

WYROK
z dnia 23 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 19 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 roku przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

a) uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje poprawienie oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innych omyłek, polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale niepowodujących istotnej zmiany w treści oferty w formularzu asortymentowo-cenowym z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tych poprawek co do ilości przyjętych opakowań w sposób wskazany przez Odwołującego w odwołaniu w zestawieniach tabelarycznych

b) w pozostałym zakresie uznaje zarzuty odwołania za niewykazane;

2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego – wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3. zasądza od Przystępującego wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego - Roche Diagnostics Polska**

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 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 Katowicach**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 05 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1597), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej jako: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, którego przedmiotem jest: „Dostawa odczynników oraz sprzętu laboratoryjnego z urządzeniami pomocniczymi” (numer referencyjny 70/PNE/SW/2017) prowadzi Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 10.10.2017 r. pod numerem 2017/S 194-397698.

Odwołanie dotyczy części nr 6 postępowania, a Odwołujący podnosił niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty: Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Abbott”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Abbott,
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) niezgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Abbott.

Te uchybienia doprowadziły zdaniem Odwołującego do naruszenia jego interesu w uzyskaniu 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 wnosił o nakazanie Zamawiającemu w zakresie pakietu nr 6:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Abbott;
2. odrzucenia oferty Abbott;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 26 stycznia 2018 r., toteż w myśl art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp termin zawity do wniesienia odwołania, został dotrzymany. Stosownie do regulacji

art. 180 ust. 5 ustawy, kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu podniesiono, że przedmiotem postępowania jest dostawa odczynników oraz sprzętu laboratoryjnego z urządzeniami pomocniczymi. W zakresie pakietu nr 6, gdzie oferty złożyli Abbott i Odwołujący, zamówienie obejmuje dzierżawę analizatora wraz z zakupem odczynników do wykonywania oznaczeń immunochemicznych. Zamawiający w tej części dokonał wyboru oferty Abbott, pomimo że jest niezgodna z treścią SIWZ.

1. Niezgodność oferty Abbott z p. 9 „Warunków granicznych dla analizatora” zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ cz. 6: „Identyfikacja odczynników, kalibratorów, kontroli oraz próbek przy użyciu kodów kreskowych”.

Zamawiający wymagał, aby oferowany analizator posiadał możliwość identyfikowania m.in. kalibratorów i kontroli poprzez kody paskowe. Oferowany przez Abbott analizator Architect nie ma możliwości odczytu i identyfikacji wstawionych do statywu kalibratorów i kontroli bezpośrednio z kodów kreskowych. Wynika to z faktu, że zarówno kalibratory jak i kontrole przelewane są z fiolek macierzystych do kubeczków / naczynek Sample Cups, które nie posiadają kodów kreskowych identyfikujących rodzaj materiału (kalibrator czy kontrola). Użytkownik musi więc „ręcznie” przypisać konkretne pozycje w statywie dla wszystkich naczynek z kolejnymi kalibratorami i kontrolami i ręcznie wprowadzić te dane do programu analizatora.

Należy dodać, że Abbott zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o zmianę tego parametru i wyrażenie zgody, aby kontrole i kalibratory były identyfikowane na podstawie przypisanego im miejsca w statywie, ale Zamawiający nie wyraził na to zgody (tak odpowiedź na pytanie 22 z dnia 22.11.2017 r.). Powyższe oznacza, że oferta Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. Niezgodność oferty Abbott z wymaganiem (uwaga pod punktem 14 załącznika nr 1): „Należy uwzględnić taką ilość odczynników, materiałów zużywalnych w kontroli; kalibratorów, elektrod, materiałów niezbędnych do okresowej konserwacji, kuwet, płynów, filtrów i in., która pozwoli prowadzić diagnostykę do wyżej wymienionej ilości badań biochemicznych z uwzględnieniem ilości odczynników i materiałów zużywalnych zabezpieczających wykonanie badań, ewentualnych rozcieńczeń po przekroczeniu liniowości, kontroli/zewnętrznej i wewnętrznej/ w okresie 36 miesięcy.”

Zarzut dotyczy zaoferowania zbyt małej ilości naczynek Sample cups (nr kat. 7C14-01), które są konieczne do wykonania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych na analizatorze Architect przez cały okres umowy (3 lata).

Zgodnie z procedurą określoną w instrukcjach odczynnikowych i instrukcji obsługi analizatora Architect każdy kalibrator i kontrola muszą zostać nakropione do tych naczynek i wstawione do aparatu do badania. Ponieważ Zamawiający określił w SIWZ ściśle ilość oznaczeń kontrolnych dla każdego parametru, a ilość oznaczeń kalibracyjnych wynika z częstotliwości zmiany serii odczynnika (3-4 razy w roku), można więc precyzyjnie wyliczyć konieczną ilość naczynek:

- Ilość testów na kontrole w ciągu 3 lat: 12 410
- Ilość testów na kalibracje w ciągu 3 lat: 696
- RAZEM: 13 106 testów, dla wykonania których potrzeba 13 106 naczynek Sample Cups = 14 opakowań

W swojej ofercie Abbott zaoferował 6 opakowań Sample Cups (czyli jedynie 6000 szt. naczynek), co powoduje że wystarczy ich na ok. 1,5 roku pracy, a przez resztę okresu trwania umowy (ponad 1,5 roku) Zamawiający nie będzie mógł wykonywać oznaczeń kontrolnych ani kalibracji. W ofercie Abbott nie występują też żadne inne naczynka, które mogłyby być używane w zastępstwie ww. wyrobów referencyjnych. Na potwierdzenie Odwołujący złożył Tabelę 1 ze szczegółowymi obliczeniami

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, oferta Abbott jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. Niezgodność oferty Abbott z p. 6 „Warunków granicznych dla analizatora” zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ cz. 6: „Do oferowanej ilości odczynników należy doliczyć odczynniki przeznaczone do wykonania codziennej kontroli i kalibracji oraz kontroli zewnątrzlaboratoryjnej.”

Abbott zaoferował zbyt małą ilość opakowań odczynników do oznaczania:

poz. 1 hsTroponina

poz. 3 HBs antygen test potwierdzenia

poz. 4 HBs przeciwciała ilość

poz. 6 HBe antygen

poz. 7 HBe przeciwciała

poz. 10 anty-CCP - przeciwciała

Zamawiający wymagał, aby do oferowanej ilości odczynników doliczyć odczynniki przeznaczone do wykonania codziennej kontroli i kalibracji oraz kontroli zewnątrzlaboratoryjnych. Podał także w SIWZ harmonogram i częstotliwość wykonywania oznaczeń kontrolnych, a więc obowiązkiem wykonawców było zgodnie z nim obliczyć dodatkową ilość odczynników.

Abbott nie zastosował się do tego warunku przy określonych parametrach, stąd wynikło niedoszacowanie i zbyt mała ilość zaoferowanych opakowań, co oznacza że Zamawiający nie otrzymał w postępowaniu właściwej ilości opakowań odczynników, zgodnie

z wymogami SIWZ. Na potwierdzenie Odwołujący złożył Tabelę 2 za szczegółowymi obliczeniami

4. Niezgodność oferty Abbott z p. 6 „Warunków granicznych dla analizatora” zawartych w załączniku nr 1 do SIWZ cz. 6: „Do oferowanej ilości odczynników należy doliczyć odczynniki przeznaczone do wykonania codziennej kontroli i kalibracji oraz kontroli zewnątrzlaboratoryjnej. Zaoferowanie zbyt małej ilości kontroli dla parametrów Troponin I hs, HBs Antygen, HB Antygen test potwierdzenia, HBs przeciwciała, HBe przeciwciała, HCV przeciwciała i HIV test Iw generacji.

Zamawiający wymagał dostarczenia takiej ilości materiału kontrolnego, aby możliwe było wykonywanie codziennej kontroli jakości (we wszystkie dni tygodnia). Oznacza to, że na okres 3 lat Abbott powinien zapewnić ilość materiału kontrolnego konieczną do wykonania ilości oznaczeń zgodnie z podanym w SIWZ harmonogramem i częstotliwością wykonywania badań kontrolnych dla każdego z tych parametrów.

Biorąc pod uwagę niezbędną objętość kontroli do każdego oznaczenia kontrolnego, zgodnie z zapisami w instrukcji metodycznej testów (ilość kropli kontroli, którą trzeba nakropić do naczynek Sample Cups) i fakt, że 1 kropla to objętość 0,05 ml jasno wynika, że ilości (w ml) materiału kontrolnego konieczne do przeprowadzenia codziennej kontroli (i wynikające z tego ilości opakowań kontroli) powinny być o wiele większe niż te zaoferowane w ofercie.

Zaoferowanie zbyt małej ilości opakowań kontroli na czas trwania umowy (36 miesięcy) powoduje, że Zamawiający nie będzie mógł wykonywać określonych w SIWZ badań kontrolnych przez cały okres trwania umowy oraz wydawać wyników badań. Na potwierdzenie Odwołujący załączył Tabelę 3 za szczegółowymi obliczeniami i stwierdził, że wobec ujawnienia niezgodności oferty firmy Abbott z SIWZ powinna być ona odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert), możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

W dniu 12 lutego 2018 roku Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia o korzystaniu z prawa do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. W dniu 14 lutego 2018 roku Przystępujący wniósł sprzeciw.

Na podstawie dokumentacji z postępowania Izba ustaliła, że w pakiecie 6 Zamawiający określił warunki graniczne dla odczynników:

1. Wielkość opakowania winna być dostosowana do ilości wykonywanych badań;
2. Podana ilość odczynników ma zapewniać wykonanie badań w podanym okresie, należy uwzględnić ilość odczynników niezbędną do wykonania badań, kalibracji i kontroli z uwzględnieniem trwałości odczynników po wstawieniu na pokład analizatora, kalibratorów i kontroli po otwarciu opakowania;
3. Odczynniki w opakowaniach do bezpośredniego włożenia na pokład analizatora;
4. Kontrola jakości jak wymieniona wyżej
5. Materiały kontrolne powinny zawierać wszystkie wykonywane przez analizator parametry;
6. Do oferowanej ilości odczynników należy doliczyć odczynniki przeznaczone do wykonania codziennej kontroli i kalibracji oraz kontroli zewnątrzlaboratoryjnej;
7. Wyrównanie strat odczynnikowych/ cz. zużywalnych w przypadku sytuacji awaryjnych leżących po stronie Wykonawcy;
8. Odczynniki, kalibratory, materiały kontrolne z terminem ważności min. 5 miesięcy od dnia dostarczenia do Laboratorium lub odpowiednio do zaoferowanej ilości w tabeli
9. Oświadczenie o dołączeniu Karty Charakterystyki Substancji Niebezpiecznych w wersji papierowej wraz z pierwszą dostawą lub oświadczenia producenta o braku takich substancji we wszystkich oferowanych odczynnikach;

10. Zapewnienie udziału w zewnętrznej kontroli jakości badań z zapewnieniem opracowania wyników;

11. W przypadkach opakowań nie odpowiadających końcowej ilości należy zaokrąglić w górę do pełnego opakowania;

12. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć metodykę oznaczeń w j. polskim;

Zamawiający zastrzegł także, że należy uwzględnić taką ilość odczynników, materiałów zużywalnych/ kontroli, kalibratorów, elektrod, materiałów niezbędnych do okresowej konserwacji, kuwet, płynów, filtrów i innych, która pozwoli prowadzić diagnostykę do wymienionej ilości badań biochemicznych z uwzględnieniem ilości odczynników i materiałów zużywalnych zabezpieczających wykonanie badań, ewentualnych rozcieńczeń po przekroczeniu liniowości, kontroli / zewnętrznej i wewnętrznej / w okresie 36 miesięcy. Wskazano również, że w przypadku nie ujęcia odpowiedniej ilości odczynników, kalibratorów, kontroli, materiałów zużywalnych i in. niezbędnych do prowadzenia w/ w ilości badań biochemicznych zabezpieczenie leży po stronie Wykonawcy.

Zamawiający określił także warunki graniczne dla analizatora:

1. Analizator wraz z niezbędnymi urządzeniami / UPS, klimatyzator, drukarka, stół pod analizator w przyp. Analizatora nie wolno stojącego i in. /Analizator fabrycznie nowy – rok produkcji 2016/2017

2. Analizator w pełni automatyczny

3. Wydajność analizatora – min. 100 oznaczeń na godzinę

4. Metoda wykonywania oznaczeń chemiluminescencja

5. Oznaczenia CITO

6. Analizator z monitorowaniem zużycia odczynników i części zużywalnych

7. Analizator z chłodzeniem odczynników

8. Dwukierunkowa transmisja danych między analizatorem a systemem informatycznym funkcjonującym w Laboratorium

9. Identyfikacja odczynników, kalibratorów, kontroli oraz próbek przy użyciu kodów kreskowych

10. Aktualizacja oprogramowania po stronie zleceńbiorky

11. Analizator z automatycznym rozcieńczaniem próbek

12. Wykonywanie badań z próbek pierwotnych / różne systemy zamkniętego pobierania krwi /oraz naczynek pediatrycznych

13. Detekcja skrzepu w próbce

14. Możliwość dostawiania próbek bez przerywania ciągłości pracy analizatora

15. Wbudowany program kontroli jakości – możliwość archiwizacji wyników kontroli, przedstawienia wyników w postaci graficznej, statystyka wykonanych oznaczeń badań i kontroli

16. Wstawienie klimatyzatora do pomieszczenia w którym będzie się znajdował analizator
17. Podłączenie analizatora przez Zleceniobiorcę do sieci informatycznej funkcjonującej w Laboratorium
18. Analizator gotowy do pracy 24 godziny na dobę, naprawy po stronie wykonawcy (Infomedica – AMMS ASSECO)
19. Dostawa analizatora, montaż, demontaż, odbiór i okresowa konserwacja oraz naprawy w przypadku awarii po stronie Zleceniobiorcy
20. Analizator objęty gwarancją
21. usunięty w wyniku modyfikacji SIWZ
22. Bezpłatne przeszkolenie personelu Centrum Diagnostyki Laboratoryjnej w zakresie obsługi analizatora wg potrzeb Zleceniodawcy, okresowe szkolenia aktualizujące. Potwierdzenie szkoleń stosownymi certyfikatami.
23. Bezpłatne przeszkolenie Pracowników PTM w zakresie podstawowych czynności naprawczo – konserwacyjnych
24. Instrukcja obsługi analizatora w języku polskim
25. Całodobowa pomoc serwisowa z podaniem telefonu i danych osoby odpowiedzialnej. Kontakt telefoniczny z serwisem 24 godziny na dobę przez wszystkie dni tygodnia
26. Dostarczenie wraz z aparatem termometru i wilgotnościomierza w celu monitorowania wymaganych warunków środowiskowych
27. Walidacja termometru i wilgotnościomierza przez cały okres umowy
29. Niezależnie od charakterystyki odpadów wytwarzanych przy pracy urządzeń, przedłożonej przez Wykonawcę, Zamawiający wymaga odbioru wszelkich odpadów/ opakowań płynnych, stałych, niebezpiecznych innych niż niebezpieczne na każde wezwanie upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego z tym zastrzeżeniem, że odpadów biologicznych Zamawiający nie jest upoważniony przechowywać dłużej niż 72 godziny a innych dłużej niż 7 dni. Opóźnienie w odbiorze odpadów celem utylizacji uprawnia Zamawiającego do Zlecenia odbioru i utylizacji na koszt i ryzyko Wykonawcy podmiotowi trzeciemu, po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy do należytego/ terminowego odbioru odpadów.

Zamawiający odpowiadając na pytanie, czy wyrazi zgodę, by kalibratory i kontrole były identyfikowane na podstawie przypisanego im miejsca w statywie, stwierdził, że zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

W zakresie zarzutu dotyczącego posiadania możliwości identyfikacji kalibratorów i kontroli przy użyciu kodów kreskowych Przystępujący wskazywał, że oferowany przez niego analizator taką funkcję posiada. Przystępujący przyznał, że kalibratory i kontrole przelewane

są do kubeczków na próbki (sample cups) i umieszczane na statywie analizatora. W analizatorze istnieje możliwość skonfigurowania i wygenerowania oraz wydrukowania kodów kreskowych dla kontroli i kalibracji. Po wydrukowaniu kodu umieszcza się go na właściwych kubeczkach. Analizator za pomocą czytnika identyfikuje dany kubeczek jako kontrolę lub kalibrację. Na dowód powyższego Przystępujący załączył płytę DVD z filmem obrazującym cały proces od wytworzenia kodu do umieszczenia go na kubeczku, a kubeczka w statywie. Złożono również wyciąg z Instrukcji dla analizatora opisujący procedury generowania kodów. Przystępujący zaprzeczył, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był podmiotem, który zwracał się o zmianę SIWZ w zakresie tego warunku granicznego.

Izba odnosząc się do tego zarzutu podzieliła stanowisko Przystępującego.

Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający jako warunek graniczny dla analizatora wymagał, by posiadał on funkcję identyfikacji odczynników, kalibratorów, kontroli oraz próbek przy użyciu kodów kreskowych. Zamawiający nie opisał bliżej ani w jaki sposób ta funkcja ma być spełniona, ani czemu ma ona służyć. Odwołujący tymczasem wywodził, że oferowany przez Abbott analizator Architect nie ma możliwości odczytu i identyfikacji wstawionych do statywu kalibratorów i kontroli bezpośrednio z kodów kreskowych, ponieważ następuje przelewanie materiału do badania, kontroli lub kalibracji z fiolek do kubeczków i ręczne umieszczanie ich w statywie. Przystępujący natomiast w ocenie składu wykazał, że oferowane urządzenie wymaganą funkcję posiada. Pokazano w jaki sposób następuje wygenerowanie kodu, jego wydrukowanie i umieszczenie na kubeczku. Materiał filmowy złożony przez Przystępującego pokazuje w jaki sposób wytwarzany jest kod dla kontroli, a w jaki dla kalibracji. Dowiedziono również, że Przystępujący wraz z analizatorem zaoferował drukarkę niezbędną do wydruku etykiet. Możliwości stworzenia etykiety i jej wydruku dowodzi zarówno przedstawiony Izbie materiał filmowy, jak też złożony wyciąg z Instrukcji. Okoliczność, że pochodzi on z części Instrukcji związanej z konfiguracją urządzenia, a nie z części dotyczącej pracy diagnostycznej ma znaczenie drugorzędne. Istotne jest w ocenie składu, że urządzenie można w ten sposób odpowiednio zaprogramować, by tworzyło ono oznaczenia dla kubeczków dla kontroli i kalibracji, które następnie można umieścić na kubeczkach wstawianych do statywu analizatora. Odwołujący nie podważył prawdziwości złożonego materiału Instrukcji, a wskazywał nawet, że jest to ta sama wersja, z której on korzystał sprawdzając jakie funkcje posiada oferowany analizator. Przystępujący zaś nie zaprzeczał, że następuje przelanie materiału z fiołki do kubeczka, by rozpocząć wybrany proces.

Na rozprawie Odwołujący próbował zmodyfikować zarzut dowodząc, że nawet jeżeli jest możliwa opisana wyżej procedura, to nie następuje identyfikacja kubeczków przeznaczonych do kontroli i kalibracji, ponieważ kubeczki w przypadku analizatora oferowanego przez Przystępującego muszą być umieszczone w statywie w odpowiedniej kolejności. Dostrzeżenia jednak wymaga, że taka interpretacja wymogu granicznego nie była przedmiotem zarzutu odwołania. W odwołaniu kwestionowano możliwość identyfikacji kalibratorów i kontroli przy użyciu kodów kreskowych. Odwołujący pokazał, że możliwość wytworzenia kodu kreskowego dla kontroli i kalibracji istnieje. Zamawiający zaś z drugiej strony nie opisał szczegółowo, że identyfikacja ma umożliwić automatyczne rozpoczęcie wybranego procesu. Przystępujący natomiast nie zaprzeczał, że w przypadku oferowanego przez niego urządzenia najistotniejsze znaczenie ma prawidłowe rozmieszczenie kubeczków na statywie i nawet umieszczenie kubeczka oznaczonego kodem kreskowym w błędnym miejscu statywu może dać błędny wynik badania oraz że cały proces nie ma charakteru automatycznego. Dlatego też złożone na rozprawie przez Odwołującego materiały w postaci wyciągu z Instrukcji jaką sytuację urządzenie uzna za błąd, tej tezie nie przeczą. Rzeczywiście będzie tak, że jeżeli kubeczek oznaczony kodem kreskowym dla kalibracji umieszczony zostanie w nieprawidłowym polu w statywie, urządzenie odczyta taką sytuację jako błędną i nie będzie możliwe przeprowadzenie procesu kalibracji aż do momentu właściwego umieszczenia kubeczka.

Reasumując, z powodów opisanych wyżej, Izba uznała, że zarzut odwołania w stosunku do treści ofert Przystępującego nie potwierdził się i nie stwierdziła w tym zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba za udowodnione stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w odwołaniu co prowadziło do uwzględnienia odwołania w części odnoszącej się do poprawek formularza asortymentowego-cenowego.

W przypadku zarzutów odnoszących się do przyjęcia przez Przystępującego zbyt małej ilości naczynek Sample cups do wykonania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych na cały okres umowy (3 lata) oraz przyjęcia zbyt małej ilości opakowań odczynników do oznaczania, w swoim stanowisku pisemnym Przystępujący przyznał, że jego oferta może zawierać pewne niedoszacowania. Jednocześnie wskazywał, że zgodnie z zapisami formularza asortymentowo-cenowego oraz wzoru umowy, wszelkie niedoszacowania obciążają wykonawcę, który będzie zobowiązany do dostarczenia na swój koszt odpowiedniej ilości materiałów w trakcie realizacji kontraktu. Oznacza to, że Zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej ilości odczynników, kontroli i kalibratorów wymaganej w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający określił jedynie szacunkowe ilości testów

planowanych do wykonania w okresie realizacji umowy. Po stronie wykonawcy leżało oszacowanie ilości odczynników i materiałów kontrolnych potrzebnych do wykonania testów.

Zatem przyjmując nawet, że w ofercie Przystępującego doszło do niedoszacowania, to nie może ona z tego powodu zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ (ponieważ taka treść SIWZ co do ilości opakowań nie istnieje), a może zostać poprawiona przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi przeprowadzić analizę, czy nieistotnych omyłek zaistniałych w ofercie, nie wpływających na jej zasadniczą treść, nie można w pewien sposób naprawić. Zastosowanie bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych „(...) *pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia (...).*” Zamawiający może takiej poprawy treści oferty dokonać również po uzyskaniu od danego wykonawcy wyjaśnień, po ustaleniu jaki był faktyczny zamiar złożenia oferty, „*pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. (...)*”.

I tak, analizując wyliczenia Odwołującego i Przystępującego zauważyć należy, iż najbardziej znacząca różnica w ilości przyjętych testów do wykonania dotyczy badania HBs antygen test potwierdzenia, gdzie Odwołujący wskazywał na konieczność wykonania 1256 testów na kontrolę, podczas gdy Przystępujący przyjął 624 testy. W tym zakresie za wiarygodne Izba uznała wyliczenia Odwołującego, co oznacza, że w ofercie Przystępującego doliczyć należy 8 opakowań kubeczków do badań. Wyliczenia strony Odwołującej potwierdzają zapisy SIWZ, które określają jak często i na ilu poziomach należy wykonywać kontrolę (jest 4 razy w tygodniu na dwóch poziomach). Przystępujący przyjął, że kontrola będzie wykonywana 4 razy w tygodniu ale na jednym poziomie, stąd różnica w ilości testów do wykonania. Nie uznano za potwierdzone (choćby przez złożone ulotki z opisem sposobu wykonywania badań), że możliwe jest przechowywanie materiału poza analizatorem, np. w lodówce, z uwagi na określoną w ulotce trwałość materiału, która wynosi 3 h.

W zakresie przyjętej ilości oznaczeń z jednego kubeczka, Izba przyjęła, że Odwołujący prawidłowo kierował się zapisami dołączonych do oferty Przystępującego ulotek o niezbędnej ilości materiału do okroplenia, ponieważ każda ulotka z opisem zawiera procedurę określającą ilość kropeł do odkroplenia i możliwy czas przebywania materiału

w analizatorze. Listy „order list report”, do których odwoływał się na rozprawie Przystępujący, zgodnie z treścią załączonych ulotek, odnoszą się do badań próbek pacjenta, nie zaś do testów kontroli i kalibracji. W części ulotki dla kontroli i kalibracji jasno określają ilość kropli do odmierzenia w celu przeprowadzenia procesu. Z ulotki nie wynika, że analizator można przestawić tak, że będzie on drukował „order list report” dla kalibracji i kontroli. Dlatego też wyliczając ilość niezbędnych materiałów należało przyjąć założenia Odwołującego.

W przypadku ilości testów na kalibrację SIWZ określała, że konieczne jest zapewnienie tego samego nr lotu odczynników i kontroli w ciągu całego roku. Z tego zapisu Przystępujący wywodził, że zmiana serii odczynnika może następować nie częściej niż na rok, ponieważ kalibracja wymagana jest jedynie w przypadku zmiany serii odczynnika. Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że ważność serii odczynników w większości przypadków producenci określają na 3 miesiące (co potwierdzają zapisy złożonych ulotek) oznacza to, że kalibracja będzie konieczna co najmniej 4 razy w roku, a nie jak przyjął Przystępujący – raz do roku. Dłuższego okresu przydatności dla odczynników Przystępujący nie wykazał. Ponadto w odpowiedziach na pytania Zamawiający jasno określił, że trwałość odczynników wynosić ma 3 miesiące. Dlatego też za prawidłowe Zamawiający winien przyjąć wyliczenie Odwołującego do poprawienia treści oferty Przystępującego.

Konkludując, Izba uznała, że wyliczenia Odwołującego załączone do odwołania są prawidłowe, odzwierciedlają założenia po pierwsze SIWZ w zakresie ilości wykonywania badań, po drugie dokumentów producenta (ulotek) w zakresie niezbędnej ilości materiałów do wykonywania badań, kontroli oraz kalibracji. Z tych powodów uznano, że wyliczenia te winny stać się podstawą do poprawienia omyłek w treści oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłki te nie wpływają w sposób znaczący na treść oferty, nie zmieniają jej w zasadniczych kwestiach, dotyczą elementów ilościowych, łatwych do wyliczenia i poprawienia, a ich powodem może być odmienna interpretacja pewnych zapisów SIWZ, które każdy z wykonawców mógł odczytać w inny sposób. Jednocześnie zauważyć należy, iż wykonawca, którego oferta ulega poprawie zawsze może nie wyrazić zgodny na dokonanie poprawy zidentyfikowanych omyłek. Nawet zaś gdy przyjąć wyliczenia Odwołującego, to oferta Przystępującego pozostanie najkorzystniejsza cenowo.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2, a także § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238 oraz ze zmianami). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: