

WYROK
z dnia 31 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,** i:
 - 2.1. 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. ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,** na rzecz zamawiającego **Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup i dostawa odczynników do wykonywania badań biochemicznych, immunochemicznych oraz dzierżawa systemu wydajnych platform - aparatów analitycznych biochemiczno-immunochemicznych, dzierżawa sortera próbek, automatycznej linii transportującej próbki”, nr referencyjny ZP/250/072/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2019 r., nr 2019/S 181-440268. Pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Siemens Healthcare Sp. z o.o.

W dniu 16 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Siemens Healthcare, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania i zaniechanie wezwania wykonawcy Siemens Healthcare do wyjaśnienia istotnych elementów oferty mających wpływ na jej ostateczną wysokość pod kątem oceny, czy jego oferta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Siemens Healthcare do uzupełnienia dokumentów (materiałów informacyjnych, katalogów, opisów) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybiórcze stosowanie postanowień siwz oraz poprzez niezasadny wybór oferty Siemens Healthcare jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1. Niespełnienie warunków w Załączniku nr 5_3 - parametry techniczne i funkcjonalne/graniczne.

Zamawiający wymagał, aby w kolumnie 4 zatytułowanej: "Oferowany analizator spełnia Tak/Nie - opisać", zamieścić opis cech i funkcjonalności oferowanego sprzętu. Spółka Siemens nie spełniła tego warunku formalnego i w szczególności w punktach 2, 5-32, 53-60 Załącznika nr 5_3 nie zawarła opisu parametrów i funkcjonalności dla oferowanych urządzeń, co było wymagane przez Zamawiającego. (...)

Braki opisu oferowanych parametrów nie pozwalają na zidentyfikowanie przez Zamawiającego przedmiotu świadczenia i zweryfikowania zgodności oferowanych parametrów z treścią SIWZ. Wykonawca powinien dokładnie opisać jaką dany parametr posiada wartość, aby Zamawiający mógł po pierwsze zweryfikować zgodność parametru z wymogami SIWZ, a po drugie, aby uniknąć sytuacji, iż po rozstrzygnięciu postępowania zostanie mu zaoferowany inny przedmiot świadczenia. Taki sposób opisanie parametrów poprzez stwierdzenie „TAK” i brak ich opisu, kiedy Zamawiający tego wymaga, pozostawia wykonawcy nieuprawnioną dowolność w kształtowaniu swojego świadczenia już po wyborze jego oferty, stawiając w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców.

Zauważyc również trzeba, że spełnianie ww. parametrów miało mieć swoje potwierdzenie w materiałach informacyjnych/katalogach. Zgodnie z rozdziałem X punktem 3.2. SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądał złożenia na wezwanie opisów (materiałów informacyjnych), katalogów - w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w Załącznikach nr 5 - Opis przedmiotu zamówienia - formularze cenowe/formularze parametrów technicznych, a w materiałach informacyjnych należało wskazać, których dokładnie pozycji dotyczą. Firma Siemens w złożonych katalogach potwierdziła jedynie część parametrów. Nie zostały potwierdzone parametry z ww. punktów 2, 5-32, 53-60.

Ponadto firma Siemens na potwierdzenie parametrów złożyła oświadczenie własne datowane na dzień 22.11.2019 r. (a nie oficjalne materiały/katalogi), z którego również nie sposób wywieść jakie parametry dokładnie zostały zaoferowane (brak opisu parametrów). Treść tego oświadczenia sprowadza się do jednego zdania: „Firma Siemens Healthcare sp. z o.o., oświadcza, że spełnia wszystkie wymagania potwierdzone w załączniku nr 5”. (...)

Powyższe świadczy o niezgodności treści oferty Siemens z treścią SIWZ. (...)

2. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Niezależnie od zarzutu opisanego w punkcie 1, Odwołujący z ostrożności podnosi również zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i zaniechania wezwania Siemens

do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdziale X punkt 3.2. SIWZ (...) Siemens złożył katalogi/materiały informacyjne potwierdzające tylko część parametrów opisanych w Załączniku nr 5 do SIWZ. Brak jest natomiast potwierdzenia dla punktów: 2, 5-32, 53-60 Załącznika nr 5.3 do SIWZ. Niezaprzeczalnie ww. dokumenty są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, co wprost wynika również z treści rozdziału X pkt 3.2. SIWZ. (...)

3. Niespełnienie parametru wymaganego w punkcie 44 Załącznika nr 5_3 SIWZ dotyczącego „automatycznego rozcieńczania próbki po przekroczeniu liniowości metody”.

W załączniku nr 5_3 do SIWZ w punkcie 44 Zamawiający wymagał spełnienia następującego parametru: „automatyczne rozcieńczanie próbki po przekroczeniu liniowości metody”. Odwołujący podnosi, iż oferta Siemens nie spełnia tego parametru w zakresie części biochemicznej. W części biochemicznej większość oznaczeń wykonywana jest z rozcieńczonej próbki (50 µl surowicy/osocza plus 200 µl Atellica CH Diluent). I tak np. dla badania ALT zakres pomiarowy wynosi 7-1100 U/L. Wyniki poza tym zakresem są flagowane. Automatyczne powtórzenie rozszerza ww. zakres do 330 U/L. Jest to jednak powtórzenie testu z próbki rozcieńczonej manualnie (a nie automatycznie). Tymczasem wymóg postawiony przez Zamawiającego odnosi się do automatycznego rozcieńczenia próbki (a nie automatycznego powtórzenia badania), które to automatyczne rozcieńczenie musi nastąpić po przekroczeniu liniowości. Oferta Siemens nie spełnia tego parametru, ponieważ automatyczne rozcieńczanie w przypadku analizatora firmy Siemens następuje przed przekroczeniem liniowości (na samym początku).

Spełnienia ww. parametru nie potwierdzają również „zawile” wyjaśnienia Siemens złożone na wezwanie Zamawiającego. Siemens wyjaśnił, że: „w analizatorze biochemicznym systemu zintegrowanego po przekroczeniu liniowości metody dla danego testu następuje automatyczne powtórzenie badania po automatycznym rozcieńczeniu, w wyniku którego uzyskuje się poszerzony zakres liniowości metody”. „Automatyczne powtórzenie badania” nie oznacza, że próbka jest ponownie „automatycznie rozcieńczana”. Sformułowanie „automatyczne powtórzenie badania” wprowadza w błąd ponieważ: „automatyczne powtórzenie badania” ≠ „automatyczne rozcieńczenie próbki”.

Jak Siemens wyraźnie wskazał, samo powtórzenie badania następuje „po automatycznym rozcieńczeniu”. Zwrócić jednak szczególną uwagę należy na fakt, że z przedmiotowych wyjaśnień nie wynika, kiedy dokładnie występuje rzeczzone „automatyczne rozcieńczenie”, tj. czy przed przekroczeniem liniowości, czy też po jej przekroczeniu.

Także złożona przez firmę Siemens instrukcja obsługi nie potwierdza spełniania ww. parametru. Nie ma w niej informacji, że automatyczne rozcieńczanie następuje po przekroczeniu liniowości.

W świetle powyższego, oferta Siemens nie odpowiada treści SIWZ i nie spełnia parametru określonego w punkcie 44 Załącznika nr 5_3 do SIWZ.

4. Brak w ofercie Siemens zaoferowania diluentu Atellica IM CEA DIL, Nr kat 10995525, który jest konieczny i niezbędny przy asortymencie wyspecyfikowanym przez Siemens tj. do wykonywania automatycznego rozcieńczenia testu CEA.

Odwołujący podnosi, iż ww. diluent służy do automatycznego rozcieńczenia testu z wysokim stężeniem CEA. Próbki mogą zostać rozcieńczone automatycznie jedynie wtedy, gdy na pokładzie analizatora obecny jest diluent Atellica IM CEA DIL, Nr kat 10995525. Brak tego diluentu wyklucza możliwość automatycznego rozcieńczenia CEA, a jak wynika z punktu 44 Załącznika nr 5_3 do SIWZ, Zamawiający niewątpliwie będzie używał automatycznego rozcieńczania próbek w ramach korzystania z systemu.

Powyższe jest niezgodne z treścią SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał zaoferowania zarówno odczynników jak i wszelkich materiałów kontrolnych i kalibratorów oraz wszelkich materiałów zużywalnych i artykułów dla zabezpieczenia wykonywania badań wymienionych w formularzu cenowym.

W szczególności w Załączniku nr 5 do SIWZ (formularz cenowy dla odczynników), pod tabelą z parametrami, w punkcie 9) wskazano, że: „Zamawiający dopuszcza rozbudowanie tabeli o niezbędną ilość wierszy, konieczną do zaoferowania wszystkich niezbędnych odczynników i artykułów dla zabezpieczenia wykonywania badań wymienionych w formularzu cenowym”.

Ponadto w załączniku nr 5_1 do SIWZ (formularz dla odczynników dodatkowych) wskazano, że formularz cenowy ma obejmować: „odczynniki dodatkowe, kontrole, kalibratory, zużywalne części zamienne, kod CPV 33696200-7 - Odczynniki do badania krwi”.

Tym samym wykonawcy musieli zaoferować wszelkie odczynniki, odczynniki dodatkowe, kontrole, kalibratory i materiały zużywalne w celu umożliwienia wykonywania Zamawiającemu badań. Siemens nie spełnił tego wymogu, gdyż nie zaoferował ww. diluentu.

(...) Ponadto zauważyć należy, iż dla innych odczynników Siemens zaoferował już diluenty (np. Atellica IM Multi-Diluent 15 2PK - poz. 38 formularza, Atellica IM CA 19-9 DIL. - poz. 41 formularza, Atellica IM Fol DIL 2PK - poz. 53 formularza, Atellica HCY DIL 2PK - poz. 56 formularza, Atellica IM ThCG DIL 2PK- poz. 70 formularza, Atellica IM VB12 DIL 2PK- poz. 71 formularza, Atellica IM VitD DIL 2PK - poz. 73 formularza, Atellica aTG DIL 2PK - poz. 76 formularza, Atellica IM aTPO DIL 2PK - poz. 78 formularza, Atellica eE2 DIL 2PK - poz. 80 formularza). Brak zaoferowania diluentu dla CEA nie koresponduje zatem z pozostałą treścią oferty Siemens. Skoro Siemens zaoferował diluenty dla innych odczynników, to w przypadku odczynnika CEA powinien to zrobić.

5. W pozycji 77 - AMH zaferowano badanie zewnętrzne wykonywane w laboratorium Diagnostyka za cenę 10,00 zł, z cennika usług Diagnostyka Sp. z o.o. wynika, że wspomniane badanie kosztuje 180,00 zł

W związku z powyższym wartość wyżej wymienionej pozycji została zaniżona kilkunastokrotnie, w rezultacie na wartość całej oferty została zaniżona o kilkanaście procent. Zgodnie z art. 90 ust 1 Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia elementów mający wpływ na wysokość ceny w przypadku gdy jej istotne elementy budzą wątpliwości z perspektywy należytego wykonania zamówienia.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens Healthcare jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty Siemens Healthcare,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) wezwania wykonawcy Siemens Healthcare do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 5) względnie odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens Healthcare i nakazanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (materiałów informacyjnych, katalogów, opisów) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego.

Pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie posiedzenia odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 1 i 2. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w zakresie zarzutów niewycofanych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawy odczynników do wykonywania badań biochemicznych, immunochemicznych oraz dzierżawa systemu wydajnych platform – aparatów analitycznych biochemiczno-immunochemicznych, dzierżawa sortera próbek, automatycznej linii transportującej próbki. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony jest w załącznikach nr 5 do siwz. Załączniki nr 5 to m.in.:

- załącznik nr 5_1 – formularz cenowy dla odczynników dodatkowych, kontroli, kalibratorów, zużywalnych części zamiennych, kod CPV 33696200-7 – Odczynniki do badania krwi,
- załącznik nr 5_2 - formularz cenowy dla dzierżawy platform, analizatora, sortera próbek, automatycznej linii transportującej próbki, zestawów komputerowych, drukarek, drukarek kodów kreskowych, chłodni, zamrażarki,
- załącznik nr 5_3 – tabela, w której jedna kolumna zawiera wskazanie parametrów technicznych i funkcjonalnych/granicznych, druga kolumna zawiera wskazanie, czy parametr jest konieczny, czy tylko dodatkowo punktowany oraz trzecia kolumna, w której należy wpisać, czy „oferowany analizator spełnia TAK/NIE – opisać”,
- załącznik nr 5_4 – „Zestaw komputerowy - Specyfikacja jednostki Centralnej, drukarek kodów kreskowych”,
- załącznik nr 5_19 – formularz cenowy dla odczynników zawierający wskazanie 80 nazw badań, pod którym wpisano m.in. „Zamawiający dopuszcza rozbudowanie tabeli o niezbędną ilość wierszy, konieczną do zaoferowania wszystkich niezbędnych odczynników i artykułów dla zabezpieczenia wykonywania badań wymienionych w formularzu cenowym”.

W złożonej ofercie przystępujący w załączniku nr 5_19 w pozycji 75 dla AMH HORMON ANTYMULLEROWSKI wskazał cenę jednostkową netto 10,00 zł i dodał, że badanie będzie wykonywane przez Diagnostyka Sp. z o. o. W załączniku nr 5_1 przystępujący nie wskazał diluentu Atellica IM CEA DIL o numerze 10995525. W załączniku nr 5_3 w poz. 44 o treści: „Automatyczne rozcieńczanie próbki po przekroczeniu liniowości metody”, przystępujący wpisał: TAK.

Pismem z dnia 3 grudnia 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w związku z otrzymanym pismem o nieprawidłowościach w jego ofercie. Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie m.in.:

„3. Niespełnienie parametru wymaganego p. 44 dotyczącego automatycznego rozcieńczania próbki po przekroczeniu liniowości metody. W części biochemicznej większość oznaczeń wykonywane jest z rozcieńczonej próbki (50 µl surowicy/osocza plus 200 µl Atellica CH Diluent). I tak np. dla ALT zakres pomiarowy wynosi 7-1100 U/L. Wyniki poza tym zakresem są flagowane. Automatyczne powtórzenie rozszerza ten zakres do 330 U/L. Jest to jednak powtórzenie testu z próbki rozcieńczonej manualnie.

4. Brak w ofercie diluentu Atellica IM CEA DIL, Nr kat 10995525, który jest konieczny do wykonywania automatycznych rozcieńczeń testu CEA. Tym samym nie został spełniony warunek graniczny p. 44 „Automatyczne rozcieńczanie próbki po przekroczeniu liniowości metody”, gdyż próbki z wysokim stężeniem CEA mogą zostać rozcieńczone automatycznie jedynie wtedy, gdy na pokładzie analizatora obecny jest diluent Atellica IM CEA DIL, Nr kat 10995525. Brak tego diluentu wyklucza możliwość automatycznego rozcieńczenia CEA.”

W odpowiedzi na ww. pismo przystępujący wskazał:

„Dotyczy pkt. 3. Odpowiadając na zarzut zawarty w p. 3, wg którego nie został spełniony przez firmę Siemens Healthcare Sp. z o.o. warunek graniczny zawarty w p. 44 parametrów technicznych i funkcjonalnych/granicznych pragniemy wyjaśnić, iż w analizatorze biochemicznym systemu zintegrowanego po przekroczeniu liniowości metody dla danego testu następuje automatyczne powtórzenie badania po automatycznym rozcieńczeniu, w wyniku którego uzyskuje się poszerzony zakres liniowości metody. W związku z powyższym, warunek graniczny zawarty w punkcie 44 został spełniony.

(Instr. Obsl. s.701: Przycisk Zakresy w definicjach testów CH (Definicje testów CH) i definicjach testów IM (Definicje testów IM) zapewnia dostęp do dostępnych kart konfiguracji zakresu dla każdego testu (Strona 707 Informacje o typach zakresów). Laboratoria mogą konfigurować zakresy, aby oznaczyć flagą nieprawidłowe próbki i włączyć automatyczne powtarzanie badań (Powtórz badanie) oraz testy Reflex i rozcieńczenia próbek zgodnie z kryteriami_zakresu.)

Dotyczy pkt. 4. W punkcie 4 został postawiony zarzut niespełnienia przez firmę Siemens Healthcare Sp. z o.o. warunku zawartego w p. 44 parametrów technicznych i funkcjonalnych/granicznych (Automatyczne rozcieńczanie próbki po przekroczeniu liniowości metody), w wyniku braku zaoferowania CEA Diluentu, który może być używany do automatycznych rozcieńczeń. Celem wyjaśnienia pragniemy zwrócić uwagę, iż wymóg ten dotyczy funkcjonalności analizatorów systemu zintegrowanego, nie odnosi się zatem do wymagań dla testów. Zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w w/w p. 3, zaoferowany system zintegrowany posiada możliwość wykonywania automatycznych rozcieńczeń próbki po przekroczeniu liniowości metody, a zatem wymóg zawarty w p. 44 parametrów technicznych i funkcjonalnych/granicznych został spełniony. Dodatkowym potwierdzeniem słuszności

powyższej argumentacji jest fakt, iż wymagania SIWZ dla testów zostały zawarte w „Parametrach wymaganych dla niektórych testów”. W wymaganiach tych nie został określony warunek mówiący o konieczności automatycznego rozcieńczania wszystkich, czy też wybranych testów.”

Pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3,
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...). Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dotyczącego niespełnienia przez przystępującego wymogu opisanego w załączniku nr 5_3 w poz. 44 o treści „Automatyczne rozcieńczanie próbki po przekroczeniu liniowości metody”, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że ww. wymóg został zamieszczony w części: „Wymagania szczegółowe platform (analizatory biochemiczno-immunochemiczne)”, a zatem dotyczył analizatora, nie zaś samych testów. Oznacza to, że zgodnie z siwz, to analizator miał posiadać funkcję automatycznego rozcieńczania próbki po przekroczeniu liniowości metody, natomiast wymogu tego nie należy rozumieć w ten sposób, że wszystkie testy mają wykonywane z zastosowaniem metody automatycznego rozcieńczania próbki po przekroczeniu liniowości metody.

Co do zaś samego analizatora Atellica Solution oferowanego przez Siemens, należy zauważyć, że z przedłożonych na rozprawie zdjęć monitora ww. analizatora wynika, że posiada on funkcje, dzięki którym można ustawić poziom liniowości dla danego testu i po jego przekroczeniu powtórzyć badanie, jeśli wynik nie mieści się w przedziale pomiarowym. Jednocześnie z przedłożonej na rozprawie instrukcji obsługi ww. analizatora wynika, że możliwe jest skonfigurowanie systemu w taki sposób, aby zlecał on automatycznie powtórzenie badania dla odpowiednich wyników („Powtórz badanie”), a także skonfigurowanie rozcieńczenia dla testów typu „Powtórz badanie”. Także w specyfikacji technicznej (przedłożonej zarówno na rozprawie, jak i zamawiającemu w toku postępowania) w punkcie dotyczącym rozcieńczania próbek wpisano, że „zachowane wstępnie rozcieńczone próbki mogą być rozcieńczane automatycznie w przypadku przekroczenia liniowości (Zał. 5_3 Par. gr. Poz. 44)”. Z ww. dowodów wynika zatem, że oferowany analizator posiada funkcje pozwalające na powtórzenie badania wraz z automatycznym rozcieńczeniem próbki po przekroczeniu liniowości. Tym samym wymóg z poz. 44 załącznika nr 5_3 został spełniony.

Dodatkowo nie można zgodzić się z argumentem odwołującego, że wstępne rozcieńczenie, któremu - zgodnie z wyjaśnieniami Siemens - są poddawane próbki, dowodzi braku wykonywania rozcieńczenia po przekroczeniu liniowości. Przede wszystkim wymóg zawarty w ww. poz. 44 odnosi się tylko do rozcieńczenia po przekroczeniu liniowości, a zatem nie odnosi się w ogóle do kwestii rozcieńczania na innych etapach, stąd należy uznać, że zamawiający nie wykluczył wstępnego rozcieńczania. Ponadto samo wstępne rozcieńczanie nie może dowodzić, że po przekroczeniu liniowości wyłączona zostaje możliwość automatycznego rozcieńczania próbki. Zwłaszcza, że – jak wskazano wyżej – treść złożonych dowodów wskazuje, że analizator może być skonfigurowany w taki sposób, aby realizować funkcję, o której mowa w poz. 44 załącznika nr 5_3 do siwz.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 dotyczącego niezaoferowania przez przystępującego diluentu Atellica IM CEA DIL nr kat 10995525, który jest konieczny i niezbędny do wykonywania automatycznego rozcieńczenia testu CEA, Izba ustaliła, że w żadnym postanowieniu siwz zamawiający nie zawarł wymogu zaoferowania ww. diluentu. Zamawiający wskazał wprawdzie w pkt 9 załącznika nr 5_19, że „dopuszcza rozbudowanie tabeli o niezbędną ilość wierszy, konieczną do zaoferowania wszystkich niezbędnych odczynników i artykułów dla zabezpieczenia wykonywania badań wymienionych w formularzu cenowym”, ale nie wskazał wprost konieczności zaoferowania konkretnego diluentu. Oznacza to, że wykonawcy mieli w ofercie samodzielnie dobrać diluenty potrzebne do wykonania zamówienia, a w razie ich braku, zgodnie z pkt 5 (pod tabelą) załącznika nr 5.1., niezbędne materiały miały być zamawiane na ich koszt. Tym samym brak zaoferowania ww. diluentu nie może stanowić niezgodności oferty przystępującego z postanowieniami siwz, skoro żadne postanowienie siwz nie zawierało wymogu jego zaoferowania.

Ponadto, skoro zamawiający pozostawił uznaniu wykonawców, które odczynniki będą niezbędne do wykonywania testów i w razie ich nieuwzględnienia w ofercie w odpowiedniej ilości, będą musiały być dostarczone na koszt wykonawcy, to musiał liczyć się z tym, że różni wykonawcy zaoferują różny ich zakres. Tak skonstruowane wymaganie nie zostało jednak zakwestionowane przez żadnego wykonawcę w odwołaniu dotyczącym siwz, zatem na obecnym etapie wymaganie to nie może być interpretowane na niekorzyść wykonawcy i nie może skutkować odrzuceniem jego oferty z powodu braku zaoferowania określonego diluentu.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 dotyczącego zaoferowania badania AMH wykonywanego dla przystępującego przez spółkę Diagnostyka za cenę jednostkową 10,00 zł netto, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że ogólnikowość złożonego na rozprawie dowodu w postaci pisma ww. spółki z dnia 19.12.2019 r. wyklucza możliwość uznania go za wiarygodne wyjaśnienie zaoferowanej ceny. W szczególności spółka Diagnostyka nie potwierdziła w ww. piśmie, że będzie wykonywać ww. badanie za cenę 10,00 zł netto, a argument o współpracy obu wykonawców i „cenach specjalnych” nie jest w tym zakresie wystarczający.

Niemniej jednak należy zauważyć, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie podnosi odwołujący, dotyczy istotnych części składowych ceny lub kosztu. Nie może być uznana za istotną część składową jedna pozycja nr 75 z formularza cenowego dla odczynników, w sytuacji gdy jest to tylko jeden z niemal 80-ciu wymaganych odczynników, a ponadto same odczynniki w ogólnej swej liczbie stanowią jedynie jeden element w całym

zamówieniu, na które składa się: dostawa odczynników, dzierżawa systemu wydajnych platform - aparatów analitycznych, dzierżawa sortera próbek, automatycznej linii transportującej próbki.

Ponadto należy zauważyć, że wartość poz. 75 w ofercie Siemens wynosi 49.200,00 zł brutto, zaś cena oferty wynosi 5.652.254,39 zł brutto. Wartość ww. pozycji stanowi zatem mniej niż 1% wartości oferty, a nawet gdyby zastosować cenę 45 zł netto (zaoferowaną przez spółkę Diagnostyka odwołującemu, jak wynika z dowodu złożonego na rozprawie), wartość tejże pozycji wyniosłaby ok. 4% wartości oferty Siemens. Do ww. obliczeń przyjęto cenę 45 zł netto jako najbardziej wiarygodną, gdyż zaoferowaną przez spółkę Diagnostyka konkretnemu wykonawcy (odwołującemu), podczas gdy ceny wynikające z pozostałych dowodów złożonych na rozprawie przez odwołującego Izba uznała za mniej wiarygodne, gdyż albo pochodziły z oferty innej spółki na rynku albo z ogólnego cennika, który nie musi być stosowany w relacjach z konkretnym wykonawcą, o czym świadczy choćby oferta złożona odwołującemu, znacznie się różniąca od ceny wskazanej w ww. cenniku. Niemniej jednak, bez względu na to, czy przyjmujemy do obliczeń cenę z oferty przystępującego (10,00 zł netto), czy z oferty handlowej, jaką otrzymał odwołujący (45 zł netto), wartość pozycji nr 75 nie przekracza 4% wartości oferty.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że ani pod względem przedmiotowym, tj. znaczenia ww. pozycji nr 75 dla zakresu całego zamówienia, ani pod względem finansowym, cena tej pozycji nie może być uznana za istotną część składową ceny całej oferty. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do wzywania przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny pozycji nr 75 w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący