

**Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13**

**WYROK**

**z dnia 2 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 września 2013 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2203/13),
  - B. w dniu 13 września 2013 r. przez wykonawcę **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2206/13)
- 
- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie, Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Radiometer sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2203/13 i KIO 2206/13 po stronie zamawiającego,
  - B. przy udziale wykonawcy **Siemens sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 po stronie zamawiającego,
  - C. przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2206/13 po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**

- 1.1. poprawienie w ofercie odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
- 1.2. poprawienie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie, Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Radiometer sp. z o.o. w Warszawie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2206/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
  - 2.1. poprawienie w ofercie odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
  - 2.2. poprawienie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie, Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Radiometer sp. z o.o. w Warszawie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
  - 2.3. poprawienie w ofercie wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 obciąża wnoszących sprzeciw: wykonawcę **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie**, **Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie**, **Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie** i

**Radiometer sp. z o.o. w Warszawie**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2206/13 obciąża wnoszących sprzeciw: wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie**, **Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie**, **Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie** i **Radiometer sp. z o.o. w Warszawie** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcę **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez każdego z nich,
- 3.2. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 zasądza od wnoszących sprzeciw: **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie**, **Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie**, **Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie** i **Radiometer sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, po **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) od każdego z wnoszących sprzeciw,
- 3.3. w sprawie o sygn. akt KIO 2206/13 zasądza od wnoszących sprzeciw: **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie**, **Bio-Rad Polska sp. z o.o., w Warszawie**, **Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie** i **Radiometer sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, po **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) od każdego z wnoszących sprzeciw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Dostawa odczynników z dzierżawą systemu konsolidującego badania z zakresu biochemii klinicznej i immunochemii oraz dostawa materiałów niezbędnych do wykonania tych analiz dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2013 r., nr 2013/S 087-147760.

W dniu 3 września 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Roche”, jak również wykonawcę Siemens sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Siemens”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Beckman Coulter sp. z o.o. w Warszawie, Bio-Rad Polska sp. z o.o., w Warszawie, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie i Radiometer sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Siemens sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Beckman”, jak również o odrzuceniu oferty odwołującego Roche i odrzuceniu oferty odwołującego Siemens.

W dniu 13 września 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Roche, jak również odwołujący Siemens. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 2203/13, sygn. akt KIO 2206/13.

#### **KIO 2203/13**

Odwołujący Roche wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) czynności odrzucenia własnej oferty,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Beckman.

Odwołujący Roche zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Roche wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) unieważnienie czynności odrzucenia własnej oferty,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący Roche, odnosząc się do pierwszej wskazanej przez zamawiającego podstawy odrzucenia jego oferty podniósł, że zamawiający ustalił brakującą ilość odczynników w zakresie trzynastu pozycji formularza bazując wyłącznie na informacji o trwałości zestawu odczynnikowego na pokładzie analizatora, wynikającej z kart charakterystyk tych zestawów. Zamawiający pominął zaś w swych wyjaśnieniach treść odpowiedzi na pytanie nr 43, jakiej zamawiający udzielił w dniu 4 czerwca 2013 r. Powołując się na powyższą odpowiedź, jak również składane zamawiającemu wyjaśnienia i dostępne ulotki testów wywiódł, że zamawiający może korzystać z dostarczonych odczynników do terminu ich ważności, który wynosi powyżej 6 miesięcy.

W odniesieniu do drugiego powodu odrzucenia swej oferty odwołujący Roche podniósł, że obowiązek oznaczania i kontrolowania CRP codziennie na analizatorze podstawowym i pomocniczym na dwu poziomach, na który powołał się zamawiający, nie był jednoznaczny w świetle sprzecznych w tym zakresie postanowień SIWZ. Odwołujący jako przykład wewnętrznej sprzeczności SIWZ wskazał z jednej strony na postanowienia znajdujące pod tabelą formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ), a z drugiej strony na postanowienia pkt A.10 załącznika nr 7 do SIWZ i odpowiedź na pytanie nr 42A z 4 czerwca 2013 r. Jeśli przyjąć, że CRP będzie kontrolowane codziennie na dwóch poziomach na analizatorze podstawowym i pomocniczym (czyli że nie stanowi jednak wyjątku zgodnie z opisem pod formularzem cenowym), to rzeczywiście w ofercie odwołującego brakuje wspomnianych 8 opakowań. Gdyby jednak uwzględnić treść opisów znajdujących się pod tabelami formularza cenowego, z których – w zakresie CRP – sformułowano wyjątek od ww. zasady, to wskazywanego przez zamawiającego niedoboru w ofercie wykonawcy nie ma. Z ostrożności odwołujący Roche podniósł, że gdyby ww. stan faktyczny uznać na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to winna być ona usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako omyłka, niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, zarówno w aspekcie przedmiotowym jak i finansowym.

W odniesieniu do trzeciej przyczyny odrzucenia swej oferty odwołujący Roche wywiódł, iż zamawiający - jak wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty - nie jest pewien niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Wskazują na to „wątpliwości” zamawiającego, odwoływanie się do obaw czy wystarczające jest zapewnienie odwołującego Roche co do oczekiwanych przez zamawiającego funkcjonalności oprogramowania kontroli jakości. Niezasadnym jest odwoływanie się do instrukcji obsługi

oprogramowania. Takowa nie była wymagana do oferty i nie została złożona. Odwołujący nie wie jaka to wersja, skąd pochodzi itp. Co więcej, nawet jeśli w instrukcji wprost o jakichś elementach nie ma mowy, nie oznacza jeszcze że określone opcje nie występują, o czym wykonawca zapewniał zamawiającego składając mu stosowne wyjaśnienia z 7 sierpnia 2013 r. w toku badania ofert.

W dalszej części odwołania odwołujący Roche wywiódł, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, preferując ofertę przystępującego Beckman.

Wywiódł, że dla zestawu odczynnikowego LDH, OSR6128, trwałość w analizatorze to według udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień to 30 dni, chociaż w dołączonej ulotce dla tego testu trwałość ta opisana jest jako 21 dni. Stąd wyliczając konieczną ilość zaoferowanych zestawów wg przystępującego Beckman to: 4 butelki x 30 dni, trwałość całego opakowania to 120 dni. Kontrakt to około 1350 dni, więc zaoferowana ilość to 1350 dni/120 dni to 11,25 opakowań, a zostało zaoferowane 13 opakowań. Jednakże w ulotce jest podane 21 dni jako trwałość. Uwzględniając ww. sposób wyliczania otrzymujemy konieczną ilość do zaoferowania jako 17 opakowań, więc 4 opakowań w ofercie brakuje.

Wywiódł ponadto, iż dla zaoferowanego przez przystępującego Beckman zestawu odczynnikowego Creatinine, OSR6178, trwałość w analizatorze to 7 dni wg dołączonej ulotki. Wg wyjaśnień przystępującego Beckman zestaw ten należy użyć z wykorzystaniem dodatkowych, mniejszych pojemników odczynnikowych do których należy przelać odczynniki R1 i R2 z zestawów fabrycznych zaoferowanych w postępowaniu. Wtedy trwałość zaoferowanego zestawu „wzrasta” dwukrotnie. Stąd wyliczając konieczną ilość zaoferowanych przystępujący Beckman przyjął, że będą to 4 butelki x 14 dni co daje trwałość całego opakowania - 56 dni. Kontrakt to około 1350 dni, więc zaoferowana ilość to 1350dni/56 dni co daje 24,1 op., a zostało zaoferowane 34 opakowań. Odwołujący Roche podniósł, że gdyby policzyć liczbę koniecznych opakowań ze względu na trwałość 7 dni, tak jak podaje ulotka, to trwałość 1 opakowania to 4 butelki x 7 dni stąd mamy 28 dni. Więc przystępujący Beckman powinien zaoferować: 1350 dni/ 28 dni czyli 48,21 op (49 opakowań pełnych). Zatem brak w ofercie 15 opakowań.

Ponadto powyższa praktyka jest niezgodna z postanowieniem B.2. w załączniku nr 7 do SIWZ, w którym zamawiający wymagał pełnej automatyzacji pracy z odczynnikiem (odczynniki gotowe do użycia lub automatycznie przygotowywane na pokładzie aparatu).

W dalszej części odwołania odwołujący Roche wywiódł, że przystępujący Beckman zaoferował zbyt małą liczbę testów do oznaczeń troponiny. Zamawiający wymagał w SIWZ

aby zaoferować odpowiednią ilość testów do oznaczeń troponiny uwzględniającą ilość podaną w załączniku nr 6 + dodatkowo testy na kontrolę i kalibrację. W odpowiedziach i wyjaśnieniach uściślił, że na analizatorze głównym wykonywanych będzie 27400 oznaczeń troponiny (pytanie nr 11), kontrole wykonywane będą codziennie (pytanie nr 45) a do założonej przez zamawiającego liczby oznaczeń należy doliczyć testy na kalibrację, które będą wykonywane z częstotliwością właściwą dla każdego zestawu odczynnikowego (załącznik nr 7 SIWZ). Biorąc pod uwagę te założenia odwołujący Roche wywiódł, że przystępujący Beckman zaoferował zbyt małe ilości odczynników do oznaczania troponiny, przedstawiając swe wyliczenie w formie tabelarycznej.

W ostatniej części odwołania odwołujący Roche podniósł, iż oferta przystępującego Beckman nie spełnia wymogu zamawiającego wynikającego z odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 4 czerwca 2013 r., tj. aby oznaczenia na aparacie pomocniczym były wystandaryzowane wobec oznaczeń na aparacie podstawowym, co miało dotyczyć także oznaczeń troponiny. Zaoferowany test do oznaczania troponiny na analizatorze pomocniczym AQT90 Flex Tnl nie jest wystandaryzowany wobec testu troponiny oferowanego na analizatorze głównym (Accu Tnl). Każdy z testów używa odmiennych przeciwciał, jest odmiennie standaryzowany i posiada odmienną charakterystykę oraz wartości decyzyjne.

W związku z powyższym odwołujący Roche wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

### **KIO 2206/13**

Odwołujący Siemens wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Roche z dodatkowych powodów wskazanych w uzasadnieniu,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Beckman,
- 4) czynności wyboru oferty przystępującego Beckman jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Siemens zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 ew. pkt 2 w zw. z art. 14 ustawy w związku z art. 66 par. 1 kc, art. 84 ust. 1 i 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, ewentualnie z ostrożności procesowej art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Siemens wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,



- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie oferty odwołującego oraz przystępującego Beckman,
- 3) modyfikacji rozstrzygnięcia zamawiającego o odrzuceniu oferty przystępującego Roche poprzez rozszerzenie podstaw faktycznych odrzucenia tej oferty, ewentualnie z ostrożności procesowej gdyby Izba uznała iż rozszerzenie podstaw rozstrzygnięcia o odrzucenia decyzji nie jest dopuszczalne - powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie również oferty przystępującego Roche i w konsekwencji jej odrzucenie również z innych przyczyn wskazanych w uzasadnieniu,
- 4) odrzucenie oferty przystępującego Beckman,
- 5) wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty odwołującego, ewentualnie z ostrożności procesowej – wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty odwołującego po uprzedniej jej korekcie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Siemens - w zakresie podstaw odrzucenia własnej oferty - argumentował, że zamawiający błędnie ustalił, jakoby odwołujący nie doszacował ilości 6 rodzajów odczynników. Przy badaniu ofert zamawiający zaniechał uwzględnienia odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 43 z 4 czerwca 2013 r., w której zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania odczynnika po upływie jego gwarantowanej stabilności na pokładzie aparatu jeżeli instrukcja obsługi, rekomendacje producenta i wyniki wewnętrznej kontroli jakości dopuszczają taką możliwość. Odwołujący podniósł, że wyjaśnieniach z dnia 29.08.2013 r., jakie złożył zamawiającemu udowodnił, że specjalna funkcja oferowanego analizatora ADVIA Centaur XP pozwala użytkownikowi na wykorzystywanie odczynnika po upływie gwarantowanego okresu stabilności. Odwołujący podniósł, że przekazał zamawiającemu instrukcję obsługi analizatora ADVIA Centaur XP zawierającą opis tej funkcjonalności, której zamawiający jednak nie wziął pod uwagę.

W odniesieniu do drugiej przyczyny odrzucenia swej oferty odwołujący Siemens podniósł, iż zamawiający dokonał błędnej wykładni udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie nr 44 z 4 czerwca 2013 r. Zadający pytanie nr 44 chciał uzyskać stanowisko zamawiającego w kwestii tego czy dopuści on praktykę porcjowania i mrożenia tych kalibratorów, których instrukcja obsługi tego nie zabrania (milczy na ten temat). Odmowna odpowiedź zamawiającego dotyczyła – w ocenie odwołującego – wyłącznie takiej sytuacji. Odwołujący skalkulował w swojej ofercie liczbę kalibratorów nie uwzględniając praktyki porcjowania i mrożenia, na którą nie zgodził się zamawiający, w przypadku tych kalibratorów, których instrukcje obsługi milczą w tej kwestii. W przypadku zaś jednego kalibratora - Parathormonu, którego instrukcja użytkownika wyraźnie dopuszcza i opisuje możliwość porcjowania i mrożenia skalkulował w swej ofercie jego ilość przy uwzględnieniu możliwości

jego porcjowania i mrożenia, wynikającej z instrukcji użytkowania. Z ostrożności procesowej gdyby jednak Izba uznała, że udzieloną odpowiedź na pytanie 44 należy rozumieć w taki sposób jak uczynił to zamawiający (jako dotyczącą absolutnie wszystkich kalibratorów), odwołujący Siemens podniósł, że w tym zakresie jego oferta powinna ulec poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej jedynie o 980,20 zł.

W dalszej części odwołania odwołujący Siemens wywiódł, że oferta wykonawcy Roche podlegała odrzuceniu nie tylko z przyczyn wskazanych przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym rozstrzygnięcia, ale również z czterech dodatkowych powodów, wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący Siemens podniósł, że oferta przystępującego Roche winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ. Wbrew ww. postanowieniu SIWZ nie podano trwałości każdego zestawu odczynnikowego, który zaoferowano w ofercie. Na stronie 8 oferty przystępujący Roche przedstawił wymagane informacje o trwałości odczynników, ale dotyczy to tylko kilkunastu z ponad czterdziestu oferowanych przez wykonawcę zestawów odczynnikowych.

Argumentował, że oferta przystępującego Roche winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie pouczeń znajdujących się pod tabelą części A formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ). Wykonawca nie podał wymaganych nazw filtrów, modułów, wymienniaczy jonowych etc. w odniesieniu do stacji uzdatniania wody oraz ilości asortymentu jaki zaoferował w tym zakresie. Ograniczył się jedynie do wzmianki, że „Na podstawie umowy podpisanej między dostawcą stacji wody a Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oświadczamy, że wszystkie materiały eksploatacyjne niezbędne do prawidłowej pracy oferowanych dwóch stacji wody dostarczane będą nieodpłatnie w ramach opieki serwisowej przez cały okres trwania umowy”.

Argumentował, że oferta przystępującego Roche winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie liczby zestawów odczynnikowych do oznaczania troponiny. Należało założyć 27 600 badań (co wynika z punktu 39 załącznika nr 6 do SIWZ) i 1365 oznaczeń na codzienne kontrole (45 miesięcy umowy - 195 tygodni razy 7 dni, odpowiedź nr 45), pewną liczbę testów na kalibrację zgodną z cechami technicznymi danego urządzenia. Zaoferowane musiało zatem zostać więcej niż 28 965 testów, zaś wykonawca Roche zaoferował 28 800 sztuk testów.

Argumentował, że oferta przystępującego Roche winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie liczby zestawów odczynnikowych do oznaczania troponiny na aparacie zastępczym. Zdaniem odwołującego należało założyć najmniej 1365 oznaczeń na codzienne kontrole, jak również pewną liczbę testów na

kalibrację zgodną z cechami technicznymi danego urządzenia, która w przypadku tego typu urządzeń może być konieczna nawet codziennie – więc dodatkowo 1365 testów na kalibrację. Przystępujący Roche zaoferował w pozycji 122 (testy do kontroli i kalibracji Troponiny) 24 opakowania po 10 testów każde a więc razem 240 sztuk.

W kolejnej części odwołania, odwołujący Siemens wywodził, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Beckman.

Odwołujący Siemens podniósł, że oferta przystępującego Beckman winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ. Wbrew ww. postanowieniu SIWZ nie podano trwałości każdego zestawu odczynnikowego, który zaoferowano w ofercie. Wprawdzie skutek wezwania zamawiającego do złożenia przez przystępującego Beckman wyjaśnień do treści złożonej oferty, w zawartych wyjaśnieniach wykonawca ten podał informację o trwałości zestawów odczynnikowych. Na tym etapie wykonawca nie mógł jednak dokonać modyfikacji treści złożonej oferty (poprzez podanie brakującej informacji o trwałości zestawów odczynnikowych) ponieważ stanowi to naruszenie zakazu dokonywania zmian oferty po upływie terminu składania ofert w postępowaniu.

Argumentował, że oferta przystępującego Beckman winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie pouczeń znajdujących się pod tabelą części A formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ). Wykonawca nie podał wymaganych nazw filtrów, modułów, wymienniczy jonowych etc. w odniesieniu do stacji uzdatniania wody oraz ilości asortymentu jaki zaoferował w tym zakresie. Bezsprzecznie jednak przystępujący Beckman zaoferował stację uzdatniania wody, co wynika z akceptacji brzmienia punktu 8 załącznika nr 7 do SIWZ oraz parametrów technicznych oferowanego analizatora AU 680 (który musi pracować z wodą dejonizowaną).

Argumentował, że oferta przystępującego Beckman winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie liczby zestawów odczynnikowych do oznaczania troponiny. Należało założyć 27 600 badań (co wynika z punktu 39 załącznika nr 6 do SIWZ) i 1365 oznaczeń na codzienne kontrole (45 miesięcy umowy - 195 tygodni razy 7 dni, odpowiedź nr 45), pewną liczbę testów na kalibrację zgodną z cechami technicznymi danego urządzenia. Zaoferowane musiało zatem zostać więcej niż 28 965 testów, zaś wykonawca Beckman zaoferował 28 600 sztuk testów.

Argumentował, że oferta przystępującego Beckman winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie liczby zestawów odczynnikowych do oznaczania troponiny na aparacie zastępczym. Zdaniem odwołującego należało założyć najmniej 1365 oznaczeń na codzienne kontrole, jak również pewną liczbę testów na kalibrację zgodną z cechami technicznymi danego urządzenia, która w przypadku tego typu

urządzeń może być konieczna nawet codziennie – więc dodatkowo 1365 testów na kalibrację. Przystępujący Beckman zaoferował w pozycji 123 16 opakowań po 160 testów każde, a więc razem 2560 sztuk.

W związku z powyższym odwołujący Siemens wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2203/13 oraz KIO 2206/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący Beckman.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2203/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący Siemens.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2206/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący Roche.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w obu odwołaniach w całości.

W trakcie posiedzenia Izby, w dniu 30 września 2013 r., przystępujący Beckman oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w obu odwołaniach.

W trakcie posiedzenia Izby, w dniu 30 września 2013 r., przystępujący Siemens oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez odwołującego Roche.

W trakcie posiedzenia Izby, w dniu 30 września 2013 r., przystępujący Roche oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez odwołującego Siemens.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego Roche, ofertę złożoną przez przystępującego Beckman, ofertę złożoną przez odwołującego Siemens, wyjaśnienia ww. wykonawców składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2203/13 jego oferta została odrzucona, zaś była ofertą najtańszą, która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2206/13 jego oferta została odrzucona. W świetle kryteriów oceny ofert złożył on ofertę trzecią w kolejności, zarzucał zaś zamawiającemu niezasadne odrzucenie własnej oferty i jednocześnie zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, która była ofertą drugą w kolejności jak również zaniechanie odrzucenia oferty najtańszej z dodatkowych powodów, niewskazanych

przez zamawiającego. W tej sytuacji, ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego oraz zaniechał odrzucenia pozostałych ofert, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wykonania czynności zaniechanych, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oba odwołania zasługują na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

- 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Roche z powodu niedoszacowania 13 pozycji asortymentowych (sygn. akt KIO 2203/13)**
- 2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Siemens z powodu niedoszacowania 6 pozycji asortymentowych (sygn. akt KIO 2206/13)**

Zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, iż stosownie do brzmienia postanowienia punktu 13 załącznika nr 7 do SIWZ, wykonawcy obowiązani byli „*dokładnie oszacować zużycie wszystkich niezbędnych w ciągu 4 lat materiałów tj. odczynników, kalibratorów, roztworów pomocniczych itd. Do tego służy kolumna - ilość testów dziennie - w załączniku nr 7. Należy podać trwałość każdego zestawu odczynnikowego (lub jego integralnej części) oraz liczbę testów, którą można z niego wykonać. (...)*”.

W dniu 4 czerwca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ nr 43 o treści: „*Czy Zamawiający dopuszcza, aby przy kalkulowaniu ilości opakowań odczynników uwzględnić możliwość wykorzystania odczynnika do daty ważności po upływie jego gwarantowanego okresu stabilności na pokładzie, dla testów, dla których taka możliwość jest przewidziana zgodnie z instrukcją obsługi i rekomendacjami producenta?*” udzielił odpowiedzi: „*Tak, Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie odczynnika po upływie jego gwarantowanej stabilności na pokładzie aparatu jeżeli instrukcja obsługi, rekomendacje producenta i wyniki wewnętrznej kontroli jakości dopuszczają taką możliwość*”.

W trakcie postępowania, w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, wykonawcy składali wyjaśnienia dotyczące m.in. prawidłowości skalkulowania ilości zestawów odczynnikowych.

W złożonych wyjaśnieniach z 29 lipca 2013 r. wykonawca Roche zapewniał, że oferowane przez niego odczynniki mogą być używane przy założeniu ich ciągłego przechowywania na pokładzie aparatu po upływie terminu ich gwarantowanej stabilności. Zaś podane w ulotkach terminy do terminy gwarantowanej stabilności. Zatem zamawiający może używać odczynników do terminu ważności odczynników, który wynosi powyżej 6 miesięcy. Powołał się na załącznik do swej oferty, w którym wskazał trwałość zestawów odczynnikowych.

W wyjaśnieniach z dnia 14 sierpnia 2013 r. wykonawca Roche przedstawił wyliczenia zaoferowanych ilości zestawów odczynnikowych dla 13 wskazanych przez zamawiającego zestawów.

W wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2013 r. odwołujący Siemens przedstawił wyliczenia zaoferowanych ilości zestawów odczynnikowych dla 6 wskazanych przez zamawiającego zestawów. Wyjaśnił, że analizator Advia Centaur XP umożliwia wybór w zakresie stosowania opcji monitorowania stabilności po otwarciu, pozwalając na wykorzystywanie odczynnika po upływie gwarantowanego okresu stabilności. Zapewnił, że opcja ta jest dostępna dla 6 odczynników, o które był pytany. Do pisma załączył płytę CD z metodykami odczynnikowymi dla ww. testów oraz instrukcje obsługi analizatora.

Jak wynika ze sporządzonego przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego Roche (pismo z 3 września 2013 r.), zamawiający w celu weryfikacji prawidłowości skalkulowania przez wykonawcę potrzebnych ilości odczynników posłużył się stroną internetową [e-labdoc.roche.com](http://e-labdoc.roche.com) i znajdującymi się tam kartami charakterystyk zestawów odczynnikowych. W oparciu o nie ustalił trwałość zestawu odczynnikowego na pokładzie analizatora i biorąc pod uwagę termin realizacji umowy wyliczył, że w 13 pozycjach wykonawca nie doszacował ilości oferowanych zestawów odczynnikowych.

Z tego samego pisma, w odniesieniu do oferty odwołującego Siemens wynika, iż wykonawca błędnie wyliczył ilości w 6 pozycjach odczynnikowych biorąc za podstawę jedynie trwałość kalibracji a nie trwałość odczynnika na pokładzie analizatora. Zamawiający wziął pod uwagę okresy stabilności wynikające z informacji, jakie wykonawca przesłał na płycie CD.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie miał żadnego obowiązku dopuszczenia możliwości stosowania odczynników po upływie gwarantowanego terminu stabilności na pokładzie analizatora. Taka była też pierwotna intencja zamawiającego wynikająca z postanowienia pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ, w którym zamawiający określił sposób wyliczenia ilości odczynników. *Jeżeli zestaw zawiera przykładowo 400 testów i składa się z dwu pojemników po 200 testów każdy, a po rozpoczęciu opakowania jego trwałość na pokładzie aparatu wynosi 5 dni to przy średnim zużyciu 10 testów dziennie ( rubryka 3 w załączniku Nr 6 ) z opakowania tego wykonamy tylko 100 testów. Ofertę należy więc odpowiednio przeliczyć wiedząc, że 75% testów się zmarnuje.* Jednakże, postanowienia te, precyzyjne w swym brzmieniu, stały się nieaktualne w świetle odpowiedzi na pytanie nr 43 udzielonej przez zamawiającego w dniu 4 czerwca 2013 r. Zamawiający w tym dniu dopuścił bowiem generalnie możliwość wykorzystywania odczynnika po upływie jego gwarantowanej stabilności na pokładzie aparatu, przy spełnieniu pewnych wymogów. Jednocześnie jednak zamawiający, nie zastrzegł sobie, aby w celu udokumentowania ww. możliwości wykonawcy mieli obowiązek składania jakichkolwiek dokumentów (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Wreszcie, analiza odpowiedzi na pytanie prowadziła do wniosku, że nie sprecyzowano, aby możliwość musiała wynikać z kart charakterystyki testów, gdyż zamawiający nie użył takiego sformułowania. Sformułowanie „instrukcja obsługi” niewątpliwie mogło odnosić się do aparatu, na pokładzie którego test ma być wykonywany.

Tymczasem, jak wynikało z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu obu ofert, podstawą decyzji zamawiającego były karty charakterystyk zestawów odczynnikowych, w oparciu o które zamawiający ustalił inne - aniżeli wskazywane przez wykonawców w ich oświadczeniach - okresy, w których odczynniki będą mogły być wykorzystywane, pokrywające się generalnie z okresami stabilności z kart charakterystyki. W ocenie Izby taki sposób badania ofert nie uwzględniał treści odpowiedzi na pytanie nr 43. Jeżeli intencją zamawiającego było to, aby możliwość wykorzystywania testów po okresie gwarantowanej stabilności wynikała wprost z karty katalogowej, to powinien to wyraźnie w odpowiedzi dopuszczającej tę możliwość zaznaczyć. W braku takiego zastrzeżenia, w świetle udzielonej odpowiedzi, w której mowa było o „instrukcji obsługi”, zamawiający obowiązany był wziąć pod uwagę przedstawiane mu przez wykonawców wyjaśnienia, w których powoływali się oni na instrukcje obsługi analizatorów, z których wynikała możliwość stosowania zestawów odczynnikowych po upływie okresu stabilności na pokładzie analizatora.

Odpowiednie fragmenty instrukcji obsługi zaoferowanych analizatorów zostały przez obu odwołujących złożone w trakcie rozprawy. Odwołujący Roche przedstawił fragment instrukcji obsługi analizatora Cobas 6000 (oznaczony jako dowód nr 4), z którego wynikała definicja terminu przydatności odczynnika do użycia, to jest okres, do którego Roche Diagnostics



uznaje reklamacje produkowanych przez siebie odczynników. Z kolei z dalszej części instrukcji (dowód nr 5), wynikało, że w analizatorze istnieje możliwość aktywacji, bądź dezaktywacji alarmu przeterminowanego odczynnika.

Z kolei odwołujący Siemens zaoferował zestawy odczynnikowe pracujące na analizatorze ADVIA Centaur XP, który to analizator posiada funkcjonalność w zakresie możliwości używania odczynników poza podany termin stabilności w aparacie (funkcja Use Beyond). Potwierdzeniem tego były fragmenty instrukcji obsługi ww. analizatora (oznaczone jako dowody nr 13 i 14).

Dostrzeżenia wymagało również to, że obaj wykonawcy to autoryzowani na teren kraju dystrybutorzy producenta, czy wręcz spółki zależne producenta. Zatem ich oświadczenia, składane w wyjaśnieniach, można było uznać za zapewnienia producenta.

Niezależnie od powyższego odwołujący Roche złożył w trakcie rozprawy opinię Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej w Warszawie z 25 września 2013r. (dowód nr 6). Wynika z niej, że laboratorium Instytutu użytkuje analizator Cobas e, zaś odczynniki stosowane na nim posiadają b. długi okres trwałości, znacznie przekraczający gwarantowany okres trwałości określony w instrukcjach metodycznych. Ponadto elastyczność systemu umożliwia wykorzystanie całości opakowania przy niewielkiej ilości zleceń (aparat umożliwia wykonanie oznaczeń po upływie gwarantowanej stabilności odczynników na pokładzie analizatora). Z kolei odwołujący Siemens złożył opinie użytkowników analizatora ADVIA Centaur XP z 19 czerwca 2012r., Szpitala w Wejherowie, SP ZOZ w Lęborku, WSZ w Toruniu (oznaczone jako dowody nr 10, 11, 12). Wynika z nich, że odczynniki stosowane przez analizator mogą być wykorzystywane po upływie okresu ich stabilności, pod stałą kontrolą jakości. Umożliwione to jest przez oprogramowanie analizatora i opisane w jego instrukcji obsługi. W ocenie Izby, opinie te potwierdzają, że przeprowadzane przez użytkowników kontrole jakości dopuszczają możliwość stosowania odczynników na oferowanych analizatorach po upływie okresu gwarantowanej stabilności.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że oparcie wyliczeń koniecznej liczby odczynników wyłącznie na kartach charakterystyki odczynników (złożone przez przystępującego Beckman dowody oznaczone nr 15 i 19) nie było prawidłowe w świetle odpowiedzi na pytanie nr 43. Nie uwzględniało dopuszczonej przez zamawiającego możliwości używania odczynników po upływie okresu gwarantowanej stabilności na pokładzie oferowanego analizatora.

### **3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Roche z powodu zaoferowania zbyt małej liczby zestawów do badania CRP (KIO 2203/13)**

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, że pod tabelą wzoru formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający określił następujący wymóg: *„Dostawca uzupełnia formularz podając nazwy odczynników, kalibratorów (kalibracje wykonywane wg specyfikacji oraz z każdą nową serią odczynników), materiałów kontrolnych (1 raz dziennie na 2 poziomach z wyjątkiem troponiny I,T, CK-MB mass, RCRP, hemoglobiny glikozylowanej), materiałów eksploatacyjnych i roztworów pomocniczych dla analizatorów oraz stacji uzdatniania wody (filtry, moduły, wymiennicze jonowe etc.) potrzebnych do wykonania badań w okresie 45 miesięcy”.*

Zarazem w punkcie A.10 załącznika nr 7 do SIWZ sprecyzowano, że: *„Oferta powinna zawierać koszt odpowiedniej ilości materiału kontrolnego umożliwiającego zamawiającemu wykonanie kontroli: - parametrów biochemicznych 1 raz dziennie (7 dni w tygodniu) na dwóch poziomach”.*

W dniu 4 czerwca 2013 r. zamawiający, odnosząc się do pytania nr 45 o treści: *Prosimy o określenie harmonogramu wykonywania oznaczeń kontrolnych dla: troponiny I, CK-MB masa, RCRP, hemoglobiny glikozylowanej* udzielił odpowiedzi: *Codzienna kontrola jakości dla wszystkich podanych parametrów (przy założeniu- troponiny I lub T).*

Odwołujący Roche w formularzu cenowym obliczył ilość CRP, uznając, że postanowienia odnośnie kontroli nie mają zastosowania do CRP.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zgodzić należało się z odwołującym Roche, że postanowienia załącznika nr 2 i nr 7 do SIWZ pozostawały ze sobą w sprzeczności. W przypadku CRP, który jest odczynnikiem biochemicznym, w myśl postanowienia A.10 załącznika nr 7 do SIWZ należało uwzględnić ilość materiału kontrolnego na wykonanie kontroli 1 raz dziennie, podczas gdy z opisu znajdującego się pod formularzem, można było wywnioskować, że jest to wyjątek od tej zasady. Jednakże w dniu 4 czerwca 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 45, w której przesądził, że w przypadku RCRP jednak należy uwzględnić konieczność wykonania codziennej kontroli jakości. A zatem można było przyjąć, że źródło wewnętrznej sprzeczności treści SIWZ zostało usunięte. Jednakże dostrzeżenia wymagało to, że w tym samym dniu, tj. 4 czerwca 2013 r., zamawiający przekazał wykonawcom zmodyfikowany załącznik nr 2 do SIWZ, w którym - pomimo odpowiedzi na pytanie nr 45 - w dalszym ciągu pozostały niezmienione postanowienia znajdujące się pod formularzem cenowym, a zatem sprzeczne z treścią odpowiedzi.

Biorąc powyższe okoliczności faktyczne pod uwagę, Izba stwierdziła, że odpowiedź na pytanie nr 45 jako postanowienie, które w sposób najbardziej szczegółowy odnosiło się do zaistniałego problemu, dodatkowo wzmocnione postanowieniem A.10 załącznika nr 7 do SIWZ, było tym, które wykonawcy obowiązani byli zastosować, przy ustalaniu harmonogramu kontroli w zakresie CRP. Jednocześnie jednak, przekazanie wykonawcom w tym samym dniu zmodyfikowanego załącznika nr 2 do SIWZ, który w spornym zakresie w dalszym ciągu zawierał nieprawidłowy harmonogram kontroli w zakresie CRP, mogło wprowadzać wykonawców w błąd. Jeśli bowiem działali oni w zaufaniu do przekazywanego im nowego, modyfikowanego wzoru formularza cenowego, to mieli prawo oczekiwać, że dokument ten jest aktualny na datę jego przesłania.

W tej sytuacji niezgodność treści oferty wykonawcy Roche z treścią SIWZ, wyrażająca się w przyjęciu nieprawidłowej ilości materiału kontrolnego dla CRP, nie może skutkować odrzuceniem jego oferty. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zaistniała niezgodność jest nieistotna zarówno pod względem przedmiotowym jak i finansowym. Jak obliczył zamawiający, czego odwołujący nie kwestionował, dla zapewnienia codziennej kontroli, w ofercie odwołującego Roche brakuje 8 zestawów. Zatem zamiast 216 zestawów należało zaoferować 224, co należy uznać za zmianę nieistotną przedmiotowo nawet w stosunku do tej pojedynczej pozycji asortymentowej. W ocenie Izby niedobór jest drobny również w aspekcie finansowym. Brakujące 8 opakowań o wartości 583,20 zł daje bowiem różnicę w cenie ofertowej na poziomie 4 665,60 zł. Wobec powyższego, nakazano zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności poprawy omyłki.

**4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Roche z powodu niezgodności treści oferty odwołującego Roche z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania oprogramowania kontroli jakości, które nie pozwala na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, analizy porównawczej z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej**

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że zgodnie z postanowieniem A.10 załącznika nr 7 do SIWZ należało zaoferować oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości, które powinno umożliwić co najmniej:

- analizę metody z wyliczeniem SD, CV, TE, błędów znormalizowanych precyzji i dokładności oraz wykreśleniem znormalizowanej karty OPS,
- analizę wykresu roboczego z wykonaniem co najmniej krzywej Levey -Jenningsa i krzywej obciążenia,
- analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej,
- analizy statystyczne na danych skumulowanych,
- możliwość bezpośredniego dostępu przez internet i obsługę w języku polskim,
- możliwość wyboru jednostek ( tradycyjne, SI).

Zamawiający nie wymagał wykazania wymaganych funkcjonalności oferowanego oprogramowania żadnymi dokumentami.

Odwołujący zaoferował oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości TIQCon.

W dniu 7 sierpnia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego Roche do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty poprzez konkretną odpowiedź „czy oferowane oprogramowanie kontroli jakości zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego cechy, a zwłaszcza pozwala na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej”.

W wyjaśnieniach z dnia 14 sierpnia 2013 r. wykonawca Roche zapewnił, że w ramach umowy zostanie dostarczone oprogramowanie firmy Roche Diagnostics – TIQCon spełniające wymogi zamawiającego, w tym m.in. pozwalające na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku wykazania żadnymi dokumentami wymaganych funkcjonalności oferowanego oprogramowania wewnętrznej kontroli jakości. Powyższe wynikało z postanowienia pkt 4 rozdziału III SIWZ, w którym wymieniono enumeratywnie wymagane przez zamawiającego dokumenty, jakie wykonawcy mieli obowiązek złożyć celem wykazania zgodności oferowanych dostaw z SIWZ. Z powyższego wynikało, że zamawiający uznał, iż w

analizowanym postępowaniu wystarczającym będzie złożenie przez wykonawcę stosownego oświadczenia o akceptacji wymogów SIWZ.

Poprzestanie na samym oświadczeniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa badać rzetelności składanych mu zapewnień. Wszak zgodnie z ustawą Pzp zamawiający bada oferty, co obejmuje również weryfikację składnych przez wykonawców oświadczeń. Niewątpliwie zatem, skoro zamawiający powziął wątpliwości co do istnienia spornych funkcjonalności oprogramowania, to miał wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, z którego to prawa skorzystał. Poprosił, aby wykonawca odpowiedział konkretnie czy oferowane oprogramowanie kontroli jakości zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego cechy, a zwłaszcza pozwala na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej. W ocenie Izby, wykonawca na tak sformułowane wezwanie odpowiedział konkretnie, zapewniając że oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości spełnia sporne wymagania. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że nie usunęło to jego wątpliwości. Jednakże dostrzeżenia wymaga, że to on sam nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji spornych wymogów żadnym dokumentem. Wykonawca odpowiadając na wezwanie, w tej sytuacji mógł się więc ograniczyć do oświadczenia, a złożenie dokumentu (dowodu) zależało od jego dobrej woli. W ocenie Izby zamawiający, choć istotnie nie miał prawa domagać się złożenia w tym zakresie jakiegokolwiek dokumentu, to jednak mógł w treści wezwania zasugerować wykonawcy, że złożenie dowodu jest zalecane. Odnosząc się zaś do szczegółowości wyjaśnień to przyznać należy, że rzeczywiście miały one ogólny charakter. Podkreślić należy jednak to, że zamawiający zaniechał wskazania w wezwaniu, co jest źródłem jego wątpliwości.

W trakcie rozprawy wnoszący sprzeciw nie przedstawili Izbie żadnych dowodów, w oparciu o które można byłoby ustalić, że oferowane oprogramowanie nie zapewnia spornych funkcjonalności. W szczególności nie złożono Izbie instrukcji oprogramowania TiQCon wersja 6.2., na którą zamawiający powoływał się w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego Roche. Natomiast odwołujący Roche przeprowadził dowód przeciwny. Złożył stronę z instrukcji oprogramowania TiQCon (dowód nr 7), z której wynikało, że jest wyłącznym dystrybutorem systemu kontroli jakości o nazwie TiQCon, a ponadto że oprogramowanie posiada funkcjonalności w zakresie analizy porównawczej z innymi użytkownikami i wyliczenia błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej. Na tej podstawie Izba ustaliła, że oferowane oprogramowanie umożliwia analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej.

Odwołujący Roche złożył również wydruk karty OPS, jednakże w oparciu o ten dokument nie można było ustalić, aby został wygenerowany za pomocą oferowanego

systemu TIQCon. Powyższe nie zmieniało jednak tego, że - jak wcześniej wskazano - wykonawca nie miał obowiązku udowodnienia wymaganych funkcjonalności systemu. W tej sytuacji ciężar wykazania okoliczności przeciwnej spoczywał na wnoszących sprzeciw. Skoro zatem strona przeciwna utrzymywała, że wbrew oświadczeniu odwołującego Roche, system nie pozwala na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, to winna ten fakt udowodnić, gdyż z tego wywodziła skutek prawny tj. konieczność odrzucenia oferty odwołującego (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Skoro zatem temu obowiązkowi dowodowemu nie sprostała, zarzut okazał się niezasadny.

**5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu zaoferowania zbyt małej liczby zestawów odczynnikowych LDH (sygn. akt KIO 2203/13)**

Izba nie rozpoznała ww. zarzutu, gdyż odwołujący Roche w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w tym zakresie.

**6. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu zaoferowania zbyt małej liczby zestawów odczynnikowych Creatinine (sygn. akt KIO 2203/13)**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, iż stosownie do brzmienia postanowienia punktu 13 załącznika nr 7 do SIWZ, wykonawcy obowiązani byli „*dokładnie oszacować zużycie wszystkich niezbędnych w ciągu 4 lat materiałów tj. odczynników, kalibratorów, roztworów pomocniczych itd. Do tego służy kolumna - ilość testów dziennie - w załączniku nr 7. Należy podać trwałość każdego zestawu odczynnikowego (lub jego integralnej części) oraz liczbę testów, którą można z niego wykonać. (...)*”.

W załączniku nr 7 do SIWZ, w pkt B.2. zamawiający wymagał co do analizatorów biochemicznych „*Pełnej automatyzacji pracy z odczynnikami (odczynniki gotowe do użycia lub automatycznie przygotowywane na pokładzie aparatu)*”.

W dniu 4 czerwca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ nr 43 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza, aby przy kalkulowaniu ilości opakowań odczynników uwzględnić możliwość wykorzystania odczynnika do daty ważności po upływie jego gwarantowanego okresu stabilności na pokładzie, dla testów, dla których taka możliwość jest przewidziana zgodnie z instrukcją obsługi i rekomendacjami producenta?” udzielił odpowiedzi: „Tak, Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie odczynnika po upływie jego gwarantowanej stabilności na pokładzie aparatu jeżeli instrukcja obsługi, rekomendacje producenta i wyniki wewnętrznej kontroli jakości dopuszczają taką możliwość”.

Przystępujący Beckman zaoferował 34 opakowania zestawu odczynnikowego Creatinine, OSR6178, tj. 4 x 990 testów (poz. 18 formularza cenowego). Podawany w karcie charakterystyki okres stabilności zestawu na pokładzie analizatora wynosi 7 dni. Zaoferowany zestaw może być używany z wykorzystaniem dodatkowych, dostarczanych wraz z analizatorem pojemników odczynnikowych o objętości 15ml (fragmenty instrukcji obsługi analizatora AU 680- dowód nr 20).

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Jak wynikało ze złożonej w trakcie rozprawy przez przystępującego Beckman fragmentu instrukcji obsługi analizatora AU 680, przewidywał on możliwość konfekcjonowania odczynników na pokładzie analizatora w butelkach po 15 ml. Opisano w nich rodzaje butelek, jak również przewidziano procedurę ich napełniania. Zatem wprowadzie zgodnie z kartą charakterystyki obowiązuje siedmiodniowy termin stabilności na pokładzie analizatora dla pełnego zestawu, to jednak przy wykorzystaniu dostarczanych wraz z analizatorem mniejszych butelek 15 ml stabilność zestawu zostaje wydłużona do 14 dni. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby co do wykładni odpowiedzi na pytanie nr 43 poczynione w zakresie zarzutu nr 1 i 2. W szczególności przypomnienia wymaga, że zgodnie z powołaną odpowiedzią źródłem wiedzy co do okresu stabilności zestawu na pokładzie urządzenia nie musiała być karta charakterystyki odczynnika, lecz również instrukcja obsługi analizatora. Zaś stosowane fragmenty instrukcji obsługi analizatora świadczyły o pozytywnych rekomendacjach producenta i pozytywnych wyniki wewnętrznej kontroli jakości w tym zakresie.

Przy takich założeniach liczba zaoferowanych zestawów zabezpiecza potrzeby zamawiającego w całym okresie trwania kontraktu (ok. 1350 dni). 4 zestawy w każdym z 34 opakowań, których stabilność wynosi 14 dni, przy uwzględnieniu możliwości konfekcjonowania zabezpiecza wykonywanie oznaczeń przez 1904 dni (4x34x14).

Nie podzielono stanowiska odwołującego, że możliwość wydłużenia stabilności odczynnika na pokładzie analizatora poprzez jego przelanie do dostarczanych wraz z analizatorem butelek o mniejszej objętości miałyby stanowić naruszenie postanowienia pkt B. 2 załącznika nr 7 do SIWZ. W powołanym postanowieniu zamawiający wymagał zapewnienia „pełnej automatyzacji pracy z odczynnikami (odczynniki gotowe do użycia lub automatycznie przygotowywane na pokładzie aparatu)”. W ocenie Izby odwołujący Roche dokonał nieprawidłowej wykładni sformułowanych przez zamawiającego pojęć „pełna automatyzacja” i „odczynniki gotowe do użycia”. Dostrzeżenia wymaga, że nawet w przypadku odczynników, które nie będą przelewane do mniejszych butelek, będzie konieczność wykonania pewnych czynności o charakterze manualnym, jak choćby otwarcia opakowania, umieszczenia odczynnika na pokładzie analizatora. Powyższe wyklucza przyjęcie wąskiego rozumienia pojęcia „automatyzacja” jako wyłączenia absolutnie wszelkich działań o charakterze manualnym. W ocenie Izby sformułowanie „odczynniki gotowe” należało rozumieć jako jedynie zakaz zaoferowania takich odczynników, których wykorzystanie uzależnione byłoby od uprzedniego mieszania składników w nie wchodzących. A z taką sytuacją z pewnością nie będziemy mieli do czynienia w przypadku zestawu odczynnikowego Creatinine OSR6178 oferowanego przez przystępującego Beckman. Zaoferowane odczynniki są bowiem gotowe, a jedynie będą - zgodnie z instrukcją analizatora - przelewane do mniejszych butelek.

- 7. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu zaoferowania zbyt małej liczby testów do oznaczeń troponiny (sygn. akt KIO 2203/13)**
- 8. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu zaoferowania zbyt małej liczby testów do oznaczeń troponiny (KIO 2206/13)**

Ustalono, że zgodnie z pkt A.2 załącznika nr 7 do SIWZ zamawiający wymagał. aby *”Odczynniki oferowane w ramach przetargu muszą być całkowicie wymienne (załącznik Nr 5), to znaczy, że użytkownik może używać każdego odczynnika z załącznika Nr 5 zarówno na aparacie podstawowym jak i na zastępczym z wyjątkiem troponiny na aparacie pomocniczym. W tym przypadku zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia przez oferenta małego czytnika, nie przyłączonego do LSI, na którym w sytuacjach awarii podstawowego analizatora byłaby oznaczane troponina. Ponadto oferent z pierwszą partią odczynników dostarczy testy troponinowe w ilości 50 szt. (lub jednego opakowania o*



podobnej liczbie testów) i okresem trwałości minimum 12 miesięcy, a w planowanych kosztach eksploatacyjnych doliczy 200 testów na 48 miesięcy (w ramach określonych przez zleceniodawcę 27600 oznaczeń troponiny na okres 4 lat)".

Stosownie do postanowienia pkt A.10 załącznika nr 7 do SIWZ „Oferta powinna zawierać koszt odpowiedniej ilości materiału kontrolnego umożliwiającemu zamawiającemu wykonanie kontroli:

- parametrów biochemicznych 1 raz dziennie ( 7 dni w tygodniu) na dwóch poziomach
- parametrów immunochemicznych 2 razy na tydzień na jednym poziomie (2 lub 3 poziomy stosowane na przemian).
- do założonej przez zamawiającego liczby oznaczeń należy doliczyć testy na kalibrację, które będą wykonywane z częstotliwością właściwą dla każdego zestawu odczynnikowego. Oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości powinno umożliwić co najmniej:
  - analizę metody z wyliczeniem SD, CV, TE, błędów znormalizowanych precyzji i dokładności oraz wykreśleniem znormalizowanej karty OPS
  - analizę wykresu roboczego z wykonaniem co najmniej krzywej Levey -Jenningsa i krzywej obciążenia
  - analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej
  - analizy statystyczne na danych skumulowanych
  - możliwość bezpośredniego dostępu przez internet i obsługę w języku polskim
  - możliwość wyboru jednostek ( tradycyjne, SI)
  - wykonawca zapewni dostawę jednej serii materiału kontrolnego przez okres co najmniej 24 miesięcy -zamawiający preferuje liofilizowany materiał kontrolny."

Ustalono, że pod tabelą wzoru formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający określił następujący wymóg: „Dostawca uzupełnia formularz podając nazwy odczynników, kalibratorów (kalibracje wykonywane wg specyfikacji oraz z każdą nową serią odczynników), materiałów kontrolnych (1 raz dziennie na 2 poziomach z wyjątkiem troponiny I,T, CK-MB mass, RCRP, hemoglobiny glikozylowanej), materiałów eksploatacyjnych i roztworów pomocniczych dla analizatorów oraz stacji uzdatniania wody (filtry, moduły, wymiennicze jonowe etc.) potrzebnych do wykonania badań w okresie 45 miesięcy”.

W dniu 4 czerwca 2013 r., w odpowiedzi na pytanie nr 45 o treści: „Prosimy o określenie harmonogramu wykonywania oznaczeń kontrolnych dla: troponiny I, CK-MB masa, RCRP, hemoglobiny glikozylowanej” zamawiający udzielił odpowiedzi: „codzienna kontrola jakości dla wszystkich podanych parametrów (przy założeniu- troponiny I lub T)”.

W dniu 18 czerwca 2013 r., zamawiający wskazał, że dokonuje modyfikacji załącznika nr 7 do SIWZ w części A.10, który otrzymał następujące brzmienie:

*„Oferta powinna zawierać koszt odpowiedniej ilości materiału kontrolnego umożliwiającego zamawiającemu wykonanie kontroli:*

- parametrów biochemicznych 1 raz dziennie ( 7 dni w tygodniu) na dwóch poziomach*
- parametrów immunochemicznych 2 razy na tydzień na jednym poziomie (2 lub 3 poziomy stosowane na przemian).*
- do założonej przez zamawiającego liczby oznaczeń należy doliczyć testy na kalibrację, które będą wykonywane z częstotliwością właściwą dla każdego zestawu odczynnikowego. Oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości powinno umożliwić co najmniej:*
- analizę metody z wyliczeniem SD, CV, TE, błędów znormalizowanych precyzji i dokładności oraz wykreśleniem znormalizowanej karty OPS*
- analizę wykresu roboczego z wykonaniem co najmniej krzywej Levey -Jenningsa i krzywej obciążenia*
- analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej*
- analizy statystyczne na danych skumulowanych*
- możliwość bezpośredniego dostępu przez internet i obsługę w języku polskim*
- możliwość wyboru jednostek ( tradycyjne, SI)*
- wykonawca zapewni dostawy jednej serii materiału kontrolnego przez okres co najmniej 24 miesięcy, z tym, że w przypadku dla poz. 42, 43 , 44 i 45 Załącznika nr 6 Wykonawca zapewni dostawy jednej serii materiału kontrolnego o terminie stabilności serii , który może wynosić poniżej 12 miesięcy*
- zamawiający preferuje liofilizowany materiał kontrolny”.*

Przystępujący Beckman w pozycji 39 zaoferował do oznaczeń troponiny zestawu AccuTnl w liczbie 286 opakowań po 100 testów, co pozwala na wykonanie 28600 oznaczeń.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Stosownie do postanowienia pkt A.2 załącznika nr 7 do SIWZ zamawiający w przypadku troponiny dopuścił możliwość dostarczenia przez oferenta czytnika jako aparatu zastępczego. Dla takiej sytuacji przewidziano, że wykonawca dostarczy testy troponinowe w

ilości 50 szt, a w planowanych kosztach eksploatacyjnych doliczy 200 testów (w ramach określonych przez zleceniodawcę 27600 oznaczeń troponiny na okres 4 lat). W ocenie Izby użyte przez zamawiającego sformułowanie „w ramach określonych 27.600 oznaczeń” oznaczało, że przyjmowanie liczby 27.600 do wyliczeń oznaczeń troponiny na aparacie podstawowym nie było bezwzględnym wymogiem. W przypadku zaoferowania jako aparatu zastępczego czytnika należało na jego potrzeby przeznaczyć 200 testów z liczby 27600 testów przeznaczonych na aparat podstawowy. Zatem błędnym było przyjęcie w odwołaniu przez odwołującego Siemens w kalkulacji 27.600 oznaczeń. W przypadku zaoferowania czytnika jako aparatu zastępczego, co uczynił przystępujący Beckman, z liczby 27.600 testów należało odjąć 200 testów, a więc do wykonania na aparacie podstawowym pozostawało 27.400 oznaczeń. Następnie, jak przyznał przystępujący Beckman, do liczby oznaczeń należało doliczyć testy na kalibrację w liczbie 400. Wreszcie, do tak otrzymanej sumy należało doliczyć testy na codzienną kontrolę. Jak bowiem wynikało z udzielonej w dniu 4 czerwca 2013 r. odpowiedzi na pytanie nr 45, zamawiający wymagał, aby dla troponiny I lub T kontrolę jakości przeprowadzano codziennie. Uwzględniając 45 miesięczny okres realizacji umowy i przyjmując nawet najbardziej korzystny sposób liczenia dni w tym okresie spośród przedstawianych przez wszystkich wykonawców – 1350 dni, oznaczało to konieczność zapewnienia przez przystępującego Beckman 29.150 testów do wykonania oznaczeń troponiny na aparacie głównym (27400 + 400 + 1350). Tymczasem w pozycji 39 formularza cenowego zaoferował on 28.600 testów.

Jednakże, w ocenie Izby, powyższe niedoszacowanie nie oznaczało konieczności odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Norma prawna wynikająca z przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Wynika z niej, że każdorazowo przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty w ww. trybie zamawiający jest zobowiązany przeanalizować możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Jak wynikało z treści oferty przystępującego Beckman, jego wyjaśnień składanych w toku postępowania, stanowiska przedstawionego w trakcie rozprawy, jak również z wyliczenia liczby testów złożonego przez wykonawcę (dowód nr 21), założył on, że na kontrole należy zapewnić 394 testy. Wykonawca przyjął bowiem, że w świetle SIWZ kontrole zobowiązany będzie wykonywać jedynie 2 razy w tygodniu (2 x 196 tygodni w okresie realizacji umowy). W ocenie Izby zachowanie przystępującego Beckman miało charakter omyłki, będącej skutkiem wewnętrznej sprzeczności treści SIWZ, która wprawdzie została usunięta odpowiedzią na pytanie nr 45, jednakże inne działania i zaniechania zamawiającego, mogły wprowadzić wykonawcę w błąd co do mocy wiążącej tej odpowiedzi.

Dostrzeżenia wymagało, że w dniu 18 czerwca 2013 r., a więc 2 tygodnie po udzieleniu powołanej odpowiedzi, zamawiający poinformował wykonawców, że dokonuje modyfikacji załącznika nr 7 do SIWZ w części A pkt 10. Przesłał jego aktualną treść, w której w dalszym ciągu znajdował się fragment co do wyliczeń ilości materiału kontrolnego:

*„Oferta powinna zawierać koszt odpowiedniej ilości materiału kontrolnego umożliwiającego zamawiającemu wykonanie kontroli:*

- parametrów biochemicznych 1 raz dziennie ( 7 dni w tygodniu) na dwóch poziomach
- parametrów immunochemicznych 2 razy na tydzień na jednym poziomie (2 lub 3 poziomy stosowane na przemian).
- do założonej przez zamawiającego liczby oznaczeń należy doliczyć testy na kalibrację, które będą wykonywane z częstotliwością właściwą dla każdego zestawu odczynnikowego.

A zatem, pomimo, iż odpowiedź nr 45 z 4 czerwca 2013 r. przesądzała w sposób najbardziej szczegółowy, że w przypadku troponiny – parametru immunochemicznego - należy zapewnić codzienną kontrolę jakości, to jednak, w dniu 18 czerwca 2013 r., dokonując modyfikacji postanowienia pkt A.10 załącznika nr 7 do SIWZ, zamawiający nie skorygował treści tego postanowienia, w którym była mowa o kontroli 2 razy w tygodniu. A zatem wykonawca, działając w zaufaniu do pkt A.10 załącznika nr 7 do SIWZ w wersji, co do której miał prawo oczekiwać, że jest najbardziej aktualną, mógł omyłkowo zinterpretować sytuację, że zamawiający w ten sposób uchyla się od odpowiedzi na pytanie nr 45 z 4 czerwca 2013 r., z którą wszak pkt A.10 załącznika nr 7 był sprzeczny.

W ocenie Izby, zamawiający winien poprawić omyłkę wykonawcy, która doprowadziła do niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym celu zamawiający dokona korekty oferty o brakujące 6 opakowań po 100 testów, uwzględniając cenę jednostkową opakowania podaną w ofercie. Nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty wykonawcy, albowiem różnica pomiędzy ceną ofertową po dokonaniu poprawy w stosunku do ceny ofertowej wskazanej w ofercie wyniesie 2824,50 zł. Wobec całkowitej wartości oferty przewyższającej 2,2 mln zł, jest to suma znikoma.

**9. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu zaoferowania testu do oznaczania troponiny na urządzeniu zastępczym, który nie jest wystandaryzowany wobec testu do oznaczania troponiny na analizatorze głównym (sygn. akt KIO 2203/13)**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że w dniu 4 czerwca 2013 r., wobec pytania o treści: „*czy Zamawiający wymaga aby oferowany czynnik pomocniczy do oznaczania troponiny umożliwiał wykonanie oznaczenia troponiny wystandaryzowanej wobec troponiny wysokoczułej oferowanej na analizatorze głównym*” zamawiający udzielił odpowiedzi „*Zamawiający wymaga aby oznaczenia na aparacie pomocniczym były wystandaryzowane wobec oznaczeń na aparacie podstawowym. Dotyczy to także oznaczeń troponiny*”.

Przystępujący Beckman zaoferował test do oznaczania troponiny na czytniku AQT90 Flex, zaś na analizatorze głównym test Accu Tnl.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Wykładnia językowa odpowiedzi na pytanie nr 15 nie wykluczała takiej interpretacji, zgodnie z którą wymóg standaryzacji należało odczytać jako porównywalność oznaczeń obu aparatów i korelacji ich wyników. Nie został bowiem wyartykułowany wprost wymóg pracy na tym samym standardzie. Na pytanie przewodniczącego dotyczące wymogu standaryzacji zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że jego intencją było jedynie niedopuszczenie do zaoferowania tzw. testu kasetowego, działającego na zasadzie zerojedynkowej, który nie daje gwarancji prawidłowości wyniku. Jak wynikało ze złożonego przez przystępującego Beckman dokumentu – porównanie wyników troponiny I Tnl otrzymanych na analizatorze AQT 90 Flex z wynikami otrzymanymi na analizatorze Beckman Coulter DXI 80 - wprawdzie wartości bezwzględne troponin otrzymane na czytniku AQT 90 Flex Tnl i analizatorze DXL 800 są różne, to jednak po wprowadzeniu współczynnika nachylenia i współczynnika przecięcia, wyniki z analizatora AQT90 Flex są porównywalne z wynikami otrzymanymi w laboratorium (dowód nr 17).

Wobec powyższego uznano, że przystępujący Beckman spełnił wymóg nałożony w odpowiedzi nr 15 z dnia 4 czerwca 2013 r. Nie zaoferował zamawiającemu testu kasetowego, zaś metody testów choć różne, to jednak prowadzą do wyników, które mogą być uznane za porównywalne.

**10. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Siemens z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 44 z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 2206/13)**

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że 4 czerwca 2013 r., wskutek pytania o treści: *„czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w postępowaniu z kalibratorami przyjąć praktykę porcjowania i mrożenia, o ile instrukcja użytkowania nie wyklucza takiego postępowania?”* zamawiający udzielił odpowiedzi: *„zamawiający nie wyraża zgody na porcjowanie i mrożenie kalibratorów.”*

Odwołujący Siemens w pozycji 103 formularza cenowego zaoferował 13 opakowań zestawu kalibrator Intact PTH. W instrukcji użytkowania ww. produktu producent wprost dopuścił możliwość rozmrażania i mrożenia kalibratorów.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Nie było sporne pomiędzy stronami, że w przypadku Parathormonu (poz. 103 formularza cenowego) odwołujący Siemens wyliczył liczbę 13 opakowań uwzględniając możliwość porcjowania i mrożenia kalibratora. Gdyby takiej możliwości nie uwzględniać, to należało zaoferować 17 opakowań Intact PTH. Nie było również spornym to, że w przypadku kalibratora Intact PTH, jego instrukcja użytkowania wyraźnie dopuszczała i opisywała możliwość porcjowania i mrożenia (dowód nr 23). Spór pomiędzy stronami dotyczył wykładni treści odpowiedzi na pytanie nr 44 i sprowadzał się do tego, czy zakaz porcjowania i mrożenia kalibratorów miał charakter generalny, czy też ograniczony jedynie do tych sytuacji o których mowa w pytaniu, a więc w których instrukcja używania nie wyklucza takiego postępowania (milczy na ten temat).

W ocenie Izby, językowa wykładnia odpowiedzi prowadziła do wniosku, że zakaz zamawiającego miał charakter generalny. Zamawiający nie odpowiedział bowiem, że nie wyraża zgody na porcjowanie i mrożenie kalibratorów, o ile instrukcja użytkowania nie wyklucza takiego postępowania. Zamawiający nie posłużył się wprawdzie określeniem „jakichkolwiek”, „wszystkich” w treści udzielonej odpowiedzi, tym niemniej jednak brak doprecyzowania przy określeniu kalibratorów oznaczał, że zakaz dotyczył wszystkich sytuacji. Zgodzić należało się jednak z odwołującym w tym, że czytając odpowiedź z

uwzględnieniem treści pytania można było jednak dojść do wniosku odmiennego. Niewątpliwie zaś zamawiający, w ślad za odpowiedzią, nie dokonał modyfikacji SIWZ. Zakaz o identycznym, co w odpowiedzi, brzmieniu, ale wprowadzony do treści SIWZ musiałby być bowiem czytany w oderwaniu od treści pytania.

W tej sytuacji, zdaniem Izby, zachowanie wykonawcy należało zinterpretować jako omyłkę, która winna być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty odwołującego Siemens, zarówno pod względem przedmiotowym jak i pod względem finansowym. Polegać będzie na zwiększeniu liczby opakowań z 13 do 17, w jednej sponad stu pozycji asortymentowych. Ponadto doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej o zaledwie 1058,62 zł brutto. Wobec całkowitej wartości oferty na poziomie ok. 2,5 mln zł, jest to kwota znikoma.

**11. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Roche i przystępującego Beckman z powodu sprzeczności treści ofert z postanowieniem pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ (sygn. akt KIO 2206/13)**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalano, że zgodnie z brzmieniem punktu 13 załącznika nr 7 do SIWZ: *„Wykonawca powinien dokładnie oszacować zużycie wszystkich niezbędnych w ciągu 4 lat materiałów tj. odczynników, kalibratorów, roztworów pomocniczych itd. Do tego służy kolumna – ilość testów dziennie - w załączniku nr 7. Należy podać trwałość każdego zestawu odczynnikowego (lub jego integralnej części) oraz liczbę testów, którą można z niego wykonać. (...)”*.

Na stronie 8 oferty wykonawca Roche przedstawił informacje o trwałości odczynników immunochemicznych, nie podał tych informacji w odniesieniu do odczynników biochemicznych.

Przystępujący Beckman nie podał w ofercie informacji o trwałości zestawów odczynnikowych. Na skutek wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w wyjaśnieniach z 29 sierpnia 2013 r. podał informację o trwałości zestawów odczynnikowych.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Oceniając treść oferty przystępującego Roche Izba wzięła pod uwagę, że postanowienie pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ, z uwagi na nieprecyzyjną numerację postanowień w tym załączniku, mogło wprowadzać w błąd, co do tego czy dotyczy wyłącznie analizatorów immunochemicznych, czy też wszystkich analizatorów. Dostrzeżenia wymagało, że w punkcie A załącznika nr 7 do SIWZ znajdowały się wymagania ogólne, które odnosiły się do parametrów analizatorów biochemicznych i immunochemicznych. W grupie A opisano dziesięć wymagań oznaczonych numerami: „1. do 10.”. Następnie opisano postanowienia grupy B, dotyczące analizatorów biochemicznych oznaczone numerami: „1) do 10)”. Dalej opisano postanowienia grupy C oznaczone numerami od 1) do 11), odnoszące się do analizatorów immunochemicznych. Wreszcie, bezpośrednio pod postanowieniami grupy C znalazły się postanowienia oznaczone numerami 11. do 18., wśród których znajdowało się sporne postanowienie opisane jako „13.”. W przypadku tych postanowień brak było precyzyjnego odesłania, które świadczyłoby o tym, iż są to postanowienia ogólne, które odnoszą się do obu rodzajów analizatorów (postanowienia grupy A). W ocenie Izby, taki sposób numerowania postanowień mógł wprowadzić wykonawców w błąd. Skoro postanowienia oznaczone 11. do 18. miały mieć charakter wymagań ogólnych, to winny one znajdować się w grupie A, względnie powinno być zaznaczone w sposób wyraźny, że do tej grupy należą. Tymczasem wizualna analiza załącznika nr 7, umiejscowienie tych postanowień bezpośrednio pod postanowieniami części C, mogło doprowadzać do wniosku, że dotyczą one wyłącznie analizatorów immunochemicznych. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący Roche mógł zrozumieć wymóg pkt 13 załącznika nr 7 do SIWZ jako odnoszący się wyłącznie do analizatorów immunochemicznych. Zaniechanie podania przez niego w ofercie okresów trwałości zestawów odczynnikowych w zakresie biochemii nie oznacza zatem niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Oceniając sytuację przystępującego Beckman Izba stwierdziła, że wykonawca ten wymagane informacje co do okresu trwałości zestawów przedstawił zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień co do treści oferty. W ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego, nie można jednak tej sytuacji uznać za zmianę treści oferty niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. O takiej sytuacji można byłoby mówić wtedy, gdyby w treści oferty podano inny okres trwałości zestawów, zaś w wyjaśnieniach – odmienny. Izba wzięła pod uwagę również to, że podany w wyjaśnieniach okres trwałości dotyczył konkretnych zestawów odczynnikowych, wskazanych przez przystępującego Beckman z nazwy w formularzu cenowym. Zestawy te zaś mają charakterystyczne dla siebie i niezmiennie okresy stabilności. Okres stabilności odczynnika na pokładzie analizatora ma charakter obiektywny, zastany, istniejący na moment składnia oferty, którym nie można



manipulować. Skoro zatem zamawiający dysponował informacją na temat nazw zaoferowanych przez wykonawcę zestawów, to mógł z łatwością samodzielnie ustalić dane odnośnie okresów trwałości, choćby na podstawie kart charakterystyk zestawów odczynnikowych. W niniejszej sprawie nie musiał jednak tego czynić, skoro wykonawca wyjaśniając treść swej oferty informacje na temat trwałości zestawów przekazał. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy nie doprowadziły zatem w żaden sposób do zmiany treści oferty. Natomiast zaniechanie podania informacji o okresach trwałości w ofercie należało uznać za uchybienie o charakterze formalnym, które nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten – jak wynika z jego literalnego brzmienia - odnosi się wyłącznie do niezgodności obu dokumentów, tj. oferty i SIWZ, w aspekcie merytorycznym, na co wskazuje przesłanka „treść”.

**12. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Roche i przystępującego Beckman z powodu sprzeczności treści ofert z postanowieniem pouczeń znajdujących się pod tabelą części A formularza cenowego - załącznika nr 2 do SIWZ ( sygn. akt KIO 2206/13)**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, że stosownie do postanowienia pkt A.8 załącznika nr 7 do SIWZ wykonawca miał obowiązek dostarczyć i zainstalować *stacje lub stację uzdatniania wody odpowiednią do prawidłowej pracy zaoferowanego sprzętu.*

Stosownie do treści pouczeń znajdujących się pod tabelą części A załącznika nr 2 do SIWZ (formularz cenowy) *„Dostawca uzupełnia formularz podając nazwy odczynników, kalibratorów (kalibracje wykonywane wg specyfikacji oraz z każdą nową serią odczynników), materiałów kontrolnych (1 raz dziennie na 2 poziomach z wyjątkiem troponiny I,T, CK-MB mass, RCRP, hemoglobiny glikozylowanej), materiałów eksploatacyjnych i roztworów pomocniczych dla analizatorów oraz stacji uzdatniania wody (filtry, moduły, wymiennicze jonowe etc.) potrzebnych do wykonania badań w okresie 45 miesięcy”.*

Przystępujący Roche i przystępujący Konsorcjum Beckman zaakceptowali brzmienie punktu 8 załącznika nr 7 do SIWZ.

Przystępujący Roche pod tabelą A w formularzu cenowym umieścił oświadczenie: *„Na podstawie umowy podpisanej między dostawcą stacji wody a Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oświadczamy, że wszystkie materiały eksploatacyjne niezbędne do prawidłowej pracy oferowanych dwóch stacji wody dostarczane będą nieodpłatnie w ramach opieki serwisowej przez cały okres trwania umowy”.*

Beckman Coulter Polska sp. z o.o. łączy umowa z 15 lipca 2013 r. zawartą z Merck sp. z o.o., której przedmiotem jest m.in. dostarczanie koniecznych materiałów eksploatacyjnych do systemów oczyszczania wody na adres ostatecznego użytkownika na koszt dostawcy, tj. Merck sp. z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Bezspornym było to, że obaj wykonawcy tj. przystępujący Roche i przystępujący Konsorcjum Beckman zaoferowali stację uzdatniania wody, co wynika z akceptacji brzmienia punktu 8 załącznika nr 7 do SIWZ. W powołanym punkcie zamawiający wymagał, aby wykonawca dostarczył i zainstalował stacje lub stację uzdatniania wody odpowiednią do prawidłowej pracy zaoferowanego sprzętu. Obaj wykonawcy postanowienie to zaakceptowali, składając stosowane oświadczenia. Ponadto przystępujący Roche pod tabelą A w formularzu cenowym umieścił oświadczenie: *„Na podstawie umowy podpisanej między dostawcą stacji wody a Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oświadczamy, że wszystkie materiały eksploatacyjne niezbędne do prawidłowej pracy oferowanych dwóch stacji wody dostarczane będą nieodpłatnie w ramach opieki serwisowej przez cały okres trwania umowy.”* Z kolei przystępujący Beckman złożył w trakcie rozprawy umowę z 15 lipca 2013 r. zawartą przez Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z Merck sp. z o.o., której przedmiotem jest m.in. dostarczanie koniecznych materiałów eksploatacyjnych do systemów oczyszczania wody na adres ostatecznego użytkownika na koszt dostawcy, tj. Merck sp. z o.o.

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że obaj wykonawcy zamierzali dostarczać zamawiającemu nieodpłatnie i w miarę potrzeb materiały eksploatacyjne niezbędne do pracy zaoferowanych stacji uzdatniania wody. W ocenie Izby zatem, pomimo wzmianki znajdującej się pod formularzem cenowym, nie byli obowiązani do wskazywania ilości czy nazwy materiałów eksploatacyjnych do tych stacji w formularzu. Istotą formularza cenowego jest bowiem wyspecyfikowanie tych elementów oferty, które dostarczane będą odpłatnie. Skoro zatem elementy te będą dostarczane nieodpłatnie, a ponadto nie da się przewidzieć ilości a nawet nazwy tych materiałów z uwagi na nieznaną jakość wody i stopień zużycia filtrów u zamawiającego, to nie musiały być wymienione w formularzu.

W odniesieniu do oferty Beckman nie można było zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że materiały eksploatacyjne do stacji uzdatniania wody nie zostały objęte treścią oferty. Przeczy temu oświadczenie wykonawcy o akceptacji pkt 8 załącznika nr 7 do SIWZ, jak i treść umowy łącząca lidera przystępującego z firmą Merck sp. z o.o.. W świetle powyższej umowy firma ta ma dostarczać na swój koszt materiały eksploatacyjne do stacji uzdatniania wody bezpośrednio do użytkowników. W ocenie Izby, w braku konieczności wpisania ich w formularzu cenowym w części A, można było przyjąć, zgodnie z

oświadczeniem wykonawcy, że dostarczane nieodpłatnie materiały eksploatacyjne do stacji uzdatniania wody - jako element dzierżawy - ujęte są w pozycji rata dzierżawna, tj. w części B formularza cenowego.

**13. Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Roche z powodu sprzeczności treści oferty z odpowiedzią nr 62 z dnia 4 czerwca 2013 r.**

Ustalono, że stosownie do postanowienia A.2 załącznika nr 7 do SIWZ „Odczynniki oferowane w ramach przetargu muszą być całkowicie wymienne (załącznik Nr 5 ), to znaczy, że użytkownik może używać każdego odczynnika z załącznika Nr 5 zarówno na aparacie podstawowym jak i na zastępczym z wyjątkiem troponiny na aparacie pomocniczym. W tym przypadku zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia przez oferenta małego czytnika, nie przyłączonego do LSI, na którym w sytuacjach awarii podstawowego analizatora byłaby oznaczane troponina. Ponadto oferent z pierwszą partią odczynników dostarczy testy troponinowe w ilości 50 szt. (lub jednego opakowania o podobnej liczbie testów) i okresem trwałości minimum 12 miesięcy, a w planowanych kosztach eksploatacyjnych doliczy 200 testów na 48 miesięcy (w ramach określonych przez zleceniodawcę 27600 oznaczeń troponiny na okres 4 lat).”

W dniu 4 czerwca 2013 r., wskutek pytania nr 11 o treści: „prosimy o potwierdzenie, że oferent w załączniku cenowym ma wycenić odczynniki do wykonania 27400 oznaczeń troponiny na analizatorze głównym i 200 testów na aparacie pomocniczym” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający zamierza zakupić w sumie 27600 testów troponinowych . Jeżeli oferent nie ma możliwości zaoferowania jednej linii odczynnikowej dla aparatu głównego i pomocniczego to w tej jednej pozycji dopuszczamy możliwość dostarczenia czytnika tylko do oznaczeń troponiny. Zamawiający wymaga aby ten aparat umożliwiał wystandaryzowanie oznaczeń wobec troponiny oferowanej na analizatorze głównym ( patrz pytanie 15 do SIWZ). Liczba 200 testów jest liczbą przykładową np. dostawca może mieć testy na aparat pomocniczy pakowane po 33 sztuki na opakowanie zbiorcze i zakładając, że aparat główny będzie nieczynny dwa dni w roku (czyli osiem podczas czteroletniego kontraktu ) należy podać koszt zakupu 7 opakowań testu dołączając ewentualnie testy na kalibrację każdej serii (lub opakowania ) odczynnika . Warunek ten został umieszczony w specyfikacji, aby porównać wszystkie oferty przetargowe dla jednakowej (200) ilości testów”.

W dniu 4 czerwca 2013 r., wskutek pytania nr 62 o treści: „Czy aparat backup będzie pracował tylko w trakcie awarii czy należy doliczyć do oferty testy na kalibrację tego aparatu - tak, aby był gotowy do pracy codziennie?” zamawiający odpowiedział: „Tak, aparat backup będzie wykorzystywany codziennie do wykonywania testów (oraz oznaczeń kontrolnych) z

*załącznika nr 5 do SIWZ, należy więc dokonać odpowiednich przeliczeń tak aby był gotowy do pracy w każdej chwili”.*

Przystępujący Roche jako aparat zastępczy do oznaczeń troponiny zaoferował czytnik. W swej ofercie zaoferował w pozycji 122 (testy do kontroli i kalibracji Troponiny) 24 opakowania po 10 testów każde, a więc razem 240 sztuk, służące do wykonywania oznaczeń na tym czytniku.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Bezspornym było to, że przystępujący Roche jako aparat zastępczy do oznaczeń troponiny zaoferował czytnik. Skorzystał w tym zakresie z możliwości, jakie dawało postanowienie A.2. załącznika nr 7 do SIWZ. Strony różniły się w ocenie tego, czy czytnika dotyczyła odpowiedź na pytanie nr 62 z 4 czerwca 2013 r., a więc czy czytnik miał być gotowy do pracy w każdej chwili, co wiązało się z koniecznością zapewnienia odpowiedniej, codziennej liczby testów.

W ocenie Izby, przystępujący Roche niezasadnie powoływał się na odpowiedź na pytanie nr 11, która miałaby zwalniać wykonawcę z konieczności zapewnienia codziennej gotowości czytnika do pracy. Powoływana przez wykonawcę Roche odpowiedź na pytanie nr 11 dotyczyła szacowanej liczby badań na czytniku (200 oznaczeń). Powyższe nie uchylało jednak obowiązku zapewnienia gotowości czytnika do pracy w całym okresie realizacji umowy, nałożonego odpowiedzią na pytanie nr 62. W przypadku zaoferowania czytnika do oznaczeń troponiny, to ten aparat pełnić będzie bowiem funkcję aparatu pomocniczego (backup), a więc dotyczyła go odpowiedź na pytanie nr 62.

W tej sytuacji, wykonawca Roche, do wymaganej przez zamawiającego liczby oznaczeń winien doliczyć jeszcze co najmniej około 1350 testów na kontrolę w ciągu 45 miesięcy obowiązywania umowy. Łącznie oznaczało to konieczność zapewnienia minimum 1550 testów. A zatem w ofercie przystępującego Roche, który zaoferował 240 testów (24 opakowania po 10 sztuk), brakowało około 1310 testów, czyli 131 opakowań po 10 sztuk.

Jednakże, w ocenie Izby, powyższa niezgodność treści oferty przystępującego Roche z treścią SIWZ nie prowadziła do konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Według Izby niezgodność ta musi być usunięta jako omyłka na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brakujące 131 opakowań, przy uwzględnieniu ceny jednostkowej 270 zł za 1 opakowanie, da kwotę 35.370 zł netto, tj. 38.199,60 zł brutto. Kwota, o którą należało będzie zwiększyć cenę oferty wykonawcy nie jest zatem istotna, biorąc pod uwagę cenę ofertową na poziomie ponad 1,8 mln zł brutto.

Jednocześnie Izba uznała, że zarzut odwołującego podlega oddaleniu w pozostałej części. Odwołujący Siemens wywodził ponadto, że przystępujący Roche nie uwzględnił w cenie ofertowej testów na kalibrację urządzenia, które - jak wskazał w odwołaniu - mogą być wykonywane nawet codzienne. Odwołujący Siemens nie przedstawił Izbie żadnych dowodów np. kart katalogowych urządzenia, oświadczenia producenta, w oparciu o które można byłoby ustalić, jaka jest częstotliwość kalibracji czytnika i czy rzeczywiście winien on być kalibrowany codzienne. Zatem zarzut w tym zakresie Izba oddaliła.

**14. Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Beckman z powodu sprzeczności treści oferty z odpowiedzią nr 62 z dnia 4 czerwca 2013 r.**

Izba nie rozpoznawała tego zarzutu, gdyż odwołujący Siemens w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w obu sprawach. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

W sprawie KIO 2203/13 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Przewodniczący:** .....