

WYROK

z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi, przy udziale wykonawcy Abbott Laboratories Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

SP ZOZ Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na dostawę odczynników i dzierżawę analizatorów do Pracowni Biochemii i Immunochemii, zwane dalej „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 sierpnia 2018 r. pod nr 2018/S 147-336091.

25 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty i unieważnieniu Postępowania w części 1.

5 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. odrzucenie oferty Odwołującego;
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Wykonawca A”) ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) także z innych przyczyn, niż wskazane w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty z dnia 25 września 2018 r.;
3. unieważnienie Postępowania;

co – zdaniem Odwołującego – stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy A także ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ z innych (dodatkowych) przyczyn, wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem Postępowania w części 1 zamówienia jest dostawa odczynników do diagnostyki biochemiczno-immunochemicznej oraz dzierżawa/użyczenie zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, z podłączeniem do sieci informatycznej szpitala oraz dostawa materiałów zużywalnych do wymienionych systemów, a także serwis techniczny i aplikacyjny. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w pkt III.7 SIWZ, formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ oraz w załączniku nr 5 do SIWZ stanowiącym zestawienie parametrów granicznych systemu Biochemiczno-immunochemicznego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący stwierdził, że nie może się zgodzić z rozstrzygnięciem Zamawiającego, jako że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ, w konsekwencji czego nie było podstaw do unieważnienia Postępowania. Zarazem Zamawiający nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia oferty Wykonawcy A, co rodzi takie ryzyko, że w przypadku skutecznego odwołania się tego wykonawcy inne, dodatkowe podstawy odrzucenia nie będą wzięte pod uwagę przy ponownej ocenie ofert.

W kwestii odrzucenia własnej oferty Odwołujący wskazał, że zgodnie ze zmodyfikowanym w toku Postępowania pkt 4 Załącznika nr 5 tabeli „Zestawienie parametrów wymaganych dla niektórych odczynników”, z którym oferta Odwołującego miała być rzekomo niezgodna, Zamawiający wymagał aby zakres liniowości oznaczeń enzymatycznych w pierwszym oznaczeniu bez konieczności rozcieńczenia próbki posiadał wartości:

„[...]”

ALT – liniowość do 3800 U/L

AST – liniowość do 4200 U/L

G6T – liniowość do 8500 U/L

Amylaza – liniowość do 6500 U/L

ALP – liniowość do 45000 U/L – Zamawiający dopuszcza liniowość 4555 U/L

CK – liniowość do 1000 U/L

Zamawiający wyraża zgodę aby wyżej podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator.

[...].

Odwołujący w swojej ofercie, w pkt 4 Załącznika nr 5 do SIWZ, w tabeli „Zestawienie parametrów wymaganych dla niektórych odczynników”, zaoferował:

„[...]”

TAK. Podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych są spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator:

ALT – liniowość do 3800 U/L

AST – liniowość do 4200 U/L

GGT – liniowość do 8500 U/L

Amylaza – liniowość do 6500 U/L

ALP – liniowość do 45000 U/L – Zamawiający dopuszcza liniowość 4555U/L

CK – liniowość do 1000 U/L

[...].

Podczas analizy oferty i przedstawionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego nie spełnia ww. wymogu stwierdzając, że dla poszczególnych parametrów liniowość wynosi:

dla ALT i AST do 700 U/L

dla GGT do 1200 U/L

dla Amylaza do 1500 U/L -dla ALP do 1200 U/L

Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że ww. wymagań co do liniowości nie zmieniają udzielone wyjaśnienia z dnia 13 sierpnia 2018 r. (pismo nr WSSz-NZp-431/18), w których Zamawiający wyraził (jak twierdzi) jedynie zgodę na automatyczne rozcieńczenie próbek. Zamawiający zaznaczył, że funkcja automatycznego rozcieńczenia jest funkcją umożliwiającą dalszy pomiar stężeń substancji mierzonych, po przekroczeniu liniowości oznaczeń, nie wpływa natomiast na zwiększenie zakresu samej liniowości, która pozostaje nie spełniona przez testy, z czym Odwołujący się nie zgadza.

Zamawiający w toku Postępowania, w dniu 13 sierpnia 2018 r., udzielił wyjaśnień do SIWZ i w odpowiedzi na pytanie nr 34 wyraził zgodę, aby „podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator”. Nie do przyjęcia jest więc aktualne twierdzenie Zamawiającego, że przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 34, „wyraził jedynie zgodę na automatyczne rozcieńczanie”. Pytanie Odwołującego zostało zadane bardzo precyzyjnie, tj. „czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator”. Tym samym Zamawiający przez stwierdzenie „Zamawiający wyraża zgodę”, zgodził się, aby podane

zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator (zgodnie z literalnym brzmieniem pytania), nie zaś „jedynie na automatyczne rozcieńczanie próbki”. W przeciwnym razie zadawanie w ww. pytania przez Odwołującego nie miałyby żadnego racjonalnego sensu i nie wniosłoby nic w kwestii możliwości złożenia oferty (wszak samo automatycznie rozcieńczenie próbki nie było nigdzie w SIWZ zakazane, więc Odwołujący nie musiał w tym zakresie postulować o zgodę). Nie było zatem innego powodu do zadawania tego pytania, jak chęć upewnienia się, że Zamawiający nie odrzuci oferty Odwołującego, jeżeli ten ostatni wykaże, że spełnia ww. parametr po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator (co wprost wynika z treści pytania). Co więcej, Zamawiający zmodyfikował również tabelę „Zestawienie parametrów wymaganych dla niektórych odczynników”, gdzie pod wyszczególnionymi wyżej wartościami dodał informację, że „Zamawiający wyraża zgodę aby wyżej podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator”.

Zdaniem Odwołującego tłumaczenie, że „funkcja automatycznego rozcieńczenia jest funkcją umożliwiającą dalszy pomiar stężeń substancji mierzonych, po przekroczeniu liniowości oznaczeń, nie wpływa natomiast na zwiększenie zakresu samej liniowości, która pozostaje nie spełniona przez testy”, jest nie tylko sprzeczne z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2018 r., ale również spóźnione, bowiem mogłoby ono stanowić jedynie argument przemawiający za odmową wyrażenia przez Zamawiającego zgody (oczywiście na etapie wyjaśnień do SIWZ) na spełnienie ww. parametru przez automatyczne rozcieńczanie. Natomiast Zamawiający wprost wskazał, że będzie honorował taki sposób wykazania spełniania ww. wymogu.

Na marginesie Odwołujący wyjaśnił, że w praktyce bardzo rzadko spotyka się tak wysoce stężenia ww. oznaczeń, co Odwołujący podnosił już w odwołaniu złożonym na treść SIWZ z 10 sierpnia 2018 r. Odwołujący wskazywał wówczas, że pierwotnie skonstruowany zapis SIWZ (pkt 4 ww. tabeli) mogły spełnić jedynie analizatory Wykonawcy A (Zamawiający wyspecyfikował kilka arbitralnie wybranych parametrów w pierwszym oznaczeniu bez konieczności rozcieńczania próbki, pomijając przy tym istotne parametry, dla których akurat firma Abbott nie posiadała szerokich zakresów liniowości). To właśnie wniesienie przedmiotowego odwołania spowodowało, że Zamawiający zgodził się na spełnienie ww. parametru poprzez automatyczne rozcieńczanie (3 dni po wniesieniu odwołania). Dodatkowo należy wskazać, że możliwość automatycznego rozcieńczenia i powtórki badania umożliwia szybkie otrzymanie wyniku badania tych testów (co również było podnoszone w odwołaniu). Zasadnym zatem było zmodyfikowanie ww. wymogu SIWZ

i dopuszczenie, aby podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator, co Zamawiający uczynił.

Tym samym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wbrew zmodyfikowanym przez siebie postanowieniom SIWZ, a w szczególności pkt 4 „Zestawienia parametrów wymaganych dla niektórych odczynników” Załącznika nr 5 do SIWZ. W konsekwencji nie można mówić o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, bowiem odpowiadała ona wszelkim wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W kwestii zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy A również z innych, nie wskazanych w uzasadnieniu tej czynności przyczyn, Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy A słusznie zarzucając jej, że w zakresie czynszu za dzierżawę pozostaje ewidentnie niezgodna z treścią SIWZ. Jakkolwiek do skutecznego odrzucenia oferty wystarczy choćby jedna niezgodność jej treści z treścią SIWZ, to zarazem obowiązek wszechstronnej analizy oferty i zasada równego traktowania wykonawców nakazuje wskazania wszystkich okoliczności świadczących o tym. Tymczasem Zamawiający zaniechał wyciągnięcia konsekwencji ze wskazanych poniżej faktów.

I.

Zgodnie z pkt 4.1 Rozdział III opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) należało zaoferować „dostawę odczynników do diagnostyki biochemiczno-immunochemicznej oraz dzierżawę/użyczenie zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, z podłączeniem do sieci informatycznej Szpitala oraz dostawę materiałów zużywalnych do wymienionych systemów; serwis techniczny i aplikacyjny”.

W trakcie przygotowywania ofert, jeden z Wykonawców zadał pytanie „Czy Zamawiający dopuści, aby parametry: PCT, CKMBm, HCV Ag były wykonywane na dostarczonym przez oferenta dodatkowym analizatorze Architect? (...) oraz „Czy Zamawiający dopuści aby parametry: Lipaza, cystatyna C, IgE, Alpha 1 antytrypsyna, ASO, RF, kwas walproinowy były wykonywane na dostarczonym przez oferenta dodatkowym analizatorze Architect lub na platformie głównej Alinity w kanałach otwartych?”.

Odpowiedź Zamawiającego na te dwa pytania, była identyczna: „Zamawiający wyraża zgodę, przy czym Wykonawca jest zobowiązany w tym zakresie odpowiednio dostosować Załącznik nr 2 Formularz cenowy” (pismo Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2018 r., odpowiedź na pytania nr 3 i 4).

Z treści oferty Wykonawcy A wynika, że obejmuje ona dwa systemy Alinity ci. Nie ma mowy o zaoferowaniu dodatkowego systemu Architect (brak opisu w pkt 3 parametrów granicznych oraz brak informacji w części dotyczącej dzierżawy/użyczenia). Ponadto, w

tabeli formularza cenowego, w pkt 4 „Materiały eksploatacyjne”, zaoferowano pozycje jedynie dla systemu Alinity c. Zgodnie z przedstawionym powyżej pytaniem i koniecznością wykonywania niektórych oznaczeń na systemie Architect c (fakt ten potwierdzają również złożone do oferty ulotki odczynników do oznaczania: Lipazy, Cystatyny c, ASO i kwasu walproinowego), Wykonawca A powinien był wyszczególnić również materiały dla tego systemu.

Zgodnie z instrukcją obsługi systemu ARCHITECT c (część biochemiczna), w ofercie zabrakło, materiałów takich jak:

Architect CC Acid Wash Solution nr kat. 6K01-20

Architect CC Alkaline Wash nr kat.9D31-20

Architect CC Detergent A nr kat. 1J72-20

Architect CC Detergent B nr kat. 2J94-21

Architect CC Water Bath Additive nr kat. 9D29-20 oraz

Zestaw materiałów wymienialnych Architect c4000 nr kat. 1DA3-41

Zaoferowany w pozycjach od 4.1 do 4.9 „Materiały zużywalne”, asortyment, przeznaczony jest jedynie dla systemu Alinity c, co potwierdzają również ulotki i załączone do oferty strony z instrukcji.

Odwołujący nadmieniał, że płyny systemowe do analizatora ARCHITECT c i analizatora Alinity c posiadają inne numery katalogowe oraz kilka z nich zupełnie inny sposób konfekcjonowania. Dla przykładu: roztwór Detergentu A 01J72-20 dla ARCHITECTA c to 2 x 500 ml, natomiast Detergent A 08P9670 dla systemu Alinity c to 10 x 68,4 ml + 10 x 44,6 ml.

W konsekwencji Zamawiający pozbawiony został możliwości wykonywania niektórych oznaczeń, które na systemie Alinity c nie są dostępne, a na systemie Architect niemożliwe do wykonania ze względu na brak podstawowych płynów systemowych. Wymagane materiały zużywalne zostały zaoferowane jedynie dla części immunochemicznej systemu Architect i.

II.

W związku z zaoferowaniem przez Wykonawcę A oznaczeń kwasu walproinowego na „dodatkowym analizatorze Architect”, o czym świadczy załączona do jego oferty ulotka odczynnika Valproic Acid nr kat. 1E13-20, w pkt 3 Formularza cenowego „Kalibratory dostosowane do ilości oznaczeń” należało, zgodnie z tą ulotką, zaoferować kalibrator TDM Multiconstituent Calibrator (TDM MCC) o numerze kat. 5P04-01. Takiego kalibratora w ofercie jednak nie zaoferowano. Co prawda w ulotce odczynnika jest „UWAGA: Jeśli kalibrator 5P04-01 TDM Multiconstituent Calibrator nie jest dostępny, należy stosować

kalibratory 1E13-02 MULTIGENT Valproic Acid Calibrators”, ale tak wyspecyfikowanego kalibratora również brakuje w ofercie Wykonawcy A.

III.

Zgodnie z pkt 6.4 Rozdziału III OPZ, Zamawiający wymagał zaoferowania „odczynników gotowych do użycia, charakteryzujących się długim terminem ważności i stabilnością na pokładzie”.

W toku Postępowania zadane zostały pytania:

„Czy Zamawiający dopuści aby parametry: Lipaza, cystatyna C, IgE, Alpha 1 antytrypsyna, ASO, RF, kwas walproinowy były wykonywane na dostarczonym przez oferenta dodatkowym analizatorze Architect lub na platformie głównej Alinity w kanałach otwartych? Zamiarem oferenta, jest dostarczenie Zamawiającemu dwóch identycznych platform, najwyższej technologii, dla których ww. testy będą wprowadzone do menu w okresie 1 roku?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę, przy czym Wykonawca jest zobowiązany w tym zakresie odpowiednio dostosować Załącznik nr 2 Formularz cenowy” (odpowiedź na pytanie nr 4, z wyjaśnień z dnia 13 sierpnia 2018 r.) oraz

„Dotyczy Formularza cenowego oraz Rozdział III, pkt 6.4: W związku ze złożeniem oferty na odczynniki produkowane przez innego producenta niż producent analizatora, czy Zamawiający dopuści aby oznaczanie miedzi wykonywane było przy pomocy odczynnika nie gotowego do użycia?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający dopuszcza”.

Mając na uwadze powyższe odpowiedzi należało zaoferować odczynniki gotowe do użycia.

Wykonawca A zaoferował większość odczynników, które w ulotce mają zapis „Produkt gotowy do użycia”, za wyjątkiem odczynnika do oznaczania Lipazy, który takiego zapisu w ulotce nie posiada. W ulotce Lipase 7D80-31, w części „Przygotowanie odczynników” jest napisane: „Przygotować odczynnik roboczy, dodając zawartość dużego pojemnika z odczynnikiem Lipase R1 do mniejszego pojemnika z odczynnikiem Lipase R1A. Odczynnik R1A zamknąć korkiem, a następnie wymieszać zawartość pojemnika przez jego delikatne odwracanie do góry dnem, aby doprowadzić do całkowitego rozpuszczenia roztworu. Wlać w ten sposób przygotowany odczynnik roboczy do pojemnika z odczynnikiem R1 i ponownie wymieszać poprzez delikatne odwracanie pojemnika do góry dnem. Pojemnik z odczynnikiem R1 wstawić do ośrodka odczynnikowego nr 1”.

IV.

Zgodnie z poz. 2 tabeli Formularza cenowego należało zaoferować „Materiały kontrolne dostosowane do ilości oznaczeń”.

W związku z wyspecyfikowaniem dwóch parametrów oznaczanych w moczu i jednego w PMR, zostało zadane pytanie: „Prosimy o doprecyzowanie czy jedynym oznaczeniem wykonywanym w moczu i PMR będzie białka oraz czy należy zaoferować oddzielny materiał kontrolny do parametrów oznaczanych w PMR?”

Odpowiedź:

„Zamawiający poza białkiem będzie oznaczał

- w moczu: elektrolity (Na, K, Cl), wapń, fosforany, mocznik, kreatyninę, kwas moczowy, amylazę, mikroalbuminy,
- w PMR: glukozę, elektrolity"

Dodatkowo, w tabeli Formularza cenowego, w poz. 46, Zamawiający wyspecyfikował oznaczenia „Miedzi w moczu”.

Wykonawca A w poz. 2.7 („Materiały kontrolne dostosowane do ilości oznaczeń”) zaoferował materiał kontrolny Alinity c Multichem U. Jednak w broszurze tego materiału brak jest informacji o użyciu go w przypadku oznaczania miedzi. Producent, firma Techno-path nie przewidział takiego wykorzystania. Zatem Zamawiający został pozbawiony możliwości kontrolowania tego parametru, co jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego i SIWZ.

V.

W ofercie Wykonawcy A brakuje także materiału kontrolnego dla Prokalcytoniny: Architect BRAHMS PCT Control, nr kat. 6P22-10. Brak tej kontroli uniemożliwia wykonywanie oznaczeń przy pomocy zaoferowanego zestawu PCT nr kat. 6P22-25 i jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego i SIWZ.

VI.

W ofercie Wykonawcy A zaoferowano zbyt małą ilość materiału kontrolnego Architect IA Multichem IA Plus nr kat. 5P75-10 – jedynie 1 op. Biorąc pod uwagę stabilność fiołki po otwarciu (10 dni) i ilość fiołek na trzech poziomach {4 komplety fiołek) – kontroli wystarczy jedynie na $10 \times 4 = 40$ dni pracy. Powyższe pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem zaoferowania całego asortymentu koniecznego do wykonania określonej w SIWZ ilości oznaczeń.

VII.

W Formularzu cenowym w części 5 – „IMMUNOCHEMIA”, w poz. 25, w ofercie Wykonawcy A zaoferowano zbyt małe ilości opakowań Prokalcytoniny: na 16.500 oznaczeń

wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w kolumnie trzeciej „C”, zaoferowano jedynie 83 opakowania PCT BRAHMS, podczas gdy powinno być zaoferowane 165 opakowań. Fakt ten potwierdza ulotka odczynnika do PCT BRAHMS o nr. kat. 6P22-25, gdzie zawartość opakowania handlowego opisana została jako 100 oznaczeń, a nie 200 oznaczeń jak opisał to Wykonawca A.

VIII.

Zgodnie z opisem poz. 37 Formularza cenowego należało zaoferować odczynnik do oznaczania alfa 2 makroglobuliny wraz z wymaganym materiałem kalibracyjnym i kontrolnym.

Wykonawca A, w poz. 3.20 „kalibratory dostosowane do ilości oznaczeń” zaoferował „Protein Standard” o numerze kat. MPS/STH-001. Jednak z ulotki odczynnika a 2-Makroglobulina wynika, że niezbędnymi odczynnikami nie dołączonym i do zestawu są:

Roztwór chlorku sodu 0,9 g%

Kalibratory i kontrole:

MPS/STH-001 – Wzorzec białka o górnym stężeniu, 1 ml

MPS/STL-001 – Wzorzec białka o dolnym stężeniu, 1 ml

MPS/STS-5X1 – zestaw wzorców białek, 5 x 1 ml

139F003-001 – Kontrola immunologiczna o dolnym stężeniu, 1 ml

139F002-001 – Kontrola immunologiczna o górnym stężeniu, 1 ml

Powyższe oznacza, że Wykonawca A zaoferował jedynie jeden wzorzec, pomijając fakt, że niezbędne są dwa wzorce (zarówno ten o górnym jak i ten o dolnym stężeniu). Oferta tego wykonawcy byłaby kompletna, gdyby zaoferował zestaw wzorców (w ulotce opisany jako MPS/STS-5X1 – zestaw wzorców białek), jednakże jak widać tak się nie stało. W tej części tabeli został zaoferowany jedynie jeden wzorzec, co stoi w sprzeczności z ulotką producenta odczynnika do oznaczania alfa 2 makroglobuliny.\

IX.

W ofercie Wykonawcy A brakuje również ww. chlorku sodu 0,9g%, który został wymieniony nie tylko przy oznaczaniu alfa 2 makroglobuliny, ale również przy wielu innych oznaczeniach, np: LDH, LOL Direct, Glucose, Amylase, Bilirubina Total, Bilirubina Direct itp., którego również brak jest w ofercie. Także i z tego względu oferta firmy Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

Wobec stwierdzenia niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać, że Postępowanie nie zasługiwało na unieważnienie, a co za tym idzie podjęcie tej czynności narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający na rozprawie uwzględnił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy A ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ także z innych przyczyn, niż wskazane w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty z dnia 25 września 2018 r., przyznając że oferta Wykonawcy A jest niezgodna z jego wymaganiami także w zakresie wynikającym z uzasadnienia odwołania.

W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że czynności tej dokonał prawidłowo.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca A wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł opozycję przeciw zgłoszonemu przystąpieniu podając, że wobec cofnięcia przez Wykonawcę A własnego odwołania wniesionego w związku z rozstrzygnięciem części 1 zamówienia (sprawa o sygn. akt KIO 2033/18), utracił on status wykonawcy w Postępowaniu. Ponadto podał w wątpliwość istnienie po stronie Wykonawcy A interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego mającego polegać na unieważnieniu Postępowania.

Wykonawca A wniósł o oddalenie opozycji wskazując, w piśmie procesowym z 17 października 2018 r., że wyłącznie utrzymanie w mocy unieważnienia Postępowania umożliwi mu ubieganie się o udzielenie zamówienia w kolejnej procedurze. Zwrócił ponadto uwagę na wynikające z orzecznictwa TSUE i KIO szerokie rozumienie pojęcia „zamówienia publicznego”, utożsamianego z konkretnym przedmiotem umowy, a nie z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadniające wniosek o istnieniu interesu w unieważnieniu takiej procedury.

Zajmując merytoryczne stanowisko w kwestii zarzutów odwołania Wykonawca A podał, że Zamawiający wymagał, aby wskazane poniżej odczynniki posiadały następujące zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych:

ALT – liniowość do 3.800 UL;

AST – liniowość do 4.200 UL;

GGT – liniowość do 8.500 UL;

Amylaza – liniowość do 6.500 UL;

ALP – liniowość do 4.555 UL;

CK – liniowość do 1.000 UL;

przy czym Zamawiający zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że wyraził zgodę, aby wyżej podane zakresy liniowości oznaczeń enzymatycznych były spełnione po automatycznym rozcieńczeniu próbki przez analizator.

Zdaniem Wykonawcy A oferta Odwołującego nie spełnia wskazanego powyżej wymagania SIWZ. Liniowość to przedział badanej cechy (np. stężenia) analitu, w którym występuje korelacja ($R = 0,999$) między tą wartością a sygnałem analitycznym. Zakres liniowości zbliżony jest do zakresu oznaczalności, czyli zakresu pomiaru – przedziału cechy analitu, w obrębie którego jest ona oznaczana z wymaganą dokładnością, precyzją i liniowością. Każdy odczynnik ma określony zakres liniowości ustalony w trakcie procedury walidacyjnej danej metody analitycznej i wskazany następnie w ulotkach produktowych przygotowanych przez producenta danego odczynnika. Co istotne, zgodnie z przyjętymi zasadami przeprowadzania procedur walidacyjnych, zakres liniowości określany jest na podstawie badań przeprowadzanych na co najmniej 5 lub 6 poziomach stężeń badanego odczynnika, po 3 równoległe pomiary dla każdego z roztworów. Zakresem liniowości danego odczynnika jest zakres wspólny dla wszystkich badanych poziomów stężeń. Tym samym, jeżeli dany odczynnik posiada ustalony w toku procedury walidacyjnej zakres liniowości, np. do 700 U/L, to jest to zakres ustalony na podstawie badań 5 lub 6 różnych roztworów tego odczynnika o różnym stężeniu. Jest zatem oczywiste, że zakres liniowości danego odczynnika nie ulega zmianie w przypadku rozcieńczenia odczynnika – jest on bowiem właściwy dla różnych stężeń odczynnika.

Wykonawca A podał, że zgodnie z ulotkami produktowymi Odwołującego, następujące odczynniki oferowane przez niego w ramach pakietu nr 1 posiadają następujące zakresy liniowości oznaczeń:

ALT – liniowość do 700 U/L;

AST – liniowość do 700 U/L;

GGT – liniowość do 1.200 U/L;

Amylaza – liniowość do 1.500 U/L;

ALP – liniowość do 1.200 U/L;

CK – liniowość do 2.000 U/L.

Jak wynika z powyższego, za wyjątkiem odczynnika CK, zakresy liniowości odczynników zaoferowanych przez Odwołującego nie spełniają wymagań wskazanych dla tych odczynników w Załączniku nr 5 do SIWZ.

Jak wskazano powyżej, zakres liniowości jest cechą, która jest niezmienna dla danego odczynnika, niezależnie od poziomu jego stężenia. Ewentualne rozcieńczenie próbki nie powoduje zmiany zakresu liniowości danego odczynnika. Jeżeli zatem Odwołujący w

ulotce produktowej odczynnika ALT wskazuje, że jego zakres liniowości (zakres pomiarowy) wynosi 5-700 U/L (innymi słowy posiada on liniowość do 700 UL), to dokładnie taki sam będzie zakres liniowości tego odczynnika po skorzystaniu z funkcji automatycznego rozcieńczenia próbki przez analizator. Rozcieńczenia próbki nie wpływa bowiem w jakikolwiek sposób na zakres liniowości danego odczynnika, pozostaje ona niezmienna pomimo rozcieńczenia. Tym samym nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, jakoby oferowany przez niego odczynnik ALT po jego rozcieńczeniu osiągał zakres liniowości do 3.800 UL. Analogiczna argumentacja odnosi się do pozostałych wskazanych powyżej odczynników, w ulotkach których zakres liniowości został określony na poziomie niższym od zakresu liniowości wymaganego zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Co istotne, także Odwołujący potwierdza, że funkcja automatycznego rozcieńczenia nie prowadzi do zwiększenia zakresu liniowości oferowanych odczynników. W odwołaniu do KIO z dnia 10 sierpnia 2018 r., wniesionym przez Odwołującego wobec wybranych postanowień SIWZ, w tym pkt 4 Zestawienia Parametrów Wymaganych Dla Niektórych Odczynników znajdującego się w Załączniku nr 5 do SIWZ, Odwołujący wskazał, że jego odczynniki nie spełniają wymogów wskazanych w tym punkcie SIWZ (a zatem nie posiadają wymaganego zakresu liniowości) i w związku z tym wnosił, aby przedmiotowy punkt SIWZ został zmieniony przez dodanie do niego następującej treści:

„Możliwość automatycznego rozcieńczenia próbek przez analizator w przypadku przekroczenia liniowości metody dla oznaczeń ALT, AST, GGT, Amylaza, ALP i CK11

Jak wynika z powyższego:

1. zakresy liniowości przedmiotowych odczynników Odwołującego nie spełniają wymogów co do zakresów liniowości wynikających z SIWZ (fakt przyznany przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 10 sierpnia 2018 r. oraz wynikający z ulotek produktowych);
2. rozcieńczenie próbki następuje po przekroczeniu liniowości dla danego odczynnika;
3. rozcieńczenie próbki nie powoduje zmiany zakresu liniowości danego odczynnika liniowość ta pozostaje bowiem na niezmiennym poziomie.

Tym samym, ewentualne automatyczne rozcieńczenie próbki nie może powodować, że dany odczynnik po rozcieńczeniu będzie spełniał wymagania SIWZ odnośnie zakresu liniowości (np. zakres liniowości ALT po rozcieńczeniu cały czas będzie wynosił od 5 do 700 U/L, nie zaś wymagane do 3.800 UL).

W konsekwencji opisanej powyżej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ bezzasadny jest podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niezasadne unieważnienie Postępowania.

Wykonawca A wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. załącznika nr 5 do SIWZ dot. części 1 zamówienia ze zmianami wprowadzonymi 13 sierpnia br. – dowód DP1;
2. wyciągu z publikacji B. Solnica, K. Sztefko (red.): *Medyczne laboratorium diagnostyczne. Metodyka i aparatura*, wyd. PZWL – dowód DP2;
3. opracowania Zakładu Chemii Analitycznej Katedry Chemii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi pn.: *Walidacja metod analitycznych* – dowód DP3;
4. opracowania Uniwersytetu Rolniczego im. Hugo Kołłątaja w Krakowie pn.: *Walidacja metod analitycznych* – dowód DP4;
5. publikacji M. Kurszewskiej pn.: *Walidacja metod analitycznych w farmacji* (wydruk ze strony internetowej laborant.pl) – dowód DP5;
6. publikacji pn.: *Validation of analytical procedures: Text and methodology Q2(R1)* wraz z tłumaczeniem jej fragmentu na j. polski – dowód DP6;
7. ulotek produktów oferowanych przez Odwołującego (ALTL, ASTL, GGT-2, AMYL2, ALP2, CK) – dowody DP7-DP12;
8. odwołania od postanowień SIWZ z 10 sierpnia 2018 r. wniesionego przez Odwołującego – dowód DP13.

W zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących własnej oferty Wykonawca A oświadczył, że nie zajmuje stanowiska, nie oponował również wobec uwzględnienia przez Zamawiającego tych zarzutów na rozprawie.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z treści ulotek produktowych odczynników (ALT) oferowanych przez innych producentów (Siemens Healthcare Diagnostics, Inc., Beckman Coulter, Inc., Ortho-Clinical Diagnostics, Inc.), zwanych dalej dowodami O1-O3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw zgłoszonemu przystąpieniu, postanawiając o dopuszczeniu Wykonawcy A (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przesądżając o skuteczności przystąpienia wzięto pod uwagę okoliczność, że wycofanie wniesionego przez Przystępującego odwołania nie skutkowało – jak twierdził Odwołujący – utratą przez Wykonawcę A statusu wykonawcy w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp. Wynikająca z przywołanej regulacji legalna definicja pojęcia „wykonawcy” nie wiąże tego statusu z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia, a z samym zamówieniem publicznym.

Zdaniem Izby Wykonawca A legitymuje się również interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, wyrażającego się w dążeniu do utrzymania dotychczasowego rozstrzygnięcia (tj. unieważnienia Postępowania w części 1). Skoro bowiem w orzecznictwie TSUE przesądzono istnienie po stronie wykonawców uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, którego skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość ewentualnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w kolejnej procedurze (zob. wyrok w sprawie C-689/13), to nie można również odmówić wykonawcy upatrującego możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłości prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i popierania decyzji zamawiającego o unieważnieniu aktualnie prowadzonego postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, z uwzględnieniem dokonanych w toku Postępowania modyfikacji, oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokumentów załączonych do wspomnianych powyżej pism procesowych i złożonych na rozprawie. Skład orzekający stwierdził, że przywołane dowody odzwierciedlają stan faktyczny wynikający z pisemnych stanowisk w rozpoznawanej sprawie.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozstrzygając o zarzucie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, jako rzekomo niezgodnej z SIWZ, skład orzekający miał na względzie postanowienie Rozdziału V pkt 49 SIWZ, w świetle którego ocena zgodności oferowanych przez wykonawców dostaw z wymaganiami Zamawiającego odbywała się na podstawie dokumentów przedmiotowych w postaci przykładowo wskazanych w SIWZ katalogów, prospektów, czy ulotek opisujących parametry oferowanych produktów, potwierdzających zgodność asortymentu z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 5 do SIWZ oraz na podstawie treści ww. załącznika. Innymi słowy – o zgodności oferty z SIWZ przesądzał

pozytywny wynik konfrontacji treści przytoczonych powyżej dokumentów, tj. sytuacja, w której wynikające z dokumentów przedmiotowych cechy oferowanych wyrobów odpowiadają ujawnionym w SIWZ oczekiwaniom Zamawiającego.

Kolejno, skład orzekający stwierdził, że w treści zaskarżonej odwołaniem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał precyzyjnie okoliczność faktyczną będącą podstawą tej czynności, potwierdzając na rozprawie w oparciu o jakie dokumenty wnioskował o niezgodności oferty z SIWZ (ulotki produktowe złożone przez Odwołującego, z których wynikały przywołane we wspomnianej decyzji zakresy liniowości). W konsekwencji, zważywszy na kontradyktoryjny model postępowania odwoławczego wynikający z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp, obowiązkiem Odwołującego było przytoczenie argumentów świadczących o zgodności jego oferty z wymaganiami Zamawiającego, w tym przedstawienie dowodów potwierdzających te okoliczności, czego Odwołujący nie uczynił. W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy zawarta w odwołaniu teza o zgodności oferty Odwołującego z SIWZ opiera się *de facto* na treści wypełnionego przez Odwołującego załącznika nr 5 do SIWZ, mającego potwierdzać wymagane zakresy liniowości, co – biorąc pod uwagę opisany powyżej sposób weryfikacji zgodności treści oferty z SIWZ oraz spoczywający na Odwołującym w tym zakresie ciężar dowodu – pozostaje tezą nieudowodnioną.

Odwołujący zasadniczo nie przedstawił argumentów przemawiających za wadliwością wniosku Zamawiającego (tj. powodów, dla których należy uznać, że oferowane przez Odwołującego wyroby spełniają wynikające z załącznika nr 5 do SIWZ zakresy liniowości), w tym nie przedstawił dowodów na tą okoliczność, tj. nie wskazał odpowiednich treści dokumentów przedmiotowych, na podstawie których Zamawiający dokonywał badania ofert, mających ją potwierdzać. W szczególności dowodów takich nie stanowią dokumenty O1-O3, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Treść odwołania zawiera w powyższym zakresie polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego odnośnie zmiany relewantnych w sprawie postanowień SIWZ, jej celu i skutków. Należy jednak zauważyć, że niezależnie od prowadzonego przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w tym aspekcie sporu, nawet przyjęcie w całości argumentacji Odwołującego nie zmienia faktu, że nie powołał się on na wspomniane wcześniej dowody potwierdzające spełnianie przez oferowane odczynniki wymaganych zakresów liniowości po automatycznym rozcieńczeniu próbek. Z samego tylko faktu, że w ulotkach oferowanych przez Odwołującego odczynników, znajdujących się w aktach sprawy (zob. również dowody DP7-DP12), czy też w ulotkach wyrobów pochodzących od innych producentów (zob. dowody O1-O3) przewidziano możliwość rozcieńczania próbek nie oznacza jeszcze, że odczynniki oferowane przez Odwołującego osiągają zadeklarowane w

ofercie (wypełnionym przez Odwołującego załączniku nr 5 do SIWZ) wartości zakresów liniowości.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający uznał, że pozostałe przedstawione przez Przystępującego dowody załączone do złożonego pisma procesowego nie były przydatne dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania. Podkreślenia wymaga, że biorąc pod uwagę omówiony powyżej rozkład ciężaru dowodu, to na Odwołującym spoczywał w pierwszej kolejności obowiązek wykazania zgodności oferty z SIWZ, któremu – jak wspomniano – nie sprostał.

Wydanego w sprawie rozstrzygnięcia nie mogło zmienić przyznanie przez Zamawiającego okoliczności leżących u podstaw zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Przystępującego. Skład orzekający stwierdził bowiem, że w warunkach nieuwzględnienia odwołania w części obejmującej zarzut dotyczący oferty Odwołującego pozostałe zarzuty odwołania, niezależnie od ich zasadności, pozostają bez wpływu na wynik Postępowania, który stanowi, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, przesłankę uwzględnienia odwołania. Zamawiający prawidłowo ustalił wynik Postępowania, choć niewątpliwie powinien był wskazać wszystkie stwierdzone na etapie badania oferty Wykonawcy A przyczyny niezgodności jej treści z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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 (Dz.U. z 2018, poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: