

WYROK

z dnia 27 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2012 r.

przez wykonawcę: **LEK Spółka Akcyjna, 95-010 Stryków, ul. Podlipie 16**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu, 60-354 Poznań, ul. Marcelińska 44**

przy udziale wykonawcy: **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem dokonania czynności odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LEK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Strykowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu na rzecz LEK Spółki Akcyjnej z siedzibą w Strykowie kwotę 15000 zł**

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania RNA Hrv, RNA HCV oraz DNA HBV w pojedynczych donacjach lub w pulach osocza (przy uwzględnieniu niepełnych puli) z możliwością wykonania badań pojedynczych w przypadku badań „Cito” oraz badań potwierdzających dodatni wynik testu serologicznego wraz z wymaganymi kontrolami, możliwością archiwizacji materiału badanego, wszelkimi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi koniecznymi do obsługi wymienionych wyżej badań oraz dzierżawą niezbędną aparatury do automatycznych badań metodami biologii molekularnej i systemem sterowania* (oznaczenie sprawy 33/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 września 2011 r. pod nr 2011/S_187-305635, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.rckik.poznan.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12.094.176,00 zł co stanowi równowartość 3.150.345,40 euro (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 1.205.526,00 – równowartość 314.020,84 euro). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 10.800.00,00 zł. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: LEK S.A. z ceną 10.193.508,00 zł i Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z ceną 10.190.020,00 zł

5 stycznia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał Odwołującemu – LEK S.A. z siedzibą w Strykowie (zwanej dalej w skrócie „LEK”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej w skrócie „Roche”).

16 stycznia 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz zaniechania odrzucenia niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”) oferty Roche, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty Roche.
3. Ponownego dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

I. Niezgodność oferty Roche z wymogiem dostarczenia dwóch identycznych linii technologicznych. Przedmiotem zamówienia jest dostawa zespołu urządzeń, odczynników i materiałów zużywalnych stanowiących linie technologiczne umożliwiające wykrywanie (identyfikację) w próbce krwi materiału genetycznego wirusów HIV, HCV oraz HBV. Biorąc pod uwagę przeznaczenie zamawianego systemu – aparatura mająca za zadanie identyfikować wirusa niewątpliwie stanowi zasadniczy, a nie dodatkowy element systemu, a więc stanowi część linii technologicznej w rozumieniu s.i.w.z. Zgodnie z punktem 1 lit. c załącznika nr 1 do s.i.w.z. zawierającego opis przedmiotu zamówienia: *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił niezbędną dla uzyskania wymaganej wydajności aparaturę – dwie identyczne, niezależne od siebie linie technologiczne pracujące równolegle.* Zgodnie z s.i.w.z. oferta powinna więc obejmować dostawę dwóch linii technologicznych zawierających takie same elementy (urządzenia), dzięki czemu możliwa będzie ciągła praca na obu zestawach aparatury przy wykorzystaniu tych samych procedur. Ponadto w przypadku awarii jednego z zestawów (jednej linii) możliwe powinno być nieprzerwane wykonywanie badań krwi w tej samej technologii, na dokładnie takiej samej aparaturze. Organizacja systemu badań krwi w postaci dublujących się linii technologicznych jest powszechnie stosowana w centrach krwiodawstwa i krwiolecznictwa. Dzięki takiemu rozwiązaniu, pomimo unieruchomienia jednej z linii technologicznych, pracownicy centrum mają możliwość kontynuowania pracy na identycznych zasadach przy wykorzystaniu drugiej linii, spełniającej tym samym także funkcję systemu awaryjnego. Zgodnie z pkt. 1 oświadczenia Wykonawcy Roche (str. 5 oferty) w każdej z linii przeznaczonych do wykrywania HIV, HCV i HBV mają pracować różne urządzenia do identyfikacji wirusa: w jednej linii zastosowany zostanie aparat do identyfikacji wirusa o nazwie: *Analizator COBAS Ampli Prep z wyposażeniem*, a w drugiej aparat do identyfikacji wirusa: *COBAS TaqMan z wyposażeniem*. Wobec powyższego system zaproponowany przez Roche nie spełnia wymagania dotyczącego dwóch identycznych linii technologicznych określonych w s.i.w.z.

W złożonym na rozprawie piśmie procesowym Odwołujący w następujący sposób uzupełnił powyższą argumentację. Aparatura musi składać się z dwóch *identycznych i niezależnych od siebie* linii technologicznych, które mają *pracować równolegle*. *Identyczne* zgodnie ze słownikiem języka polskiego (wyd. PWN 2008, w opracowaniu Elżbiety Sobol, str. 269) oznacza *taki sam, jednakowy*. *Niezależnie* według tego samego źródła oznacza

samodzielnie, bez związku z czymś. Natomiast *równoległe* według Wielkiego Słownika Poprawnej Polszczyzny (wyd. PWN 2008, red. Andrzej Markowski, str. 1004) oznacza *jednocześnie, odbywający się w tym samym czasie.* Z powyższego wynika, że linie techniczne, które spełniałyby wymogi s.i.w.z. powinny być jednakowe, samodzielne i działające jednocześnie, w tym samym czasie. Tych wymogów zaoferowana aparatura nie spełnia. Roche zaoferował system oparty o urządzenia Cobas s 201. Opis tego systemu w pkt. 1 na str. 5 oferty wskazuje, że system złożony jest z dwóch linii technologicznych: *Linia pierwsza: Stacja pipetująca HAMILTON Microlab STAR IVD z wyposażeniem – 1 szt.; Analizator COBAS AmpliPrep z wyposażeniem – 2 szt.; Analizator COBAS TaqMan z wyposażeniem – 1 szt.; Linia druga: Stacja pipetująca HAMILTON Microlab STAR IVD z wyposażeniem – 1 szt.; Analizator COBAS AmpliPrep z wyposażeniem – 2 szt.; Analizator COBAS TaqMan z wyposażeniem – 1 szt.; Aparatura do identyfikacji wirusa: Analizatora COBAS AmpliPrep z wyposażeniem – 1 szt.; COBAS TaqMan 48 z wyposażeniem –1 szt.* Taka konfiguracja systemu w sposób oczywisty nie spełnia wymogu identyczności linii technologicznych, gdyż tylko druga linia ma urządzenia służące do identyfikacji wirusa.

Zaoferowany system nie spełnia także wymogu wzajemnej niezależności obu linii technologicznych. Nie jest możliwa równoległa praca obu tych linii. Urządzenia zaoferowane w ramach pierwszej linii same nie wykonują wszystkich zadań stawianych przed aparaturą do badania przesiewowego krwi na obecność wirusów. Zestaw urządzeń w pierwszej linii technologicznej korzysta bowiem z odczynnika (Test MPX), który nie rozróżnia pomiędzy specyficznymi materiałami genetycznymi wykrytych wirusów ponieważ dla wszystkich czynników zakaźnych używa jednego barwnika. Oznacza to, że urządzenia pierwszej linii technologicznej potrafią wykryć, że w badanej próbce (próbkach) krwi znajduje się wirus ale nie mają możliwości odróżnienia czy jest to wirus HIV, HCV czy HBV. W celu potwierdzenia, którym z wirusów zakażony jest pacjent niezbędne jest dodatkowe przebadanie próbki krwi przez urządzenia COBAS AmpliPrep oraz COBAS TaqMan 48, tj. urządzenia będące częścią jedynie drugiej linii technologicznej. Zaoferowana przez Wykonawcę konfiguracja systemu Cobas s 201 sprawia, że w przypadku awarii drugiej linii Zamawiający może zostać pozbawiony możliwości ciągłego prowadzenia badań krwi w pełnym zakresie, tj. włącznie z możliwością rozpoznania konkretnego wirusa wykrytego u dawcy. Formułując s.i.w.z. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że dostarczona aparatura wraz z odczynnikami i materiałami eksploatacyjnymi musi posiadać możliwość wykonywania *badania potwierdzających dodatni wynik testu serologicznego* oraz, że *Zamawiający wymaga uwzględnienia w oferowanych odczynnikach dochodzenia do dodatniej donacji* oraz *zapewnia możliwość identyfikacji wirusa*, tzn. badań potwierdzających jaki wirus znajduje się w próbce z zakażoną krwią. Szczegółowe wymagania stawiane przez Zamawiającego

oprogramowaniu oraz odczynnikom (pkt 1 lit c ppkt 2 i 3) oraz pkt 3 załącznika nr 1 (po modyfikacji) do s.i.w.z. również nie pozostawiają wątpliwości, że etap identyfikacji wirusa jest niezbędnym elementem przesiewowego badania krwi wykonywanego przez Zamawiającego.

Ze szczegółowych wymagań określonych przez Zamawiającego wynika, że jego celem była jednoczesna równoległa praca obu niezależnych od siebie linii technologicznych. Takie wymaganie zostało podkreślone w odpowiedzi na zapytanie do s.i.w.z. z 9 listopada 2011 r. W odpowiedzi na pytanie 5 (str. 2 odpowiedzi na zapytania do s.i.w.z.) Zamawiający stwierdza, że zwraca uwagę, iż *obecnie wymaga 2 linii technologicznych pracujących równolegle, a nie podstawowej i zapasowej*. Zatem w przypadku, w którym jedna z zaoferowanych przez Wykonawcę linii technologicznych jest niepełna (tj. brak elementu do identyfikacji wirusa), nie może być mowy o spełnieniu warunku równoległości pracy takich linii.

II. Niezgodność oferty Roche z niedopuszczalnością składania ofert wariantowych. W rozdziale II *Opis przedmiotu zamówienia*, pkt 4 s.i.w.z., Zamawiający w sposób wyraźny postanowił, że nie dopuszcza składania w postępowaniu ofert wariantowych. Wbrew temu zakazowi Roche na stronie pierwszej oferty (*Formularz ofertowy*) w pkt. 1 zaproponował dwa sposoby wykonania zamówienia. Pierwszy – umożliwiający wykonywanie przedmiotowych badań w pulach składających się dwudziestu czterech donacji, a drugi w pulach sześciu donacji. Przy czym cena badania jednej donacji została określona korzystniej dla pierwszego z wymienionych sposobów badania na 21,23 zł za jedną donację, względem 24,41 zł za badanie w puli sześciu donacji.

W złożonym na rozprawie piśmie procesowym Odwołujący w następujący sposób uzupełnił powyższą argumentację. Przeciwnie do art. 82 ust 1 pzp Roche złożył więcej niż jedną ofertę. W formularzu ofertowym Wykonawca zaproponował dwa sposoby realizacji zamówienia, co jest w istocie złożeniem więcej niż jednej oferty (większej liczby oświadczeń woli co do sposobu wykonania umowy) i w związku z tym jest niezgodne z ustawą. Roche zaproponowała realizację przedmiotu zamówienia metodą badania w puli dwudziestu czterech donacji dla 250.000 pierwszych zwolnionych donacji (podstawowe zamówienie) oraz metodą badania w pulach sześciu donacji dla opcji. Wobec złożenia w ofercie dwóch propozycji realizacji zamówienia (posiadających odrębne ceny) Zamawiający w piśmie z 22 grudnia 2011 r. wezwał Roche Diagnostics do uzupełnienia informacji o czułości względem badania w puli dwudziestu czterech donacji. Potwierdzeniem zarzutu złożenia więcej niż jednej oferty jest wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 4 listopada 1999 (sygn. UZP/ZO/0-1049/99), w którym wskazano, że złożenie oferty z dwiema cenami, odnoszącej się do różnych zakresów prac w ramach jednego postępowania należy uznać za złożenie wielu ofert. Zgodnie z wyrokiem taka oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 83 ust. 1 pzp niedopuszczalne jest składanie ofert wariantowych jeżeli cena jest jedynym kryterium wyboru. W myśl tej regulacji, Zamawiający w pkt. 4 rozdziału II s.i.w.z. jednoznacznie wykluczył możliwość składanie ofert wariantowych. W pkt. 3 rozdziału XI s.i.w.z. wskazał, że *Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen.* Składanie oferty wariantowej jest niedopuszczalne w postępowaniu przyjmującym jedynie kryterium ceny ponieważ w tej sytuacji wybór nie może doprowadzić do wskazania oferty rzeczywiście najkorzystniejszej (tak Paweł Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2. wydanie, C.H. Beck Warszawa 2009, s. 270; Emil Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wydanie 4, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 198; Włodzimierz Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex 2010, komentarz do art. 83 ustawy). Pomimo wyżej wskazanych postanowień Roche w ofercie przedstawił kalkulacje cenowe dla dwóch sposobów wykonania przedmiotu zamówienia. Modyfikując *Formularz ofertowy* załączony do s.i.w.z. Roche złożył ofertę: *Cena jednej donacji uwzględniająca koszty dzierżawy aparatury przy zwolnieniach w puli składającej się z 24 donacji dla zamówienia podstawowego 21,23. Cena jednej donacji uwzględniająca koszty dzierżawy aparatury przy zwolnieniach w puli składającej się z 6 donacji dla prawa opcji 24.41.* Pierwszy sposób badania krwi (24 donacje w jednej puli) jest korzystniejszy cenowo dla Zamawiającego ponieważ koszt w przeliczeniu na badanie jednej donacji jest tańszy aniżeli koszt badania sześciu donacji w jednej puli.

Różnice pomiędzy dwoma zaoferowanymi sposobami wykonywania badań są bardzo istotne. Gdy do badania zlewa się razem dwadzieścia cztery donacje (próbki krwi) czułość (ufnność) testu jest radykalnie niższa od badania gdzie zlewa się razem sześć donacji. Tańszy z zaoferowanych sposobów (badanie 24 donacji w jednej puli) niesie ze sobą większe ryzyko nie wykrycia wirusa w badanej puli krwi. W istocie w przedmiotowym postępowaniu Roche równie dobrze mogłaby zaoferować alternatywne sposoby badania w jeszcze większych pulach niż dwudziestu czterech próbek, co prowadziłoby do dalszego zmniejszenia ceny przebadania jednej donacji w ramach puli. Jednakże oznaczałoby to również dalsze zmniejszenie skuteczności (czułości) badania, a tym samym obniżało cenę kosztem bezpieczeństwa pacjentów.

III. Niezgodność oferty Roche z wymogiem wykazania czułości zaoferowanych metod wykrywania wirusów. Zgodnie z pkt. 2 lit. L załącznika nr 1 do s.i.w.z. w ofercie wykonawca powinien udzielić pisemnej informacji o czułości zaoferowanych metod badania krwi w odniesieniu do pojedynczej donacji (próbki) lub puli składającej się z większej ilości donacji. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Roche nie oferuje badania krwi w pojedynczej donacji lecz metodą badania w pulach składających się z sześciu albo dwudziestu czterech donacji, to zgodnie z wymogami s.i.w.z. powinno podać informację dotyczącą czułości

badania w obu wskazanych pulach. W *Formularzu ofertowym* (str. 1 oferty) Roche podaje cenę jednostkową badania donacji w przypadku zarówno puli składającej się z sześciu, jak i dwudziestu czterech donacji. Jednakże w oświadczeniu (str. 6 oferty) Roche podaje jedynie informację o czułości zaoferowanej metody badania krwi w pulach składających się z sześciu donacji, nie podając informacji o czułości zaoferowanej metody badania w pulach składających się z dwudziestu czterech donacji.

Zaoferowana przez Roche Diagnostics metoda badania w pulach nie odpowiada rekomendacji Instytut Hematologii i Transfuzjologii (w skrócie „IHiT”). IHiT jest jednostką organizacyjną publicznej służby krwi, do której zadań należy określenie medycznych zasad obowiązujących w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi (w regionalnych centrach krwiodawstwa) dotyczących pobierania krwi, oddzielania i wydawania jej składników oraz walidacji technologii, metod i produktów wykorzystywanych do badania krwi. Informacja dotycząca czułości badania ma podstawowe znaczenia ponieważ w wyniku działania efektu rozcieńczenia czułość badania maleje wraz ze wzrostem ilości donacji w puli. Wszystkie metody badania krwi charakteryzuje określony próg ilości wirusów w próbce krwi, poniżej którego nie jest możliwe wykrycie wirusa lub możliwość wykrycia wirusa jest w znacznym stopniu ograniczona. Im mniejsza jest ilość próbek krwi poddanych badaniu za jednym razem, tym większe jest prawdopodobieństwo wykrycia wirusa. Metoda badania krwi w pojedynczej donacji zapewnia większą szansę wykrycia wirusa niż metoda zlewania próbek krwi w pulę ponieważ, w przypadku puli, próbki zainfekowane wirusem są rozcieńczone przez próbki krwi, w których wirusy nie występują. Obniżona czułość metody badania w pulach ma krytyczne znaczenie w sytuacji, w której u zainfekowanego dawcy krwi występuje niskie stężenie wirusów. Może to mieć miejsce między innymi we wczesnym stadium infekcji, w którym wirusy nie zdążyły się rozmnożyć. Z powodu efektu rozcieńczenia, wirusy zawarte w próbkach krwi pochodzących od nosicieli mających niskie stężenie wirusów mogą być trudniejsze do wykrycia w przypadku zastosowania metody badania krwi w pulach niż przy zastosowaniu metody badania w pojedynczej donacji. Ryzyko przeniesienia wirusa w drodze transfuzji krwi jest w dużym stopniu determinowane wielkością puli próbek krwi poddanej badaniu.

Twierdzenie, że ryzyko przeniesienia wirusa w drodze transfuzji krwi jest w dużym stopniu determinowane wielkością puli próbek krwi poddanej badaniu zostało potwierdzone w artykule *Effectiveness of various minipool nucleic acid test systems for hepatitis B virus detection in blood donors* autorstwa Piotra Grabarczyka, Magdaleny Łętowskiej, Anety Kopacz, Grzegorza Liszewskiego, Ewy Sułkowskiej i Ewy Brojer – naukowców reprezentujących IHiT, opublikowanym w piśmie *Transfusion*, volume 49 z lipca 2009 r. W artykule tym autorzy stwierdzają między innymi, że DNA wirusa HBV było wykrywane 7 razy

częściej w pulach składających się z sześciu próbek niż w pulach składających się z dwudziestu czterech próbek: 12,6 razy częściej wykrywano obecność wirusa w próbkach pochodzących od dawców w tzw. okienku serologicznym (kiedy stężenie wirusa we krwi jest niskie ponieważ do zakażenia dawcy doszło w krótkim czasie przed oddaniem krwi i wirus się nie zdążył namnożyć) i 6,6 razy częściej w przypadku infekcji utajonej. Ponadto autorzy stwierdzili, że wpływ zmiany wielkości puli był sygnalizowany uprzednio, natomiast obecnie (czyli w chwili przedstawienia wyników badań w cytowanym artykule) badania kliniczne przeprowadzone przez przedstawicieli IHiT potwierdziły te przewidywania.

Z powyższego wynika, że naukowcy IHiT potwierdzili występowanie efektu rozcieńczenia badanej krwi w przypadku badania w pulach, a tym samym potwierdzili, że im mniejsza jest pula próbek badanej krwi, tym wyższa jest czułość zastosowanej metody. W świetle powyższego brak informacji dotyczącej czułości badania w odniesieniu do puli składającej się z 24 donacji nie tylko jest niezgodna z treścią s.i.w.z., ale także powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do efektywności zaproponowanej przez Roche metody wykrywania wirusów.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

19 stycznia 2012 r. (pismem z 18 stycznia 2012 r.) Roche Diagnostics Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (w reakcji na wezwanie Zamawiającego z 10 stycznia 2012 r.) zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do odmowy temu wykonawcy prawa udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie – Izba

przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący, natomiast Odwołujący poparł wniesione odwołanie, z tym że cofnął zarzut w zakresie niewskazania przez Przystępującego czułości zaoferowanych metod wykrywania wirusów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, Odwołujący złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko najtańszej ofercie Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co w przeciwnym razie mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami i wyjaśnieniami, oferty Przystępującego, pism zawierających kierowane przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień i odpowiedzi udzielone przez Odwołującego i Przystępującego, a także z protokołu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Ponieważ zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, w niniejszej sprawie Izba rozpoznała wyłącznie trzy zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp sformułowane w odwołaniu, to jest dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z s.i.w.z., po pierwsze – z wymogiem dostarczenia dwóch identycznych linii technologicznych, po drugie – z niedopuszczalnością składania ofert wariantowych, po trzecie – z wymogiem wykazania czułości zaoferowanych metod wykrywania wirusów. Natomiast Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż nowe zarzuty dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z s.i.w.z., po pierwsze – z wymaganym poziomem wydajności, po drugie – z wymaganiami posiadania deklaracji zgodności, podniesione dopiero w złożonym na rozprawie piśmie procesowym, należy poczytać jedynie za rozszerzenie argumentacji zawartego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Za ugruntowane w orzecznictwie należy uznać stanowisko, iż poprzestanie na przywołaniu przepisu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za podniesiony. W konsekwencji w razie sprecyzowania takich okoliczności w odwołaniu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez ich pryzmat. Zatem w niniejszej sprawie granice kognicji Izby wyznacza nie abstrakcyjny „zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp”, lecz konkretne zarzuty naruszenia tego przepisu opisane powyżej za odwołaniem. Odwołujący powoływał się na to, iż nie był w stanie w tak krótkim czasie, jak termin na wniesienie odwołania, uzyskać dowodów na potwierdzenie okoliczności podniesionych w piśmie procesowym. Izba zważyła, iż o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp Odwołujący mógł przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle wszystkie okoliczności, z których chciał wywodzić skutki prawne należało podnieść w odwołaniu, pod rygorem ich nierozpoznania przez Izbę z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 pzp. W konsekwencji Izba pominęła dowody dotyczące wyłącznie zarzutów podniesionych dopiero na rozprawie, a treść ustnego wystąpienia i złożonego na rozprawie pisma została wzięta pod uwagę jedynie w zakresie dodatkowej argumentacji na poparcie zarzutów zawartych uprzednio w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podlegających rozpatrzeniu, i podtrzymanych na rozprawie – Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał dokonania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na

niezgodność treści tej oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie wymagania zaoferowania systemu badań metodami biologii molekularnej składającego się z dwóch identycznych linii technologicznych.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnych oferowanych rozwiązań – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Odwołujący wykazał, iż z treści oferty Przystępującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał między innymi zawarcia w ofercie wykazu oferowanych niezbędnych urządzeń służących do automatycznych metod biologii molekularnej oraz archiwizacji materiału badanego – w pkt. 1 przygotowanego Formularza nr 3. Niesporne było między Stronami, iż Przystępujący zaoferował urządzenia typów i w liczbie sztuk, jak to zostało opisane powyżej za odwołaniem i pismem Odwołującego. Jedynym błędem w ustaleniach faktycznych Odwołującego było przypisanie dwóch różnych urządzeń wymienionych na końcu wykazu jako elementu drugiej linii technologicznej (a w odwołaniu nawet przypisanie każdego z tych urządzeń do innej linii), podczas gdy nie zostały one wymienione jako element którejkolwiek z dwóch linii technologicznych, składających się z 3 takich samych typów urządzeń służących do wykrywania wirusa, lecz odrębnie – jako aparatura do identyfikacji wirusa (stanowiące, jak to nazwał Zamawiający na rozprawie, element trzeciej linii technologicznej). Nie przesądza to jednak o bezzasadności zarzutu odwołania, gdyż jego sens wyraża się w braku dwóch

identycznych linii w zakresie identyfikacji wirusa, a Przystępujący potwierdził na rozprawie, że dopiero łącznie analizator COBAS AmpliPrep i COBAS TaqMan umożliwiają identyfikację wirusa. Istota sporu wynikłego na tle tego zarzutu sprowadza się zatem do kwestii, czy wymagane było zaoferowanie dwóch identycznych, niezależnych od siebie i pracujących równolegle dwóch linii technologicznych tylko do wykrywania wirusa (stanowisko Zamawiającego i Przystępującego), czy także do identyfikacji rodzaju wirusa (stanowisko Odwołującego).

Izba zważyła, iż dla rozstrzygnięcia powstałego sporu mają znaczenie nie intencje Zamawiającego towarzyszące formułowaniu treści s.i.w.z., lecz to, w jakim kształcie zostały one ostatecznie uzewnętrznione w postanowieniach s.i.w.z. i wyjaśnieniach udzielanych przez Zamawiającego przed terminem składania ofert. Kierowanie się przez Zamawiającego wiedzą nie ujawnioną w oficjalnych dokumentach postępowania lub dostępną wyłącznie wykonawcy dotychczas wykonującemu zamówienie stanowiłoby bowiem naruszenie zasad jawności i pisemności, a przede wszystkim zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby zawarte w załączniku nr 1 (tzw. wersja po modyfikacji) szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje na słuszność stanowiska Odwołującego. Skrócony opis przedmiotu zamówienia z rozdziału II s.i.w.z., stanowiący także nazwę postępowania, powtórzony na wstępie załącznika, wskazuje na zakres zamawianego systemu badań metodami biologii molekularnej, na który składają się: odczynniki do jednoczesnego wykrywania RNA HIV, RNA HCV oraz DNA HBV z możliwością wykonania badań potwierdzających dodatni wynik testu serologicznego (identyfikacji typu wirusa) i archiwizacji materiału badanego, wszelkie materiały zużywalne i eksploatacyjne konieczne do tych badań oraz aparatura niezbędna do automatycznego przeprowadzenia tych badań wraz z systemem sterowania. W pkt. 1 pn. *W kwestii systemu* Zamawiający w lit. c zażądał od wykonawców zapewnienia niezbędnej dla uzyskania wymaganej wydajności aparatury – w postaci dwóch identycznych, niezależnych od siebie linii technologicznych pracujących równolegle. To prawda, że w następnym zdaniu poziom tej wydajności został sprecyzowany jedynie w stosunku do badań jednoczesnego wykrywania wirusów – jako możliwość zwolnienia przez każdą z linii minimum 800 donacji w czasie nie dłuższym niż 10 godz. Niesporna była jednak okoliczność, wynikająca również pośrednio z pkt. 3 *W kwestii dotyczącej odczynników* (wymaganie uwzględnienia w odczynnikach identyfikacji wirusa w ilości około 0,7 % zamówienia), iż z uwagi na statystyczną sporadyczność występowania w toku tych badań zaistnienia stanu dodatniej puli (zawierającej w którejś z donacji wirusa), nie ma potrzeby wyznaczania minimalnego poziomu wydajności systemu w zakresie identyfikacji wirusów. Tym niemniej w pkt. 1 (de facto 2.) pn. *W kwestii urządzeń i oprogramowania* Zamawiający zażądał przedstawienia

wchodzących w skład tego systemu wszystkich urządzeń (lit. a), systemu sterowania nimi (lit. b). Zamawiający wskazał także (w lit. c), iż należy zaoferować oprogramowanie związane z (1) dochodzeniem do wyniku pojedynczej donacji w dodatnich pulach, (2) identyfikacją wirusów w dodatniej donacji, (3) identyfikacją wirusów w pojedynczej donacji – badaniem potwierdzającym dodatni wynik testu serologicznego i (4) archiwizacją materiału badanego. W lit. d sprecyzowano nadto, iż *system musi zapewniać wykonanie badań i archiwizacji z materiału pobranego do probówek o pojemności min. 7,5 ml*. W razie awarii wynikłej z winy wykonawcy, w przypadku braku możliwości wykonywania badań (nie wskazano, że tylko badań związanych z wykrywaniem) na minimum jednej linii technologicznej, Zamawiający wymaga wskazania innego miejsca wykonywania badań oraz pokrycia kosztów z tym związanych. Postanowienia zawarte w lit. f potwierdzają wprost wymaganie zorganizowania całego systemu badań w dwie linie technologiczne. Z uwagi na potrzebę wykorzystania posiadanych odczynników w aktualnie użytkowanym systemie, Zamawiający nie wykluczył bowiem 2-etapowej instalacji systemu, to jest zapewnienia gotowości do wykonywania badań na pierwszej instalowanej linii technologicznej w terminie 24 godzin od chwili demontażu jednej z dotychczas dzierżawionych linii technologicznych. Natomiast instalacja drugiej linii technologicznej ma nastąpić najpóźniej w terminie 24 godzin od demontażu drugiej z dotychczasowych linii technologicznych. Brak zatem podstaw do uznania, iż aparatura do identyfikacji wirusa może pozostawać poza obrębem dwóch identycznych linii technologicznych, które należy zainstalować w pomieszczeniu o powierzchni i wymiarach podanych przez Zamawiającego jako kompletny system badań metodami biologii molekularnej.

Zamawiający i Przystępujący podważali na rozprawie znaczenie odpowiedzi na pytanie nr 5 udzielonej 9 listopada 2011 r., w której Zamawiający poinformował, że *dopuszcza powyższe rozwiązanie zwracając jednocześnie uwagę, iż obecnie wymaga 2 linii technologicznych pracujących równolegle, a nie podstawowej i zapasowej. Zastosowanie dodatkowej linii zapasowej jest zatem uzależnione od specyfiki pomieszczenia i jego wymiarów podanych w Załączniku Nr 1*. Jednakże treść zadanego pytania: *Czy Zamawiający dopuszcza system zabezpieczeń umożliwiający wykonanie każdego etapu badań w przypadku awarii poprzez wykorzystanie linii zapasowej* – wskazuje na to, iż Zamawiający potwierdził przez udzieloną na nie odpowiedź wymaganie zorganizowania każdego etapu badań, a więc także etapu identyfikacji wirusów, w dwie równoległe pracujące linie technologiczne. Ponieważ nie było sporu co do tego, iż etap badań identyfikacyjnych następuje po etapie badań wykrywających, nic nie wniosły do sprawy materiały zaprezentowane na rozprawie przez Przystępującego w postaci 4 stron z dokumentu *Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w*

jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi pod redakcją Magdaleny Łętowskiej, Instytut Hematologii i Transfuzjologii, Warszawa, 2006. Należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający odwołał się do nich bezpośrednio jedynie w zakresie wymaganej czułości oferowanych metod badań. Z przedstawionych fragmentów publikacji w żaden sposób nie wynika zakaz zorganizowania systemu badań w dwie niezależne od siebie linie technologiczne. Natomiast odwoływanie się do argumentu nieracjonalności żądania badań identyfikacyjnych w obu liniach, wobec niewielkiej skali faktycznych potrzeb ich wykonywania oraz konieczności weryfikacji ich wyników przez IHiT, stanowi jedynie wtórną racjonalizację powodów złożenia oferty niezgodnej z obowiązującymi, nawet jeżeli ocenianymi jako nieracjonalne i nadmierne, wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. W istocie trudno jednak odmawiać racjonalności wymaganiu przez Zamawiającego, zainteresowanego niezakłóconym i nieprzerwanym prowadzeniem wszystkich badań metodami biologii molekularnej objętych zakresem przedmiotu zamówienia, zabezpieczenia sobie systemu składającego się z dwóch kompletnych, identycznych i niezależnych od siebie linii technologicznych. Tylko w ten sposób w razie awarii urządzeń do identyfikacji wirusa w jednej z nich może sobie zapewnić możliwość ich prowadzenia na urządzeniach drugiej linii.

Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie może znaleźć zastosowania przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż stwierdzona niezgodność oferty Roche z treścią s.i.w.z. nie jest wynikiem omyłki Przystępującego. Ze stanowiska Przystępującego na rozprawie wynika, iż oferta w takim kształcie, w jakim została złożona, odpowiada jego woli zaoferowania dwóch linii technologicznych jedynie w zakresie etapu badań weryfikacyjnych. Oznacza to świadome i celowe zaoferowanie rozwiązania wprost nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego ujawnionym w s.i.w.z. Nadto ewentualne poprawienie tej oferty przez dopisanie drugiego zestawu urządzeń do identyfikacji wirusów – stanowiłoby istotną zmianę jej treści, również z uwagi na konieczność zmiany jej ceny, skoro Przystępujący wycenił dzierżawę i montaż jedynie jednego zestawu do identyfikacji wirusów. Zatem stwierdzoną niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. należy uznać za definitywną i niepodlegającą usunięciu w tym trybie.

Natomiast nie znalazł potwierdzenia zarzut złożenia przez Przystępującego niedopuszczalnej oferty wariantowej. Zdaniem Izby nie można z góry wykluczyć możliwości podnoszenia takiego zarzutu z uwagi na brzmienie przepisów pzp odnoszących się do oferty wariantowej, jak chciał Zamawiający i Przystępujący. Przepis art. 83 ust. 1 pzp nie determinuje obiektywnej niemożliwości zaistnienia oferty wariantowej jeżeli cena jest jedynym kryterium wyboru, lecz zakazuje dopuszczenie przez zamawiającego możliwości ich składania, co też Zamawiający uczynił w pkt. 4 rozdziału II. Z kolei oferta wariantowa według definicji zawartej w art. 2 pkt 7a pzp to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami

określonymi w s.i.w.z., odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Wobec tego dla rozstrzygnięcia o zasadności tego zarzutu istotne jest, czy Odwołujący wykazał, iż z treści oferty Przystępującego wynika odmienny sposób wykonania zamówienia niż określony przez Zamawiającego w s.i.w.z. Odwołujący wskazał w piśmie procesowym na pierwsze zdanie pkt. 3 rozdziału XI s.i.w.z. dotyczącego opisu sposobu obliczenia ceny, jak również na brzmienie formularza ofertowego (tzw. Formularz nr 1 po autokorekcie), w którym na dole zamieszczono następujące dwa zdania z miejscem na wpisanie ceny jednostkowej, opatrzone dopiskiem **niepotrzebne skreślić: Cena jednej donacji uwzględniająca koszty dzierżawy aparatury przy zwolnieniach pojedynczych: ; Cena jednej donacji uwzględniająca koszty dzierżawy aparatury przy zwolnieniach w puli składającej się z donacji:* Przystępujący postąpił tak, jak to opisano powyżej za pismem procesowym Odwołującego – przekreślając zdanie dotyczące ceny jednostkowej przy zwolnieniach pojedynczych oraz dwukrotnie wpisując zdanie dotyczące ceny jednostkowej jednej donacji, określając ją odrębnie dla puli składającej się z 24 donacji (niższa cena jednostkowa 21,23 zł) i puli składającej się z 6 donacji (wyższa cena jednostkowa 24,41 zł), a także dopisując informację, iż pierwsza z nich dotyczy zamówienia podstawowego, a druga – prawa opcji.

Izba zważyła, iż Odwołujący nie był w stanie wskazać z jakim konkretnie postanowieniem s.i.w.z. jest sprzeczny taki sposób sporządzenia oferty przez Przystępującego. Nie jest nim z pewnością żadne z postanowień rozdziału XI *Opis sposobu obliczenia ceny*, gdyż w pkt. 1-4 odnoszą się one wyłącznie do kompletności, sposobu podania i niezmienności w okresie związania ofertą ceny oferty, natomiast pkt. 5 nakazuje przedstawić ją w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do s.i.w.z. Odwołujący przemilczał również okoliczność, iż Przystępujący wypełnił w sposób jednoznaczny obie tabele w nim zamieszczone, w pierwszej z nich wskazując cenę oferty *ogółem* 10.190.020,00 zł, w tym VAT w kwocie 758.020,00 zł, wyszczególniając, iż zawiera się w niej *cena odczynników wraz z wszelkimi wymaganymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi koniecznymi do zwolnienia 450.000 szt. donacji w wysokości 10.160.500,00 zł oraz cena czynszu dzierżawnego za niezbędną aparaturę i system sterowania w okresie 24 miesięcy w wysokości 29.520,00 zł*. Przystępujący podał jedną cenę ofertową, wskazując również jej rozbięcie na wskazane przez Zamawiającego elementy składowe. Istotniejsze dla sprawy jest sposób wypełnienia drugiej tabeli – przez podanie rozbięcia ceny oferty w rozbięciu na *wartość zamówienia podstawowego dla zwolnienia 250.000 donacji wraz z dzierżawą w okresie 12 miesięcy* (kwota 5.307.260,00 zł) i *wartość zamówienia wynikającego z prawa opcji dla zwolnienia 200.000 donacji wraz z dzierżawą w okresie 12 miesięcy* (kwota 4.882.760,00 zł) – również w sposób odpowiadający formularzowi przygotowanemu przez Zamawiającego.

Przystępujący nie zaprzeczał, iż ceny jednostkowe podane pod tą tabelą odpowiadają ilorazowi, pierwsza – wartości brutto zamówienia podstawowego i liczby 250.000 zwolnień donacji, druga – wartości zamówienia opcjonalnego i liczby 200.000 zwolnień donacji, a zatem są wyliczone prawidłowo. Odwołujący bezskutecznie starał się wyrzeć wrażenie, iż doszło w ten sposób do zaoferowania dwóch konkurencyjnych sposobów wykonania zamówienia w jednym czasie. Tymczasem Przystępujący jednoznacznie określił, że na etapie realizacji części zamówienia gwarantowanej przez Zamawiającego, to jest wykonania badań zwalniających 250.000 donacji w okresie 12 miesięcy – oferuje wykonywanie zwolnień w pulach składających się z 24 donacji, a w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w okresie kolejnych 12 miesięcy – oferuje wykonywanie zwolnień w pulach składających się z 6 donacji. Przystępujący określił zatem w sposób jednoznaczny w jaki sposób i za jaką cenę będzie realizował zamówienie podstawowe i opcjonalne, które to sposoby łącznie dały jedną i niezmienną cenę oferty dającą podstawę do porównania ofert. Izba nie dopatrzyła się w żadnym z podnoszonych przez Odwołującego postanowień s.i.w.z. niedopuszczalności zaoferowania realizacji zamówienia podstawowego i opcjonalnego w pulach obejmujących odmienną liczbę donacji. W ocenie Izby brak możliwości wskazania sprzeczności z postanowieniami s.i.w.z. spowodował, iż na rozprawie Odwołujący wskazał na sprzeczność z art. 82 ust. 1 pzp, z uwagi na rzekome złożenie przez Przystępującego dwóch ofert. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność z przepisami ustawy, a więc na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp trudno uznać za podniesiony w odwołaniu. Jedyne zaś jego potwierdzeniem ma być wyrwana z kontekstu i oderwana od obowiązującego stanu prawnego teza z uzasadnienia wyroku Zespołu Arbitrów wydanego ponad 13 lat temu. W istocie, w ocenie Izby, na kanwie tych samych okoliczności, niewskazujących na nieprawidłowość oferty Przystępującego w zakresie sposobu sporządzenia formularza ofertowego, Odwołujący bezskutecznie usiłuje mnożyć kolejne zarzuty.

W zakresie trzeciego zarzutu podniesionego w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje. Z jednej strony Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż wobec udzielonych 22 grudnia 2011 r. na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących czułości w odniesieniu do oferowanej metody badania w puli składającej się z 24 donacji, cofa zarzut braku wykazania czułości zaoferowanych metod do wykrywania wirusów. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał zasadność twierdzeń, iż zaoferowana metoda badań w pulach nie odpowiada rekomendacji IHiT, który potwierdził także występowanie niekorzystnego efektu rozcieńczania w pulach składających się z 24 próbek w stosunku do pul składających się z 6 próbek – jako tło dla pozostałych zarzutów. Izba zważyła, iż Odwołujący mając dostęp do konkretnych danych wyszczególnionych w tabeli przez Przystępującego, w ten sposób *de*

facto zaniechał podważania wiarygodności następującej konkluzji tych wyjaśnień: *W związku z powyższymi wyliczeniami polegającymi na wymnożeniu czułości w odniesieniu do pojedynczej próbki przez 24 (wielkość puli, która podlega badaniu) czułość oferowanej metody spełnia wymagania jednostki nadzorującej RCKiK przedstawione w publikacji „Metody zasady pobrania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi pod redakcją Magdaleny Łętowskiej, wersja 4. Odwołujący nie udowodnił, że jest inaczej, usiłując narzucić odwoływanie się nie do tego dokumentu wskazanego w s.i.w.z. jako punkt odniesienia, lecz wybranych przez siebie artykułów z fachowego piśmiennictwa medycznego.*

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

.....