

Sygn. akt: KIO 3038/22

WYROK
z dnia 2 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2022 r. przez Odwołującego – **HORIBA ABX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Al. Niepodległości 18, 02-653 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego**, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – **G. K.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **DIAG-MED G. K.**, ul. Modularna 11a bud. H3, 02-238 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

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

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, w trybie podstawowym, pod nazwą „Dostawa odczynników, materiałów kontrolnych, kalibracyjnych, zużywalnych wraz z dzierżawą aparatów w podziale na 3 części” (znak postępowania: DZPUCK.262.097.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5.08.2022 r. 2002/S 150-426441, wobec czynności podjętych na część 2 zamówienia i polegających na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej (Diag-Med G. K.), Wykonawca HORIBA ABX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 17.11.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3038/22).

Zarzuty w odwołaniu dotyczą czynności podjętych przez Zamawiającego i polegających na:

- 1) zaniechaniu przyznania ofercie Horiba 3 pkt w ramach ocenianego parametru nr 7 „Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na codzienne czynności konserwacyjne”, podczas gdy z załączonego do oferty przedmiotowego środka dowodowego wprost wynikało, że czas ten jest krótszy niż 15 minut – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu przyznania ofercie Horiba 2 pkt w ramach ocenianego parametru nr 8 „Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne”, podczas gdy z załączonego do oferty przedmiotowego środka dowodowego wprost wynikało, że czas ten jest krótszy niż 20 minut – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;
- 3) przyznaniu ofercie złożonej przez Diag-Med G. K. 2 pkt w ramach ocenianego parametru nr 8 „Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne”, podczas gdy załączony do oferty przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzał zadeklarowanego czasu 0 minut – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;
- 4) przyznaniu ofercie złożonej przez Diag-Med G. K. 4 pkt w ramach ocenianego parametru nr 3 „Automatyczne mieszanie próbki w analizatorze”, podczas gdy z posiadanej przez Horiba pełnej instrukcji obsługi oferowanego urządzenia wprost wynika, że oferowany analizator takiej funkcji nie posiada – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp;

- 5) zaniechaniu wykluczenia Diag-Med z postępowania, a w konsekwencji – odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, w sytuacji gdy załączone do oferty oświadczenie producenta w zakresie ocenianego parametru nr 3 „Automatyczne mieszanie próbki w analizatorze” zawiera informacje niezgodne z informacjami zawartymi w pełnej wersji instrukcji obsługi oferowanego urządzenia w zakresie tego parametru granicznego – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie – art. 109 ust. 1 pkt 10), w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp;
- 6) zaniechaniu wykluczenia Diag-Med z postępowania, a w konsekwencji – odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, w sytuacji gdy załączone do oferty oświadczenie producenta w zakresie ocenianego parametru nr 4 „Wszystkie oznaczone parametry są wprowadzane do raportu/wyniku pacjenta” zawiera informacje sprzeczne z praktyką laboratoryjną, zgodnie z którą parametry badawcze nie mogą być raportowane do wyniku pacjenta – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie – art. 109 ust. 1 pkt 10), w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp;
- 7) zaniechaniu odrzucenia oferty Diag-Med, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy załączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają, że oferowany analizator charakteryzuje się wszystkimi cechami określonymi w pkt 13 parametrów wymaganych, tj. „Możliwość stałego monitorowania poziomu odczynnika w analizatorze i sygnalizacja konieczności ich wymiany – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp;
- 8) wyborze oferty Diag-Med jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, złożona oferta podlegała odrzuceniu, względnie – w przypadku prawidłowo przyznanych punktów – ofertą najkorzystniejszą będzie oferta Horiba, a nadto – zaniechaniu wyboru oferty Horiba jako oferty najkorzystniejszej – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie wykluczenia Diag-Med z postępowania i odrzucenia oferty tego Wykonawcy i powtórzenia czynności badania i oceny pozostałych ofert, w szczególności zmianę dokonanej oceny oferty Horiba i przyznanie punktów w zakresie pkt 7 i 8 parametrów ocenianych, a następnie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W załączniku nr 2 do swz – formularz asortymentowo-cenowy Zamawiający określił parametry analizatora, tj. 25 parametrów granicznych i 9 dodatkowych parametrów ocenianych, stanowiących w istocie kryteria oceny ofert w kryterium „parametry techniczne”.

Zgodnie z literalną wykładnią postanowienia z pkt VII.1.3 SWZ – wykonawca był uprawniony do przedłożenia, jako przedmiotowego środka dowodowego, oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta wyłącznie, w sytuacji gdy wskazane przez Zamawiającego dokumenty (karta katalogowa, instrukcja obsługi, itp.), nie odnoszą się do któregośkolwiek z parametrów granicznych lub ocenianych. W szczególności zaś – nie było dozwolone zastąpienie oświadczeniem karty katalogowej/ instrukcji obsługi, w sytuacji gdy treść oświadczenia jest sprzeczna z danymi prezentowanymi przez producenta w preferowanych przez Zamawiającego dokumentach.

Zgodnie z ustawą Pzp – takie działanie wykonawcy postrzegane winno być jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd (świadome bądź też nieumyślne), co w niniejszym postępowaniu stanowiło jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania.

Zarzuty dotyczyły oceny oferty Odwołującego w parametrach ocenianych – czas wyłączenia pracy analizatora na codzienne i cotygodniowe czynności konserwacyjne (pkt 7 i 8 parametrów z załącznika nr 2A) – zarzut 1.1 i 1.2 odwołania. Odwołujący oświadczył, że oferowane urządzenie Yumizen YH2500 spełnia obydwa punktowane parametry, a czas wyłączenia niezbędny na jego czyszczenie nie przekracza odpowiednio 15 min. na konserwację codzienną i 20 min. na konserwację cotygodniową. Na potwierdzenie tego przedłożył w ofercie dowód w postaci instrukcji obsługi urządzenia – str. 226 (*„Cykl wyłączenia jest skuteczny i działa prawidłowo, wyłącznie gdy środek czyszczący pozostaje w komorach przez co najmniej 10 minut po zakończeniu cyklu”*). Zamawiający w obu parametrach nie przyznał punktów ofercie Odwołującego. Zamawiający miał dopuścić się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, do czego prowadzić miało uwzględnienie oświadczenia przedstawiciela Mindray Medical Poland Sp. z o.o. w ofercie wybranej i odmowa mocy przedmiotowego środka dowodowego - oświadczenia złożonego przez Odwołującego w „Formularz parametrów ocenianych”.

Dalej Odwołujący odniósł się do oceny oferty wybranej Wykonawcy Diag-Med. w zakresie parametrów:

- nr 8 parametrów ocenianych – „Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne” – przyznane 2 pkt. Wskazał na brak danych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych, które uszczegóławiałyby treść złożonego oświadczenia: *„Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne wynosi 0 min.”* – zarzut z pkt 1.3 odwołania;

- nr 3 parametrów ocenianych – „Automatyczne mieszanie próbki w analizatorze” – przyznanie 4 pkt i zaniechanie wykluczenia z postępowania, gdyż załączone do oferty oświadczenie producenta zawiera informacje niezgodne z informacjami zawartymi w pełnej wersji instrukcji oferowanego urządzenia w zakresie tego parametru granicznego – zarzut z pkt 1.4 i 1.5 odwołania – (zarzuty wycofane w trakcie rozprawy przez Odwołującego – oświadczenie w protokole rozprawy);
- nr 4 parametrów granicznych – „Wszystkie oznaczane parametry są wprowadzane do raportu/wyniku pacjenta” – oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), gdyż oświadczenie producenta zawiera informacje sprzeczne z praktyką laboratoryjną, zgodnie z którą parametry badawcze nie mogą być raportowane do wyniku pacjenta – zarzut z pkt 1.6 odwołania;
- nr 13 parametrów wymaganych – „Możliwość stałego monitorowania poziomu odczynnika w analizatorze i sygnalizacja konieczności ich wymiany” – oferta niezgodna z warunkami zamówienia – zarzut z pkt 1.7 odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się do oceny oferty Odwołującego i zaniechania przyznania 3 pkt w parametrach ocenianych nr 7 i 8 („Czas wyłączenia z pracy analizatora na konieczne codzienne/cotygodniowe czynności konserwacyjne”) Zamawiający wskazał, iż należało określić czas wyłączenia z pracy analizatora (tj. czas, w którym nie jest możliwe wykonanie żadnego badania na analizatorze) dla przeprowadzenia czynności konserwacyjnych, a nie czas trwania codziennych i cotygodniowych czynności czyszczenia, co uczynił Odwołujący. Zamawiający przyznał 0 pkt w obu złożonych ofertach z uwagi na jednakowy brak informacji w przedłożonych dokumentach (parametr nr 7). Z załączonej do oferty instrukcji obsługi, zdaniem Odwołującego miałyby wynikać informacje potwierdzające wskazane w pkt 7 i 8 załącznika nr 2a do swz oświadczenia, a dotycząca czasu pozostawiania w komorach środka czyszczącego. Miałyby to uzasadniać brak potrzeby składania dodatkowego oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, potwierdzającego parametr, w sytuacji gdy informacja ta nie jest prezentowana w dostępnych materiałach producenta (karty katalogowej). Inaczej sytuacja wyglądała w ofercie Przystępującego, który przedłożył dodatkowe oświadczenie producenta potwierdzające parametr z pkt 8, z uwagi na ograniczoną ilość informacji materiałach marketingowych. Na tej podstawie Zamawiający dopuścił oświadczenie Przystępującego jako przedmiotowy środek dowodowy, nie traktując jednocześnie załącznika 2A do swz złożonego przez Odwołującego, jako takiego dowodu.

Ocena oferty Diag-Med.:

- parametr nr 8: Zaoferowane urządzenie nie wymaga wyłączenia z pracy na cotygodniowe czynności konserwacyjne, a prawidłową pracę urządzenia zapewnia konserwacja codzienna. Oświadczenie producenta było jednoznaczne, a wiedza Zamawiającego wynikająca z użytkowania różnych aparatów, potwierdzać ma taką możliwość. Oferta otrzymała w tym parametrze 2 pkt;

- parametr nr 3: w związku z brakiem przedłożenia przez przystępującego dokumentów na okoliczność automatycznego mieszania próbki, Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia za nieprawdziwe, złożonego w tym zakresie oświadczenia producenta Mindray;

- parametr nr 4: wprowadzanie przez urządzenie wszystkich oznaczonych parametrów do raportu/wyniku pacjenta nie jest niezgodny z praktyką laboratoryjną, a stawiany w tym zakresie zarzut wynika najprawdopodobniej z utożsamienia przez Odwołującego pojęcia „wynik pacjenta”, którym posłużył się Zamawiający z pojęciem „sprawozdań z badań laboratoryjnych”. Intencją Zamawiającego jest uzyskanie wglądu we wszystkie oznaczane parametry, jakimi dysponuje analizator. Diagnosta po wykonaniu badania analizuje wynik/raport pacjenta (zbiór parametrów opisujących badany materiał, prezentowany w laboratoryjnym systemie informatycznym (LIS), do którego są one przesyłane elektronicznie z analizatora), następnie weryfikuje wszystkie dane uzyskane w trakcie badania (parametry, skategamy, histiogramy), a dopiero potem raportuje ostateczne sprawozdanie z badań laboratoryjnych zgodnie z wewnętrzną procedurą jakości (wg norm PN-EN ISO 15189), tj. bez wskazywania w przedmiotowym sprawozdaniu parametrów badawczych. Podsumowując, należy zaznaczyć, iż Zamawiający jako profesjonalista rozróżnia pojęcia „wynik” i „sprawozdanie z badań laboratoryjnych” jak wskazano wyżej;

- parametr graniczny pkt 16: Zamawiający oparł się na oświadczeniu Przystępującego, po tym jak wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień o stosowaną metodologię. Odpowiedź Przystępującego objaśnia stosowaną technologię, która zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego zapewnia eliminację interferencji ze strony mikro i schistocytów;

- pkt 13 parametrów wymaganych; skoro zgodnie z przedłożonym wraz z ofertą wyciągiem z instrukcji urządzenia oferowanego przez Przystępującego (pkt 12.3.2, str. 200 Instrukcji) konieczność wymiany odczynnika następuje, gdy odczynnik wyczerpuje się, jest niewystarczający lub upłynął termin jego ważności, zatem wskazanie w jednej z pozycji Menu urządzenia między innymi (pkt 12.3.1, str. 200 Instrukcji) danych dotyczących daty ważności, daty przydatności do użycia i ilości wyrażonej w procentach danego odczynnika oznacza dostarczanie przez urządzenie danych wskazujących na, tj. sygnalizujących, konieczność wymiany odczynników przez użytkownika.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – G. K. Diag-Med.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz oraz oferty złożone na część 2 zamówienia, w tym treść załączników nr 2A do SWZ i złożone w postępowaniu przetargowym przedmiotowe środki dowodowe.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamówienie na część 2 obejmuje dostawę odczynników, materiałów kontrolnych, eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatora do wykonywania oznaczeń morfologii podstawowej (CBC), morfologii z automatycznym różnicowaniem krwinek białych (5DIFF).

Zamawiający opisał wymagania dotyczące parametrów urządzenia wskazując na parametry wymagane (graniczne) oraz parametry oceniane w załączniku nr 2 do swz. Parametry techniczne, stanowią obok ceny, kryterium oceny ofert – waga 40%.

Wykonawcy składali wraz z ofertą wypełniony Formularza 2A do swz zawierający wykaz parametrów granicznych (łącznie 25) oraz parametrów ocenianych (łącznie z 9).

W pkt VII swz opisane zostały przedmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawców, tj. oświadczenie z załącznika nr 9 (dotyczy wyrobów sklasyfikowanych jako medycznych), certyfikat FDA (dla części 1 zamówienia), jak również opisany w ppkt 3 środek dowodowy:

W celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań oraz parametrów ocenianych określonych w Formularzu parametrów technicznych oraz parametrów ocenianych, stanowiącym Załącznik nr 2a do SWZ, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą: kartę katalogową (folder, ulotka, wyciąg z katalogu) producenta lub

autoryzowanego przedstawiciela producenta lub instrukcję obsługi lub inny dokument producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, w zakresie oferowanych urządzeń, tj. analizatory dla Części 1, 2 oraz 3. W przypadku gdy ww. dokumenty nie potwierdzają wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów, Wykonawca składa oświadczenie producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzające spełnianie przez oferowane produkty parametrów oraz wymogów zawartych w Formularzu parametrów technicznych oraz parametrów ocenianych (Załącznik nr 2a do SWZ). Oświadczenie Wykonawcy nie będącego producentem lub autoryzowanym przedstawicielem producenta nie będzie uznane za wystarczające.

Zamawiający wymaga, aby złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe łącznie potwierdzały wszystkie określone w Formularzu parametrów technicznych oraz parametrów ocenianych (Załącznik nr 2a do SWZ) wymagania/parametry w zakresie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wymaga aby na wszystkich przedmiotowych środkach dowodowych dotyczących oferowanego asortymentu wyraźnie zaznaczyć, której Części oraz pozycji dokument dotyczy.

Zgodnie z ppkt 2, w przypadku gdy wykonawca nie złożyłby przedmiotowych środków dowodowych lub byłyby one niekompletne, Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia, chyba że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na Pytanie nr 33:

„Wykaz przedmiotowych środków dowodowych. Czy Zamawiający dopuści by na potwierdzenie parametrów technicznych analizatora oraz parametrów ocenianych zostały przedstawione wybrane strony z instrukcji obsługi analizatora, na których znajduje się potwierdzenie wymaganego parametru? Pełna instrukcja analizatora zostanie dostarczona wraz z analizatorem w dniu instalacji zgodnie z zapisami we wzorze umowy.”
Odpowiedź:

„Zamawiający informuje, że uznaje za spełniające wymagania SWZ załączone przez Wykonawcę wybrane strony z instrukcji obsługi (wyciąg z instrukcji obsługi), o ile Wykonawca w załączonym do oferty materiale wykaże spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Na część 2 zamówienia złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego i Przystępującego. Najwyżej ocenioną była oferta Przystępującego, która łącznie uzyskała

86,05 pkt (w tym 33 pkt za parametry techniczne), a oferta Odwołującego uzyskała łącznie 86,00 pkt (w tym 26 pkt za parametry techniczne).

Zamawiający wybrał ofertę Diag-Med. G. K. (dalej jako Diag-Med).

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty w odwołaniu zasadniczo dotyczyły sposobu oceny obu ofert złożonych na część 2 zamówienia w kryterium pozacenowym, które zdecydowało o wyborze oferty Diag-Med, jako najkorzystniejszej, chociaż ofertę tańszą złożył Odwołujący. Zmiana punktacji, chociażby w jednym z parametrów ocenianych, czy to na rzez Odwołującego, czy też przez obniżenie punktacji oferty wybranej, wpływałaby na wynik postępowania. Różnica pomiędzy obiema ofertami w łącznej punktacji wyniosła 0,05 pkt.

Uwzględniając zarzuty i wnioski Odwołującego, należało odnieść się w pierwszej kolejności do kwestii formalnej dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawcy byli zobowiązani złożyć w celu wykazania spełnienia parametrów deklarowanych w załączniku 2A do swz. Odwołujący wskazywał w tym zakresie, iż jego oświadczenie opisujące parametr oceniany z poz. 7 i 8 – czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na codzienne/cotygodniowe czynności konserwacyjne, zawarte w załączniku 2A, należało uznać za przedmiotowy środek dowodowy, komplementarny z wyciągiem z instrukcji obsługi.

W ocenie składu orzekającego wnioski Odwołującego były nieprawidłowe. Zamawiający w swz wyraźnie wskazał, jakie dokumenty składane mają być w celu wykazania wszystkich deklarowanych w załączniku 2A parametrów granicznych i ocenianych, które stanowią przedmiotowe środki dowodowe. Nie można zatem traktować oświadczenia wykonawcy zawartego w załączniku 2A, jako środka dowodowego służącego potwierdzeniu spełnienia parametrów technicznych urządzenia. Należy rozróżnić oświadczenie z formularza 2A od przedmiotowego środka dowodowego, nawet jeżeli ten pochodziłby od tego wykonawcy, co w postępowaniu było dopuszczone w sytuacji, gdy wykonawca jest producentem lub autoryzowanym przedstawicielem producenta. Zamawiający zobowiązany był ustalić w oparciu o złożone przedmiotowe środki dowodowe, czy wszystkie parametry urządzenia wskazane przez wykonawcę w załączniku 2A do swz zostały potwierdzone. Ponadto, jak sam zauważył Odwołujący, w odniesieniu do oceny przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy Diag-Med, przepis art. 107 ust. 3 Ustawy wyłącza możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Wystarczy w tym zakresie powtórzyć tezę cytowaną przez Odwołującego z wyroku z dnia 30 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3399/21:

„Przepis art. 107 ust. 3 p.z.p. nie pozwala na uzupełnianie przedmiotowego środka dowodowego służącego potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert”.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy należy wskazać, iż Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny przedmiotowej ofert w oparciu o przedłożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe, w takim zakresie w jakim pozwalały one na potwierdzenie parametrów urządzenia. W sytuacji, gdyż środki te nie potwierdzały spełnienia parametru ocenianego, Zamawiający nie mógł przyznać punktów w kryterium parametrów technicznych, jak również nie mógł wezwać do uzupełnienia dokumentu, czy też zastąpienia przedmiotowego ośrodka dowodowego oświadczeniem wykonawcy z załącznika 2A. Zamawiający w odniesieniu do obu ocenianych ofert stosował się do zasad opisanych w swz przyznając punkty wyłącznie za te parametry, które znalazły potwierdzenie w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych, do czego Izba odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, kwestią sporną było to, czy w parametrach ocenianych z poz. 7 i 8 Załącznika nr 2A Zamawiający prawidłowo nie przyznał punktów. Wykonawca w załączniku 2A potwierdził czas wyłączenia z pracy analizatora na codzienne i cotygodniowe czynności konserwacyjne wskazując odpowiednio na czas: „do 15 min.” (codzienne wyłączenie) i „do 20 min.” (cotygodniowe wyłączenie). Jednocześnie Wykonawca załączył instrukcję obsługi aparatu, w której zapis na str. 226: *„Cykl wyłączenia jest skuteczny i działa prawidłowo, wyłącznie gdy środek czyszczący pozostaje w komorach przez co najmniej 10 minut po zakończeniu cyklu”*, miał potwierdzać parametry oceniane.

Stanowisko Odwołującego nie było spójne, gdyż z jednej strony próbował przekonać, iż zapis z instrukcji należało traktować uzupełniająco do oświadczenia z załącznika 2A, jako oświadczeń komplementarnych, a jednocześnie podnosił, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił przedmiotowy środek dowodowy, z którego bezpośrednio nie wynikało potwierdzenie deklaracji wykonawcy. Sam na rozprawie przyznał, iż sam czas pozostawania środka czyszczącego - cleanera w aparacie nie jest pełną informacją, a cały proces inicjacji trwa poniżej 15 i 20 minut. Zamawiający słusznie zatem uznał, iż instrukcja nie potwierdza parametrów ocenianych, prezentując wyłącznie dane o czasie, przez jaki środek czyszczący musi pozostać w urządzeniu, co nie może być identyfikowane z pełnym czasem wyłączenia aparatu z pracy, a to stanowiło parametr oceniany w kryterium technicznym. Skoro do oferty został załączony przedmiotowy środek dowodowy, który nie potwierdzał parametrów ocenianych, Zamawiający nie miała podstaw do wezwania o jego uzupełnienie, czy też przyjęcia w miejsce tego środka, oświadczenia Wykonawcy z załącznika 2A, które nie mogło być traktowane, jako przedmiotowy środek dowodowy. Słusznie Zamawiający uznał, iż tylko

oświadczenie Horiba z 02.09.2022 r. dotyczące załącznika 2A do swz – miało charakter przedmiotowego środka dowodowego, ale w oświadczeniu tym Wykonawca w ogóle nie odniósł się do parametrów ocenianych z poz. 7 i 8. Ponownie należy podkreślić, iż Zamawiający nie mógł wezwać do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (do czego Izba powyżej się odnosiła) i zobowiązany był ocenić ofertę w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. Czynności te przeprowadził w odniesieniu do oferty Odwołującego zgodnie z ustalonymi zasadami i kryteriami oceny ofert.

W odniesieniu do oferty Diag-Med zarzuty w odwołaniu zostały ograniczone do trzech podstaw faktycznych zarzutu niezgodności oferty z wymaganiami oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Ponieważ cofnięcie odwołania w zakresie dwóch zarzutów (z pkt 1.4 i 1.5 odwołania) miało miejsce dopiero na rozprawie, prowadziło to do uznania odwołania w tym zakresie, jako niezasadnego.

Odnosząc się natomiast do pozostałych podstaw faktycznych zarzutów Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał niezgodności czynności oceny oferty w kryterium technicznym z ustalonymi w postępowaniu zasadami oceny, w szczególności Odwołujący nie przedstawił dowodów podważających przedmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę Diag-Med w postępowaniu.

Odnosząc się zatem do oceny oferty w parametrze nr 8, gdzie Zamawiający przyznał 2 pkt za parametr – „Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne” – „0 minut”, Odwołujący ograniczył argumentację do wskazania na potrzebę wyjaśnienia deklaracji z Załącznika 2A, jako oświadczenia nieprecyzyjnego. Oddalając zarzut w tym zakresie należało uwzględnić fakt, iż do oferty zostało załączone oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela producenta urządzenia Mindray Medical Poland Sp. z o.o. z 05.09.2022 r., w którym potwierdza się parametr *Czas wyłączenia z pracy analizatora konieczny na cotygodniowe czynności konserwacyjne wynosi 0 minut*. Zamawiający nie miał podstaw do pominięcia środka dowodowego, który został przedłożony zgodnie z wytyczną zawartą w swz, w sytuacji braku informacji wymaganej do potwierdzenia parametru w instrukcji, materiałach marketingowych. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, a tym samym odwołanie nie mogło odnieść skutku. Ponadto, na rozprawie Przystępujący przedłożył oświadczenia kierowników laboratoriów pracujących na urządzeniu Mindray BC-6200, w których potwierdzają, iż nie wymaga ono cotygodniowych czynności konserwacyjnych. Tym samym również w praktyce, deklaracja Wykonawca znajduje potwierdzenie.

W odniesieniu do parametru nr 4 parametrów granicznych – „Wszystkie oznaczane parametry są wprowadzane do raportu/wyniku pacjenta” – Odwołujący kwestionował

spełnienie parametru przez oferowane urządzenie, które ma możliwość weryfikacji wyniku oznaczenia liczby płytek w przypadku interferencji ze strony mikro- i schistocytów (parametr 16 graniczny, PLT-O), co nie jest zgodne z dobrą praktyką laboratoryjną, gdyż parametry badawcze nie mogą być uwzględniane, jako parametry diagnostyczne i znajdować się w wyniku pacjenta. Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż parametr PLT jest parametrem raportowanym (diagnostyczny), a parametr PLT-O, jako badawczy nie może być raportowany do wyniku pacjenta, a tego wymagał Zamawiający.

Oddalając odwołanie w tym zakresie należy wskazać na zgodne stanowiska stron co do rozumienia parametru nr 4 granicznego, który dotyczyć miał raportowania do wyników pacjenta wszystkich parametrów diagnostycznych. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie, tłumaczył cały proces jaki jest konieczny do wygenerowania wyników pacjenta, prezentowanego w sprawozdaniu z badań (dostępny dla lekarza i pacjenta). Również potwierdził, iż do sprawozdania nie są wprowadzane parametry badawcze, co oznacza, iż zgodnie z OPZ do wyników pacjenta miałyby być oznaczane wszystkie parametry diagnostyczne. Powyższe prowadzi do stwierdzenia, iż parametr PLT-O, jako badawczy (oznaczany w analizatorze i wprowadzany do systemu informatycznego LIS) nie jest wprowadzany do raportu pacjenta i parametr nr 4 nie może mieć odniesienia do tego oznaczenia. Pkt 4 parametru granicznego dotyczy wyniku pacjenta, a nie parametrów zaciągniętych do systemu informatycznego (LIS).

Jak wynika z wyjaśnień stron i uczestnika, parametr PLT-O może być parametrem diagnostycznym i wówczas będzie wprowadzany do wyniku pacjenta, ale to wymagałoby przejścia procedury walidacyjnej, a tej na moment złożenia oferty aparat oferowany przez Przystępującego nie uzyskał dla oznaczenia PLT-O. Jak wskazał Zamawiający, a Odwołujący temu nie zaprzeczał, nowoczesne urządzenia mają możliwość wykonania szeregu oznaczeń wykraczających poza diagnostykę. Dotyczy to również parametru PLT-O – wymienionego w pkt 16 parametrów granicznych, który służyć ma Zamawiającemu w diagnostyce w celu weryfikacji wyniku PLT metodą PLT-O. Nie zawsze bowiem standardowa metoda obliczenia liczby płytek krwi (PLT) jest wystarczająca. W przypadku sytuacji trudnych, wykorzystując PLT-O Zamawiający może zweryfikować wynik badania diagnostycznego tak, aby ocenić, czy nie zachodzi konieczność zastosowania innej metody badawczej w celu ustalenia rzeczywistego poziomu płytek krwi u pacjenta. Temu służyć ma parametr graniczny PLT-O i ma być zatem widoczny w systemie LIS. Nie jest to wynik badania, który jest generowany do sprawozdania z badań laboratoryjnych przekazywanych pacjentowi i lekarzowi. W sprawozdaniu pojawi się już prawidłowa, zweryfikowana liczba płytek krwi inną metodą.

Wyjaśnienia Zamawiającego korespondują z zakresem oznaczanych parametrów wymaganych w pkt 2 tabeli parametrów granicznych, gdzie został wskazany m.in. parametr PLT i nie ma wymienionego parametru PLT-O. Tym samym parametr graniczny z pkt 4 należy odczytywać w kontekście wymienionych w pkt 2 parametrów granicznych i wskazanych oznaczanych parametrów diagnostycznych, a nie wszystkich parametrów widocznych w systemie LIS.

W odniesieniu do parametru nr 13 tabeli parametrów granicznych – „Możliwość stałego monitorowania poziomu odczynnika w analizatorze i sygnalizacja konieczności ich wymiany” – o niezgodności oferty Przystępującego świadczyć ma brak sygnalizacji konieczności wymiany odczynnika. Załączona instrukcja obsługi ma jedynie potwierdzać możliwość stałego monitorowania poziomu odczynnika w analizatorze (str. 200).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na zapisy instrukcji, pkt 12.3.2, z których wynika, iż konieczność wymiany odczynnika następuje, gdy odczynnik wyczerpuje się, jest niewystarczający lub upłynął termin jego ważności, zatem wskazanie w jednej z pozycji Menu urządzenia między innymi danych dotyczących daty ważności, daty przydatności do użycia i ilości wyrażonej w procentach danego odczynnika oznacza dostarczanie przez urządzenie danych wskazujących na, tj. sygnalizujących, konieczność wymiany odczynników przez użytkownika.

W ocenie składu orzekającego „sygnalizacja konieczności wymiany odczynnika” nie została narzucona w opisie parametru i należy ją rozumieć celowościowo, jako rozwiązanie pozwalające na wymianę odczynnika zanim dojdzie do jego wyczerpania, tak aby zapewnić nieprzerwaną pracę urządzenia. Skoro na podstawie informacji wyświetlanych w urządzeniu jest to możliwe, to sygnalizacja potrzeby wymiany jest dostępna dla użytkownika. Nie można w oparciu o tak ogólny zapis dyskwalifikować rozwiązań, które mają wbudowane mechanizmy monitorowania poziomu zużycia odczynnika i wyświetlania informacji, czy to przez wskazanie procentowe zużycia, czy też innym oznaczeniem, co pozwala użytkownikowi ustalić potrzebę wymiany. W tym przypadku monitorowanie i sygnalizowanie posiada wspólny mianownik, jakim jest informacja o poziomie/stopniu zużycia odczynnika.

Ponieważ nie potwierdziła się żadna z podstaw zarzutu niezgodności zaoferowanego i wybranego aparatu, również zarzuty wprowadzenia Zamawiającego w błąd, oparte na tych samych okolicznościach, nie mogły być uwzględnione.

Powyższe prowadziło do oddalenia wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: