karta charakterystyki nie jest wymagana, należy dołączyć oświadczenie, że odczynnik nie zawiera substancji niebezpiecznej.

c) Metodykę w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia lub opis oferowanego przedmiotu zamówienia lub ulotkę w języku polskim lub broszurę lub opis techniczny lub katalog

d) Wyciąg z instrukcji obsługi analizatora ( odpowiednie strony) w języku polskim celem potwierdzenia wymaganych parametrów granicznych – dotyczy Pakietu Nr 10B

e) Powiadomienie/Zgłoszenie lub Wpis do rejestru Wyrobów Medycznych potwierdzający, że oferowany przedmiot zamówienia sklasyfikowany jest jako wyrób medyczny i jest dopuszczony do stosowania w służbie zdrowia na terenie kraju zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010r – wymóg dotyczy:

- Pakietu nr 1 poz. 1 – 8, 11, 13-15
- Pakietu nr 2
- Pakietu nr 5
- Pakietu nr 6
- Pakietu nr 10 z wyłączeniem materiałów zużywalnych

f) Certyfikat CE/IVD – wymóg dotyczy:

- Pakietu nr 1 poz. 1 – 8, 11, 13-15
- Pakietu nr 2
- Pakietu nr 5
- Pakietu nr 6

g) Brak potwierdzenia w dostarczonych do oferty dokumentach dodatkowo ocenianego parametru (wskazanego przez wykonawcę) będzie skutkowało nie przyznaniem punktów. Dopiski, uzupełnienia odręczne do dokumentów nie będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert.

**UWAGA!** Zamawiający przypomina, że brak dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych spowoduje odrzucenie złożonej oferty.

W konsekwencji Zamawiający wprowadził wymóg złożenia jako dowodu m.in. metodyki, ulotki, broszury, opisu technicznego lub katalogu oferowanego produktu, stosownie do lit. c) wyżej cytowanego postanowienia, nie określając jakie elementy ma zawierać żądana metodyka, ulotka, broszura, opis techniczny lub katalog ofertowanego produktu.

Zamawiający nie wskazał też, że konieczne jest podanie wartości do kontrolowania wyników na konkretnym analizatorze. Skoro więc w postanowieniach SWZ nie ma wymogu konkretnych kontroli, czy też, że załączone przedmiotowe środki dowodowe mają wskazywać wartości należne dla materiałów kontrolnych, nie sposób uznać niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że treść oferty danego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli pewne sformułowania zostały określone w sposób nieostry, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Tym samym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego i precyzyjnego opisu wymogu dotyczącego przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Skład orzekający pominął natomiast argumentację Odwołującego dotyczącą zaniechania tłumaczenia ulotki, bowiem nie została ona sformułowana w odwołaniu, a Izba związana jest zarzutami odwołania, stosownie do art. 555 ustawy Pzp.

#### Zarzut dotyczący soli fizjologicznej

Odwołujący podnosił, że wskazana przez Przystępującego sól nie jest przeznaczona do diagnostyki in vitro oraz, że brak jest w załączonych dokumentach informacji o metodzie przechowywania soli po jej otwarciu.

Przystępujący stwierdzał zaś, że nie istnieje szczególny rodzaj soli fizjologicznej, która przeznaczona byłaby wyłącznie do diagnostyki in vitro. Wszystkie dostępne na rynku sole fizjologiczne o tym samym stężeniu NaCl są solami fizjologicznymi o takich samych właściwościach i składzie.

Izba ustaliła, że na str. 6 załączonej do oferty Abbott karcie charakterystyki produktu wskazano: *6.4 specjalne środki ostrożności podczas przechowywania: brak szczególnych środków ostrożności dotyczących przechowywania*. Następnie Izba ustaliła, że ulotka odczynnikowa CRP Vario Reagent Kit nr kat 7P56-20 nie zawiera informacji, iż sól ta ma mieć zastosowanie do diagnostyki in vitro.

Skład orzekający przyznał rację Przystępującemu, że możliwe jest użycie soli fizjologicznej dowolnej, w tym tej zaoferowanej przez Abbott, a karta charakterystyki produktu zawiera informację o metodzie przechowywania. Natomiast Odwołujący nie podał, które postanowienie SWZ wymaga zawarcia w ulotce informacji o sposobie przechowywania materiału po otwarciu.

Reasumując, zdaniem Izby, treść oferty Przystępującego jest zgodna z warunkami zawartymi w SWZ. Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, w którym miejscu oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. W szczególności o niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie mogą stanowić obliczenia Odwołującego nieprzystające do postanowień dotyczących terminu realizacji kontraktu. Niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia wymaga wskazania konkretnego postanowienia SWZ, z którym oferta wykonawcy jest niezgodna. Tego zaś Odwołujący nie wykazał.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), ze szczególnym uwzględnieniem § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Przedłożenie zatem tylko ustnego wniosku Zamawiającego dotyczącego kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę nie spełnia tego wymagania i tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów związanych z dojazdem.

**Przewodniczący:** .....