

**WYROK**  
**z dnia 15 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**;

przy udziale wykonawcy: **Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**;
2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i 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), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa odczynników do badań immunohematologicznych, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawą analizatorów - 8 pozycji asortymentowych”; numer postępowania nadany przez zamawiającego: DZP/46/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2020 r., pod numerem: 2020/S 080-188134.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **DiaHem AG Diagnostic Products z siedzibą w Bülach** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp złożył odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez Grifols Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Grifols”) jako najkorzystniejszej pomimo tego, że oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadająca treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ"); zaniechaniu odrzucenia oferty Grifols na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pomimo tego, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie opowiada treści SIWZ z uwagi na okoliczność nieuwzględnienia w Formularzu ofertowym materiału eksploatacyjnego do dezynfekcji oferowanego aparatu w postaci 0,5% roztworu podchlorynu sodu - zgodnie z wymogiem określonym w Tomie III SIWZ, tabela Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 5 oraz odpowiedzi zamawiającego z dnia 14.05.2020 r. na pytanie nr 29 do SIWZ; zaniechaniu przez zamawiającego czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Grifols jako najkorzystniejszej pomimo tego, że to oferta odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najwyższej ocenioną, a następnie za ofertę najkorzystniejszą;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Grifols z postępowania pomimo tego, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę w Formularzu ofertowym materiału eksploatacyjnego do dezynfekcji oferowanego aparatu w postaci 0,5% roztworu podchlorynu sodu - zgodnie z wymogiem określonym w Tomie III SIWZ, tabela Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 5 oraz odpowiedzi zamawiającego z dnia 14 maja 2020 r. na pytanie nr 29;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez podejmowanie wobec Grifols działań umożliwiających dokonanie uzupełnienia złożonej w postępowaniu oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym na gruncie prawa zamówień.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Grifols jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Grifols na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
4. uznanie oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą

a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podnosił, że oferta złożona przez Grifols nie odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ, a zatem winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wyjaśniając zasadność formułowanych przez odwołującego wniosków odwoływał się do Tomu III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców wyspecyfikowania w ofercie wszystkich materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do korzystania z ofertowanych urządzeń, które dany wykonawca oferuje w ramach swojego świadczenia. Wskazywał, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i sam zamawiający, nie miał wątpliwości w jaki sposób należy uzupełnić formularz ofertowy. Świadczą o tym m.in. sposób przygotowania wzorów dokumentów czy wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w toku postępowania. Zamawiający wskazał, że świadczeniem wykonawcy będą objęte te elementy i materiały eksploatacyjne, które wykonawca wyraźnie wyspecyfikuje. Niewyspecyfikowane materiały eksploatacyjne, nie wchodzą w ramy oferowanego przez danego wykonawcę świadczenia.

Jak wynika z treści ofert złożonej przez Grifols, zaoferował on dzierżawę urządzenia Erytra Eflexis. Z kolei, jak wynika z instrukcji obsługi ww. urządzenia dla jego prawidłowego eksploataowania niezbędnym jest dokonywanie cyklicznej dezynfekcji. W instrukcji wskazano, że materiałami niezbędnymi do jej przeprowadzenia są: pkt 14.1.17 - Wymagane materiały do dezynfekcji; Aby przeprowadzić dezynfekcję analizatora Erytra Eflexis potrzebne będą następujące środki: 2000 mL 0,5% roztworu podchlorynu sodu (v/v), 3000 mL wody oczyszczonej, jeżeli materiały odpadowe z przyrządu nie są odprowadzane do zewnętrznego odpływu (tryb pojedynczy), Pojemnik dezynfekcyjny. Tymczasem Grifols w złożonej przez siebie ofercie w pozycji dotyczącej materiałów eksploatacyjnych nie uwzględnił konieczności zapewnienia 0,5% roztworu sodu.

Odwołujący wskazał dalej, że złożone wyjaśnienia, tak w dniu 15 czerwca 2020 r., jak i 13 lipca 2020 r. nie mogą stanowić podstawy uznania, że oferta Grifols nie podlega odrzuceniu i odpowiada treści SIWZ. Przyjęte przez Grifols stanowisko stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, w tym z ukształtowanymi m.in. we wzorze umowy zasadami realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego przedłożone wyjaśnienia stanowią próbę konwalidacji zaniedbań Grifols, których dopuścił się na etapie przygotowywania oferty. Dalej, w celu zobrazowania bezpodstawności i nieprawidłowości przyjętych przez Grifols założeń wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 15 czerwca 2020 r. odwołujący odniósł się do poszczególnych argumentów przytoczonych ww. wyjaśnieniach: „Zgodnie z instrukcją obsługi zaoferowanego analizatora, dezynfekcja urządzenia powinna nastąpić co najmniej raz w miesiącu bez względu na liczbę zrealizowanych badań przy wykorzystaniu roztworu podchlorynu sodu w niezbędnej ilości. Dlatego oczywiste jest, że dostawa tej substancji jest świadczeniem wykonawcy związanym z wydzierżawieniem analizatora - na warunkach określonych w SIWZ (w tym we wzorze umowy) oraz w Kodeksie cywilnym. Treść SIWZ, w tym postanowienia wzoru umowy, jednoznacznie nakazywały przyjąć, że to wykonawca powinien uwzględnić zapewnienie prac czy materiałów niezbędnych do ich prawidłowego funkcjonowania, a które w przypadku oferowanego analizatora obejmuje również dostarczenie niezbędnej ilości roztworu podchlorynu sodu”. Odnosząc się do powyższego odwołujący wskazał, że zamawiający - wbrew twierdzeniom Grifols - w sposób jasny i nie budzący wątpliwości określił, że oczekuje uwzględnienia w Formularzu ofertowym wszystkich materiałów eksploatacyjnych w treści oferty - wynika to bezpośrednio z fragmentu Tomu III SIWZ (gdzie wskazano, że w Formularzu ofertowym materiały eksploatacyjne należy „podać z wyszczególnieniem” jak i udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 29: „Oferent winien zaoferować wszystkie materiały eksploatacyjne”. Zamawiający w Tomie I w Rozdziale XXI ust. 1 i 2 wskazał, że: "1. Wykonawca podaje cenę ofertową w Formularzu oferty, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ. 2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Cena ta

będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych we wzorze umowy." O tym, że wymagania Zamawiającego były w tym zakresie bezsprzeczne świadczy fakt, że pozostali oferenci biorący udział w postępowaniu uwzględnili w swoich ofertach ww. okoliczności i dokonując szczegółowego rozbicia ww. materiałów, w tym także środki niezbędne do dezynfekcji oferowanych urządzeń. W żadnym miejscu w SIWZ nie zostało wskazane, że cena dzierżawy ma uwzględniać wszystkie dodatkowe elementy związane z wykorzystaniem urządzeń. Wręcz przeciwnie - w Tomie III SIWZ zamawiający dokonał rozbicia na elementy będące przedmiotem „dostaw” oraz te, które będą stanowić element „dzierżawy”. W tabeli wymieniono oddzielnie dostawy w pkt 5 - Materiały eksploatacyjne. W tabeli znalazło się wymaganie: Podać z wyszczególnieniem asortymentu w ilościach zapewniających wykonanie zaplanowanej liczby badań w okresie 48 miesięcy. Z kolei w ramach dzierżawy wymieniono w pkt 6 i 7 urządzenia: analizator immunohematologiczny I i analizator immunohematologiczny II. W kolumnie opis - wykonawcy zobowiązani byli opisać parametry urządzenia, w kolumnie ostatniej wpisano okres dzierżawy urządzeń tj. 48 miesięcy. Tym samym materiały eksploatacyjne zostały wydzielone jako osobna kategoria dostaw a nie dzierżawy, zatem argumentacja Grifols jakoby koszty materiałów eksploatacyjnych związane z eksploatacją urządzeń miały zostać w kalkulowane i zagregowane do kosztów dzierżawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podobnie ww. kwestie uregulowano we wzorze umowy, np. §8 ust. 8 – 10, gdzie zamawiający określił odrębne zasady określania wynagrodzenia z tytułu dzierżawy sprzętu oraz dostarczanych odczynników i materiałów. Sama nazwa postępowania również prowadzi do wniosku, że w zakres zamówienia wchodzi odrębnie ww. elementy i nie należy agregować ich jako jedną pozycję / świadczenie. Gdyby intencją zamawiającego było uwzględnienie w kategorii "dzierżawa analizatora" wszystkich elementów związanych z jego wykorzystywaniem dokonałby stosownego zastrzeżenia w treści SIWZ. Z uwagi na brak jakichkolwiek postanowień w tym zakresie wymagania należy poczytywać mając na względzie zasady wykładni literalnej / dosłownej SIWZ, tj. przyjmując dokonaną przez odwołującego interpretację jako właściwą.

Dalej odwołujący wskazywał, że ramy zakresu świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ustawy Pzp, są zakreślane poprzez oświadczenie złożone w ofercie. Zgodnie § 1 ust. 1 wzoru umowy przedmiotem umowy jest: „Zakup i dostawa odczynników do badań immunohematologicznych, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawą analizatorów, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy (Formularz Ofertowy Wykonawcy).” Zatem, jedynie wyspecyfikowane w ww. formularzu elementy przedmiotu zamówienia składają się na zakres przyszłego zobowiązania wykonawcy do wykonania zamówienia. Brak wskazania wszystkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych związanych z dezynfekcją urządzenia powoduje,

że nie zostały one zaoferowane przez ww. wykonawcę i nie stanowią elementu przyszłego świadczenia wykonawcy. W konsekwencji oferta Grifols nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto Grifols w treści pisma wskazał, że "Dlatego też koszt jakichkolwiek świadczeń ubocznych należało uwzględnić w zaoferowanym czynszu za dzierżawę urządzeń. co też wykonawca uczynił. Na powyższe wskazywał zresztą wzór formularza oferty, w którym należało podać całkowite miesięczne wynagrodzenie za dzierżawę i nie było możliwe wyodrębnienie osobnego kosztu, związanego np. z dostawą roztworu. Konsekwentnie, w tym właśnie miesięcznym czynszu wykonawca uwzględnił m.in. koszt dostawy ww. roztworu." Odwołujący natomiast zauważył, iż Grifols nie uwzględnił także faktu, że w ramach niniejszego zamówienia zamawiający rozbił wynagrodzenie oraz płatność odrębnie za dzierżawę sprzętu oraz odrębnie za dostawę materiałów (w tym materiałów eksploatacyjnych). Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (który stanowił podstawę dokonanej wyceny) zamawiający wyłączył materiały eksploatacyjne z pozycji dzierżawy urządzeń. W tym miejscu odwołujący ponownie przytoczył odpowiedź na pytanie nr 29 do SIWZ. Podniósł także, że zgodnie z §1 ust. 2 wzoru umowy: "Łączna cena/wynagrodzenie przedmiotu umowy netto (...) w zakresie jak niżej: a) wartość dostawy odczynników (...) b) wartość czynszu dzierżawy netto (...)". W §8 ust. 8 i 9 wzoru umowy wskazano, że „8. Strony ustalają, że faktury tytułem przedmiotu dzierżawy za niepełny miesiąc świadczenia usługi dzierżawy przedmiotu umowy będą rozliczane według zasady 1/30 kwoty dzierżawy miesięcznej za każdy dzień obowiązywania umowy. 9. Faktury tytułem usługi dzierżawy wykonawca wystawi odrębnie od faktury dostawy przedmiotu umowy". Co istotne - dostawa rozliczenia w zakresie dostawy odczynników i materiałów eksploatacyjnych ma odbywać się w ramach składanych przez zamawiającego zamówień. Jak wynika z §6 umowy: "1. Dostarczenie przedmiotu umowy w zakresie odczynników i innych materiałów zużywalnych odbędzie się na koszt i ryzyko wykonawcy do siedziby zamawiającego. 2. Wykonawca zobowiązany jest do dostawy przedmiotu umowy określonego w ust. 1 do Magazynu Odczynników Centralnego Laboratorium Analityczno-Biochemicznego (w godzinach 7:00 - 13:30) w terminie do 5 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia, poza krwinkami wzorcowymi/ które dostarczane są wg. wstępnie ustalanego z Wykonawcą harmonogramu. (...) 6. Wykonanie umowy odbywać się będzie sukcesywnie, na podstawie zamówień składanych przez Zamawiającego w formie pisemnej, telefonicznie (potwierdzonych faxem bądź drogą elektroniczną), drogą elektroniczną (na podany przez Wykonawcę adres e-mail za potwierdzeniem odbioru poczty elektronicznej). (...) Dopuszczalna jest zmiana rodzaju przedmiotu zamówienia dokonana przez Zamawiającego przed terminem zaplanowanej dostawy w każdym czasie". Innymi słowy zamawiający w trakcie realizacji umowy, na podstawie Tomu III SIWZ i złożonego Formularza Ofertowego wykonawcy, będzie składał wykonawcy zamówienia na poszczególne odczynniki i inne materiały zużywalne (w tym

materiały eksploatacyjne). Na podstawie złożonego zamówienia, mając na względzie zaoferowane w Formularzu ofertowym stawki, wykonawca będzie obowiązany do wystawienia faktury VAT, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Dalej, zgodnie z ust. 5 ww. paragrafu zamawiający ma możliwość dokonania oceny jakościowej i formalnej zamówionych materiałów, a w przypadku uchybień w realizacji dostaw - na podstawie §9 ust. 1 i 3 wzoru umowy posiada uprawnienie do naliczenia kary umownej wykonawcy. Zatem uznanie oferty Grifols jako prawidłowej i zgodnej z wymaganiami zamawiającego będzie uniemożliwiać złożenie przez zamawiającego zamówienia na dostawę środka dezynfekcyjnego, o którym mowa powyżej, a tym samym prawidłowe rozliczenie przedmiotu umowy (także w przypadku sytuacji, w której zamawiający dostrzegłby w danych miesiącu / okresie potrzebę pozyskania środków dezynfekujących w większym zakresie aniżeli wynika to z instrukcji obsługi urządzenia i deklarowanej przez wykonawcę w ww. piśmie częstotliwości dezynfekcji); a ponadto w przypadku zaniechania dostarczenia przez wykonawcę środka dezynfekcyjnego lub dostarczenia środka, który nie spełnia norm jakościowych - z uwagi na brak jednoznacznego oświadczenia wykonawcy co do deklaracji dostarczenia ww. środka - będzie uniemożliwiać zamawiającemu wyciągnięcie względem wykonawcy odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy, tj. brak będzie podstawy faktycznej do naliczenia kary umownej. Niemożliwym jest bowiem naliczenie kary umownej za brak wykonania świadczenia, do którego zrealizowania wykonawca się nie zobowiązał w złożonej ofercie. Odwołujący wskazał również, że oświadczenie wykonawcy z dnia 15 maja 2020 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie stanowi treści oferty i nie może być uznawane jako jej uzupełnienie. Uzupełnienie treści oferty po terminie składania ofert jest działaniem niedopuszczalnym na gruncie zamówień publicznych. W świetle powyższego należy uznać, że przytoczone przez Grifols argumenty są nieadekwatne do okoliczności analizowanej sprawy i wykazują, że składając swoją ofertę w postępowaniu nie uwzględnił szeregu istotnych okoliczności, czym uchybił oczekiwaniom zamawiającego.

Dalej odwołujący przytaczał fragment pisma Grifols, w którym ten wyjaśniał: "Należy też mieć na uwadze art. 622 § 1 Kodeksu cywilnego (znajdujący również zastosowanie do umowy dzierżawy na podstawie odesłania z art. 694 Kodeksu cywilnego), zgodnie z którym „wynajmujący powinien wydać najemcy rzecz w stanie przydatnym do umówionego użytku i utrzymywać ją w takim stanie przez czas trwania najmu. Tym samym dla wykonawcy było oczywiste i nie budziło wątpliwości, że to po jego stronie leżą wszelkie świadczenia związane z wydzierżawieniem analizatora, w tym zapewnieniem jego prawidłowego funkcjonowania przez cały okres obowiązywania umowy - nawet jeżeli nie zostały wprost określone w umowie." Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że postanowienie, na które powołuje się Grifols ma swoje źródło w przepisie art.



662, a nie w art. 622 Kodeksu cywilnego. Przepis art. 662 §1 Kodeksu cywilnego nie wymaga od wynajmującego systematycznego dostarczania najemcy materiałów eksploatacyjnych do korzystania z urządzenia - odmiennie, najemca odpowiada za korzystanie z urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem, a wynajmujący jest zobowiązany jedynie do naprawy urządzenia w przypadku jego awarii z przyczyn tkwiących w urządzeniu (np. zepsucie się samochodu), natomiast wszelkie naprawy wynikające z eksploatacji urządzenia i zapewnienie płynów eksploatacyjnych (np. naprawa koła w samochodzie, zapewnienie benzyny, oleju, płynu hamulcowego) obciążają najemcę. Powyższe potwierdza brzmienie § 2 ww. artykułu: "Drobne nakłady połączone ze zwykłym używaniem [tu: z dezynfekcją] rzeczy obciążają najemcę". W piśmiennictwie wskazuje się, że przy wykładni art. 662 §2 kodeksu cywilnego należy wziąć pod uwagę art. 662 §1 kodeksu cywilnego, że "naprawy wynajętej rzeczy, które są powiązane z jej zwykłym używaniem, np. uszkodzenie drzwi, okna oraz które wymagają drobnych nakładów i wydatków ponosi najemca." (tak: M. Fras (red.), M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 622, Tom IV. Zobowiązania, Część szczególna, LEX 2018). Niewątpliwie materiały eksploatacyjne w postaci środków do dezynfekcji są związane z normalnym i typowym użytkowaniem urządzeń, a nakłady związane z ich zakupem stanowią niewielki ułamek wszystkich kosztów związanych z korzystaniem z dostarczonego sprzętu. Stąd też w przypadku dzierżawy analizatora, z przepisów kodeksu cywilnego nie wynika konieczność dostawy środków dezynfekujących dla najemcy, wręcz przeciwnie, środki takie, o ile w umowie najmu nie określono inaczej, winien zapewnić na koszt własny najemca.

Grifols argumentował również w piśmie przesłanym do zamawiającego, że roztwór podchlorynu sodu nie jest „materiałem zużywalnym niezbędnym do wykonywania badań”. Jest on niezbędny jedynie do dezynfekcji urządzenia w ilości zupełnie niezależnej od ilości wykonywanych badań w poz. 5 „Materiały eksploatacyjne”. W Opisie Przedmiotu Zamówienia w tej pozycji wyraźnie wskazano: Podać z wyszczególnieniem asortymentu w ilościach zapewniających wykonanie zaplanowanej liczby badań w okresie 48 miesięcy - podczas gdy konieczność comiesięcznej dezynfekcji jest całkowicie niezależna od liczby wykonanych badań. Jednak skoro w odpowiedzi na pytanie nr 29 jako wyjątek zamawiający wskazał wodę destylowaną, która jest także wymagana niezależnie od liczby wykonywanych badań, to wyjątku nie stanowi roztwór podchlorynu sodu, który jest wymagany do cyklicznej dezynfekcji urządzenia - bez którego cyklicznego zużycia nie jest możliwe wykonanie określonej w SIWZ liczby badań. Zamawiający nie wskazywał także, że wymóg osobnej wyceny materiałów eksploatacyjnych odnosi się tylko do materiałów zużywanych proporcjonalnie do wykonywanych badań, a nie okresowo, tylko określił, że wymagana jest osobna wycena wszelkich materiałów eksploatacyjnych (vide: Tom III SIWZ; oferty odwołującego oraz DiaSorin Poland Sp. z o.o. - gdzie materiały do dezynfekcji określono

jednostkowo np. jako 1l razy ilość niezbędnych opakowań w okresie 48 miesięcy). Wykonawcy - wbrew twierdzeniom Grifols - nie posiadali dowolności w wycenie materiałów eksploatacyjnych wliczając ich w cenę dzierżawy analizatora lub wyszczególniając osobno - brak wyceny któregokolwiek z materiałów eksploatacyjnych powodują niezgodność oferty z SIWZ, w rozumieniu zaoferowania mniejszego zakresu świadczenia niż wymagał tego zamawiający.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień złożonych przez Grifols 13 lipca 2020 r. wskazania w ocenie odwołującego wymaga, że deklaracje złożone przez Grifols stoją w sprzeczności z informacją producenta zawartą w instrukcji obsługi oferowanego przez ww. wykonawcę urządzenia. Zgodnie z deklaracją zawartą w wyjaśnieniach Grifols: 0,5% roztwór podchlorynu sodu nie jest wykorzystywany do badań i nie jest materiałem eksploatacyjnym do wykonania badań. Jak wskazano powyżej, kompletny asortyment niezbędny do wykonania badań w ilości zaplanowanej przez zamawiającego wskazano w pozycji 5 tabeli dotyczącej „Dostawy”. Z kolei opis producenta zgodnie z instrukcją obsługi urządzenia przewiduje w pkt 14.1.17 Wymagane materiały do dezynfekcji, że aby przeprowadzić dezynfekcję analizatora potrzebne są środki w postaci: 2000 mL 0,5% roztworu podchlorynu sodu (v/v), 3000 mL wody oczyszczonej, jeżeli materiały odpadowe z przyrządu nie są odprowadzane do zewnętrznego odpływu (tryb pojedynczy), pojemnik dezynfekcyjny. Stąd roztwór podchlorynu oraz woda oczyszczona (destylowana) zostały przez producenta zakwalifikowane jako materiały służące do dezynfekcji (materiały tej samej kategorii, do wykonywania konkretnej czynności - dezynfekcji urządzenia). Zgodnie z instrukcją obsługi urządzenia ww. materiały są wykorzystywane jedynie na potrzeby dezynfekcji - zatem spełniają tylko jedną funkcję przy eksploatacji urządzenia. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 25 i nr 29 zakwalifikował wodę oczyszczoną destylowaną jako materiał eksploatacyjny w rozumieniu SIWZ. Innymi słowy zamawiający na etapie postępowania uznał, że ww. preparaty stanowią materiały eksploatacyjne. Zamawiający wskazał, że w przypadku wody destylowanej przewiduje wyjątek - wykonawca nie ma obowiązku jej uwzględniać w ofercie, natomiast takiego wyjątku nie czyni w stosunku do innych materiałów, które służą do dezynfekcji oferowanego urządzenia - w tym przypadku 0,5% podchlorynu sodu. W konsekwencji zamawiający powinien uznać, że roztwór podchlorynu sodu powinien zostać przez Grifols uwzględniony jako "Materiał Eksploatacyjny" i winien zostać ujęty w formularzu ofertowym. Grifols poinformował ponadto, że: „Tym samym oferowanie zamawiającemu 0,5% roztworu podchlorynu sodu jako materiału eksploatacyjnego niezbędnego do wykonania zaplanowanej ilości badań jest bezprzedmiotowe. Dla wykonania badań roztwór ten jest zbędny”. Z kolei, w treści instrukcji znajdują się zapisy informujące, że brak przeprowadzania dezynfekcji może prowadzić niemożliwości przeprowadza badań lub uzyskiwania ich prawidłowych wyników; środek

dezynfekujący stanowi zatem materiał niezbędny dla wykonania badań - tak: Strona 4 instrukcji obsługi "UWAGA: Wskazuje na możliwość wystąpienia następujących problemów w przypadku nieprzestrzegania instrukcji: Uszkodzenie urządzenia. Nieprawidłowe wyniki." Strona 38 instrukcji obsługi: "UWAGA: Aby zapewnić dobrą wydajność analizatora Erytra Eflexis należy przestrzegać harmonogramu i procedur konserwacji opisanych w Sekcji 14. Niewykonanie odpowiedniej procedury czyszczenia, konserwacji lub Kontroli Jakości w wymaganym czasie może powodować uszkodzenie części/ niedokładność działania i/lub odczytu oraz/lub uzyskanie błędnych wyników. UWAGA: Nie należy używać analizatora jeśli plan konserwacji opisany w Sekcji 14 nie został wykonany." Instrukcja obsługi urządzenia zawiera szereg analogicznych zapisów, które w sposób jednoznaczny wykazują, że prawidłowa dezynfekcja urządzenia jest czynnikiem niezbędnym dla eksploataowania urządzenia i dokonywania badań a brak dokonywania dezynfekcji uniemożliwiłoby otrzymanie poprawnych wyników badań. Okoliczność, że środek do dezynfekcji nie stanowi materiału bezpośredniego do dokonywania badania nie powoduje, że środek ten pozostaje bez związku tak z możliwością korzystania z urządzenia, jak i otrzymywaniem poprawnych wyników badań. Brak dokonywania dezynfekcji za pomocą ww. roztworu powoduje, że korzystanie z urządzenia w celu jakim zostanie wydzierżawiony nie będzie możliwe. Ponadto, Grifols stwierdził, że: „0,5% roztwór podchlorynu sodu służy jedynie do zalecanej przez Grifols dezynfekcji urządzenia Erytra Eflexis, która jest przeprowadzana gdy analizator nie pracuje. Ilość tego roztworu potrzebna do dezynfekcji jest stała (zgodna z dostarczona instrukcja analizatora) i nie ma żadnego związku z wykonywanymi badaniami i ich ilością”. Z kolei w instrukcji obsługi urządzenia w pkt 14.1.16 Konserwacja miesięczna: dezynfekcja analizatora producent stwierdził, że aby uniknąć zagrożenia dla zdrowia, analizator należy dezynfekować raz w miesiącu lub w następujących przypadkach: Rozlanie, doprowadzenie do wycieku itp. potencjalnie zanieczyszczających cieczy; przygotowanie urządzenia do transportu lub magazynowania; przed interwencją Serwisu Technicznego; przed utylizacją urządzenia. Należy zdezynfekować obieg cieczy powierzchni mające kontakt z potencjalnie zanieczyszczającymi cieczami. Zgodnie z pkt 14.1.21 - Dezynfekcja powierzchni analizatora: Zdezynfekować powierzchnie roztworem 0,5% podchlorynu sodu (v/v). W tym celu należy wyczyścić powierzchnie jednorazowymi wacikami lub chusteczkami nasączonymi środkiem dezynfekcyjnym. Z ww. postanowień instrukcji obsługi należy więc wywieść, że dezynfekcja nie będzie następować tylko i wyłącznie raz w miesiącu, a miesięczna / roczna ilość wykorzystanego środka nie będzie miała charakteru stałego. Obowiązek dokonywania wyłącznie cyklicznej dezynfekcji będzie miał miejsce wyłącznie optymistycznego wariantu korzystania z urządzeń. W praktyce jednak wiadomym jest, że zdarzać się będzie szereg okoliczności - które zgodnie z zaleceniami producenta - będą wymagały podjęcia dodatkowych dezynfekcji, np. zalanie cieczą,

konieczność przetransportowania urządzenia. Zatem brak jest możliwości ogólnego określenia ilości środka jaka będzie wykorzystywana na potrzeby korzystania z urządzenia. W świetle powyższego w interesie zamawiającego powinno być dążenie, aby wykonawca w ofercie zadeklarował, że zobowiązuje się do dostarczenia materiału na żądanie zamawiającego, oraz określenia kosztów dokonania jednorazowej dostawy (analogicznie jak ma to miejsce w przypadku innych materiałów eksploatacyjnych). W analizowanym stanie faktycznym, w przypadku zwiększenia zapotrzebowania na materiał eksploatacyjny zamawiający - w świetle udzielonych przez Grifols wyjaśnień - będzie uzależniony od "dobrej woli" tego wykonawcy.

W świetle powyższego, w opinii odwołującego, oferta Grifols powinna zostać uznana jako nieodpowiadająca treści SIWZ, a tym samym zamawiający był obowiązany do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przyjął jako właściwe wyjaśnienia złożone przez Grifols pomimo tego, że stały one w rażącej sprzeczności z określonymi w dokumentacji przetargowej wymaganiami, w tym także nie uwzględniały określonego we wzorze umowy sposobu rozliczenia wykonania zamówienia.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień SIWZ jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp następuje wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w związku z ofertą Grifols. Stwierdzone uchybienie, tj. brak zaoferowania niezbędnego do użytkowania analizatorów Erytra Eflexis z ich przewidzianym przez producenta zastosowaniem w instrukcji obsługi - roztworu podchlorynu sodu ma charakter istotny i zasadniczy, niepodlegający konwalidacji w dopuszczalnych trybach art. 87 ust. 1 lub ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający kierując w dniu 07 lipca 2020 r. wezwanie do złożenia przez Grifols wyjaśnień w ww. zakresie oparł je o niewłaściwą

podstawę prawną. Zamawiający wskazał, że żąda wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, przy czym przepis ten uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień odnoszących się do dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Formularz cenowy, którego dotyczyło przedmiotowe zapytanie, nie mieści się w katalogu dokumentów wyspecyfikowanych ww. przepisie. Podstawą ewentualnego wezwania (przy czym odwołujący stoi na stanowisku, że już na podstawie samego formularza cenowego zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty Grifols jako niezgodnej z SIWZ) powinien być przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zastosowanie jako podstawy prawnej ww. przepisu uniemożliwia prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty oraz wprowadzanie zmian do jej treści.

W ocenie odwołującego Grifols złożonymi odpowiedziami podjął próbę konwalidacji zaniechań i błędów poczynionych w trakcie przygotowania i składania oferty, albowiem po terminie składania ofert pragnął "dodać" do pierwotnie złożonego formularza ofertowego nową pozycję dotyczącą materiałów eksploatacyjnych poprzez dodanie jej do kosztów / pozycji dotyczącej dzierżawy urządzenia. Deklaracja wykonawcy złożona w wyjaśnieniach z dnia 13 sierpnia 2020 r., która nie stanowi treści oferty nie rodzi po jego stronie żadnych obowiązków względem zamawiającego, a zamawiający na podstawie złożonych przez Grifols wyjaśnień nie będzie posiadał żadnych instrumentów natury prawnej i faktycznej, aby "wymusić" na Grifols dostawę ww. materiałów. Złożone wyjaśnienia nie stanowią bowiem doszczegółowienia treści złożonej pierwotnie oferty. Profesjonalny podmiot, po analizie SIWZ, jest obowiązany dokonać oceny zakresu i wyceny przedmiotu zamówienia. Z kolei składane w toku postępowania wyjaśnienia nie mogą uzupełniać lub zmieniać treści oferty złożonej w postępowaniu. A w niniejszym stanie faktycznym Grifols formułowanymi oświadczeniami dąży właśnie do dokonania konwalidacji dostrzeżonego przez zamawiającego braku uwzględnienia w ofercie zaoferowania dostawy materiałów eksploatacyjnych. Zważyć należy, że z uwagi na ryzyko wzrostu cen albo spadek liczby dostępnych na rynku materiałów do dezynfekcji istnieje znaczne ryzyko, że Grifols - wobec braku złożonej w tym zakresie deklaracji w ofercie dostarczenia konkretnych środków dezynfekującej, określenia minimalnej ich liczby oraz ceny ich dostawy - bez żadnych konsekwencji będzie miał możliwość zaniechania dokonywania dostaw lub kierowania żądania od zamawiającego zapłaty dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu (co w przypadku istniejącej sytuacji epidemiologicznej nie jest ryzykiem hipotetycznym). Przy aktualnie złożonym oświadczeniu ofertowym Grifols przysługuje uprawnienie do dostarczenia jakiegokolwiek środka dezynfekującego, w tym również takiego, który nie spełnia norm i zaleceń producenta - a zamawiający nie posiada żadnych instrumentów, aby omówić przyjęcia takiego środka lub zgłosić w tym zakresie roszczenia do wykonawcy. Formularz cenowy, którego wzór stanowił Tom III SIWZ, z uwagi na fakt, że stanowi podstawę do

rozliczeń pomiędzy stronami jest treścią oferty wykonawcy - określa zakres jego przyszłego świadczenia. Zamawiający określił w SIWZ zakres elementów jakie powinny zostać uwzględnione w formularzu, uszczegóławiając tę kwestię w udzielonych w toku postępowania odpowiedziach - z których wynika, że środki do dezynfekcji stanowią materiały eksploatacyjne oferowanych urządzeń i należy je uwzględnić w pozycji "Dostawy". Grifols (jako jedyny wykonawca w postępowaniu) nie określił w ofercie, że oferuje deklaruje dostawę ww. środków, zatem nie sposób na tym etapie postępowania wywodzić, że środki te zostaną dostarczone "ubocznie", "dodatkowo", "w gratisie" razem z dzierżawionym urządzeniem.

Odnosząc się natomiast do argumentacji, że Grifols weźmie na siebie koszty związane z dostawą ww. materiałów odwołujący wskazał, że takie założenie jest sprzeczne z istocie zamówienia publicznego, które z założenia i definicji ma charakter odpłatny. W świetle powyższego zaaprobowanie przez zamawiającego argumentacji tego wykonawcy będzie powodować, że zamawiający dopuści się w zakresie dostawy materiałów dezynfekujących naruszenia art. 139 ustawy Pzp z zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Dodatkowo deklaracja wykonawcy, że przejmie na siebie koszty dostawy ww. zakresie winno zostać przez zamawiającego zbadane jako czyn nieuczciwej konkurencji jako zaoferowanie ceny dumpingowej. Gdyby istniała możliwość przyjęcia - jak próbuje to wywieść Grifols, że w ramach dzierżawy wykonawcy mieli możliwość "ukrycia" wszystkich składników/ materiałów związanych z eksploatacją sprzętu, w tym dostawy materiałów niezbędnych i koniecznych do korzystania z urządzenia, to bezcelowym byłoby wymaganie przez zamawiającego złożenia formularza cenowego wraz z ofertą. Dokonanie takiej interpretacji mogłoby mieć sens, gdyby zamawiający przewidział rozliczenie wykonania zamówienia w ramach ceny ryczałtowej, a nie jak ma to miejsce w niniejszym przypadku - w formie rozliczeń za faktycznie dostarczone materiały i produkty (po stawkach przewidzianych w formularzu ofertowym przemnożonych przez ilość dostarczonych materiałów), odrębnie od wynagrodzenia wykonawcy za czynsz związany z dzierżawą urządzenia.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że okoliczność dostarczania przez Grifols materiałów eksploatacyjnych dla innych zamawiających, którzy potwierdzają ten fakt, pozostaje bez znaczenia w sprawie. Ocena czy oferta Grifols jest pełna oraz obejmuje pełen zakres produktów wymaganych przez zamawiającego winna być oceniana przez pryzmat oświadczenia złożonego na kanwie tego, konkretnego postępowania, a nie - jak przyjmuje Grifols - jego rzekomej praktyki w tym zakresie. Przyjęcie zasadności złożonych wyjaśnień w tym zakresie będzie prowadzić do kuriozalnych wniosków, że każdy z wykonawców, który zaniechał uwzględnienia w treści oferty wykonania danego elementu zamówienia, będzie miał możliwość złożenia zamawiającemu oświadczenia, że wykona pełen zakres umowy, bo taka optyka wynika ze strategii biznesowej firmy. Złożone oświadczenie z kolei będzie

następczo zastępować lub uzupełniać deklaracje zawarte w treści formularza ofertowego wykonawcy.

Nie bez znaczenia, w ocenie odwołującego, pozostaje również dyspozycja art. 140 ustawy Pzp, z której jednoznacznie wynika, że zakres świadczenia wykonawcy musi wynikać z oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonymi cechami i właściwościami, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.” (tak w wyroku KIO 399/17).

Zamawiający, 24 sierpnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, w dniu 26 sierpnia 2020 r., wykonawca: **Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej także „przystępujący”).

Zamawiający 12 października 2020 r., działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w pierwszej kolejności zaznaczył, że przedmiot postępowania w zakresie „Dostawy” został opisany w taki sposób, aby każdy z potencjalnych wykonawców mógł złożyć ofertę, według swojego własnego uznania, według swojej najlepszej wiedzy i zbudować ofertę według „elementów” wskazanych przez zamawiającego, tj.: „Badanie grupy krwi”, „Badanie próby zgodności”, „Materiały kontrolne - kontrola wewnętrzna”, „Kontrola zewnętrzna”, „Materiały eksploatacyjne” z tym, że co do zasady zamawiający wskazał liczbę wymaganych oznaczeń (badań) oraz czas obowiązywania umowy (48 miesięcy). W żaden sposób zamawiający nie narzucił w SIWZ, co rozumie pod poszczególnymi pojęciami, aby nie ograniczyć możliwości złożenia oferty przez żadnego z potencjalnych wykonawców. Jednak, mając na uwadze cel prowadzonego postępowania, zamawiający był przekonany, że opis przedmiotu zamówienia spełnia warunki określone przez ustawodawcę w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp a zatem, że jest jasny, czytelny, logiczny i nie powoduje trudności w złożeniu oferty zgodnie z treścią SIWZ, przy założeniu otrzymania odczynników wraz z niezbędnymi materiałami i urządzeniami w dzierżawie, dzięki któremu wykwalifikowany personel zamawiającego będzie mógł wykonać zaplanowaną liczbę badań (cel postępowania). W ocenie zamawiającego, jak wynika

zarówno z instrukcji obsługi aparatu zaoferowanego do dzierżawy przez Grifols, jak też mając na uwadze zapisy SIWZ, wskazany środek do dezynfekcji nie może być uznany za „Materiał eksploatacyjny” jak chce tego odwołujący, albowiem nie służy do przeprowadzenia badania immunohematologicznego. W sekcji "Dostawy" Formularza ofertowego (cenowego) wskazane powinny być materiały, których zużycie jest niezbędne do przeprowadzenia ilości badań wymaganych przez zamawiającego, albowiem tylko dla nich istnieje konieczność zabezpieczenia dostaw na żądanie zamawiającego. Co więcej, środek do dezynfekcji nie jest ani odczynnikiem, ani materiałem eksploatacyjnym, tylko środkiem dodatkowym używanym z góry oznaczonej i przewidzianej ilości i zabezpieczanej w ramach umowy dzierżawy, co potwierdzają to przede wszystkim wyjaśnienia samego wykonawcy Grifols, które to zamawiający przyjmuje i akceptuje.

Tym samym jego zaoferowanie wraz z przedmiotem dzierżawy nie budzi wątpliwości zamawiającego, jako elementu związanego z dzierżawą urządzenia (dzierżawa analizatorów). Zważywszy na niewielką wartość środka do dezynfekcji (z informacji posiadanej przez zamawiającego cena rynkowa to ok. 6 zł/kg) w porównaniu z wartością zamówienia (najniższa cena oferty to 1 380 779,28 zł.), to wartość ta dla warunków kontraktowych Stron jest zupełnie marginalna.

Niezależnie od powyższego zamawiający nie oczekiwał wyszczególnienia w treści Formularza ofertowego (cenowego) środka do dezynfekcji analizatora, gdyby było inaczej, sformułowałby takie wymaganie wprost w treści SIWZ i w Formularzu ofertowym (cenowym) i wskazał jako dodatkowy element Opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, wobec przyjętej konstrukcji prowadzonego postępowania, które zostało niejako zaakceptowane przez wykonawców (między innymi przez to, że złożyli oferty w postępowaniu) w świetle obowiązującej SIWZ, zamawiający wymagał wyceny odczynników (co oczywiste), materiałów kontrolnych (związane z przedmiotem zamówienia) oraz materiałów eksploatacyjnych w rozumieniu materiałów podlegających bieżącemu zużyciu podobnie jak odczynniki w czasie realizacji badań i których zużycie wynika z bezpośredniego ich użycia w toku realizacji badania. Tak przyjęta koncepcja postępowania oznacza, że zamawiający w trakcie realizacji umowy na bieżąco kontroluje ich ilość w posiadaniu, a także na bieżąco wzywa wykonawcę do ich uzupełnienia w związku ze zużyciem. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający wyszedł z założenia, że Materiały eksploatacyjne mają ścisły i bezpośredni związek z realizowanymi czynnościami związanymi z wykonywanymi przez personel zamawiającego oznaczeniami (badaniami), a nie z analizatorem - urządzeniem.

Dodatkowo, dla uniknięcia jakichkolwiek nieścisłości, usunięcia ewentualnych niejasności, zamawiający wezwał Grifols do złożenia wyjaśnień w dniu 15 czerwca 2020 r. Treść złożonych wyjaśnień usunęła możliwość pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości, iż środek do dezynfekcji wliczony został w czynsz dzierżawy analizatora oraz potwierdził fakt,



że będzie on dostarczany według potrzeb zamawiającego, w koniecznej ilości, na koszt wykonawcy, przez cały okres obowiązywania umowy. Tym samym Zamawiający wyzbył się jakichkolwiek wątpliwości, że dzierżawa analizatora obejmuje nie tylko "gołe" urządzenie (analizator), ale urządzenie gotowe do działania wraz z niezbędnym preparatem przeznaczonym do dezynfekcji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ wraz ze zmianami do niej, treścią oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, treścią wyjaśnień składanych przez Grifols w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp i odrzucił ofertę Grifols oferta odwołującego - która obecnie jest na drugim miejscu w rankingu ofert - byłaby uznana za najkorzystniejszą. Co, za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz ze zmianami do niej, treści oferty złożonej przez Grifols, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Grifols w postępowaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego w postaci:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku w przedmiocie: Dzierżawa sprzętu wraz z dostawą odczynników chemicznych, zestawów i wyrobów diagnostycznych sprzętu i testów dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku, treści pytań i odpowiedzi

zgłaszanych w tym postępowaniu, oferty złożonej przez Grifols w tym przetargu, na okoliczność że w postępowaniach organizowanych w podobnych postępowaniach przystępujący zwraca się o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie dotyczącym możliwości skalkulowania preparatu do dezynfekcji analizatora w kosztach dzierżawy oraz na okoliczność, że w treści oferty kalkuluje również koszty preparatu odkażającego;

2. pytania zadanego przez przystępującego w postępowaniu organizowanym przez Sosnowiecki Szpital Miejski Sp. z o.o. w Sosnowcu na okoliczność, że w innych postępowaniach Grifols zwracał się do zamawiających z pytaniem czy koszty preparatu de dezynfekcji mogą zostać uwzględnione w kosztach dzierżawy analizatora;
3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o. na okoliczność, że w postępowaniu na które powołuję się przystępujący nie było porównywalne do przedmiotowego, gdyż zamawiający nie prosił o odrębną wycenę materiałów eksploatacyjnych;

Izba oddaliła zgłoszony na rozprawie dowód w postaci karty charakterystyki substancji chemicznej - podchlorynu sodu 0,5%, albowiem powołany on został na okoliczności, które nie były podnoszone w odwołaniu. Odwołujący, w treści odwołania nie wskazywał na okoliczności, że Grifols nie przedłożył zamawiającemu karty charakterystyki dla tego produktu pomimo, że jest to produkt niebezpieczny, co miało świadczyć o tym, że nie został on zaoferowany przez przystępującego. Odwołujący zatem postawił zarzut nowy, ponad formułowane w treści złożonego odwołania, albowiem przedstawił argumentację dodatkową. W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez Grifols w postaci:

1. Wyciągu z treści Instrukcji Obsługi analizatora Erytra Eflexis dot. materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do badań podlegających bieżącemu monitorowaniu na okoliczność, że wśród nich nie wymienia się roztworu podchlorynu;
2. Wykazu analogicznych postępowań z udziałem Grifols z ostatnich 2 lat, w których zamawiający nie wymagali odrębnej wyceny roztworu podchlorynu;
3. Odpowiedzi zamawiających na pytania wykonawców - udzielane w innych postępowaniach, potwierdzające dopuszczalność uwzględnienia kosztów zapewnienia środków do dezynfekcji w cenie za dzierżawę urządzenia (Sosnowiecki Szpital Miejski odpowiedź na pytanie nr 25 z 16 czerwca 2020 r. oraz nr 1 z 17 czerwca 2020.r.; Szpital Uniwersytecki w Zielonej Górze - odpowiedź na pytanie nr 4 oraz nr 46 z 18 września 2020 r.);

4. Potwierdzenia dostarczenia przez Grifols roztworu podchlorynu w ramach świadczenia dzierżawy na rzecz: Regionalnego Szpitala Specjalistycznego w Grudziądzu (z 21 września 2020 r.) oraz Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach (z 10 czerwca 2020 r.);
5. Opracowania własnego - porównania ofert złożonych w postępowaniu przez odwołującego i przystępującego na okoliczność, że odwołujący nie wycenił (analogicznie jak Grifols) w swojej ofercie 70% roztworu etanolu, służącego do dezynfekcji urządzenia;
6. Instrukcji użytkownika dla urządzenia oferowanego przez odwołującego na okoliczność, że do konserwacji urządzenia wymagane jest użycie 70% roztworu etanolu;
7. Karty DG Gel ABO/Rh (2D) (RT) na okoliczność, że odpowiedzialnym za wskazanie jakie materiały są niezbędne do prowadzenia badań jest producent a w konsekwencji, że wykonawca wymienia w ofercie i oferuje te materiały, które wymienione zostały w karcie produktu.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ jest "Zakup i dostawa odczynników do badań immunohematologicznych, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawą analizatorów - 8 pozycji asortymentowych". Zgodnie z Tomem III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi: dzierżawa analizatorów immunohematologicznych oraz pozostałego sprzętu, w tym stacje robocze LIS oraz dostawa odczynników oraz innych materiałów zużywalnych.

Zamawiający w SIWZ wyspecyfikował zakres przedmiotu zamówienia objęty dzierżawą: analizatory immunohematologiczne I i II, Inne sprzęty w tym Stacje robocze LIS. Z kolei w ramach dostaw: (1) Badanie grupy krwi. Badanie grupy krwi (anty-A, anty-B, anty-DVI+/DVI-) oznaczenie izoaglutynin A1,B metodą mikrokolumnową - badanie winno obejmować oznaczenie grupy krwi i screening przeciwciał metodą mikrokolumnową. Uwaga: w liczbie oznaczeń ujęto liczbę przypadającą na badania kontrolne i walidację a dodatkowo należy uwzględnić karty do przeprowadzenia 6 500 screeningu przeciwciał (2-gie oznaczenie na każdym analizatorze codziennie), liczba oznaczeń: 90 500. (2) Badanie próby zgodności. Składa się z oznaczania półtestem grupy biorcy i dawcy, screeningu przeciwciał i właściwej próby zgodności. Badanie grupy krwi biorcy: 23 500 oznaczeń, próba zgodności z kontrolą dawcy: 53 500 oznaczeń. (3) Materiały kontrolne - kontrola wewnętrzna. Codzienna kontrola wewnętrzna dla systemów automatycznych wg przepisów Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 07.03.2019: Grupa krwi - 1 raz dziennie na dwóch analizatorach; Przeciwciała odpornościowe - 2 razy dziennie na dwóch analizatorach; Kontrola grupy biorcy 1 raz dziennie na dwóch analizatorach; Kontrola grupy dawcy 1 raz dziennie na dwóch

analizatorach.

(4) Kontrola zewnętrzna. Zapewnienie uczestnictwa w dedykowanym programie kontroli zewnętrznej wraz z materiałem kontrolnym, 1 x kwartał. Liczba oznaczeń: 16. (5) Materiały eksploatacyjne. Podać z wyszczególnieniem asortymentu w ilościach zapewniających wykonanie zaplanowanej liczby badań w okresie 48 miesięcy.

Dalej Izba ustaliła, że wykonawcy, w toku postępowania, zwracali się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie SIWZ. Zamawiający 14 maja 2020 r. udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących sposobu przygotowania i wyceny oferty w zakresie "Materiałów eksploatacyjnych": Prosimy o potwierdzenie, że zamawiający nie wymaga w formularzu cenowym uwzględnienia dodatkowych materiałów ogólnodostępnych w laboratorium takich jak woda destylowana? Odpowiedź: Zamawiający nie wymaga dostaw wody destylowanej. Z kolei na pytanie 29 o treści: Prosimy o potwierdzenie, że zgodnie z Tomem III „Dostawy” pkt 5 Oferent winien zaoferować wszystkie materiały eksploatacyjne niezbędne do wykonania wyspecyfikowanej przez zamawiającego ilości badań, uwzględniając płyny systemowe i inne środki/ substancje potrzebne do pracy analizatorów ? Zamawiający udzielił odpowiedzi: Potwierdzamy taką konieczność (wyjątek: woda destylowana - jeżeli wymagana - zamawiający zapewnia ją w własnym zakresie).

Jak ustalił skład orzekający w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym odwołujący oraz przystępujący. Zamawiający 15 czerwca 2020 r. wezwał Grifols do złożenia wyjaśnień z jakich powodów nie wskazał on w ofercie w pozycji 5 - Materiały eksploatacyjne asortymentu w postaci 0,5% roztworu sodu, który według instrukcji obsługi urządzenia jest wymagany przy dezynfekcji zaoferowanego aparatu. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący oświadczył, że ww. asortyment został uwzględniony w ramach dzierżawy analizatora. Następnie zamawiający dokonał wyboru oferty Grifols jako oferty najkorzystniejszej. Od decyzji zamawiającego odwołanie złożył odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Grifols z postępowania w związku z zaniechaniem zaoferowania w formularzu cenowym materiałów eksploatacyjnych ofertowanego urządzenia w postaci środków do dezynfekcji - 0,5% roztworu podchlorynu sodu (zgodnie z instrukcją obsługi urządzenia). Zamawiający w dniu 06 sierpnia 2020 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 czerwca 2020 r. oraz wskazał, że "zamierza powtórnie przeprowadzić badanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu". Z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - odwołujący cofnął odwołanie. Następnie, 7 lipca 2020 r. zamawiający wezwał Grifols do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, prosząc o wyjaśnienie czy wskazane w ofercie Wykonawcy "Materiały eksploatacyjne" są

wystarczające (w rozumieniu: "wszystkie") do wykonania zaplanowanej przez zamawiającego ilości badań w okresie 48 miesięcy ? Grifols udzielił odpowiedzi na zadane pytanie informując, że materiały eksploatacyjne, które wskazał i wycenił w swojej ofercie w pozycji 5 tabeli dotyczącej "Dostawy" obejmują wszystkie materiały niezbędne do wykonania zaplanowanej przez zamawiającego ilości badań w okresie 48 miesięcy, a tym samym są kompletne i wystarczające. Z kolei na pytanie: czy do wykonania zaplanowanej przez zamawiającego ilości badań niezbędne jest również zaoferowane przez wykonawcę materiału eksploatacyjnego w postaci 0,5% roztworu podchlorynu sodu? Czy 0,5% roztwór podchlorynu sodu jest materiałem eksploatacyjnym do wykonania badań ?, przystępujący stwierdził, że 0,5% roztwór podchlorynu sodu nie jest wykorzystywany do badań i nie jest materiałem eksploatacyjnym do wykonania badań. Jak wskazano powyżej, kompletny asortyment niezbędny do wykonania badań w ilości zaplanowanej przez Zamawiającego wskazano w pozycji 5 tabeli dotyczącej "Dostawy". Tym samym oferowanie Zamawiającemu 0,5% roztworu podchlorynu sodu jako materiału eksploatacyjnego niezbędnego do wykonania zaplanowanej ilości badań jest bezprzedmiotowe. Dla wykonania badań roztwór ten jest zbędny. Zamawiający poprosił również o wyjaśnienie czy 0,5% roztwór podchlorynu sodu jest materiałem niezbędnym do eksploatacji zaoferowanego urządzenia Erytra Eflexis ? Na to pytanie Grifols odpowiedział, że 0,5% roztwór podchlorynu sodu służy jedynie do zalecanej przez Grifols dezynfekcji urządzenia Erytra Eflexis, która jest przeprowadzana gdy analizator nie pracuje. Ilość tego roztworu potrzebna do dezynfekcji jest stała (zgodna z dostarczoną instrukcją analizatora) i nie ma żadnego związku z wykonywanymi badaniami i ich ilością. Ponadto na pytanie: czy wykonawca będzie dostarczał w ramach realizacji przyszłej umowy w zakresie dzierżawy urządzenia Erytra Eflexis 0,5% roztwór podchlorynu sodu na swój koszt i czy to świadczenie jest wliczone w wartość dzierżawy urządzenia?, Grifols odpowiedział: wykonawca potwierdza, że złożona zamawiającemu oferta w zakresie związanym z dzierżawą analizatora Erytra Eflexis obejmuje również dostarczenie 0,5% roztworu podchlorynu do ww. dezynfekcji analizatora. Konsekwentnie w ramach realizacji przyszłej umowy zamawiający będzie miał zapewnioną dostawę tegoż roztworu na koszt Grifols. który został wliczony do wynagrodzenia zaoferowanego z tytułu dzierżawy urządzenia. Zgodnie ze wzorem umowy, wykonawca dostarczy przedmiot dzierżawy wraz z ww. roztworem do miejsca wskazanego przez zamawiającego. Tym samym zamawiający nie musi nabywać omawianego roztworu w ramach odrębnych odpłatnych zamówień/zleceń. Jest to standardowe podejście przyjmowane przez Grifols dla tego typu zamówień, co potwierdzają załączone do niniejszych wyjaśnień oświadczenia podmiotów, na rzecz których Grifols realizuje takie zamówienia, tj. oświadczenie Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. Dr Władysława Biegańskiego w Grudziądzu z 30 czerwca 2020 r. oraz złożone przez Wojewódzki Szpital

Zespolony w Elblągu z 30 czerwca 2020 r. Zamawiający 12 sierpnia 2020 r. ponownie dokonał wyboru oferty Grifols jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z niniejszą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając 24 sierpnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz 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. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że Grifols w złożonej ofercie nie uwzględnił w Formularzu cenowym materiału eksploatacyjnego dla oferowanego analizatora, w postaci 0,5% roztworu podchlorynu sodu, formułując zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Swoje wnioski w zakresie stwierdzonej niezgodności opierał w pierwszej kolejności na interpretacji wymagań zamawiającego, które dotyczyły konieczności wskazania i wyceny w ofercie, w części zamówienia dotyczącej dostawy materiałów eksploatacyjnych które, jak zaznaczył zamawiający, miały zapewnić wykonanie zaplanowanej liczby badań w okresie 48 miesięcy obowiązywania umowy.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione w zakresie, w jakim zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ.

W niniejszej sprawie zauważyć należy, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał, że jego przedmiotem jest zakup i dostawa odczynników do badań immunohematologicznych, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawą analizatorów. Zgodnie z tabelą zamieszczoną w Tomie III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), w pkt 5 wskazał, aby wykonawca podał materiały eksploatacyjne z wyszczególnieniem

ich asortymentu, w ilościach zapewniających wykonanie zaplanowanej ilości badań w okresie 48 miesięcy. Dostrzec należy jednak, że zamawiający nie opisał w treści SIWZ ani w jaki sposób definiuje pojęcie „materiały eksploatacyjne”, ani też nie wymienił jakie materiały zaoferować należy w ramach przedmiotu zamówienia i wyspecyfikować w pkt 5.

Tym samym należało w niniejszej sprawie wziąć pod uwagę jaki był zakres i cel przedmiotowego postępowania, a mianowicie dzierżawa urządzeń (analizatora) oraz odczynników, które w okresie 48 miesięcy mają zapewnić zamawiającemu możliwość wykonania określonej liczby badań na danych urządzeniach, które zaoferuje wykonawca. Chociaż cel zamówienia wynikał z treści SIWZ, w żadnym miejscu zamawiający nie sprecyzował jednak w jaki sposób wykonawcy mają zaoferować przedmiot przyszłego świadczenia. Każdy zatem wykonawca biorący udział w postępowaniu mógł w sposób indywidualny zaoferować swój przedmiot zamówienia i wpisać go w Formularzu ofertowym (cenowym), z uwzględnieniem wymagań zamawiającego, a więc określić asortyment niezbędny do wykonywania badań na oferowanym analizatorze. Konstrukcja przyjęta przez zamawiającego jest zrozumiała i celowa o tyle, że w zależności od oferowanego urządzenia, inne będą materiały, które używa się do badań. To bowiem producent urządzenia w instrukcji określa jakie odczynniki i materiały zużywalne służą wykonywaniu badań na danym analizatorze.

Zakres zamówienia określony przez zamawiającego został opisany w taki sposób, że w ramach zamówienia oprócz samej dzierżawy analizatora, który posłuży zamawiającemu do wykonywania badań opisanych w SIWZ, wykonawca będzie także zobowiązany do dostarczania, sukcesywnie w okresie obowiązywania umowy, także odczynników do badań. Te, zgodnie z tym co przewidział zamawiający w §1 ust. 5 wzoru umowy, będą dostarczane przez wykonawcę stosownie do potrzeb zamawiającego i zgodnie ze składanymi przez niego każdorazowo zamówieniami. Maksymalną wartość wynagrodzenia za dostawę określono w §1 ust. 2a wzoru umowy, zaś przedmiot dostaw stanowiły odczynniki niezbędne do wykonania badania w takim znaczeniu, że bez ich użycia niemożliwe będzie przeprowadzenie badania i w efekcie uzyskanie wyniku. Materiały te będą zamawiane zatem z tego powodu, że zużywają się proporcjonalnie i sukcesywnie, w związku z prowadzonymi badaniami.

Zamawiający w OPZ wskazał też, że przedmiot dostawy obejmuje inne materiały zużywalne. Odnosząc się z kolei do tego pojęcia uznać należy, że materiały zużywalne, podobnie jak odczynniki, są niezbędne do wykonania badania i uzyskania określonego wyniku, i podobnie jak one podlegają bieżącemu zużyciu. Zużycie to jest adekwatne do liczby wykonywanych badań, co w konsekwencji uzasadnia ich sukcesywne zamawianie w trakcie obowiązywania umowy. Z tego powodu zarówno w odniesieniu do odczynników, jak też innych materiałów zużywalnych zamawiający wymagał w ofercie ich odrębnej wyceny,

z jednoczesnym wskazaniem przez wykonawcę odpowiednio do przedmiotu wyceny: liczby oznaczeń, wielkości opakowania oraz ilości wycenianych opakowań. Pojęcie „materiały zużywalne” pojawia się także w opisie wymaganych parametrów urządzenia, gdzie w pkt 10 wskazano, że: „Na pokładzie analizatora winien się znajdować magazyn odczynników i materiałów zużywalnych wyposażony w system bieżącego monitorowania i ostrzegania w przypadku niewystarczającej ilości w stosunku do zaplanowanej ilości badań”. Nie ulega wątpliwości zatem, że zarówno odczynniki, jak i materiały zużywalne służą prowadzonym badaniom, a bez ich użycia wykonanie badania jest niemożliwe.

Zastrzeżenia odwołującego dotyczyły tego, że w ramach materiałów eksploatacyjnych Grifols nie wymienił środka w postaci 0,5% roztworu podchlorynu sodu, który, co nie było sporne między stronami, służy do dezynfekcji urządzenia - dzierżawionego analizatora. Odwołujący podkreślał, że środek ten również zaliczyć należy do materiałów eksploatacyjnych, zaś obowiązkiem Grifols było wyspecyfikowanie go i dokonanie jego wyceny w formularzu oferty. W ocenie Izby oczekiwania odwołującego nie znajdują oparcia w świetle zapisów SIWZ. Jak bowiem wskazano wyżej pojęcie „materiałów eksploatacyjnych” należy odnosić ściśle do czynności wykonywania badań, nie zaś do pracy urządzenia. W pozycji 5 tabeli wskazano bowiem wprost, że ilości, które dany wykonawca ma zaoferować zależą od ilości wykonywanych badań. Nie ulega wątpliwości, że urządzenie służy przeprowadzaniu badań i konieczne jest jego utrzymanie w odpowiednim stanie, ale konserwacja urządzenia jest wykonywana niezależnie od ilości badań i nie występuje ścisła korelacja pomiędzy ilością wykonywanych badań a częstotliwością przeprowadzanych konserwacji. Wbrew zatem sugestiom zawartym w treści odwołania, pojęcie „Materiały eksploatacyjne” nie obejmowało wszystkich materiałów niezbędnych do korzystania z oferowanych urządzeń, gdyż nie sposób takiego rozszerzającego zakresu wywieść z treści przywołanych zapisów SIWZ i wzoru umowy.

Mając na uwadze, że treść wymogu zawartego w pkt 5 tabeli dla zamawianych dostaw jest jednoznaczna, gdyż zamawiający wyraźnie wskazał, że ma na myśli materiały związane z wykonaniem zaplanowanej liczby badań, uznać należy, że Grifols zasadnie w złożonej ofercie nie wyspecyfikował środka w postaci roztworu podchlorynu sodu. Ten, zgodnie z instrukcją obsługi analizatora oferowanego przez przystępującego - służy do dezynfekcji urządzenia, a zatem nie bezpośrednio przeprowadzaniu badań. Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców wyspecyfikowania w ofercie wszystkich materiałów, które miałyby służyć korzystaniu z urządzeń, będących przedmiotem dzierżawy, ale materiałów niezbędnych do wykonania badań. Zakres badań, które mają być prowadzone na dzierżawionym urządzeniu został określony w OPZ.

Z pewnością nie można dokonywać rozszerzającej interpretacji pojęcia materiałów eksploatacyjnych, szczególnie w przypadku dokonywania oceny w zakresie tego czy oferta



wykonawcy spełnia wymagania opisane w SIWZ i jest zgodna z jej treścią. Wszyscy wykonawcy związani są bowiem treścią dokumentacji przetargowej i składając swoją ofertę odpowiadają wyłącznie na wymagania sprecyzowane w jej postanowieniach. Jeśli dane oczekiwane nie zostało w SIWZ wprost wyrażone, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, nie można w stosunku do wykonawcy wyciągać negatywnych konsekwencji z tego tytułu.

Zauważyć należy, że odwołujący w analogiczny sposób rozumiał postanowienia OPZ w tym zakresie. Z dowodu złożonego przez Grifols w postaci porównania ofert złożonych przez odwołującego i przystępującego wynika, że chociaż w instrukcji użytkownika dla oferowanego przez odwołującego urządzenia wymieniono 70% roztwór etanolu, jako niezbędny do konserwacji urządzenia - odwołujący nie wycenił go w swojej ofercie. W instrukcji użytkownika dotyczącej oferowanego przez odwołującego urządzenia (dowód złożony przez Grifols) wynika w szczególności, że do odkażania urządzenia służy 70% etanol (pkt 10.3), roztwór ten używany jest również do konserwacji okresowej urządzenia (pkt 10.4), czyszczenia (pkt 10.7), płukania zbiornika podczas dokonywania tygodniowej konserwacji (pkt 10.6). Środek ten nie został wyspecyfikowany i wyceniony w ofercie odwołującego, analogicznie jak to miało miejsce w przypadku Grifols w odniesieniu do środka, służącego dezynfekcji oferowanego przez tego wykonawcę analizatora.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że zakres wyceny wymaganej w pkt 5 tabeli uległ rozszerzeniu na wszelkie inne materiały, które mają związek z pracą urządzenia, w związku z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 29 z 14 maja 2020 r. Przedmiotowe pytanie dotyczyło stricte okoliczności czy należy uwzględnić w wycenie wszystkie materiały eksploatacyjne, służące wykonaniu badań wyspecyfikowanych przez zamawiającego w OPZ. Pytanie powyższe wprawdzie zawierało w swej treści wątpliwość czy dotyczy to również płynów systemowych i innych środków/substancji potrzebnych do pracy analizatorów, jednakże wykonawca zadający pytanie nie sprecyzował co rozumie pod ogólnym pojęciem „innych środków potrzebnych do pracy analizatorów” i nie wskazał co ma na myśli pod pojęciem „innego środka”. Z kontekstu pytania należy jednak wnioskować, że zwrot ten odnosił się wyłącznie do wskazanych w pierwszej części pytania materiałów eksploatacyjnych, służących wykonaniu badań wyspecyfikowanych przez zamawiającego. Zatem należy przyjąć, że cała treść pytania została sformułowana w taki sposób, iż odnosiła się wyłącznie do bliżej niesprecyzowanych, innych niż płyny systemowe środków, które są potrzebne do pracy analizatorów w takim zakresie, w jakim praca ta obejmuje wykonywanie badań. Przyjęcie rozszerzającej wykładni byłoby, w okolicznościach niniejszej sprawy, nieuprawnione.

Odwołujący wyciąga również błędne wnioski z treści odpowiedzi zamawiającego na zadane powyżej pytanie. Zamawiający ustosunkował się do podniesionych wątpliwości,

udzielając krótkiej odpowiedzi: „Potwierdzamy taką konieczność (wyjątek: woda destylowana jeżeli wymagana - zamawiający zapewnia ją we własnym zakresie)”. Nie sposób jednak wywieść z tego, że zamawiający wymieniając wodę destylowaną przesądził o tym, że wykonawca zobowiązany jest rozszerzyć wycenę na wszystkie inne środki. Udzielając odpowiedzi zamawiający nie dokonał zmiany treści punktu 5 tabeli, ani żadnej innej części SIWZ czy OPZ. Potwierdził jedynie, że skalkulować w ofercie należy wszystkie materiały eksploatacyjne, ale jeśli są one potrzebne do wykonania badań. Jeśli zatem woda destylowana byłaby takim materiałem - zamawiający poinformował, że nie należy jej wyceniać w ofercie, albowiem posiada w szpitalu zapasy, stąd jej zamawianie byłoby niecelowe. W ocenie składu orzekającego nie można zatem uznać, że odpowiedź na pytanie miała w jakikolwiek sposób zmierzać do rozszerzenia rozumienia zapisów zawartych w SIWZ tj. że należało w formularzu wymienić również materiały służące do dezynfekcji urządzenia.

Stwierdzić zatem należy, że nie można ani z treści SIWZ, jak też z odpowiedzi na pytanie nr 29, udzielonej przez zamawiającego w piśmie z 14 maja 2020 r. wywieść, że zamawiający zobowiązał wykonawców do dokonania wyceny środków do dezynfekcji analizatora w ramach pozycji dotyczącej „materiałów eksploatacyjnych”. Tym samym w odniesieniu do oferty Grifols nie zachodzi zarzucana w odwołaniu niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ, w tym OPZ. Uznać należy, że oferta Grifols spełnia wszystkie wymagania zamawiającego postawione w SIWZ, w szczególności w pozycji nr 5 tabeli dla dostaw zawiera wycenę wszystkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych.

Okoliczność, że w ofercie Grifols uwzględnił wszystkie inne materiały, niezbędne do realizacji zamówienia, które nie zostały wymienione w tabeli w pkt 5 z tego powodu, że nie było wyraźnego wskazania w tym zakresie - została potwierdzona przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Bez znaczenia przy tym dla udzielonych wyjaśnień jest okoliczność czy zamawiający wzywał przystępującego powołując się na treść art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy też gdyby powołał się na właściwą w tym przypadku podstawę prawną - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Kluczowe dla oceny złożonych wyjaśnień jest, że w sytuacji gdy odwołujący formułował wątpliwości co do oferty Grifols, zamawiający skierował do przystępującego konkretne pytania dotyczące przeznaczenia roztworu i sposobu jego uwzględnienia w ofercie. Przystępujący, na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że ww. asortyment został uwzględniony w pozycji dotyczącej dzierżawy urządzenia. Działanie takie należało uznać za uprawnione, w świetle powyższych rozważań dotyczących sposobu i zakresu wyceny w pozycji dotyczącej materiałów eksploatacyjnych. Skoro brak było po stronie wykonawców obowiązku wyceny środków do dezynfekcji urządzenia w ramach pkt 5 tabeli dla dostaw, a jednocześnie zamawiający nie sprecyzował, że środki tego rodzaju muszą zostać wycenione w innej pozycji, to należy

uznać za zgodne z SIWZ działanie polegające na uwzględnieniu kosztów z tym związanych w cenie dzierżawy analizatora.

Grifols, biorąc pod uwagę, że cena ofertowa określona w Formularzu oferty, miała zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz okoliczność, że zamawiający podzielił zakres zamówienia na dwa elementy: dzierżawę urządzenia oraz dostawę - dokonał stosownego podziału w ofercie. Na cenę ofertową składała się: cena za dostawę, w zakresie opisanym przez zamawiającego tj. związana z dostawą wszystkich materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania badań, w ilości zaplanowanej przez zamawiającego oraz cena za dzierżawę. Łączna, wyliczona przez wykonawcę cena obejmować miała pełen zakres zamówienia. Stąd Grifols koszty związane z realizacją zamówienia, ponoszone w związku z koniecznością dostarczenia zamawiającemu roztworu, o którym mowa w Instrukcji urządzenia, skalkulował je w pozycji dotyczącej dzierżawy. Potwierdził to dodatkowo w wyjaśnieniach, udzielonych zamawiającemu w piśmie z 13 lipca 2020 r.

Także, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez Grifols doprowadziły do nieuprawnionej zmiany treści złożonej przez niego oferty, po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W wyniku udzielonych wyjaśnień oferta przystępującego nie uległa żadnym zmianom ani uzupełnieniom, zarówno co do zakresu oferowanego świadczenia, jak też co do dokonanej wyceny. O zmianie takiej nie przesądza bowiem wynikająca ze złożonych wyjaśnień informacja o tym, że koszt roztworu do dezynfekcji ujęto w cenie dzierżawy. Zauważyć też należy, że zamawiający nie prosił wykonawców aby przedstawili oni w ofercie szczegółową kalkulację ceny za dzierżawę urządzenia. Tym samym w pozycji tej wykonawcy mieli uwzględnić wszystkie inne koszty, nie ujęte w kosztach dostaw, które wynikały z konieczności realizacji pełnego zakresu zamówienia opisanego w SIWZ.

W tym miejscu odnieść się również należy do argumentacji odwołującego, który podnosił, że Grifols w innych, podobnych postępowaniach albo zwracał się o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie dotyczącym możliwości skalkulowania preparatu do dezynfekcji analizatora w kosztach dzierżawy, a zatem miał w tym zakresie wątpliwości lub też w składanych ofertach odrębnie specyfikował koszty preparatu odkażającego, nie uwzględniając ich w kosztach dzierżawy. Odnosząc się do dowodów przedłożonych na rozprawie w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku w przedmiocie: Dzierżawa sprzętu wraz z dostawą odczynników chemicznych, zestawów i wyrobów diagnostycznych sprzętu i testów dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku, treści pytań i odpowiedzi zgłaszanych w tym postępowaniu, oferty złożonej przez Grifols w tym przetargu, a także pytań zadanych przez przystępującego w postępowaniu organizowanym przez

Sosnowiecki Szpital Miejski Sp. z o.o. w Sosnowcu, mających potwierdzić wskazane wyżej okoliczności - Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Grifols, że powyższa praktyka spowodowana jest tym, że w innych postępowaniach odwołujący również podnosi wątpliwości co do zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Stąd też działania Grifols, które polegają czy to na zadawaniu pytań, czy też na wydzielaniu, w ramach ceny oferty kosztów preparatu odkażającego, jako odrębnej pozycji - mają na celu uniknięcie analogicznych działań odwołującego polegających na kwestionowaniu jego oferty, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie skład orzekający wziął pod uwagę dowody przedstawione przez Grifols w postaci potwierdzenia dostarczenia przez niego roztworu podchlorynu w ramach świadczenia dzierżawy na rzecz: Regionalnego Szpitala Specjalistycznego w Grudziądzu (z 21 września 2020 r.) oraz Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego w Siedlcach (z 10 czerwca 2020 r.) uznając, że przyjętą praktyką jest kalkulowanie kosztów roztworu podchlorynu sodu wraz z dzierżawą urządzenia. Nie ulega wątpliwości, co podnosił odwołujący składając specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Sp. z o.o., że w różnych postępowaniach zamawiający formułują zapisy SIWZ w różny sposób, jednakże potwierdzenia pozyskane od innych zamawiających świadczą, że przyjęcie takiego sposobu kalkulacji jest jednym z możliwych. Jak wyjaśniał odwołujący na rozprawie, co potwierdził także zamawiający praktyką jest, że środek ten jest dostarczany wraz z samym urządzeniem, w ilości wystarczającej przez cały okres dzierżawy analizatora, albowiem koszt tego preparatu jest nieznaczny. Tym samym uznać należy, że praktyka taka jest powszechna, a w świetle zapisów SIWZ w niniejszym postępowaniu – takie rozwiązanie należało uznać za w pełni uprawnione.

Izba nie podziela również poglądów odwołującego co do tego, że skoro środek ten nie został wprost wyspecyfikowany ani w ramach dostaw, ani w ramach dzierżawy - nie zostanie on dostarczony w ramach przedmiotowego zamówienia. Po pierwsze, na co już wcześniej zwrócono uwagę, brak było po stronie Grifols obowiązku uwzględnienia roztworu w pozycji 5 tabeli. Ponadto sam brak wyspecyfikowania, jako odrębnej pozycji w samym formularzu oferty, nie świadczy o braku jego zaoferowania w ramach przyszłego świadczenia wykonawcy. Zakres ten określa bowiem po pierwsze treść złożonej oferty, w której zawarto zobowiązanie do wykonania całości zamówienia zgodnie z SIWZ, treścią wyjaśnień do SIWZ oraz z uwzględnieniem jej modyfikacji, a dodatkowo potwierdzają udzielone wyjaśnienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przystępującego, że gdyby przyjąć pogląd odwołującego należałoby również dojść do wniosku, że w ofercie Grifols nie skalkulowano i nie ujęto innych jeszcze elementów składających się na przedmiotowe zamówienie, jak:

szkolenia z obsługi analizatora, jego instalacja i walidacja, czynności serwisowe i gwarancyjne, czy też kwestie wykonania prac dostosowawczych w pomieszczeniu do instalacji analizatora. Skoro zamawiający przyjął w formularzu oferty określony sposób wyceny oferowanych świadczeń - wykonawcy zobowiązani byli dostosować się do tych wymogów. W przypadku przystępującego uznać należy, że przyjął on dopuszczalny i możliwy sposób kalkulacji ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

**Przewodniczący:** .....