

WYROK
z dnia 20 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu

przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących niezapewnienia w ramach złożonej oferty przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie możliwości wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny przez cały okres, na jaki ma zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i wykonawcę

Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 , i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę odczynników do wykonywania oznaczeń metodą immunochemiczną wraz z dzierżawą analizatora”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 października 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 612320-N-2019.

I. W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., albowiem treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., albowiem złożenie oferty przez tego wykonawcę oznacza popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., albowiem jego oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, albowiem jest niedoszacowana i nie skalkulowano całości przedmiotu zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia rozstrzygnięcia postępowania; 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz 3) odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący w szczególności powołał się na modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) dokonaną przez zamawiającego w wyniku uznania odwołania złożonego przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz odpowiedź zamawiającego z dnia 21.11.2019 r. na pytanie nr 1. Odwołujący zauważył, iż zamawiający wyraził zgodę na wykonanie oznaczeń dwóch parametrów Vankomycyny i Gentamycyny na analizatorze biochemicznym znajdującym się w Laboratorium Centralnym Zamawiającego, niemniej jednak zgodnie z ww. pytaniem i odpowiedzią wykonawca powinien w ofercie uwzględnić i wycenić wszystkie wyroby, tj. odczynnik, kalibrator, kontrole oraz akcesoria dodatkowe w odpowiedniej ilości, niezbędne do wykonania wymaganych oznaczeń. Odwołujący podniósł, iż wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie ujął w ofercie żadnych dodatkowych kosztów dla analizatora biochemicznego, tym samym zaoferowane świadczenie nie pozwala na wykonanie zaplanowanej ilości oznaczeń. Jak wynika z załącznika do umowy Nr 386/171/EZP/2018 zawartej na okres od 28.08.2018 r. do 28.08.2021 r., na podstawie, której w Laboratorium Centralnym Zamawiającego został wydzierżawiony analizator biochemiczny (cobas e501), do wykonania oznaczeń na analizatorze biochemicznym niezbędne są akcesoria dodatkowe (materiały eksploatacyjne). Ilości, które firma Roche zapewniła Zamawiającemu w ramach tej umowy, są wystarczające wyłącznie do wykonania oznaczeń objętych niniejszą umową - nie obejmują one absolutnie oznaczenia parametrów Vankomycyny i Gentamycyny.

Następnie odwołujący wskazał, iż umowa 386/171/EZP/2019 na analizator biochemiczny cobas e501 została zawarta na okres od 28.08.2018 do 28.08.2021 r. Okres związania umową w obecnym postępowaniu będzie o minimum 4 miesiące dłuższy niż umowa z postępowania na dzierżawę analizatora biochemicznego. W związku z powyższym wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. dla tych dwóch parametrów nie zapewnił zamawiającemu możliwości wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny w całym okresie trwania umowy, która będzie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

Ponadto odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 4 do SIWZ tj. w formularzu asortymentowo-cenowym wykonawcy zobowiązani byli wskazać kalibratory, kontrole oraz dodatkowe akcesoria niezbędne do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy. Analiza formularza asortymentowo-cenowego wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

wskazuje, że wykonawca ten nie zaoferował wyrobu o numerze katalogowym 11933159001 Adapter dla SysClean. Odwołujący zauważył, iż pozycja 11933159001 Adapter dla SysClean jest wymieniona w każdej ulotce dla 13 pozycji odczynnikowych oferowanych przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Nieuwzględnienie ww. pozycji powoduje, że nie została ona objęta oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie i nie zostanie ona dostarczona zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 16 stycznia 2020 r. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z instrukcją analizatora biochemicznego c 501 dzierżawionego zamawiającemu przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., do wykonywania oznaczeń na tym analizatorze niezbędne są dodatkowe odczynniki, takie jak: Celi Wash Solution 1/ NaOH-D, Celi Wash Solution II/ Acid Wash, Sample Cleaner 1, Sample Cleaner 2, EcoTergent, Detergent 1, Detergent 2, Detergent 3 oraz Sample Cleaner 1. Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie zaoferował odczynników dodatkowych niezbędnych do wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny na analizatorze biochemicznym. W konsekwencji, nie uwzględnił ich kosztów w cenie, co zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie do SIWZ, było warunkiem możliwości zaoferowania wykonywania tych oznaczeń na analizatorze biochemicznym. W wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2019 r. skierowanych do zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. przyznał, że nie zaoferował odczynników dodatkowych. Zdaniem odwołującego niezaoferowanie odczynników dodatkowych było celowym działaniem wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. i w żadnym wypadku nie może zostać uznane za omyłkę. W ocenie odwołującego zastosowania nie znajdują również postanowienia SIWZ przewidujące obowiązek dostarczenia odczynników przez wykonawcę na własny koszt w przypadku ich niedoszacowania. Niedoszacowanie występuje, gdy wykonawca zaoferuje dane odczynniki, ale w ilości mniejszej niż wymagana do wykonania określonej liczby oznaczeń. W niniejszej sprawie wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w ogóle nie zaoferował odczynników dodatkowych, a zatem nie można mówić o niedoszacowaniu. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko odnośnie braku zapewnienia w ofercie wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. możliwości wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny przez cały okres trwania umowy. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący stwierdził, iż wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zamierza rozliczać koszty odczynników dodatkowych, służących do wykonania oznaczeń objętych niniejszym postępowaniem, w ramach umowy z zamawiającym dotyczącej innego zamówienia publicznego. Tym samym, w sposób nieuczciwy wykorzystuje fakt związania z zamawiającym inną umową do obniżenia ceny przedmiotu niniejszego postępowania. Zarzucany wykonawcy Roche Diagnostics Polska

Sp. z o.o. czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący określił jako przenoszenie kosztów na inne zamówienie publiczne. Ponadto za czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący uznał również brak uwzględnienia przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. czynszu dzierżawy analizatora biochemicznego cobas c501 za okres nie objęty umową nr 386/171/EZP/2018, ale objęty umową, która zostanie zawarta w wyniku niniejszego postępowania przetargowego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego Adaptera dla SysClean odwołujący wskazał, iż ulotki odczynników zaoferowanych przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wskazują Adapter dla SysClean o numerze katalogowym 11933159001 (Adapter) jako niezbędny materiał dodatkowy niedostarczony w zestawie. Gdyby Adapter był dostarczany wraz z analizatorem, producent nie wskazywałby go w ulotce odczynnika Toxo IgG jako konieczne dodatkowe wyposażenie dla analizatora cobas e411, które trzeba nabyć aby móc przeprowadzać prawidłowo oznaczenia. Co więcej, dokumentacja dotycząca Adaptera wskazuje jego numer partii i datę ważności, co potwierdza, że Adapter jest związany z bieżącym wykonywaniem oznaczeń. Pozostałe elementy wymieniane w ulotkach jako niezbędne materiały dodatkowe niedostarczone w zestawie zostały przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zaoferowane w pozycji nr 40 oraz 41 oferty.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 13 stycznia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 2 stycznia 2020 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 stycznia 2020 r. przystępujący złożył do protokołu oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 16 stycznia 2020 r. Przystępujący wskazał, iż postawione w odwołaniu zarzuty dotyczące oznaczania parametrów Vankomycyny i Gentomycyny są nieprecyzyjne, w tym nie wskazano konkretnych postanowień SIWZ, z którymi oferta przystępującego miałyby być niezgodna. Niezależnie od powyższego stwierdził, iż dopuszczenie przez zamawiającego możliwości oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentomycyna na analizatorze biochemicznym w Laboratorium Centralnym jest bezwarunkowe. Koszty odczynnikowe, o których było mowa w treści pytania, to odczynnik, kontrola i kalibrator, objęte treścią oferty przystępującego. Z faktu wykonywania oznaczeń ww. parametrów na innym analizatorze niż objęty

przedmiotowym zamówieniem żadne dodatkowe koszty nie wynikają. Przystępujący stwierdził, iż w związku z tym, że zamawiający wyraził zgodę na oznaczanie parametrów Vankomycyna i Gentomycyna w Laboratorium Centralnym na analizatorze biochemicznym bez żadnych dodatkowych warunków, poza zakresem zainteresowania wykonawców pozostawił wszelkie kwestie związane z organizacją wykonywania parametrów w Laboratorium Centralnym. Przystępujący zauważył, iż odwołujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania uprzednio wniesionego przez przystępującego na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rezultacie nie może czynić zarzutu przystępującemu, który skorzystał z możliwości jakie dawała mu zmodyfikowana SIWZ. Przystępujący stwierdził, iż kwestia dokonywania oznaczeń na analizatorze biochemicznym znajdującym się w Laboratorium Centralnym leży w sferze relacji bilateralnych. Zamawiający będzie decydował jakie ilości ww. parametrów i kiedy będą wykonywane na tym aparacie, jak również o tym w jaki sposób zabezpieczyć korzystanie z urządzenia w kontekście kończącej się 28.08.2021 r. umowy nr 386/171/EZP/2018. Przystępujący oświadczył, iż jako druga strona tej umowy deklaruje wolę współpracy we wszelkich dopuszczalnych prawem formach (aneks, użyczenie, etc.) jeśli zamawiający wykaże takie zainteresowanie. Stwierdził, iż nie sposób mu zarzucić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Odwołujący nie wyjaśnił, który element przyszłego świadczenia został zaoferowany po zaniżonej cenie, ani dlaczego cena jest rzekomo dumpingowa. Niezależnie od powyższego wskazał na treść dodatkowej uwagi zamieszczonej przez zamawiającego na str. 25 SIWZ, zgodnie z którą „Ilość dodatkowych odczynników oraz akcesorii ustala dostawca na cały okres trwania umowy przetargowej. W przypadku niedoszacowania w/w produktów dostawca jest zobowiązany dostarczyć potrzebne produkty na własny koszt w ciągu dwóch tygodni, w przeciwnym razie będzie ponosił kary umowne.”

Natomiast w odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do Adaptera do SysClean przystępujący stwierdził, iż ww. element dostarczany jest wraz z analizatorem. Analizator przekazywany jest w stanie gotowości do wykonywania oznaczeń, a jego wyposażenie obejmuje również ww. Adapter. Z ostrożności, także w odniesieniu do tego zarzutu przystępujący powołał się na ww. dodatkową uwagę zawartą przez zamawiającego na str. 25 SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest dostawa odczynników do wykonywania oznaczeń metodą immunochemiczną wraz z dzierżawą analizatora opisanych w SIWZ w Pakiecie nr 1 i załączniku nr 7 (II.2 SIWZ). Celem potwierdzenia spełnienia warunków stawianych przedmiotowi zamówienia przez zamawiającego oraz dla uznania formalnej poprawności oferta musi zawierać następujące dokumenty i materiały: 1) wypełniony i podpisany Formularz oferty stanowiący załącznik nr 1, 2) wypełniony i podpisany załącznik nr 4 (Pakiet) (V.3 SIWZ). Termin wykonania zamówienia: zgodnie z zamówieniami w terminie 24 m-cy od podpisania umowy (VIII SIWZ). Zgodnie z postanowieniem zawartym w § 4 ust. 5 projektu umowy: „Realizacja zamówienia obejmuje okres 24 m-cy od podpisania umowy z możliwością jednostronnego przez Zamawiającego zmniejszenia wartości przedmiotu umowy (w przypadku zmiany przepisów lub technik laboratoryjnych)”. W pierwszej tabeli zawartej w załączniku nr 4 do SIWZ wymienione zostały odczynniki, kontrole, kalibratory, a trzy ostatnie wiersze zostały zatytułowane: „Dodatkowe odczynniki”, „Dodatkowe akcesoria” oraz „Dzierżawa aparatu”. Pod tabelą została zamieszczona dodatkowa uwaga o następującym brzmieniu: „Ilość dodatkowych odczynników oraz akcesorii ustala dostawca na cały okres trwania umowy przetargowej. W przypadku niedoszacowania w/w produktów dostawca jest zobowiązany dostarczyć potrzebne produkty na własny koszt w ciągu dwóch tygodni, w przeciwnym razie będzie ponosił kary umowne.”.

W dniu 24 października 2019 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. złożył do Prezesa Izby odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Ww. wykonawca domagał się między innymi nakazania zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w laboratorium Centralnym Zamawiającego na pracującym tam analizatorze biochemicznym. Pismem z dnia 31 października 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Zamawiający zobowiązał się do dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu. W odniesieniu do ww. zarzutu dotyczącego oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna zamawiający stwierdził, iż „dopuszcza możliwość oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym na analizatorze biochemicznym”. Pismem z dnia 6 listopada

2019 r. zamawiający poinformował o dokonaniu modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. między innymi w następującym zakresie: „W zakresie zarzutu nr 1 – zamawiający dopuszcza możliwość oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym na analizatorze biochemicznym, parametr Galektyna 3 dopuszczony do oznaczania w certyfikowanym laboratorium zewnętrznym z kosztami zawartymi w cenie.” Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., który przystąpił do ww. postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Postanowieniem Izby z dnia 8 listopada 2019 r. (KIO 2155/19) postępowanie odwoławcze w ww. sprawie zostało umorzone.

Pismem z dnia 21 listopada 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do SIWZ. Na pytania oznaczone nr 1:

„a) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na oznaczanie parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym Zamawiającego na pracującym tam analizatorze biochemicznym? W ofercie zostaną uwzględnione wszystkie koszty odczynnikowe związane z wykonaniem tych oznaczeń.

b) ... [pytanie dotyczące wyrażenia zgody na oznaczanie parametru Galektyna 3 w certyfikowanym laboratorium zewnętrznym]”

zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z modyfikacją zapisów siwz z dnia 06.11.2019 r. Zamawiający dopuszcza możliwość oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym na analizatorze biochemicznym oraz dopuszcza do oznaczania parametru Galektyna 3 w certyfikowanym laboratorium zewnętrznym z kosztami zawartymi w cenie i czasem dostarczenia wyników do 3 dni roboczych.”

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego oraz przystępującego.

W formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ w wierszu zatytułowanym „Dodatkowe akcesoria” przystępujący nie wymienił Adaptera dla SysClean. Bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność, iż w zakresie oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna przystępujący przewidział wykorzystanie analizatora biochemicznego znajdującego się w Laboratorium Centralnym zamawiającego (okoliczność ta została wskazana w treści ww. formularza).

Pismem z dnia 4 grudnia 2019 r. odwołujący poinformował zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie przystępującego, co skutkowało wezwaniem przystępującego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień stanowiących ustosunkowanie

się do ww. pisma odwołującego. Odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przystępujący udzielił pismem z dnia 9 grudnia 2019 r.

Pismem z dnia 24 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był okres, na jaki została zawarta umowa nr 386/171/EZP/2018 z dnia 28.08.2018 r. (od 28.08.2018 r. do 28.08.2021 r.) – na potwierdzenie tej okoliczności odwołujący złożył również kopię ww. umowy. Ulotki odczynników zaferowanych przez przystępującego (złożone jako dowód przez odwołującego) potwierdzają określenie w tych ulotkach Adaptera dla SysClean jako niezbędnego materiału dodatkowego, niedostarczanego przez producenta w zestawie. Sposób korzystania z Adaptera dla SysClean nie był pomiędzy stronami sporny i wynikał z wyciągu z instrukcji analizatora Roche cobas e411 złożonej zarówno przez odwołującego jak i przystępującego. W odniesieniu do złożonego przez odwołującego dowodu w postaci certyfikatu Adaptera dla SysClean Izba, uwzględniając sposób posługiwania się tym Adapterem wynikający z ww. instrukcji, za wiarygodne uznała wyjaśnienia przystępującego, iż wskazana w treści tego certyfikatu data ważności jest datą ważności certyfikatu – kontroli danej partii, a nie datą ważności Adaptera, nie będącego materiałem zużywalnym. Złożony przez odwołującego fragment instrukcji obsługi analizatora c 501 oraz ulotki Gentamycyny i Vankomycyny złożone przez przystępującego zostały uznane za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów (odnoszących się do nieuwzględnienia w ofercie/przeniesienia kosztów dodatkowych materiałów/odczynników pomocniczych), na potwierdzenie lub odparcie których zostały powołane, co wynika z dalszej części niniejszego uzasadnienia. Natomiast złożone przez przystępującego oświadczenia użytkowników w ocenie składu orzekającego Izby potwierdzają stosowaną przez przystępującego praktykę dostarczania Adaptera dla SysClean wraz z analizatorem, nie odnoszą się jednak do sposobu uwzględnienia ww. elementu w treści ofert składanych przez przystępującego jak i wymagań zamawiających w tym zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutów dotyczących niezapewnienia w ramach złożonej przez przystępującego oferty możliwości wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny przez cały okres, na jaki ma zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutów, w jakim nastąpiło uwzględnienie odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, iż treści odpowiedzi zamawiającego na pytanie dotyczące

możliwości wyrażenia zgody na oznaczanie parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym zamawiającego na pracującym tam analizatorze biochemicznym oraz dokonanej w tym zakresie modyfikacji SIWZ nie należy interpretować dodając treści, które nie zostały przez zamawiającego wyrażone. Udzielając odpowiedzi na pytanie i dokonując zmiany treści SIWZ zamawiający stwierdził, iż dopuszcza możliwość oznaczania parametrów Vankomycyna i Gentamycyna w Laboratorium Centralnym na analizatorze biochemicznym. Wykonawcom przysługiwała zatem możliwość skorzystania w tym zakresie z analizatora znajdującego się obecnie w Laboratorium Centralnym zamawiającego, jednakże nie uległy modyfikacji pozostałe postanowienia SIWZ w tym zakresie, tj. w szczególności nie uległ zmianie termin, na jaki ma zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność terminu zakończenia obowiązywania umowy na dzierżawę analizatora znajdującego się obecnie w Laboratorium Centralnym zamawiającego. Mając na uwadze fakt, iż nastąpi to na co najmniej kilka miesięcy przed zakończeniem obowiązywania umowy, jaka ma zostać zawarta w wyniku obecnie prowadzonego postępowania, należy uznać, iż oferta przystępującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie niezapewnienia możliwości wykonywania oznaczeń Vankomycyny i Gentamycyny przez cały okres, na jaki ma zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wprawdzie należy przyznać rację przystępującemu, iż odwołujący nie wskazał w treści odwołania postanowień SIWZ, z którymi oferta przystępującego miałyby być niezgodna, poprzez podanie konkretnych jednostek redakcyjnych (VIII SIWZ, § 4 ust. 5 projektu umowy, w powiązaniu z postanowieniami obejmującymi przedmiotem zamówienia Vankomycynę i Gentamycynę), jednakże wskazanie tych postanowień nastąpiło w sposób opisowy. Na gruncie niniejszej sprawy należy to uznać za wystarczające wobec braku jakichkolwiek trudności ze zidentyfikowaniem postanowień SIWZ, które w odniesieniu do ww. zarzutów miał na myśli odwołujący. Odnosząc się do twierdzeń przystępującego, iż w przyszłości okresy obydwu umów mogą się zrównać, należy wskazać, iż na chwilę nie występują żadne przesłanki pozwalające na przyjęcie, iż ww. okoliczność będzie miała miejsce. Skład orzekający Izby podziela stanowisko przystępującego co do konieczności zabezpieczenia przez wykonawcę swoich interesów w poprzednim postępowaniu odwoławczym, jednakże uwagę tę należy odnieść przede wszystkim do przystępującego, który był autorem ówczesnego odwołania, w wyniku uwzględnienia którego doszło do modyfikacji treści SIWZ.

W zakresie zarzutów dotyczących nieuwzględnienia wszystkich kosztów związanych z wykonywaniem oznaczeń ww. parametrów na analizatorze biochemicznym znajdującym się u zamawiającego Izba stwierdziła, iż ewentualne niedoszacowanie oferty w tym zakresie nie podlega kwalifikacji na gruncie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle

dodatkowego postanowienia zawartego w odniesieniu do tego rodzaju kosztów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezależnie bowiem od tego czy koszty te należałoby zakwalifikować jako dotyczące dodatkowych odczynników czy dodatkowych akcesoriów, to w przypadku niedoszacowania tego rodzaju kosztów wykonawca zobowiązany jest dostarczyć potrzebne produkty na własny koszt w ciągu dwóch tygodni, w przeciwnym razie będzie ponosił kary umowne (postanowienie zawarte pod pierwszą tabelą w załączniku nr 4 do SIWZ). W ocenie składu orzekającego ww. postanowienie SIWZ wyklucza możliwość uznania ewentualnego niedoszacowania w zakresie ww. kosztów jako błędu w obliczeniu ceny. Wprawdzie ww. postanowienie odnosiło się wprost do kosztów wykonywania oznaczeń na analizatorze immunochemicznym, lecz należy je również odnieść do kosztów wykonywania oznaczeń na analizatorze biochemicznym, w związku z dopuszczeniem przez zamawiającego możliwości skorzystania z analizatora biochemicznego znajdującego się w Laboratorium Centralnym zamawiającego. Powyższe nie oznacza jednak, iż kwestia ewentualnego nieuwzględnienia wszystkich kosztów nie mogłaby być rozpatrywana w kontekście innych przepisów stanowiących podstawę odrzucenia oferty. W tym zakresie w odwołaniu postawiony został zarzut zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Na rozprawie odwołujący oświadczył jednak, iż ww. zarzut nie dotyczy zaoferowania ceny poniżej kosztów, jak natomiast wynika z dalszego stanowiska przedstawionego przez odwołującego na rozprawie jak i stanowiska przedstawionego w piśmie z dnia 16 stycznia 2020 r., zarzucany przystępującemu przez odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać na przeniesieniu kosztów na inne zamówienie. Nie jest jednak jasne w jaki dokładnie sposób miałyby nastąpić przeniesienie kosztów przez przystępującego - kwestia ta stanowiła jedynie przedmiot domysłów odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż składając ofertę w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia przystępujący nie mógł mieć wiedzy odnośnie planowanego w przyszłości kolejnego postępowania, jak i dopuszczenia w nim możliwości skorzystania z analizatora biochemicznego będącego przedmiotem dzierżawy w ramach tego pierwszego postępowania. Ponadto prezentowane przez odwołującego stanowisko należy uznać za wewnętrznie sprzeczne – albowiem w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podnosił brak uwzględnienia przez przystępującego kosztów dodatkowych odczynników, podczas gdy w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazywał na okoliczność przeniesienia kosztów, co oznacza ich uwzględnienie, jednakże jak twierdzi odwołujący w ramach innego zamówienia. Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż kwestia przeniesienia kosztów na inne zamówienie nie została przez odwołującego podniesiona wprost w treści odwołania, a zmiana stanowiska odwołującego świadczy o tym, iż sam nie mógł się zdecydować jaki dokładnie czyn nieuczciwej konkurencji należy zarzucić przystępującemu (na wstępie odwołania jest mowa o wymuszaniu na

klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy, w dalszej części odwołania jest mowa głównie o sprzedaży towarów poniżej kosztów, z czego odwołujący wycofał się w trakcie stanowiska przedstawianego na rozprawie). Brak było zatem jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania w ofercie przystępującego Adaptera dla SysClean skład orzekający Izby podzielił stanowisko prezentowane przez przystępującego, iż zaoferowanie ww. elementu zawiera się w ramach oferty dzierżawy analizatora. Zdaniem Izby wymienienie ww. elementu w ulotkach producenta jako dodatkowego materiału niedostarczanego w zestawie przez producenta nie przesądza, iż element ten nie będzie dostarczony wraz z analizatorem w ramach oferty złożonej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienie SIWZ, z którego wynikałoby, że każdy element o odrębnym numerze katalogowym ma zostać wyszczególniony w ramach oferty. W formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ została zawarta między innymi pozycja „dodatkowe akcesoria”. Jak wyjaśnił przystępujący, a czemu nie zaprzeczył odwołujący, wszystkie pozostałe akcesoria wymienione w tej pozycji stanowią materiały zużywalne i takie podlegały wymienieniu w tej pozycji formularza. Powyższe potwierdza dodatkowa uwaga zawarta pod tabelą, odnosząca się do okoliczności niedoszacowania m.in. dodatkowych akcesoriów, a zatem – skoro jest mowa o niedoszacowaniu - materiałów o zużywalnym charakterze. Za taki materiał ciężko uznać plastikowy pojemnik o niewielkich rozmiarach, a przynajmniej okoliczność ta nie wynikała z dowodów złożonych przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik

postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Podobnie w: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono odwołującego w części ½ oraz przystępującego w części ½. Wprawdzie większa część zarzutów została oddalona, jednakże z drugiej strony potwierdziły się zarzuty, których uwzględnienie skutkowało koniecznością nakazania odrzucenia oferty przystępującego, a zatem żądanie odwołania co do zasady zostało uwzględnione. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 7.500 zł uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwota 3.600 zł poniesiona przez przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500,00 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550,00 zł (11.100 zł / 2). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 1.950,00 zł (7.500,0 zł – 5.550,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: