

WYROK

z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 12 oraz 24 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2019 r. przez **wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty w zakresie wymagania dotyczącego pracy analizatora przez UPS;**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze co do: a) zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zaoferowanych drukarek do drukowania kodów, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu oraz 2)**

zarzutu dotyczącego zaniechania złożenia przez wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentu wymaganego na potwierdzenie wymagań przedmiotowych stawianych przez Zamawiającego, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu;

3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego w wysokości 25%** zaś **Odwołującego w wysokości 75%** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **4.650,00 zł** (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: *„Dostawa odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie metodą całkowicie automatyczną materiału genetycznego 3 wirusów: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pojedynczych donacjach lub w pulach osocza, dzierzawa automatycznych analizatorów diagnostycznych z całkowitym oprzyrządowaniem wraz z podłączeniem tej aparatury dla RCKiK w Gdańsku”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 31 maja 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, odrzucenia oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. (ewentualnie wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów), powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał na następujące okoliczności. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował, z którym punktem opisu przedmiotu zamówienia oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ. Wymagania dotyczące urządzeń (i serwisu) znalazły się w punkcie 2 Załącznika nr 2 do SIWZ. W ocenie Odwołującego zaoferował on analizator główny Cobas 6800 i analizator back-up typu Cobas S201. Każdy z nich stanowi niezależną linię pozwalającą wykonywać ww. badania. W ocenie Odwołującego w specyfikacji nie znalazło się wymaganie, aby obydwie linie były identyczne. Co więcej, w odpowiedziach nr 1 i nr 2 z dnia 4 kwietnia 2019 r. Zamawiający odpowiadał na pytania wykonawców. Czy zgodnie z opisem w "Zakres zamówienia podstawowego" w pk. 3.1) SWIZ Zamawiający dopuszcza analizator zapasowy inny niż analizator podstawowy?

Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: Tak dopuszczamy. Ponadto Czy Zamawiający dopuszcza aby badania wynikające z prawa opcji realizowane były na analizatorze zapasowym, a zabezpieczeniem ciągłości pracy będzie analizator podstawowy? Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: Tak dopuszczamy. Ponadto Odwołujący wskazał, że możliwość wykonywania ww. oznaczeń na obydwu aparatach (liniach) jest oczywista i jednoznaczna. Całkowicie inną kwestią pozostaje to, jakich należy używać odczynników do realizacji badań na poszczególnych systemach. Owszem, urządzenia wykorzystują inne testy. Niemniej Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu, że jego oferta nie obejmuje odczynników, a jedynie że „system podstawowy” umożliwia przeprowadzenie badań wyłącznie w zakresie HCV, HBV, HIV, a „system zapasowy” badania HAV/B19”. Odwołujący zapewnił w ramach oferty odczynniki i inny konieczny asortyment zarówno dla analizatora podstawowego jak i back-up, zgodnie z odpowiedzią nr 9 z dnia 4 kwietnia 2019 r. W ocenie Odwołującego istotą rozstrzygnięcia nie był brak odczynników, zwłaszcza że w odniesieniu do testów wymagania znajdują się w innej części SIWZ, niż w stosunku do sprzętu, lecz możliwości analizatorów, a te ewidentnie pozwalają wykonywać wszystkie oznaczenia objęte zakresem zamówienia. Jeśli Zamawiający miał co do tego wątpliwości, to powinien – w ocenie Odwołującego - w pierwszej kolejności żądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie od razu odrzucać ofertę wykonawcy. Zaniechanie tej czynności stanowiło, zdaniem Odwołującego o naruszeniu ww. przepisu oraz art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie uznał ofertę Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszą, gdyż podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. Jak wskazał Odwołujący zgodnie z pkt 2.3 zał. nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał „Podtrzymania pracy każdego analizatora do 30 min przez UPS (zagwarantowany przez Wykonawcę)”. W ofercie ww. wykonawcy, w wykazie niezbędnych urządzeń służących do automatycznych metod biologii molekularnej materiału badanego dla przedmiotowego postępowania, przewidziano UPS-y o minimalnym czasie podtrzymania 5 min dla wymienionych tam urządzeń (Analizatory Procleix Panther, Procleix Xpress oraz stacje robocze). W związku z powyższym oferta ww. wykonawcy pozostaje – w ocenie Odwołującego - ewidentnie sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto zgodnie z pkt 2.1. zał. nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał zapewnienia dwóch niezależnych linii (analizator główny i back up) umożliwiających: 2.1.1 jednoczesne wykrywanie DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV i zwolnienie do 400 donacji dziennie przy zatrudnieniu dwóch operatorów w całkowitym czasie pracy nie dłuższym niż jedna zmiana (7 godzin 35 minut); 2.1.2 jednoczesne wykrywanie RNA HAV i DNA B19V i zwolnienie nie mniej niż 2000 donacji w ciągu 12 godzin (w tym etap pulowania). W ocenie Odwołującego Oferta wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie spełnia powyższego wymagania, gdyż wykonawca zaoferował tylko 1 szt.

drukarki do drukowania kodów, tj. „Dymo label 450 lub równoważna”, podczas gdy pozostałe drukarki występują podwójnie. Jedna drukarka do kodów powoduje, że w przypadku jej awarii nie będzie możliwe wykonywanie badań. W związku z powyższym nie sposób uznać, że oferta ww. wykonawcy spełnia warunek SIWZ „Zapewnienia dwóch niezależnych linii (analyzer główny i back up) umożliwiających ...” (pkt. 2.1 zał. Nr 2 SIWZ), zatem powinna być odrzucona. Ponadto zgodnie z pkt 1.6.2 zał. nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby testy do badań DNA B19V wykrywały wszystkie genotypy Parwowirusa B19 oraz posiadały kontrolę wewnętrzną. Test Procleix PARVO/HAV Assay zaoferowany przez wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wykrywania wirusa HAV i Parvo B19 nie wykrywa genotypu 3B, co powoduje, że oferta ww. wykonawcy nie spełnia ww. wymogu. W tabeli nr 4 na stronie 21 instrukcji wykonania ww. testu znajduje się jednoznaczna informacja, że wykrywa on wyłącznie genotyp 3A. Stanowi to kolejny powód odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Z ostrożności Odwołujący wskazał na zaniechanie złożenia przez Grifols dokumentu wymaganego na potwierdzenie wymagań przedmiotowych stawianych przez Zamawiającego w postaci oświadczenia wraz z dokumentami je potwierdzającymi (wystawionymi przez wytwórcę) o posiadaniu autoryzowanej sprzedaży i dystrybucji na terenie Polski, oferowanego przedmiotu zamówienia (pkt 5, strona 7 SIWZ). Zgodnie z informacjami zawartymi w instrukcji testów Procleix Ultrio jego wytwórcą jest Gen-Probe Incorporated, 10210 Genetic Center Drive, San Diego, CA 92121 USA, który nie wystawił dla Grifols dokumentów potwierdzających autoryzację, a w każdym razie takie oświadczenie nie zostało złożone Zamawiającemu. W sytuacji gdyby oferta wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie została odrzucona, to należy nakazać jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o ww. oświadczenie.

Ponadto Zamawiający w dniu 12 czerwca 2019 r. odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz oferty wykonawców: Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak i Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp zgłosił przystąpienie wykonawca Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto w dniu 12 czerwca 2019 r. Przystępujący złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie. W ocenie Przystępującego Odwołujący błędnie liczył termin na wniesienie odwołania. W jego ocenie rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania miało miejsce w dniu 15 maja 2019 r., t.j. w dniu w którym Odwołujący zapoznał się z dokumentacją postępowania, w tym w szczególności z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym to Zamawiający na str. 12-13 zamieścił informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując podstawę faktyczną i prawną odrzucenia. Zdaniem Przystępującego od dnia 15 maja 2019 r. Odwołujący związany był terminem na wniesienie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku Przystępującego. Jego zdaniem bieg terminu na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia 21 maja 2019 r., t.j. od dnia przekazania wykonawcy informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, które miało miejsce w dniu 21 maja 2019 r. Odwołujący po otrzymaniu dokumentacji oraz protokołu postępowania zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem czy jego oferta została odrzucona. Na pytanie Odwołującego Zamawiający udzielił odpowiedzi, że jest to wewnętrzna korespondencja i o ewentualnym odrzuceniu zostanie poinformowany odrębnym pismem.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania, uznając że argumentacja Odwołującego jest zasadna. Zgodzić należało się z Odwołującym że w niniejszej sprawie termin na wniesienie odwołania liczy się według reguł określonych przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie zaś art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób] określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z przepisu tego

wyraźnie wynika, że termin na wniesienie odwołania liczony jest od przesłania informacji o czynności Zamawiającego a zatem skoro do dnia 21 maja 2019 r. informacja o odrzuceniu odwołania nie została przesłana Odwołującemu zatem termin na wniesienie odwołania jeszcze nie biegł. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że przywołana przez Przystępującego uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt III CZP 107/12 dotyczy innego stanu faktycznego, zaś w niniejszej sprawie owszem decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego została podjęta przez Zamawiającego przed dniem 21 maja 2019 r. niemniej jednak przekazanie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego - rozpoczynającej bieg terminu na wniesienie odwołania – miało miejsce w dniu 21 maja 2019 r. Gdyby przyjąć stanowisko Przystępującego wykonawca każdego dnia zobowiązany byłby do pytania Zamawiającego czy nie podjął jakichkolwiek czynności w postępowaniu. Zauważenia wymaga, że przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy innych niż określone w ust. 1 i 2 czynności, dlatego też nie można uznać, że termin na wniesienie odwołania rozpoczynałby bieg od powzięcia informacji przez Odwołującego. W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego – w przedstawionym stanie faktycznym – jest niespójna, z jednej strony Zamawiający popierając Przystępującego wskazywał, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg od 15 maja 2019 r. (t.j. od powzięcia informacji), z drugiej strony w sytuacji dokonania zmiany decyzji Zamawiający twierdził, że poinformowałby wykonawcę o nowo dokonanych czynnościach. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że przywołane dokumenty potwierdzają, że decyzja Zamawiającego z dnia 10 maja 2019 r. wskazująca na odrzucenie oferty Odwołującego miała wyłącznie charakter wewnętrzny i została zakomunikowana Odwołującemu dopiero w dniu 21 maja 2019 r. W konsekwencji z przepisów ustawy Pzp wynika zatem – co nie może umknąć uwadze Izby - że art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy innych czynności niż wymienione w przepisie art. art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dlatego też wniosek Przystępującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ. Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za niezasadny.

Zamawiający odrzucając w dniu 21 maja 2019 r. ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że w ofercie przedstawionej przez Roche Diagnostics Polska „system podstawowy” umożliwia przeprowadzenie badań wyłącznie w zakresie HCV, HBV, HIV, a „system zapasowy” badania HAV/B19. Zgodnie natomiast z opisem przedmiotu zamówienia oba z oferowanych systemów muszą umożliwiać przeprowadzenie wszystkich wskazanych powyżej badań i stanowić dla siebie alternatywę w przypadku niemożliwości korzystania z jednego z systemów. Mając na uwadze powyższe, oferta przedstawiona przez Roche Diagnostics Polska nie spełnia założeń Zamawiającego stojących u podstaw ww. postępowania i jako niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w załączniku Nr 2 do SIWZ Specyfikacji Technicznej Parametry Techniczne Wymagane, Zamawiający określił w punkcie 1 wymagania dotyczące testów oraz w punkcie 2 wymagania dotyczące urządzeń i serwisu. Do stwierdzenia, że oferta wykonawcy spełnia wymagania SIWZ muszą być spełnione wymagania dla obu elementów zamówienia wymienione w wyżej wymienionym załączniku. Owszem uzasadnienie odrzucenia oferty, było lakoniczne, jednak jasne i czytelne w swej treści. Jasnym było jakie powody przyświecały decyzji Zamawiającego. W konsekwencji wobec wymagań postawionych przez Zamawiającego brak w ofercie testów/odczynników dla analizatora zapasowego skutkowało niezgodnością oferty Odwołującego z SIWZ. Jak słusznie zauważył Przystępujący zaoferowane przez Odwołującego analizatory nie stanowią niezależnych linii pozwalających wykonywać badania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wymagał zapewnienia przez wykonawcę dwóch niezależnych linii umożliwiających jednoczesne wykrywanie DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV i zwolnienie do 400 donacji dziennie przy zatrudnieniu dwóch operatorów w całkowitym czasie pracy nie dłuższym niż jedna zmiana i jednoczesne wykrywanie RNA HAV i DNA B19V i zwolnienie nie mniej niż 2000 donacji w ciągu 12 godzin. Odwołujący zaoferował system główny składający się z aparatu o nazwie Cobas 6800 wraz z wyposażeniem oraz system zapasowy, w którego skład wchodzi aparat o nazwie Cobas S201 wraz z wyposażeniem. Wobec postawionych wymagań Odwołujący powinien dostarczyć na aparat Cobas 6800 odczynniki do badania HCV, HBV, HIV: Cobas MPX nr. Ref. 06997708190 lub 06997716190 oraz odczynniki do badania HAV/B19 Cobas DPX nr. Ref. 07001088190, na aparat Cobas S201 odczynniki do badania HCV, HBV, HIV CobasTaq Screen MPX nr. Ref. 05969492190 oraz odczynniki do badania HAV/B19 — Cobas TaqScreen DPX nr. Ref. 5509203190. Natomiast Odwołujący na każdy analizator zaoferował tylko jeden rodzaj odczynników, co spowodowało, że nie mogą one pełnić funkcji back up, a Zamawiający w przypadku awarii nie miałby możliwości

zamówienia odczynników które nie zostały ujęte w ofercie przetargowej. W konsekwencji w ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, gdyż Przystępujący przewidział UPS-y o minimalnym czasie podtrzymania 5 minut dla wymienionych tam urządzeń, wbrew wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby zarzut ten potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Bezspornym jest, że zgodnie z pkt 2.3 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał „Podtrzymania pracy każdego analizatora do 30 minut przez UPS (zagwarantowany przez Wykonawcę)”. Następnie Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w ten sposób że dopuścił czas podtrzymania pracy każdego analizatora min. 10 minut. W ofercie Przystępującego, w wykazie niezbędnych urządzeń służących do automatycznych metod biologii molekularnej materiału badanego dla przedmiotowego postępowania, przewidziano UPS-y o minimalnym czasie podtrzymania 5 min dla wymienionych tam urządzeń, zatem zgodzić należało się z Odwołującym, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ i podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Bez znaczenia pozostaje argumentacja Przystępującego, że zgodnie z danymi dostępnymi na stronie internetowej urządzenia czas podtrzymywania oferowanego analizatora wynosi 38 minut, istotne znaczenie ma to co Przystępujący zaoferował w złożonej ofercie. Nie można również bagatelizować tego wymagania jak czyni to Zamawiający, twierdząc, że „umieszczenie wymogu dotyczącego warunków jakie spełniać ma UPS wynikało z powielenia SIWZ z poprzedniego przetargu dotyczącego takiego samego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uwzględnił przy formułowaniu tegoż wymogu faktu zainstalowania u Zamawiającego nowej generacji systemu podtrzymującego napięcie, który bardzo szybko, niemal natychmiastowo reaguje na zanik prądu dostarczanego przez firmę zewnętrzną”. W ocenie Izby niezastosowanie się Zamawiającego – przy badaniu i ocenie ofert - do postawionych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań doprowadziłoby do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby w tym stanie faktycznym nie zaistniały podstawy do poprawienia omyłki, a niedopuszczalnym było zbagatelizowanie – jak twierdził Zamawiający – postanowień SIWZ. Jeśli powyższe postanowienie SIWZ nie było dla Zamawiającego istotne to nie powinno być przedmiotem wymagań i oceny a Zamawiający nie może wobec jasno brzmiących postanowień SIWZ modyfikować je na etapie badania i oceny ofert. W konsekwencji Izba uwzględniła niniejszy zarzut nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, gdyż testy Przystępującego – w opinii Odwołującego - nie wykrywają genotypu 3B. W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba zgodziła się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Przystępującego, że Odwołujący utożsamia pojęcie genotypu i subgenotypu, które w żadnej mierze nie są pojęciami równoznacznymi. Wirus Parvo B19 posiada trzy genotypy o numerach 1, 2 i 3, przy czym genotypy 1 oraz 3 mają też tzw. subgenotypy oznaczane literami A i B. Genotyp 2 tego wirusa nie posiada subgenotypów. Jak słusznie zauważył Przystępujący tabela, do której odnosił się Odwołujący stanowi oznaczenie ilościowe genotypów 1-3 wirusa B19 z Międzynarodowego Panelu Referencyjnego WHO genotypów parwowirusa B19. Zgodnie z opisem badania, Elementy panelu Pierwszego Międzynarodowego Panelu Referencyjnego WHO genotypów parwowirusa B19 dla testów opartych na testach do wykrywania kwasów nukleinowych (Nucleic Acid Test, NAT) (kod NIBSC: 09/110) rozcieńczono za pomocą ludzkiej surowicy pozbawionej lipidów i włókniaka, dla której wynik oznaczenia wirusów HIV-1/2, HCV i HBV był ujemny (ujemny NAT i przeciwciała/ antygen), które również poddano wcześniej badaniom przesiewowym za pomocą Procleix Parvo/HAV Assay (NAT ujemny dla Parvo i HAV). Każda próbka genotypu została zbadana w następujących stężeniach: 500, 10 000 i 100 000 j.m./mL za pomocą 2 partii zestawów odczynników na 2 analizatorach Procleix Panther System (Tabela 4). Dla każdego stężenia genotypu w obrębie partii zestawu odczynników zbadano 8—16 replikatów. Różnice oznaczeń ilościowych wszystkich genotypów wirusa B19 były mniejsze lub równe -0,25 log. Ponadto oznaczenie „gwiazdką” genotypu wirusa B19 (09/110), wyjaśnione jako „Genotyp 3 to subgenotyp 3a” nie oznacza, iż test zaoferowany przez Przystępującego wykrywa wyłącznie subgenotyp 3,4, ale to że to właśnie taki wirus został użyty w badaniu na potrzeby panelu referencyjnego. W konsekwencji w ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się, zatem nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na wskazanej przez Odwołującego podstawie faktycznej.

Odnosząc się jeszcze do kwestii umorzenia postępowania odwoławczego w sentencji wydanego w tej sprawie wyroku - wobec wycofania dwóch zarzutów przez Odwołującego - w niniejszej sprawie Odwołujący w złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniu postawił pięć zarzutów. Dwa zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, w tym jeden już po otwarciu przez Izbę rozprawy (zarzut dotyczący zaniechania złożenia przez wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentu wymaganego na potwierdzenie

wymagań przedmiotowych stawianych przez Zamawiającego). Do merytorycznego rozpoznania na rozprawę skierowano trzy zarzuty, z których Krajowa Izba Odwoławcza jeden zarzut uwzględniła, dwa zaś oddaliła, uwzględniając również do podziału kosztów jeden z zarzutów wycofanych przez Odwołującego z uwagi na treść art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp.

Wątpliwości jakie mogły pojawić się – wobec częściowego wycofania zarzutów przez Odwołującego oraz częściowo merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Izbę, sprowadzają się do pytania, czy Krajowa Izba Odwoławcza wobec tak zaistniałego stanu rzeczy zobowiązana była w sentencji wydanego wyroku do umorzenia postępowania odwoławczego – w zakresie zarzutów wycofanych, w tym również wycofanych na rozprawie – czy też powinna oddalić odwołanie w tej części. W konsekwencji powstaje pytanie jak powinna brzmieć sentencja wyroku i czy powinna być ona wyczerpująca w swej treści – co do zarzutów wycofanych przed i po otwarciu rozprawy? Czy Krajowa Izba Odwoławcza w tym zakresie zobowiązana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w części, czy też sentencja w tym zakresie powinna brzmieć „*oddala odwołanie*” - w zakresie zarzutów przez Zamawiającego wycofanych? Izba w całej rozciągłości przyjęła argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 24 września 2018 r., sygn. akt KIO 1817/18. Istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia ma w tym przypadku treść art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*

W ocenie Izby skoro wykonawca może cofnąć wniesione odwołanie, to tym bardziej uprawniony jest do wycofania części zarzutów. Zatem Ustawodawca zobowiązuje Izbę, w przypadku wycofania zarzutów – zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie – do umorzenia postępowania odwoławczego. Logicznym jest, że zobowiązuje Izbę również do umorzenia postępowania odwoławczego, w przypadku wycofania części zarzutów wniesionego odwołania. Zatem powyższe potwierdza, że Ustawodawca dopuszcza sytuacje w których może dojść do wydania postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze w części zarzutów wycofanych przez wykonawcę w toku postępowania (zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie). Ustawodawca różnicuje jedynie przypadek wycofania odwołania (bądź wycofania części wniesionych zarzutów) przed otwarciem rozprawy z przypadkiem takiego wycofania po jej otwarciu. W tej ostatniej opisywanej sytuacji wykonawca w całości ponosi koszty związane z uiszczonym wpisem w przeciwieństwie do wycofania zarzutów na posiedzeniu, gdzie Odwołującemu zwraca się 90% uiszczanego wpisu.

Drugą niezmiernie istotną kwestią dla rozstrzygnięcia – jak ma brzmieć sentencja wydanego wyroku – w przypadku częściowego wycofania oraz częściowo merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Izbę – jest udzielenie odpowiedzi, czy możliwym jest zawarcie w wydanym wyroku (rozstrzygnięciu merytorycznym) postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w części. W ocenie Izby wydane orzeczenie w części może przybrać charakter merytoryczny, w części zaś formalny poprzez umorzenie postępowania odwoławczego – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Orzeczenie o charakterze formalnym w tym przypadku będzie postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Rozstrzygnięcie co zarzutów wycofanych będzie rozstrzygnięciem formalnym – postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym - co ma miejsce w przypadku postanowienia o kosztach postępowania odwoławczego - całe orzeczenie musi zatem przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Eraciński, s. 110). Wobec powyższego, w związku z faktem, że w części Odwołujący wycofał zarzuty odwołania - postępowanie odwoławcze w tym zakresie stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Pzp należało umorzyć.

Ponadto rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie ma już sporu pomiędzy stronami jest bezcelowe. Dlatego też Ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp instytucję umorzenia postępowania odwoławczego. Izba nie może zatem wydać w tej części rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym. Ponadto w ocenie Izby informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, co analogicznie potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione m. in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Odnosząc się do zasądzonych przez Izbę kosztów postępowania odwoławczego - Izba rozpoznając niniejsze odwołanie w części (1/3) uwzględniła zarzuty Odwołującego, w pozostałej części (2/3) Izba oddaliła zarzuty odwołania. Niemniej jednak – wobec wycofania jednego z zarzutów po otwarciu rozprawy – Izba uwzględniła niniejszy zarzut do wyliczenia kosztów postępowania odwoławczego, obciążając kosztami Odwołującego w wysokości 75% (3/4) zaś Zamawiającego w wysokości 25% (1/4). W konsekwencji Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia odwołania (z uwzględnieniem zarzutu wycofanego na rozprawie) obciążając kosztami w 75% wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz w wysokości 25% Zamawiającego: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gdańsku – z uwagi na uwzględnienie jednego z zarzutów - co wynika z sentencji niniejszego orzeczenia (pkt 4).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę

obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica. Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, w wysokości 75% (3/4) oraz 25% (1/4) odpowiednio każdego z nich. Ponieważ na koszty każdego postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 18.600 zł) Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4.650,00 zł, tytułem zwrotu poniesionych kosztów uiszczonego wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania (uwzględnienia oraz jego oddalenia) - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu rozporządzenie 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 z późn. zm.). Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 2 sentencji umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego dwóch zarzutów.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....