

**WYROK**  
**z dnia 3 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Myszkowie, ul. Wolności 29, 42-300 Myszków**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1579**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający SPZOZ w Myszkowie, ul. Wolności 29, 42-300 Myszków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup i dostawa odczynników laboratoryjnych do badań biochemicznych wraz z dzierżawą analizatora przez okres 36 miesięcy od daty obowiązywania umowy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8.11.2016 r. pod nrem 2016/S 215-391318.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 19.01.2017 r. o:

- 1) unieważnieniu postępowania;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 23.01.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) art. 92 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez niedokładne i niejednoznaczne uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania tej czynności, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą uznana zostałaby oferta odwołującego, której cena nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

#### Argumentacja odwołującego

I. Ad odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ

1. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia zamawiający wskazał, że w celu wyjaśnienia pkt 9 warunków granicznych dla odczynników określonych w załączniku nr 8 do SIWZ zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie dokumentu od producenta odczynnika do Prokalcytoniny (nr kat. DZ558A-K) oraz odczynnika dla Ethanolu (nr kat. E0750341, nr kat. Diasys 108819910930) świadczącego o trwałości odczynników po wstawieniu na pokład zaoferowanego analizatora, W dokumentach zawartych w ofercie zamawiający stwierdził rozbieżności w zakresie wymaganej temperatury przechowywania odczynnika do Prokalcytoniny (ulotka producenta) oraz odczynnika do Ethanolu (ulotka producenta), a temperaturą zagwarantowaną przez zaoferowany analizator (specyfikacja układu podawania odczynników). Zamawiający nie otrzymał dokumentu, który stwierdzałby, że odczynniki te mogą być przechowywane w innym zakresie temperatury niż podana w ulotce.

2. Zamawiający wskazał również, że na podstawie przedstawionych przez odwołującego dokumentów nie może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest wystarczająca, zgodnie z pkt 9 i pkt 10 warunków granicznych dla odczynników, w związku z czym treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

II. Ad zarzutu odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego

1. Odrzucenie oferty odwołującego jest nieuzasadnione, gdyż jej treść odpowiada treści SIWZ. Brak było, zatem podstaw do zastosowania w stosunku do odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zaoferowane odczynniki do oznaczenia Prokalcytoniny i Ethanolu nie są produkowane przez odwołującego. W obu przypadkach producenci odczynników w ulotkach odczynnikowych podają informację, że „Odczynniki zachowują stabilność do daty ważności, jeśli przechowywane są w temperaturze 2-8° C”.

Producenci nie podają stabilności odczynników przechowywanych na pokładzie oferowanego analizatora ani żadnego innego konkretnego analizatora, a jedynie ograniczają tę stabilność do rzeczywistej temperatury przechowywania odczynnika.

W postępowaniu przetargowym został zaoferowany analizator AU480 należący do rodziny analizatorów AU. Oferowane odczynniki posiadają zwalidowane aplikacje producentów odczynników pozwalające na użycie ich na oferowanym analizatorze. Analizatory rodziny AU: AU480 i AU680 wyposażone są w chłodzone do temperatury lodówki przedziały odczynnikowe. Zapewnia to możliwość przechowywania odczynników w temperaturze lodówki przez cały okres ich przechowywania w analizatorze. Zgodnie z informacją zawartą w „Podręczniku Użytkownika Analizatora AU480” gwarantowana temperatura chłodzenia odczynników wynosi 4-12° C. Temperatura ta jest monitorowana i informacja o aktualnej temperaturze przechowywania odczynników wyświetlana jest na monitorze analizatora w zakładce „Stan Analizatora”. Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego i dotychczasowym stosowaniem analizatorów AU rzeczywista temperatura przechowywania odczynników nie przekracza 8° C. Na potwierdzenie tego faktu zamawiający, w toku postępowania, otrzymał zrzuty ekranów z 6 różnych analizatorów AU potwierdzające, że rzeczywista temperatura przechowywania odczynników w analizatorach nie przekracza 8° C, a tym samym jest zgodna z rekomendacjami producentów odczynników.

W związku z powyższym odczynniki do oznaczania Prokalcytoniny i Ethanolu przechowywane są na pokładzie aparatu zgodnie z rekomendacjami zawartymi w ulotkach odczynnikowych producentów odczynników i są stabilne do daty ważności.

Zaoferowane ilości odczynników pozwalają na obliczenie, że będą one przechowywane na pokładzie analizatora odpowiednio dla Ethanolu – średnio 15 dni dla odczynnika R1 i 29 dni dla R2, a dla Prokalcytoniny średnio 53 dni. W konsekwencji zaoferowana ilość odczynników jest ilością wystarczającą do wykonania wyspecyfikowanej w SIWZ ilości oznaczeń w okresie trwania umowy.

2. Zamawiający trzykrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W pierwszym wezwaniu z 15.12.2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień poprzez podanie dla każdego parametru od poz. 1 do 30, zawartego w tabeli asortymentowo-cenowej, częstości wymaganych kalibracji w trakcie trwania umowy, podania liczby oznaczeń wykonanych w ramach jednej kalibracji z uwzględnieniem liczebności powtórzeń, zgodnie z wymaganiami zawartymi w formularzu asortymentowo-cenowym pkt 7 warunki graniczne – odczynniki.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący przedstawił wymagane przez zamawiającego informacje (wyjaśnienia z 16.12.2016 r.).

Kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień, zostało skierowane do odwołującego 23.12.2016 r. W pkt 6 wezwania, zamawiający zwrócił się o podanie czasu trwałości

odczynnika na pokładzie oferowanego analizatora zgodnie z wymaganiami zawartymi w punkcie 9 Warunki graniczne – odczynniki, dla odczynnika do wykonywania oznaczeń Prokalcytoniny, numer katalogowy DZ558A-K ponieważ załączona do oferty ulotka nie posiada takich informacji.

Odpowiadając na przedmiotowe wezwanie, odwołujący w piśmie z 28.12.2016 r. wskazał, że zgodnie z informacją zamieszczoną w ulotce do odczynnika Prokalcytonina (DZ558A-K), odczynnik przechowywany w lodówce jest stabilny do daty podanej na opakowaniu. Producent nie ogranicza tej stabilności, jeśli odczynnik umieszczony jest w lodówce analizatora. Zaoferowany analizator zaopatrzony jest w lodówkę odczynnikową i w związku z powyższym odczynnik zaoferowano zgodnie z zaleceniami producenta, przy założeniu, że ich stabilność jest zgodna z datą podaną na opakowaniu.

2.01.2017 r. zamawiający skierował do odwołującego kolejne wezwanie, w którym wskazał, że w przedstawionych dokumentach od producenta odczynnika dla Prokalcytoniny i Ethanolu wskazano, że zgodnie z zaleceniami producenta muszą być one przechowywane w temperaturze 2- 8° C. Podczas gdy, zgodnie z informacjami podanymi w ofercie na stronie 40 w specyfikacji układu podawania odczynników, chłodzone stoły obrotowe dedykowane dla odczynników oferowanego analizatora gwarantują zachowanie temperatury w przedziale 4-12° C, W związku z powyższym, zamawiający nie może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest właściwa. Różnica w zakresach temperatur wynosi 50%.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący wskazał, że dokumentami potwierdzającymi trwałość odczynnika są ulotki odczynnikowe producenta. Następnie odwołujący wskazał, że oferowane przez niego analizatory są wyposażone w chłodzone do temperatury lodówki przedziały odczynnikowe. Zapewnia to możliwość przechowywania odczynników w temperaturze lodówki przez cały okres ich przechowywania w analizatorze, a gwarantowana wartość chłodzenia wynosi 4-12° C. Temperatura ta jest monitorowana i informacja o aktualnej temperaturze przechowywania odczynników wyświetlana jest na monitorze analizatora. Zgodnie z wiedzą odwołującego i dotychczasowym stosowaniem analizatorów AU rzeczywista temperatura przechowywania odczynników nie przekracza 8° C. Do wyjaśnień dołączono zrzuty ekranów z 6 różnych analizatorów AU potwierdzające, że temperatura przechowywania odczynników w analizatorach nie przekracza 8° C. W związku z powyższym odczynnik do oznaczania Prokalcytoniny i Ethanolu przechowywane są na pokładzie aparatu zgodnie z rekomendacjami zawartymi w ulotkach odczynnikowych producentów odczynników i są stabilne do daty ważności.

Pomimo trzykrotnego udzielenia przez odwołującego wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i przedstawienia dokumentów potwierdzających informacje podane w wyjaśnieniach, zamawiający odrzucił złożoną przez odwołującego ofertę wskazując, że na podstawie przedstawionych przez odwołującego dokumentów nie

może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest wystarczająca, zgodnie z pkt 9 i 10 warunków granicznych dla odczynników, w związku z tym treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Powodem odrzucenia oferty odwołującego jest według zamawiającego fakt, że zamawiający nie może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest zgodna z trwałością odczynnika na pokładzie analizatora. Zamawiający nie stwierdza, że powodem odrzucenia jest za mała ilość odczynnika, a jedynie zamawiający nie może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest wystarczająca, pomimo, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach w trakcie postępowania podał informacje, że zgodnie z jego najlepszą wiedzą ilość ta jest wystarczająca do wykonania wyspecyfikowanej ilości badań w trakcie trwania umowy.

W ocenie odwołującego, jego oferta jest w pełni zgodna z SIWZ, a zamawiający, w toku realizacji umowy będzie dysponował narzędziami umożliwiającymi zweryfikowanie tego faktu. Zgodnie z przewidzianą w SIWZ informacją zamawiający będzie sprawdzał, jakość wykonywanych analiz wykonując procedury kontroli jakości codziennie dla każdego z badanych parametrów na dwóch poziomach (pkt 11 SIWZ). Daje to możliwość sprawdzenia jakości zarówno każdego odczynnika jak i całego układu analitycznego codziennie przed wykonaniem badań pacjentów. W razie wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości, w tym także dotyczących jakości odczynnika zostaną one zidentyfikowane natychmiast na podstawie wyników kontroli jakości. Zamawiający w trosce o jakość wydawanych badań nałożył w pkt 18 SIWZ na wykonawców zobowiązanie „*wyrównania udokumentowanych strat odczynnikowych w sytuacji awarii analizatora w trakcie trwania procesu analitycznego i nie uzyskania wiarygodnych wyników*”. Dlatego też w sytuacji gdyby z jakichkolwiek powodów doszło do uzyskania niewiarygodnych wyników np. w skutek uszkodzenia odczynnika czy układu analitycznego nie narazi to zamawiającego na jakiegokolwiek starty, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ zostaną one wyrównane przez wykonawcę.

Zamawiający nie może, opierając się na subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ i odrzucić jej niejako „zapobiegawczo”. Takie zapobiegawcze odrzucenie oferty, jeżeli zamawiający nie stwierdził w sposób pewny, że oferta nie spełnia jego wymagań jest nieuzasadnione i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tylko, bowiem jednoznaczne wykazanie braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ wraz z jednoczesnym brakiem możliwości dokonania poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uprawnia i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty. Ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanek wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia spoczywa na zamawiającym.

Szczególnego podkreślenia wymaga to, że w pkt 14 SIWZ zamawiający zawarł zastrzeżenie, że »nie ujęcie jakiegokolwiek elementu niezbędnego do wykonania badania lub ujęcie niedostatecznej ilości skutkować będzie dostarczeniem brakujących składników na

koszt wykonawcy w ciągu całego okresu trwania umowy”, (Analogiczne postanowienie znajduje się w § 6 ust. 6 Wzoru umowy). Zamawiający nie określił zatem w SIWZ, że ewentualne ujęcie niedostatecznej ilości odczynników skutkować będzie odrzuceniem oferty. Przeciwnie z cytowanego fragmentu jednoznacznie wynika, że jedynym skutkiem ewentualnego „niedoszacowania” przez wykonawcę jakiegokolwiek elementu będzie konieczność jego dostarczenia na koszt wykonawcy przez cały okres trwania umowy. W konsekwencji, nawet ewentualne niedoszacowanie nie może spowodować odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Również zarzut braku potwierdzenia w dostarczonych materiałach, temperatury przechowywania odczynników w analizatorach oraz prawidłowości oszacowania ilości oferowanych odczynników, nie znajduje oparcia w wymaganiach SIWZ. Zamawiający w rozdziale III pkt 15 SIWZ wymagał dostarczenia katalogów producenta, opisu techniczno-eksploatacyjnego lub innego wiarygodnego dokumentu (w języku polskim) potwierdzającego spełnianie przez oferowany w dzierżawę sprzęt parametrów granicznych określonych przez zamawiającego w SIWZ, a dla odczynników zamawiający wymagał ulotek informacyjnych w języku polskim, który to wymóg został przez odwołującego spełniony. Informacja podana w ulotkach odczynnikowych dotyczy ogólnych zasad przechowywania danego odczynnika. Odwołujący nie ma wpływu na treść ulotki ani na zamieszczone w niej informacje.

Ponadto, należy zauważyć, że zamawiający formułując w SIWZ wymogi do dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę dostawy spełniają wymagania zamawiającego, zamawiający nie określił, że z przedstawionych przez odwołującego dokumentów ma jednoznacznie wynikać, że prawidłowo oszacował on liczbę oferowanych opakowań odczynników. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może z kolei żądać od wykonawcy dokumentów, których nie wymagał w SIWZ i z uwagi na ich brak odrzucić ofertę.

Takie uzasadnienie nie spełnia również wymagań art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp odnośnie przesłanek, które spowodowały, że oferta złożona przez odwołującego została uznana przez zamawiającego za niezgodną z treścią SIWZ. Za niewystarczające należy uznać bowiem uzasadnienie niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ przez wskazanie, że na podstawie przedstawionych przez odwołującego dokumentów zamawiający nie może stwierdzić czy zaoferowana ilość odczynnika jest wystarczająca, zgodnie z pkt 9 i pkt 10 warunki graniczne dla odczynników. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna i musi wynikać z porównania tej treści z konkretnymi wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SIWZ.

III. Ad zarzutu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.



Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy brak było przesłanek do dokonania tej czynności, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą uznana zostałaby oferta odwołującego, której cena nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 23.01.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.01.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.01.2017 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony:

- 1) dowód nr 1 złożony przez odwołującego plik dokumentów na wykazanie, że oferta odwołującego spełnia wymagania zamawiającego oraz że analizator pracuje w temperaturach nie wyższych niż 8° C;
- 2) dowód nr 4 złożony przez odwołującego materiały reklamowe Prokalcytoniny na wykazanie stabilności tego odczynnika przez 4 tygodnie (28 dni);
- 3) dowód nr 2 złożony przez przystępującego wyciąg z podręcznika użytkownika analizatora odnośnie sygnalizowania błędów krytycznych w zakresie temperatury pracy analizatora;
- 4) dowód nr 3 złożony przez przystępującego ulotkę Prokalcytoniny ze wskazaniem trwałości tego odczynnika na pokładzie analizatora.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Zamawiający mimo żądania wyjaśnień oferty, nie otrzymał informacji o możliwości stosowania odczynników Ethanol i Prokalcytoniny, które zgodnie z ulotkami producenta zachowują stabilność w zakresie temperatur 2-8° C, gdy na pokładzie analizatora jest zagwarantowana temperatura 4-12° C. Ponadto odwołujący przewidywał trwałość preparatu Prokalcytoniny przez 53 dni, podczas gdy trwałość ta jest wynosi 28 dni (4 tygodnie), co wynika z dowodu 4, który został złożony przez odwołującego dopiero podczas rozprawy. Izba podkreśla, że zamawiający nie otrzymał wcześniej żadnych informacji dotyczących tego zagadnienia, mimo że żądał takich danych.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (§ 6 ust. 6 wzoru umowy) zaniżenie ilości koniecznych elementów skutkować będzie cyt. „obowiązkiem dostarczenia brakujących elementów na koszt wykonawcy w ciągu całego okresu trwania umowy”.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wykonawcy muszą dowieść, że zaproponowane preparaty będą miały zagwarantowaną stabilność w warunkach występujących na pokładzie aparatu 4-12° C, a tego odwołujący nie wykazał nawet podczas rozprawy. Odwołujący wykazał jedynie, że w badanych momentach temperatura na pokładzie zaoferowanego analizatora nie przekraczała 8° C, ale odwołujący nie wykazał, że ta temperatura nie będzie mogła osiągnąć wyższych, czy innych wartości w pozostałym czasie, w którym nie było przeprowadzanych zrzutów z ekranu, zdjęć ekranu.

Ponadto Izba stwierdza, że wnioskowanie odwołujący, że konsekwencją podania zaniżonych ilości odczynników do wykonania zamówienia może być tylko nakazanie wykonawcy darmowego uzupełnienia tych odczynników przez okres spełniania świadczenia jest niezasadne. Wypaczałoby to w ogóle sens składania wycen ofertowych na poszczególne składniki przedmiotu zamówienia. A przecież cena jest najistotniejszym elementem wyboru ofert. Również istotnym musi być stwierdzenie Izby, że zastrzeżenie o darmowym dostarczeniu odczynników nie dotyczy etapu wyboru oferty, ale etapu wykonywania usługi, kiedy mogą wystąpić nieprzewidziane okoliczności, za które będzie ponosić ryzyko wykonawca. Także nie może być argumentem przemawiającym za uwzględnieniem odwołania, że aparat działa w systemie otwartym, czyli można do analizatora aplikować odczynniki różnych producentów, jednak odczynniki te muszą zachowywać swoje gwarantowane właściwości w określonym zakresie temperatur oraz w określonych ilościach w zakresach terminów używania preparatów, a te zachowują swoją stabilność przez 28 dni, a nie przez zakładane w ofercie 53 dni – ust. 9 »Warunków granicznych – odczynniki« na str. 4 »FORMULARZA ASORTYMENTOWO-CENOWEGO« stanowił cyt. »Zaoferowana ilość odczynnika zgodna z trwałością odczynnika na pokładzie analizatora«.

Również Izba musi stwierdzić, że postanowienie ust. 18 »Warunków granicznych« brzmi cyt. »Wyrównanie udokumentowanych strat odczynnikowych w sytuacji awarii analizatora w trakcie trwania procesu analitycznego i nie uzyskania wiarygodnych wyników« ze względu na zastosowanie koniunkcji (łącznik »i«) nie może być wykorzystywane w dowolnych sytuacjach przerzucając ryzyko wystąpienia niedoboru preparatów, ale wprost przeciwnie postanowienie to ogranicza możliwość żądania dostawy dodatkowych ilości preparatów do jednoczesnego wystąpienia jednocześnie obu wskazanych przesłanek »awarii analizatora i nie uzyskania wiarygodnych wyników«.

Izba stwierdza, że na podstawie wyżej przytoczonych argumentów Izba musiała oddalić odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 92 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez niedokładne i niejednoznaczne uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wskazanie przez zamawiającego, że wymieniony w »Zawiadomieniu o wyniku postępowania« brak w ofercie i wyjaśnieniach odwołującego wykazania trwałości odczynników na okładzie analizatora, brak wyjaśnienia możliwości stosowania odczynników w analizatorze mimo różnica temperatur pracy urządzenia i temperatur gwarantujących utrzymanie odpowiednich właściwości odczynników oraz brak informacji dotyczących zapewnienia »czy zaoferowana ilość odczynnika jest wystarczająca« są dostatecznymi uzasadnieniami odrzucenia oferty. Ponadto ewentualne zbyt lakoniczne uzasadnienie

odrzućenia oferty odwołującego przez zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

A więc, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu drugiego. Art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania tej czynności, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą uznana zostałaby oferta odwołującego, której cena nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego, gdyż zamawiający musiał odrzucić ofertę odwołującego, co zostało wykazane wyżej w uzasadnieniu braku możliwości uwzględnienia zarzutu pierwszego, a cena pozostałej w postępowaniu oferty opiewała na kwotę wyższą niż zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co jest przesłanką unieważnienia postępowania określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....