

Sygn. akt: **KIO 1498/19**
KIO 1503/19

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 1 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1498/19)**
- B. w dniu 2 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1503/19)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 3 w Rybniku**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1498/19 po stronie zamawiającego oraz

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1503/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania tj. po 15 000 zł każdy z nich i:

2.1. zasądza od **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku** kwotę **3 923 zł** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia trzy złote) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów, w tym 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 34 zł jako koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictw i 289 zł z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 3 w Rybniku** kwotę **3 923 zł** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia trzy złote) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów, w tym 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 34 zł jako koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictw i 289 zł z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1498/19 KIO 1503/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 3 w Rybniku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę systemu (zintegrowanej platformy) do badań z zakresu biochemii i immunochemii wraz z dzierżawą analizatorów na okres 4 lat”, nr referencyjny LAS-155-PN/55-2019 ("Postępowanie"), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2019 r. pod nr 2019/S 095-229142.

Sygn. akt KIO 1498/19

Odwołujący: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- I. wyborze oferty Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa (dalej jako „Abbott”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty Abbott w Postępowaniu,
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Abbott, której treść nie odpowiada treści siwz oraz przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty Abbott w Postępowaniu,

odrzucenia oferty Abbott w Postępowaniu,

powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1.1 do SIWZ (formularz cenowy) oraz Załącznik nr 1.2 zawierający charakterystykę przedmiotu zamówienia wraz z

wymaganymi parametrami. W Postępowaniu swoje złożyło dwóch wykonawców: Abbott oraz Odwołujący. 23 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Abbott. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji.

Zdaniem Odwołującego oferta Abbott powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Zgodnie z punktem 1 tabeli wymagań dla platformy analitycznej zawartych w Załączniku nr 1.2. do SIWZ należało zaoferować: dwie identyczne platformy biochemiczno-immunochemiczne (moduły I analizatory biochemiczne i immunochemiczne), umożliwiające wykonanie badań według listy stanowiącej załącznik nr 1.1 do SIWZ. Firma Abbott zaoferowała: Analizator 1: Alinity c + Alinity i, oraz Analizator 2: Alinity c + Alinity i niespełniające wymogów Zamawiającego oraz SIWZ.

1. Niespełnienie warunku granicznego opisanego w pkt II. 6. Wymagań dla modułu I analizatora biochemicznego Załącznika nr 1.2. do SIWZ

Zgodnie z pkt. II. 6. Wymagań dla modułu / analizatora biochemicznego zawartych w Załączniku nr 1.2. do SIWZ, Zamawiający wymagał spełnienia następującego parametru: „Minimalna martwa objętość próbki badanej — nie więcej niż 50 mikrolitrów”.

Oferta Abbott nie spełnia powyższego parametru, co potwierdza treść instrukcji obsługi analizatora Alinity ci zaoferowanego przez Abbott. W szczególności na str. 452-453 tej instrukcji, w tabeli nr 36: Wymogi dotyczące minimalnej objętości próbki, dla modułu c-series, wskazano:

„Kubeczek na próbkę:

WAŻNE: Kubeczki na próbki nie mogą być stosowane w analizatorach c-series dla próbek pełnej krwi ze względu na możliwość uszkodzenia sondy próbkowej.

• c-series

50 µl- (objętość martwa kubeczka) + 8 1.11- (nadmiar) + łączna objętość próbki wymagana dla zleconych badań i powtórek

UWAGA: Nadmiar w sondzie próbkowej dozowany jest do studzienki myjącej po odmierzeniu próbki dla oznaczenia w następujących przypadkach:

- Próbka wymaga rozcieńczenia na pokładzie.
- Test posiada objętość próbki. która test większa niż 15 IL.
- Aspiracja wykonywana jest dla dwóch lub większej liczby powtórek (n 2 lub więcej) zarówno w przypadku pojedynczego oznaczenia ICT (sod (Na), potas (K) lub chlorek (Cl), jak i wszystkich trzech oznaczeń ICT (Na, K oraz Cl).

Za każdym razem, kiedy wstępuje jedna z tych sytuacji, dodatkowa objętość 8 µl- nadmiaru materiału aspirowana jest z danej próbki do kolejnego oznaczenia lub grupy trzech oznaczeń ICT. ”

Powyższe oznacza, że w przypadku użycia kubeczków na próbkę objętość martwa wynosi nie 50 µL (jak wymagał tego Zamawiający), tylko 58 µL- przy dodatkowym wymogu testu, który używa objętość próbki większą niż 15 µL.

Testami które wyspecyfikował Zamawiający i które wykorzystują obj. większą niż 15 µL- są:

Poz. 14 Dehydrogenaza mleczanowa (LDH) — objętość 35 µL

Poz. 20 Immunoglobuliny A — objętość 20 µL

Poz. 22 Immunoglobuliny M — objętość 20 µL

Poz. 33 TEC lub UIBC - objętość 25 µL-

Poz. 36 Iron — objętość 20 µL

Z tego względu dla wszystkich powyższych oznaczeń, warunek objętości martwej nie więcej niż 50 µL- nie został spełniony.

Mając powyższe na uwadze oferta Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. Niespełnienie warunku granicznego opisanego w II. 7. Wymagań dla modułu / analizatora biochemicznego.

W punkcie II. 7. Wymagań dla modułu / analizatora biochemicznego zawartych w Zał. 1.2. do SIWZ, Zamawiający wymagał eliminacji kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego.

Zgodnie z instrukcją obsługi analizatora Alinity ci zaoferowanego przez Abbott, w części Specyfikacje i wymogi techniczne (str. 425), producent w następujący sposób podkreśla fakt występowania kontaminacji i przeniesienia w sondzie próbkowej przy dozowaniu materiału badanego:

„Efekt przeniesienia z sondy próbkowej:

- Surowica, osocze, moczu, płyn mózgowo-rdzeniowy oraz hemolizat - < 0,1 ppm
- Krew pełna - <1000 ppm”

Powyższe informacje potwierdzają, iż analizator Alinity c nie spełnia warunku eliminacji kontaminacji. Kontaminacja występuje na poziomie 0,1 ppm, a przy oznaczeniach z krwi pełnej wynosi aż 1000 ppm, co może nieść ryzyko wydania fałszywych wyników.

W związku z powyższym oferta Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. Niespełnienie warunku granicznego opisanego w III. 7. Wymagań dla modułu / analizatora immunochemicznego

W punkcie III. 7. Wymagań dla modułu / analizatora immunochemicznego zawartych w Załączniku nr 1.2. do SIWZ Zamawiający wymagał eliminacji kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego.

Zgodnie z instrukcją obsługi analizatora Alinity ci w części Specyfikacje i wymogi techniczne, na str. 426 producent zamieścił następującą informację dotyczącą występowania kontaminacji i przeniesienia w sondzie próbkowej przy dozowaniu materiału badanego:

„Efekt przeniesienia z sondy próbkowej - <0,1 ppm (surowica, osocze, mocz lub płyn mózgowordzeniowy).”

Powyższe jednoznacznie potwierdza to, iż analizator Alinity i zaoferowany przez Abbott nie spełnia warunku eliminacji kontaminacji. Kontaminacja występuje na poziomie 0,1 ppm, co przy bardzo czułych oznaczeniach immunochemicznych może nieść ryzyko wydania fałszywych wyników. W związku z tym oferta Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. Niezgodność oferty Abbott z poz. 50 Formularza cenowego

W poz. 50 Formularza Cenowego, (Załącznik nr 1.1.A do SIWZ) Zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania IgE. Abbott zaoferował odczynnik do oznaczania IgE pochodzący od DiaSys Diagnostics System GmbH, który jednakże nie może być stosowany na analizatorach Alinity. Zamawiający nie będzie mógł wykonać tego oznaczenia na dzierżawionych urządzeniach, co jest równoznaczne z zaniechaniem zaoferowania odczynnika do oznaczania IgE.

Odwołujący podnosi, iż na dzień składania oferty Abbott nie dysponuje odczynnikami do oznaczania IgE zarówno do modułu Alinity c jak i Alinity i. Zarazem żaden z dostępnych na rynku odczynników, w szczególności firmy DiaSys, nie posiada oficjalnej aplikacji do modułu Alinity c, a tym samym nie może być na nim używany.

W związku z powyższym oferta Abbott podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

5. Niezgodność oferty Abbott z poz. 79 Formularza cenowego

Zamawiający w poz. 79. Formularza cenowego, w którym należało zaoferować odczynniki do badań na okres 4 lat, wyspecyfikował oznaczanie białka w PMR/ moczu. Zgodnie z SIWZ złożona oferta musiała być kompletna, tj. obejmować asortyment pozwalający na wykonanie wszystkich rodzajów (badań), zgodnie z wszystkimi wymaganiami zamawiającego. Jednocześnie w zał. 1.1 B, stanowiącym również element opisu przedmiotu zamówienia zastrzeżono, że: W niniejszym załączniku należy uwzględnić jedynie kalibratory, kontrole, kuwety, wszelkiego rodzaju płyny (płyny myjące, płuczające, odbiałczające, detergenty), elektrody - przewidziane w danej technologii. Nie należy natomiast uwzględniać materiałów eksploatacyjnych, części zużywalnych, wymiennych niezbędnych do utrzymania w ruchu analizatorów (te koszty należy uwzględnić w koszcie dzierżawy urządzeń). Tak więc w załączniku nr 1 .1. B do SIWZ należało zaoferować wszystkie potrzebne kalibratory i kontrole oraz materiały zużywalne.

Firma Abbott w żadnej pozycji ww. formularza nie zaoferowała materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo rdzeniowym, pozbawiając tym samym Zamawiającego możliwości kontrolowania parametru „białko w PMR: odpowiednim materiałem kontrolnym. Zaoferowany przez Abbott w poz. 2.27 materiał Multichem U służy jedynie do kontrolowania parametrów w materiale jakim jest moc. Firma Technopath która jest dostawcą materiału Multichem posiada w swojej ofercie materiał kontrolny do oznaczeń w PMR (Multichem CSF), jednak nie został on ujęty w ofercie Abbott. Jest to niezgodne z wymogiem, w związku z czym oferta Abbott powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Pozostałe niezgodności oferty Abbott z treścią SIWZ

Zamawiający w odnośnikach (*) pod formularzem cenowym (zał. 1.1 A) wymagał: „*** - Należy przyjąć: ilość kalibracji— 1 x w miesiącu lub tak, jak procedura testu wg producenta tego wymaga; ilość kontroli— 1 raz w tygodniu na dwóch poziomach (52 tygodnie w roku)".

W związku z koniecznością zaoferowania dwóch identycznych platform biochemiczno-immunochemicznych należało zaoferować zarówno kalibracje jak i kontrole na dwa systemy. Fakt, ten potwierdza również odpowiedź Zamawiającego z 12 czerwca 2019 r. na następujące pytanie:

„PYTANIE 4: Prosimy o uściślenie i podanie informacji jaki % badań będzie wykonywany na analizatorze 1, a jaki na analizatorze 2?

ODPOWIEDŹ: Zamawiający informuje, że na obu platformach będzie wykonywany pełen możliwy panel badań, w stosunku 50% do 50% ”

Zgodnie z powyższym, aby wykonać dowolne oznaczenie na oferowanym analizatorze, należy zgodnie z ulotką wykalibrować je, a następnie wykonać pomiar materiału kontrolnego. W przypadku oferty firmy Abbott, zarówno oznaczenia na kalibracje jak i oznaczenia na kontrole zostały zaoferowane jedynie dla jednego systemu biochemiczno-immunochemicznego, czyli jednej platformy.

W związku z tym wartość oferty Abbott została zaniżona w następujących pozycjach:

2, 5, 6, 8, 13, 16, 20, 21 , 22, 25, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41 , 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 84, 86, 87, 89 0 łączną wartość 112 189,75 złotych brutto.

W ten sposób naruszony został również wymóg Zamawiającego opisany w Rozdziale II SIWZ, iż: „Złożona oferta musi być kompletna, tj. musi obejmować, asortyment pozwalający na wykonanie wszystkich rodzajów, zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego.”

Mając powyższe na uwadze stwierdził, że treść oferty firmy Abbott jest niezgodna z treścią SIWZ, przez co winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

W świetle powyższego wnosi jak na wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko co do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: Abbott Laboratories Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Zwrócił uwagę na fakt, że zarzuty stawiane przez Odwołującego dotyczą kwestii, których Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania nie weryfikuje, a jedynie sprawdza potwierdzenie spełnienia wymagań na podstawie oświadczenia zawartego w dokumentach złożonych do oferty, a w tym przypadku złożenie oświadczenia woli w załączniku nr 1.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” oraz złożeniu poprawnych załączników 01. IA — 1. IC „Formularz cenowy odczynników do badań na okres 4 lat”, „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” oraz „Formularz cenowy zbiorczy”.

Zamawiający w siwz jasno określił, jakich dokumentów będzie wymagał dla potwierdzenia spełnienia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego. W katalogu tych dokumentów znalazły się po dokonanej modyfikacji:

- deklaracje zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego),
- certyfikat zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń wydany przez jednostkę notyfikowaną (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego z wyjątkiem klasy I).
- katalogi, opisy lub inne dokumenty (np. ulotki, aplikacje screen print itp.) potwierdzające parametry określone w załączniku nr 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” w pkt IV - Oceniane funkcje I parametry ti. potwierdzające spełnienie danej funkcjonalności (parametry punktowane w kryterium oceny ofert).

Dodatkowo Zamawiający wymagał złożenia do oferty wspomnianego powyżej dokumentu.

„Charakterystyka przedmiotu zamówienia”, (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1.2. do specyfikacji). W ww. załącznika wykonawcy winni podać w kolumnie: „Odpowiedź oferenta TAK/NIE” spełnienie bądź nie spełnienie danego wymogu.

Deklaracja wykonawcy była deklaracją ostateczną, co do uznania, że wykonawca spełnia opisane wymogi postawione przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1.2 należało wypełnić w całości, bez wprowadzania zmian w jego treści z zaznaczeniem, że stanowi on integralną część oferty — deklarację wykonawcy, co do jej treści, a część z tych deklaracji w załączniku nr 1.2 służy ocenie punktowej oferty - stąd brak tego załącznika, zawierającego treść zgodną z wzorem określonym w siwz spowoduje odrzucenie oferty (po uprzednim wykonaniu przez zamawiającego wszystkich czynności przewidzianych Ustawą w zakresie oceny ofert).

Jedynie dla pkt IV załącznika nr 1.2. - Funkcje I parametry oceniane, Zamawiający w celu potwierdzenia oświadczenia woli zawartego w załączniku nr 1.2. wymagał dokumentów, o których mowa powyżej tj. katalogów, opisów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie danej funkcjonalności.

Co do tego zakresu spełnienia wymagań postawionych Odwołujący nie wniósł zarzutów.

Odwołujący postawił zarzuty co do punktów 11.6, 11.7, 11.7 załącznika nr 1.2 tj. punktów, w których Abbott wpisał odpowiedź: „ TAK”.

Zatem nie można się zgodzić z Odwołującym, że oferta Abbott jest niezgodna z zapisami siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. (dalej: Ustawy).

W szerokim orzecznictwie podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią siwz powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami siwz.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania w ofercie z zakresem zobowiązania które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje.

Na gruncie przepisów Ustawy oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy stanowiącym jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego przedmiotu zamówienia publicznego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza (KIO/UZP 824/08; KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08, KIO/UZP 663/09; KIO/UZP 343/09). W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Kwestia zakresu pojęciowego „treści oferty” była wielokrotnie przedmiotem analizy KIO. W wyroku KIO/UZP 663/09, Izba zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Tym samym treścią oferty jest załącznik nr 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” złożony przez Abbott w ofercie przetargowej.

W wyroku z 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: „...oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu

ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego".

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli siwz nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2903/12, „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia”, co oznacza, że opis ten jest inny, niezgodny i różni się od warunków postawionych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem Zamawiający nie może się zgodzić ze stwierdzeniem Odwołującego, że Abbott złożył ofertę niezgodną z siwz w powyższym zakresie. Zamawiający wymagał zgodnie z wymogami (zał. 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia”):

- pkt 11.6 - Minimalna martwa objętość próbki badanej — nie więcej niż 50 mikrolitrów (wymogi: TAK)
- pkt 11.7 - Eliminacja kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego (wymogi: TAK)
- pkt 11 1.7 - Eliminacja kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego (wymogi: TAK)

Wykonawca odpowiedział: „TAK”, przez co złożył oświadczenie dotyczące spełnienia wymagania. Parametry te nie były przez Zamawiającego punktowane, w związku czym, za wystarczające było potwierdzenie przez Wykonawcę spełnienia tego wymagania co też wykonawca uczynił.

2. Odwołujący postawił zarzuty co do niezgodności oferty z poz. 50 Formularza cenowego oraz poz. 79 Formularza cenowego.

Formularz cenowy odczynników do badań na okres 4 lat” oraz „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” wykonawcy wypełniali sami w zależności od wielu czynników mających wpływ na to, co w tym załączniku powinno być wyszczególnione biorąc pod uwagę uwarunkowania i metodyki postępowania przy wykorzystaniu parametrów danych urządzeń proponowanych przez wykonawców.

Ten sam załącznik u różnych wykonawców składał się z innych elementów (kolumna odczynniki do danego badania), ilości kalibracji, ilości oznaczeń, tym bardziej Zamawiający

nie mógł na tym etapie postępowania wnikać w zasadność skonkretyzowania poszczególnych elementów, a tym samym zarzucać ich nieprawdziwości i w konsekwencji odrzucać ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań, co do sposobu wykonywania badania przez oferowane urządzenia, nie stawiał także wymagań, co do konieczności zaoferowania konkretnego odczynnika w konkretnej ilości, a tym bardziej co do materiałów zużywalnych czy też kalibratorów.

Treść oferty sprowadzała się w tym przypadku do prostego zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisanymi w dokumentach przetargowych wymaganiami zamawiającego wraz z podaniem żądanej ceny, a bez opisywania w ofercie w jaki dokładnie sposób powyższe zostanie osiągnięte.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może mieć zatem miejsca, gdyż może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (wyrok KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jeżeli SIWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

3. Odwołujący postawił zarzuty co do pozostałych niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Wg tego samego uzasadnienia, co do wcześniejszych zarzutów (2) powyżej, że załącznik nr 1. IA — 1. IB „Formularz cenowy odczynników do badań na okres 4 lat” oraz „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” wykonawcy wypełniali sami w zależności od wielu czynników mających wpływ na to, co w tym załączniku powinno być wyszczególnione biorąc pod uwagę uwarunkowania i metodyki postępowania przy wykorzystaniu parametrów danych urządzeń proponowanych przez wykonawców.

Ten sam załącznik u różnych wykonawców składał się z innych elementów (kolumna odczynniki do danego badania), ilości kalibracji, ilości oznaczeń, tym bardziej Zamawiający nie mógł na tym etapie postępowania wnikać w zasadność skonkretyzowania poszczególnych elementów, a tym samym zarzucać ich nieprawdziwości i w konsekwencji odrzucać ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający nie może zgodzić się z zapisami Odwołania, w którym Odwołujący pisze: „W związku z koniecznością zaoferowania dwóch identycznych platform biochemicznoimmunochemicznych należało zarówno kalibracje jak i kontrole zaoferować na dwa systemy. Fakt, ten potwierdza również odpowiedź Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2019 r. na następujące pytanie: „PYTANIE: Prosimy o uściślenie i podanie informacji jaki % badań będzie wykonywany na analizatorze 1, a jaki na analizatorze 2?”

ODPOWIEDŹ: Zamawiający informuje, że na obu platformach będzie wykonywany pełen możliwy panel badań, w stosunku 50% do 50%.

Zgodnie z powyższym, aby wykonać dowolne oznaczenie na oferowanym analizatorze, należy zgodnie z ulotką wykalibrować je, a następnie wykonać pomiar materiału kontrolnego. W przypadku oferty firmy Abbott, zarówno oznaczenia na kalibrację jak i oznaczenia na kontrole zostały zaoferowane jedynie dla jednego systemu biochemiczno-immunochemicznego czyli jednej platformy.

Z treści cytowanej wyżej odpowiedzi, nie wynika, że Zamawiający będzie wykonywał 100% badań jednocześnie na obu platformach, jak sugeruje Odwołujący. Zamawiający będzie wykonywał 50% rodzajów oznaczeń na jednym analizatorze, a 50% rodzajów na drugim.

Ponadto nadmienić należy, że do zapisów siwz, w tym również do wymagań, co do dokumentów, których Zamawiający wymagał w postępowaniu nie było żadnych zastrzeżeń, a co za tym idzie nie wniesiono odwołania ze strony potencjalnych wykonawców. Reasumując, jeśli potencjalni wykonawcy zgadzali się z zapisami siwz winni się do nich w obecnym stanie rzeczy stosować.

Złożenie oświadczenia woli ze strony wykonawców w załączniku nr 1.2 do siwz były potwierdzeniem spełnienia wymagań, co do danych wymaganych przez Zamawiającego, dzięki którym można wykonywać określone badania wg metodyki ściśle określonej i zastrzeżonej dla danego systemu oferowanego przez wykonawcę. Zamawiający żądał złożenia jedynie załącznika nr 1.2 tj. oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający nie żądał złożenia dodatkowych dokumentów takich jak: katalogi, ulotki czy inne dokumenty charakteryzujące parametry techniczne poza dokumentami dla zweryfikowania parametrów punktowanych, (co do których zarzutów nie wnosił Odwołujący) zatem nie mógł ich żądać w trakcie prowadzonej procedury.

W przedmiotowym postępowaniu (w zakresie każdego z zarzutów przedstawionych przez Odwołującego) Abbott w swojej ofercie nie zawarł żadnych różniących się, czy też sprzecznych wymagań, niż te określone przez Zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że przy dokonaniu odrzucenia Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcy możliwość jego weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

W uzasadnieniu faktycznym wymagane jest dokładne wskazanie na czym polega dostrzeżona wada oferty — na czym polega jej niezgodność ze specyfikacją. Sama

niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinna być określona przez dokładne podanie niespełnionego wymagania i odpowiadającego mu fragmentu oferty.

Biorąc pod uwagę 'powyższe w przypadku odrzucenia oferty Abbott. Zamawiający naraziłby się na złożenie odwołania ze strony Abbott na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4) Ustawy.

W trakcie postępowania Odwołujący złożył do Zamawiającego notatkę — uwagi dotyczące oferty firmy Abbott po dokonanej wglądzie, w której nakazał Zamawiającemu wykluczyć Abbott z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 Ustawy, jako wykonawcę, który złożył „nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

W notatce znajdują się odniesienia do numerów stron (dotyczących stawianych zarzutów) inne - niezgodne z numerami stron podanymi w treści Odwołania. Dodatkowo elementy stanowiące zarzuty Odwołującego w notatce z dnia 08.07.2019 r. nie stanowią o niezgodności oferty z siwz, a o podaniu nieprawdziwych informacji przez Abbott.

Te nieprawdziwości, o których Odwołujący pisze w ww. notatce - Abbott „rozwiął” w swoich wyjaśnieniach, do których został wezwany w trakcie prowadzonej procedury i pomimo ustaleń, które zostały zawarte w niniejszej odpowiedzi w załączeniu przedłożono kserokopię złożonego przez Abbott pisma — wyjaśnienia wraz z załącznikami w niniejszej sprawie.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia w tym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust. 1 Ustawy. Ocena oferty Abbott następowiała na podstawie wymaganych w tym postępowaniu dokumentów.

Podstawę oceny stanowiły w niniejszym zakresie — zgodnie z pkt IV.3 oraz VIII b 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia — wymagane w ofercie informacje i oświadczenia:

„3. Dla potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego do oferty zgodnie z pkt. 3.1 - wymagane są jedynie oświadczenia, które zawarte są w załączniku nr 1 do specyfikacji „Formularz oferty”. Natomiast wykonawca (zgodnie z pkt 3.2 na wezwanie zamawiającego), którego oferta została najwyżej oceniona) obowiązany był w myśl:

„pkt 3.2.1 przedłożyć deklaracje zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego), pkt 3.2.2 przedłożyć certyfikat zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń wydany przez jednostkę notyfikowaną (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego z wyjątkiem klasy I).

pkt 3.2.3 przedłożyć katalogi opisy lub inne dokumenty (np. ulotki, aplikacje screen print itp.) potwierdzające parametry określone w załączniku nr 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” w pkt IV - Oceniane funkcje I parametry tj. potwierdzające spełnienie danej funkcjonalności (parametry punktowane w kryterium oceny ofert).

Wykonawca Abbott złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe rozpoznania podtrzymujemy swoje stanowisko, co do wyboru oferty najkorzystniejszej i według naszej oceny należy uznać odwołanie za bezzasadne, gdyż brak jest możliwości dokonania odrzucenia oferty Abbott, jako niezgodnej z zapisami siwz, które to zapisy zostały czytelnie określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej i spełnione przez Abbott.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 1498/19 zgłoszono przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stanowisko w złożonym dnia 13 sierpnia 2019 r. piśmie, a następnie na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów, wskazał, co następuje.

Zarzut 1 dotyczący minimalnej martwej objętości próbki badanej, która powinna wynosić nie więcej niż 50 mikrolitrów. Stwierdził, że objętość martwa próbki zgodnie z instrukcją obsługi analizatora oferowanego przez Abbott wynosi 50 mikrolitrów, gdyż objętość martwa próbki to objętość, która ze względów technicznych nie może zostać zaaspirowana przez analizator, a do tej objętości nie zalicza się objętości nadmiaru określonego na 8 mikrolitrów, który jest aspirowany (nie pozostaje w kubeczku), więc nie stanowi objętości martwej. Tym samym uznał wymóg za spełniony.

Zarzut 2 i 3 dotyczący wymogu eliminacji kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego wskazanego w pkt II.7. wymagań dla modułu / analizatora biochemicznego i immunochemicznego, uznał za niezasadny. Wskazał, że istnienie efektu przeniesienia nie oznacza kontaminacji. Kontaminacja występuje tylko wtedy, gdy efekt przeniesienia osiąga poziom, który może skutkować błędnym wynikiem badania. Analizatory Abbott spełniają wymogi dotyczące eliminacji efektu przeniesienia do poziomu niewpływającego na wyniki badań, zatem nie dochodzi do kontaminacji. Podkreślił zastosowanie w swoich analizatorach systemów eliminujących efekt przeniesienia poniżej poziomu istotnego klinicznie; co oznacza brak kontaminacji i spełnienie wymogu eliminacji przeniesienia mogącego prowadzić do kontaminacji. Stwierdził, że w rzeczywistości jego analizatory spełniają, a nawet przewyższają powszechnie uznane wymogi dotyczące eliminacji efektu przeniesienia i są stosowane przez podmioty oczekujące najwyższych standardów w dziedzinie diagnostyki laboratoryjnej. Na poparcie stawianej tezy powołał treść instrukcji i piśmiennictwo na ten temat.

Podkreślił, że z treści siwz nie można wywodzić, że zamawiający oczekiwał całkowitego wyeliminowania efektu przeniesienia, lecz w stopniu zapewniających poprawność wyniku

badania. Wskazał na orzeczenie KIO/UZP 535/08. Stwierdził, że żadna technologia stosowana w analizatorach nie zapewnia całkowitego wyeliminowania efektu przeniesienia przy dozowaniu materiału badanego, w tym ani zaawansowane systemy mycia, ani jednorazowe końcówki do piet. Nie istnieje wykonawca, który spełniłby wymóg całkowitego wyeliminowania efektu przeniesienia przy dozowaniu materiału badanego i żaden producent analizatorów nie ma w swojej ofercie zintegrowanej platformy biochemiczno – immunochemicznej, która ma rozwiązanie zapewniające całkowitą eliminację efektu przeniesienia na obu analizatorach.

Zarzut 4 dotyczący możliwości stosowania odczynnika do oznaczania IgE przystępujący uznał za niezasadny stwierdzając, że zaoferował ten odczynnik pochodzący od wytwórcy DiaSys Diagnostics System GmbH, którego dystrybutorem w Polsce jest Medan. Odczynnik jest przeznaczony do użycia na kanałach otwartych tj. może być używany na analizatorach różnych producentów, w tym na analizatorach Abbott Alinity. Wskazał, że na jego wniosek, aplikacja na system Alinity została dostarczona przez dystrybutora, co potwierdza załączone oświadczenie dystrybutora.

Zarzut 5, że Abbott nie zaoferował materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym, przez co nie spełnił wymogu zaoferowania wszystkich potrzebnych kalibratorów, kontroli i innych materiałów zużywalnych na okres 4 lat.

Abbott stwierdził, że w załączniku 1.1 zaoferował wszystkie potrzebne kalibratory, kontrole i materiały zużywalne potrzebne do wykonania badań wymienionych w formularzu cenowym. Wskazał, że na analizatorze Alinity ci-series białka w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym oznacza się z użyciem tego samego odczynnika, co potwierdza przedstawiona ulotka. Jak wynika z ulotki, do kontroli poziomu białka i weryfikacji krzywej kalibracyjnej dla oznaczeń białka w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym wystarczające są zawierające białko kontrole dostępne na rynku. Kontrola ta jest wystarczająca do wykonania oznaczeń kontrolnych zarówno w moczu, jak i w płynie mózgowo-rdzeniowym. Wskazał na wyrok KIO 1324/17 i KIO 2492/16 stwierdzając, iż także praktyka laboratoryjna wskazuje, że w przypadku oznaczania białka w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym za pomocą tego samego odczynnika, aplikacji i krzywej kalibracyjnej wystarczające jest zaoferowanie materiału kontrolnego jedynie dla próbek moczu i nie ma potrzeby oferowania osobnego materiału kontrolnego dla płynu mózgowo rdzeniowego.

Odnosnie zarzutu 6 dotyczącego zaoferowania niedostatecznej liczby materiałów kontrolnych i kalibratorów przystępujący stwierdził, że zaoferował odpowiednią liczbę testów na kontrolę i kalibrację zgodnie z odpowiedzią na pytanie brzmiącą: „Zamawiający informuje, że na obu platformach będzie wykonywany pełen możliwy panel badań, w stosunku 50% do 50%.”

Udzielając zamawiającemu wyjaśnień wskazał, że powyższą odpowiedź wykonawca rozumie w ten sposób, że zamawiający wykona 50% rodzajów oznaczeń na jednym analizatorze, a 50% na drugim. W tym przypadku liczba testów na kontrolę i kalibrację zaoferowana przez Abbott jest prawidłowa. Zamawiający będzie miał możliwość oznaczania pełnego panelu badań na obu analizatorach, a każdy z parametrów będzie wykonywany tylko na jednym analizatorze w tym samym czasie.

Po otrzymaniu wyjaśnień od Abbott zamawiający nie zakwestionował liczby zaoferowanych przez Abbott kontroli i kalibracji, co oznacza, że wymóg zamawiającego został zinterpretowany prawidłowo i wykonawca zaoferował odpowiednią liczbę wskazanych produktów.

Ponadto przystępujący wskazał na postanowienia projektu umowy, gdzie w § 1 pkt 6 zawarto postanowienie o obowiązku dostarczenia przez wykonawcę odczynników i materiałów zużywalnych w ilości odpowiedniej dla faktycznego wykonania liczby badań wskazanych w siwz bez obciążania zamawiającego kosztami wynikającymi z dostarczenia dodatkowej ilości opakowań.

Odwołujący w piśmie złożonym na rozprawie podtrzymał stanowisko.

W szczególności wskazał, że objętość nadmiaru, jako bezużyteczna tj. nie mogąca być wykorzystana do danego oznaczania, winna być zaliczana do objętości martwej.

Przypomniał wymóg graniczny dla modułu o eliminacji kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego.

Stwierdził, że z ulotki odczynnika IgE wynika, że jest to test, który może być użyty i jest przeznaczony na analizator – model Hitachi 911, z czego wynika, że nie może być użyty na innych systemach, w tym firmy Abbott. Wskazał na formalny walor treści ulotki w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 211 ze zm.).

Wskazał, że wykonawca Abbott przyznał, iż nie zaoferował materiału kontrolnego dla oznaczeń w płynie mózgowo-rdzeniowym, a w analogicznych postępowaniach oferował materiały kontrolne zarówno dla białka w moczu jak i dla możliwości kontrolowania białka w PMR, co potwierdzają materiały ofertowe i ulotki.

Odnosnie zarzutu 6 odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach firma Abbott nie kwestionuje okoliczności, iż nie zaoferowała dodatkowych oznaczeń na kalibrację jak i oznaczeń na kontrolę. Podkreślił, że badania mają być wykonywane równolegle na obu analizatorach, a zamawiający potrzebuje w rzeczywistości większej liczby testów od zaoferowanej.

Ponadto odwołujący kwestionuje interpretację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 dokonaną przez zamawiającego, który uznał, że za przyjęciem oferty i brakiem jej odrzucenia przemawia wskazanie przez wykonawców słowa „tak”, co zdaniem zamawiającego zwalnia go z

obowiązku szczegółowego zbadania ofert i prześledzenia faktycznej ich zgodności z treścią siwz. Zobowiązanie, jak na siebie przyjmowali wykonawcy należy rozpatrywać kompleksowo, w powiązaniu z poszczególnymi wymogami, parametrami siwz. Jeżeli okazuje się, że określony wymóg nie jest spełniony, a zamawiający otrzymuje informację w postaci np. notatki do postępowania, to jest zobligowany do szczegółowego zbadania określonej oferty uwzględniając cel zamówienia oraz wymogi funkcjonalne określone dla sprzętu. Przypomniał, że zamawiający mając wątpliwości co do zgodności oferty z treścią siwz może prowadzić procedurę wyjaśniającą zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 1503/19

Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Abbott):

- I. wniósł odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego odrzuceniu oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Roche) jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- II. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Roche pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ;
- III. wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Roche i w konsekwencji jej odrzucenia jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. NIEZGODNOŚĆ OFERTY ROCHE Z SIWZ

1. Rozstrzygając postępowanie Zamawiający nie odrzucił oferty Roche, mimo, iż treść oferty złożonej przez ten podmiot nie odpowiada treści SIWZ.
2. Niezgodność oferty Roche z SIWZ polega na tym, że:
 - (A) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły: cobas 502, ISE 900 oraz cobas e801 nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie braku konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by podczas wymiany odczynników, płynów płuczających i materiałów zużywalnych - co stanowi niezgodność z pkt 1.20 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że wymiana odczynników, płynów płuczających oraz materiałów zużywalnych ma odbywać się bez konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by;
 - (B) Roche zaoferował platformy analityczne składające się z trzech analizatorów typu cobas 8000 (tj., : c502, ISE900 oraz e801) każda - co stanowi niezgodność z pkt 1 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu

zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał dwóch identycznych platform biochemiczno-immunochemicznych, z których każda miała składać się z modułu/analizatora biochemicznego i modułu/analizatora immunochemicznego, które umożliwiałyby wykonywanie badań zgodnie z listą stanowiącą załącznik nr 1.1 do SIWZ;

(C) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie posiadają potencjometrycznej metody pomiaru - co stanowi niezgodność z pkt

II. 1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby moduł/analizator biochemiczny dysponował potencjometryczną metodą pomiaru;

(D) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie mają możliwości analitycznych w zakresie ISE - co stanowi niezgodność z pkt II.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby moduł/analizator biochemiczny dysponował możliwościami analitycznymi w zakresie ISE;

(E) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie spełniają wymagań w zakresie wydajności - pesi udają on wydajność do 600 oznaczeń na godzinę - co stanowi niezgodność z pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby wydajność maksymalna części biochemicznej (z ISE) wynosiła minimum 1000 oznaczeń na godzinę, dla każdego z systemów;

(F) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502, a także moduły immunochemiczne e801 nie posiadają funkcji automatycznej detekcji pęcherzyków powietrza w próbce - co stanowi niezgodność z pkt 11 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyką przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby platformy analityczne posiadały funkcję automatycznej detekcji skrzepu, ilości materiału badanego oraz pęcherzy w próbce badanej przy aspiracji materiału;

(G) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie posiadają funkcji stałego monitorowania odczynników R2 i R3 - co stanowi niezgodność z pkt 12 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ - charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby platformy analityczne były wyposażone w możliwość stałego monitorowania poziomu odczynników i materiałów zużywalnych.

3. Ewentualnie, w związku z wniesieniem przez Roche w dniu 1 sierpnia 2019 r. odwołania od wyboru oferty Abbott jako oferty najkorzystniejszej i podniesieniem w tym odwołaniu zarzutu nr 5, dotyczącego rzekomej niezgodności oferty Abbott z pozycją 79 Formularza cenowego odczynników do badań na okres 4 lat (Załącznik 1.1 .A. do SIWZ), na wypadek gdyby Roche nie cofnął przedmiotowego zarzutu, podnosi następujący, dodatkowy zarzut wobec oferty Roche:

(H) Roche nie zaoferował materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym - co stanowi niezgodność z poz. 79 Formularza cenowego odczynników do badań na okres 4 lat (Załącznik 1.1.A. do SIWZ), zgodnie z którą Zamawiający wymagał zaoferowania odczynników zarówno do badania białka w płynie mózgowo-rdzeniowym jak i do badania białka w moczu.

(A) Roche zaoferował analizatory, które nie spełniają wymagań co do braku konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by podczas wymiany odczynników, płynów płuczących i materiałów zużywalnych (pkt 2(A) powyżej)

4. Zgodnie z pkt 20 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wymiana odczynników, płynów płuczących i materiałów zużywalnych mogła się odbywać bez konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by. Ponieważ punkt ten znajduje się w wymaganiach dotyczących platformy analitycznej, znajduje on zastosowanie do każdego z analizatorów wchodzących w skład zamawianych platform analitycznych.

5. Zaoferowane przez Roche w toku niniejszego postępowania analizatory nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 20 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ. Tym samym oferta Roche jest niezgodna z SIWZ.

6. Każda z dwóch platform analitycznych zaoferowanych przez Roche składa się z 3 analizatorów: analizatora biochemicznego c502, modułu ISE oraz analizatora i mm uno chemicznego e801.

7. W przypadku analizatora c502 przejście w tryb stand-by jest konieczne w przypadku wymiany następujących płynów płuczących i materiałów zużywalnych: (a) płynu "reaction cell wash solution"; (b) płynu "sample probe wash solution"; (c) materiału zużywalnego "ECO-D".

8. W przypadku modułu ISE przejście w tryb stand-by jest konieczne w przypadku wymiany odczynników tego modułu.

9. W przypadku analizatora e802 przejście w tryb stand-by jest konieczne w przypadku wymiany materiałów zużywalnych takich jak AssayTip i AssayCup tray (pkt 3.16 formularza cenowego materiałów zużywalnych, stanowiącego część oferty Roche). Wynika to z faktu, iż kiedy analizator ten jest w stanach określanych jako „operating” (czyli analizator wykonuje procedurę badań) lub „about to operate” (czyli analizator przygotowuje się do wykonywania

procedury badań) nie ma możliwości otwarcia szuflady magazynkowej. Natomiast otwarcie szuflady magazynkowej jest konieczne do wymiany przedmiotowych materiałów zużywalnych.

10. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 20 wymagań dla platformy analitycznej i powinna zostać odrzucona.

(B) Roche zaoferował platformy analityczne składającą się z trzech, a nie z dwóch modułów każda (pkt 2 (B) powyżej)

11. Jak wynika z pkt. 1 wymagań dla platformy analitycznej zawartego w załączniku nr 1.2 do SIWZ - charakterystyką przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał dwóch identycznych platform biochemiczno-immunochemicznych, z których każda miała składać się z modułu/analizatora biochemicznego i modułu/analizatora immunochemicznego, które umożliwiałyby wykonywanie badań zgodnie z listą stanowiącą załącznik nr 1.1 do SIWZ. Jak natomiast wynika z pkt 10, 29 i 30 załącznika nr 1.1 do SIWZ - wymagane rodzaje badań, na modułach/analizatorach biochemicznych mają być oznaczane jony chlorków (pkt 10), potasu (pkt 29) i sodu (pkt 30) - czyli mają być dokonywane oznaczenia ISE. Oznacza to, iż zgodnie z SIWZ każda platforma analityczna powinna składać się z dwóch modułów/analizatorów: jednego modułu/analizatora biochemicznego i jednego modułu/analizatora immunochemicznego, przy czym moduł/analizator biochemiczny powinien mieć możliwość wykonywania oznaczeń ISE. Znajduje to potwierdzenie w pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej, który brzmi: „Wydajność maksymalna części biochemicznej (z ISE) (...)”

12. Jak natomiast wynika z oferty Roche, Roche zaoferował trzy a nie dwa moduły/analizatory: moduł biochemiczny (c502), moduł immunochemiczny (e802) oraz moduł ISE. Oferta Roche jest niezgodna z pkt 1 wymagań dla platformy analitycznej, gdyż:

- (a) zamiast dwóch modułów/analizatorów Roche zaoferował trzy moduły/analizatory;
- (b) zaoferowany przez Roche moduł biochemiczny c502 nie posiada funkcji wykonywania oznaczeń ISE; w przypadku oferty Roche oznaczenia ISE są bowiem wykonywane na odrębnym module ISE.

13. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 1 wymagań dla platformy analitycznej i powinna zostać odrzucona.

(C) Roche zaoferował analizatory biochemiczne, które nie dysponują potencjometryczną metodą pomiaru (pkt 2 (B) powyżej)

14. Zgodnie z pkt II. 1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zaoferowane moduły/analizatory biochemiczne dysponowały m.in. potencjometryczną metodą pomiaru.

15. Zaoferowane przez Roche w toku niniejszego postępowania analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 11.1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego. Tym samym oferta Roche jest niezgodna z SIWZ.

16. Potencjometryczna metoda pomiaru służy do wykonywania oznaczeń ISE. Jak wykazano w pkt 12 powyżej, zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie mają możliwości wykonywania oznaczeń ISE (oznaczenia ta są bowiem wykonywane na odrębnym module ISE). Tym samym, jako nie wykonujące oznaczeń ISE, analizatory biochemiczne c502 nie są wyposażone w potencjometryczną metodę pomiaru. Oznacza to, że zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt II.1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ.

17. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt II.1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego i powinna zostać odrzucona.

(D) Roche zaoferował analizatory biochemiczne, które nie dysponują możliwościami analitycznymi w zakresie wykonywania oznaczeń ISE (pkt 2 (R) powyżej)

18. Zgodnie z pkt II.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby zaoferowane moduły/analizatory biochemiczne dysponowały możliwościami analitycznymi w zakresie wykonywania oznaczeń ISE.

19. Zaoferowane przez Roche w toku niniejszego postępowania analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt II.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego. Tym samym oferta Roche jest niezgodna z SIWZ.

20. Jak wykazano w pkt 12 powyżej, zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie mają możliwości wykonywania oznaczeń ISE (oznaczenia ta są bowiem wykonywane na odrębnym module ISE). Oznacza to, że zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt II.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ.

21. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 11.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego i powinna zostać odrzucona.

(E) Roche zaoferował analizatory biochemiczne, które nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie minimalnej wydajności maksymalnej (pkt 2(E) powyżej)

22. Zgodnie z pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wydajność maksymalna części biochemicznej (z ISE) wynosiła minimum 1.000 oznaczeń na godzinę dla każdego z systemów.

23. Zaoferowane przez Roche w toku niniejszego postępowania analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej. Tym samym oferta Roche jest niezgodna z SIWZ.

24. Po pierwsze, jak wykazano w pkt 12 powyżej, zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie mają możliwości wykonywania oznaczeń ISE (oznaczenia te są bowiem wykonywane na odrębnym module ISE).

25. Po drugie, jak wynika z materiałów Roche, zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne

c502 dysponują maksymalną wydajnością do 600 oznaczeń na godzinę każdy. Jest to wydajność prawie o połowę niższa niż ta wymagana przez Zamawiającego. Oznacza to, że zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ.

26. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej i powinna zostać odrzucona.

(F) Roche zaoferował analizatory biochemiczne i immunochemiczne, które nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie posiadania funkcji automatycznej detekcji pęcherzyków powietrza w próbce (pkt 2(F) powyżej)

27. Zgodnie z pkt 11 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby moduły/analizatory wchodzące w skład platformy analitycznej były wyposażone w funkcję automatycznej detekcji skrzepu, ilości materiału badanego oraz pęcherzyków w próbce badanej przy aspiracji materiału.

28. Zaoferowane przez Roche w toku postępowania analizatory biochemiczne c502 oraz analizatory immunochemiczne e 801 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej. Tym samym oferta Roche jest niezgodna z SIWZ.

29. Jak wynika z materiałów Roche, zaoferowane analizatory biochemiczne c502 oraz analizatory immunochemiczne e 801 posiadają funkcje automatycznej detekcji skrzepu oraz automatycznej detekcji ilości materiału badanego, natomiast nie posiadają funkcji automatycznej detekcji pęcherzy w próbce badanej przy aspiracji materiału. Instrukcja obsługi analizatorów modułowych cobas 8000 produkcji Roche (czyli m.in. analizatora c502 oraz e801) opisując igły wykonujące aspirację materiału z próbki wskazują jedynie na funkcje detekcji skrzepu oraz ilości materiału badanego, nie wskazują natomiast na to, aby analizatory posiadały funkcję wykrywania pęcherzy powietrza przy aspiracji materiału z próbki. Co więcej, materiały Roche wprost potwierdzają, iż analizator biochemiczny c502 nie posiada funkcji wykrywania pęcherzyków powietrza w próbce.

30. Oznacza to, że zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502, a także analizatory immunochemiczne e801 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 11 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ.

31. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 11 wymagań dla platformy analitycznej i powinna zostać odrzucona.

(G) Roche zaoferował analizatory biochemiczne c502, które nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie posiadania możliwości stałego monitorowania odczynników (pkt 2(G) powyżej)

32. Zgodnie z pkt 12 wymagań platformy analitycznej z zał.1.2 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby moduły/analizatory wchodzące w skład platformy były wyposażone w możliwość stałego monitorowania poziomu odczynników oraz materiałów zużywalnych.

33. Roche zaoferował w toku postępowania odczynniki składające się z reguły z 2 składników (dwóch roztworów roboczych), które w kasetach odczynnikowych Roche znajdują się w osobnych pojemnikach, oznaczonych jako R1, R2 lub R3.

34. Zaoferowany przez Roche analizator c502 monitoruje wyłącznie roztwór roboczy odczynnika znajdujący się w pojemniku R1, nie posiada natomiast funkcji monitorowania roztworów roboczych odczynnika znajdujących się w pojemnikach R2 i R3. Oznacza to, że w zakresie roztworów roboczych odczynnika znajdujących się w pojemnikach R2 i R3 kasety odczynnikowej Roche nie jest spełniony wymóg możliwości stałego monitorowania poziomu odczynników.

35. Oznacza to, że zaoferowane przez Roche analizatory biochemiczne c502 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt 12 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ.

36. Z tego względu oferta Roche jest niezgodna z pkt 12 wymagań dla platformy analitycznej i powinna zostać odrzucona.

(H) Roche nie zaoferował materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym (pkt 3(H) powyżej)

37. Zgodnie z poz. 79 Formularza cenowego odczynników do badań na okres 4 lat (Załącznik 1.1.A do SIWZ), Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaoferował odczynniki zarówno do badania białka w płynie mózgowo-rdzeniowym, jak i do badania białka w moczu.

38. Roche nie zaoferował materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym. Potwierdza to pozycja 2.9 i 2.10 tabeli „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” zawartej w ofercie przedstawionej przez Roche. Z pozycji powyższych wynika, iż Roche oferuje kontrolę normalną oraz kontrolę patologiczną dla oznaczeń białka w moczu. Roche w ofercie nie przedstawił natomiast kontroli dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym.

39. Powyższe wskazuje na niezgodność treści oferty Roche z SIWZ, w zakresie niezaoferowania kontroli dla oznaczeń białka w PMR.

40. Jednocześnie wskazuję, iż w ocenie Abbott jest to zarzut całkowicie bezzasadny i jest on podnoszony jako ewentualny jedynie z tego względu, iż Roche podniósł analogiczny zarzut w stosunku do oferty Abbott. Zarzut ten jest podnoszony na wypadek, gdyby Roche

nie cofnął swojego zarzutu wobec oferty Abbott w tym zakresie, a Izba uznała taki zarzut za zasadny.

41. Wskazać należy, że w omawianym zakresie oferty Abbott i Roche są takie same, tzn. obydwaj wykonawcy zaoferowali jedynie materiał kontrolny dla oznaczeń białka w moczu, a to z tego względu, iż zaoferowany materiał kontrolny umożliwia także przeprowadzanie kontroli dla oznaczeń białka w PMR. Tym samym zaoferowanie jedynie materiału kontrolnego do oznaczeń białka w moczu nie skutkuje niezgodnością oferty danego wykonawcy z SIWZ - taki materiał kontrolny może być bowiem wykorzystany do wykonywania kontroli oznaczeń białka w PMR. Gdyby jednak Roche nie cofnął swojego analogicznego zarzutu w stosunku do oferty Abbott, i Izba uznała taki zarzut za zasadny (z czym nie można się zgodzić), to w związku z niniejszym zarzutem ewentualnym, oraz w związku z tym, iż Roche również zaoferował jedynie materiał kontrolny dla oznaczeń białka w moczu, Izba powinna równocześnie uznać ofertę Roche za niezgodną z SIWZ w tym samym zakresie.

W odpowiedzi na złożone przez wykonawcę: Abbott Laboratories Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do rozstrzygnięcia postępowania oraz uznania oferty wykonawcy: Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, za ważną (niepodlegającą odrzuceniu) i przedstawił swoje stanowisko w tej sprawie.

Zamawiający wskazał na brak podstaw wniesienia odwołania przez Abbott Laboratories Poland tj. brak wykazania interesu oraz potencjalnej szkody wynikającej z naruszenia ustawy pzp, uzasadniających złożenie odwołania. Oferta Odwołującego została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu wobec czego nie ma on żadnego interesu zarówno faktycznego jak i prawnego w złożeniu przedmiotowego odwołania.

Odnosząc się zaś do merytorycznej treści odwołania Zamawiający wskazał.

Z uwagi na fakt, że odwołanie to jest drugim odwołaniem w tej samej sprawie (sprawy te będą rozpatrywane na wspólnym posiedzeniu) ważne jest zaznaczenie, że zarówno w odwołaniu wykonawcy: Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o. jak również Odwołującego, postawione zarzuty dotyczą kwestii, których Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania nie weryfikuje, a jedynie sprawdza potwierdzenie spełnienia wymagań na podstawie oświadczenia zawartego w dokumentach złożonych do oferty, a w tym przypadku złożenie oświadczenia woli w załączniku nr 1.2 do siwz „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” oraz złożeniu poprawnych załączników 1. IA — 1. IC „Formularz cenowy

odczynniki do badań na okres 4 lat", „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” oraz „Formularz cenowy zbiorczy”.

Nie sposób wysunąć inną analizę przytoczonych faktów, niż tą, która została zawarta w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., gdyż dotyczy zarzutów niezgodności takich jak: sposobu i procedury wykonywania badań, funkcji niezbędnych dla monitorowania, a także czynności charakterystycznych podczas wykonywanej pracy na analizatorach. Sam odwołujący pisze:

„Niezgodność oferty Roche z SIWZ polega na tym, że:

(A) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły: cobas 502, ISE 900 oraz cobas e801 nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie braku konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by podczas wymiany odczynników, płynów płuczających i materiałów zużywalnych — co stanowi niezgodność z pkt 1.20 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ"

(B) Roche zaoferował platformy analityczne składające się z trzech analizatorów typu cobas 8000 (tj.: c502* ISE900 oraz e801) każda — co stanowi niezgodność z pkt 1 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał dwóch identycznych platform biochemiczno-immunochemicznych, z których każda miała składać się z modułu/analizatora biochemicznego i modułu/analizatora immunochemicznego, które umożliwiałyby wykonywanie badań zgodnie z listą stanowiącą załącznik nr 1 .1 do SIWZ;

(C) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie posiadają potencjometrycznej metody pomiaru co stanowi niezgodność z pkt 11.1 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby moduł/analizator biochemiczny dysponował potencjometryczną metodą pomiaru

(D) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie mają możliwości analitycznych w zakresie ISE — co stanowi niezgodność z pkt 11.3 wymagań dla modułu/analizatora biochemicznego z załącznika nr 1.2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby moduł/analizator biochemiczny dysponował możliwościami analitycznymi w zakresie ISE;

(E) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie spełniają wymagań w zakresie wydajności — posiadają on wydajność do 600 oznaczeń na godzinę — co stanowi niezgodność z pkt 4 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu

zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby wydajność maksymalna części biochemicznej (z ISE) wynosiła minimum 1000 oznaczeń na godzinę, dla każdego z systemów;

(F) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502, a także moduły immunochemiczne e801 nie posiadają funkcji automatycznej detekcji pęcherzyków powietrza w próbce — co stanowi niezgodność z pkt 11 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr '1 .2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby platformy analityczne posiadały funkcję automatycznej detekcji skrzepu, ilości materiału badanego oraz pęcherzy w próbce badanej przy aspiracji materiału;

(G) zaoferowane przez Roche w ramach 2 zintegrowanych platform moduły biochemiczne c502 nie posiadają funkcji stałego monitorowania odczynników R2 i R3 — co stanowi niezgodność z pkt 12 wymagań dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2 do SIWZ — charakterystyka przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że Zamawiający wymagał, aby platformy analityczne były wyposażone w możliwość stałego monitorowania poziomu odczynników i materiałów zużywalnych.

W zakresie zarzutu (B) Roche zaoferował platformy analityczne składające się z trzech analizatorów typu cobas 8000 (tj.: c502, ISE900 oraz e801) każda co świadczy o tym, że są to identyczne platformy.

Zamawiający wymagał: dwie identyczne platformy biochemiczno-immunochemiczne (moduły I analizatory biochemiczny i immunochemiczny), umożliwiające wykonanie badań wg listy stanowiącej załącznik nr 1.1,

Zamawiający zaznaczył, że przez zintegrowaną platformę do badań biochemicznych i immunochemicznych rozumie się zestaw urządzeń umożliwiających wykonanie wszystkich badań objętych listą stanowiącą załącznik nr 1.1 .

Roche zaoferował dwie identyczne platformy, z których każda składa się z modułu/analizatora biochemicznego i modułu/analizatora immunochemicznego, co oznacza zgodność z wymogami Zamawiającego. Ze względu na fakt, że system ma budowę modułową i w zależności od potrzeb można skonfigurować go z 2-4 modułów, zaoferowany przez Roche został wzbogacony o dodatkowy moduł.

Notabene zarzut (D) nie może mieć miejsca w momencie wysunięcia zarzutu (B), ponieważ możliwości w zakresie ISE są dostępne na platformie cobas 8000, w której za część biochemiczna odpowiadają zintegrowane moduły 0502 i ISE900.

W zakresie pozostałych niezgodności - o jakich niezgodnościach Odwołujący mówi na tym etapie, niezgodnościach, które Zamawiający musi wyczytać tylko i wyłącznie z oferty złożonej przez każdego z wykonawców, według wstępnej oceny ofert?

Niezgodności oferty tj. w tym przypadku zał. 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” złożonego przez Roche z zapisami siwz, w którym to załączniku nie znajduje Zamawiający niezgodności i braku spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego?

Zamawiający w siwz jasno określił, jakich dokumentów będzie wymagał dla potwierdzenia spełnienia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Do oferty Zamawiający wymagał złożenia:

Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji, formularza cenowego (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1.A — 1.1.C do specyfikacji); charakterystyki przedmiotu zamówienia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1.2. do specyfikacji oraz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego - zgodnie z informacjami zawartymi w rozdziale IV: tj. oświadczenie w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień.

Dodatkowe dokumenty tj.:

deklaracje zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego),

certykat zgodności z dyrektywą medyczną dla oferowanych w dzierżawę urządzeń wydany przez jednostkę notyfikowaną (dotyczy wszystkich klas wyrobu medycznego z wyjątkiem klasy I).

katalogi, opisy lub inne dokumenty (np. ulotki, aplikacje screen print itp.) potwierdzające parametry określone w załączniku nr 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia” w pkt IV - Oceniane funkcje I parametry tj., potwierdzające spełnienie danej funkcjonalności (parametry punktowane w kryterium oceny ofert) były składane na odrębne wezwanie przez Wykonawcę. którego oferta została najwyżej oceniona.

Biorąc pod uwagę powyższe zgodność oferty z przedmiotem zamówienia znajdującym się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia była badana na podstawie załącznika nr. 1.2 „Charakterystyka przedmiotu zamówienia”, w którym wykonawcy winni podać w kolumnie: „Odpowiedź oferenta TAWNIE” spełnienie bądź nie spełnienie danego wymogu.

Jedynie dla pkt IV załącznika nr 1.2. - Funkcje I parametry oceniane, Zamawiający w celu potwierdzenia oświadczenia woli zawartego w załączniku nr 1.2. wymagał dokumentów, o których mowa powyżej tj. katalogów, opisów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie danej funkcjonalności.

Co do tego zakresu spełnienia wymagań postawionych przez Zamawiającego Odwołujący nie wniósł zarzutów.

1. Odwołujący postawił zarzuty co do punktów 1.20, 11.1 , 11.3 oraz 4, 11, 12 (wymagań dla platformy analitycznej) załącznika nr 1.2 tj. punktów, w których Roche wpisał odpowiedź:

TAK”, przez co złożył oświadczenie dotyczące spełnienia wymagania. Parametry te nie były przez Zamawiającego punktowane, w związku z czym, za wystarczające było potwierdzenie przez Wykonawcę spełnienia tego wymagania co też wykonawca uczynił.

Deklaracja wykonawcy była deklaracją ostateczną, co do uznania, że wykonawca spełnia opisane wymogi postawione przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1.2 należało wypełnić w całości, bez wprowadzania zmian w jego treści z zaznaczeniem, że stanowi on integralną część oferty — deklarację wykonawcy, co do jej treści, a część z tych deklaracji w załączniku nr 1.2 służy ocenie punktowej oferty - stąd brak tego załącznika, zawierającego treść zgodną z wzorem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia spowoduje odrzucenie oferty (po uprzednim wykonaniu przez zamawiającego wszystkich czynności przewidzianych Ustawą w zakresie oceny ofert).

Zatem nie można się zgodzić z Odwołującym, że oferta Roche jest niezgodna z zapisami siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

W szerokim orzecznictwie podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią siwz powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami siwz.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art, 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią siwz jest niewątpliwa (KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli siwz nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

2. Odwołujący postawił również („na wypadek, gdyby Roche nie cofnął przedmiotowego zarzutu”, co jest wręcz niewłaściwe, gdyż albo jest coś zgodne, albo sprzeczne bez względu na zachowania drugiej strony - zarzuty co do niezgodności oferty z poz. 79 Formularza cenowego.

Załącznik nr 1. IA — 1. I B „Formularz cenowy odczynników do badań na okres 4 lat” oraz „Formularz cenowy materiałów zużywalnych do badań na okres 4 lat” wykonawcy wypełniali sami w zależności od wielu czynników mających wpływ na to, co w tym załączniku powinno być wyszczególnione biorąc pod uwagę uwarunkowania i metodyki postępowania przy wykorzystaniu parametrów danych urządzeń proponowanych przez wykonawców.

Ten sam załącznik u różnych wykonawców składał się z innych elementów (kolumna odczynniki do danego badania), ilości kalibracji, ilości oznaczeń, tym bardziej Zamawiający nie mógł na tym etapie postępowania wnikać w zasadność skonkretyzowania

poszczególnych elementów, a tym samym zarzucać ich nieprawdziwość i w konsekwencji odrzucać ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań, co do sposobu wykonywania badania przez oferowane urządzenie, nie stawiał także wymagań, co do konieczności zaoferowania konkretnego odczynnika w konkretnej ilości, a tym bardziej co do materiałów zużywalnych czy też kalibratorów.

Zamawiający w załączniku nr 1.1 określił wymagane rodzaje badań z podaniem szacunkowej ich ilości w okresie 4-letnim. Wykonawcy składając ofertę winni ją złożyć w taki sposób, aby Zamawiający-mógł w okresie trwania umowy przeprowadzić konkretną - określoną w ww. załączniku przez Zamawiającego ilość badań. Wg paragrafu 1 pkt 6 wzoru umowy:

„6. W przypadku, gdy wskazane w załączniku 1. I.A i 1. I.B zadeklarowane przez wykonawcę ilości odczynników i materiałów zużywalnych okażą się niewystarczające do wykonania liczby badań wskazanych w tym załączniku. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć odczynniki i materiały zużywalne w ilości odpowiedniej dla faktycznego wykonania liczby badań wskazanych w załączniku nr 1. I.A i 1. I.B bez obciążania Zamawiającego kosztami wynikającymi z dostarczenia dodatkowej ilości opakowań.”

Zamawiający nie wymagał opisywania w ofercie przy pomocy jakich metod i środków wykonawcy zrealizują przedmiot zamówienia. Treść oferty sprowadzała się w tym przypadku do prostego zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisanymi w dokumentach przetargowych wymaganiami zamawiającego wraz z podaniem żądanej ceny, a bez opisywania w ofercie w jaki dokładnie sposób powyższe zostanie osiągnięte.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, stanowiąca dokument określający warunki przetargu w rozumieniu art. 70.1 k.c., sporządzona zgodnie z art. 36 Ustawy, determinowała będzie treść ofertową, rozumianą jako wyrażony w niej zakres zobowiązania wykonawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe kwestie niedopuszczalne i błędne jest stawianie przez konkurencyjnych wykonawców, zarzutów niezgodności z siwz względem takich treści oferty, do zasady nie ma w ich treści.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nie może mieć zatem miejsca, gdyż może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią siwz (KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli siwz nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Reasumując, jeśli potencjalni wykonawcy zgadzali się z zapisami siwz winni się do nich w obecnym stanie rzeczy stosować.

W postępowaniu (w zakresie każdego z zarzutów Odwołującego) Roche w ofercie nie zawarł żadnych różniących się, czy też sprzecznych wymagań, niż te określone przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe rozpoznania podtrzymuje stanowisko, co do rozstrzygnięcia postępowania z uznaniem oferty Roche za ofertę ważną — niepodlegającą odrzuceniu i należy uznać odwołanie za bezzasadne, gdyż brak jest możliwości dokonania odrzucenia oferty Roche, jako niezgodnej z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to zapisy zostały czytelnie określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej i spełnione przez Roche.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłoszono przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania wobec bezzasadności zarzutów.

Wskazał na spełnienie wymogu wymiany odczynników, płynów płuczających i materiałów zużywalnych bez konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by. Powołał się na instrukcję obsługi i analogie w instrukcji analizatora oferowanego przez odwołującego Abbott.

W zakresie zarzutów B oraz C , D i E podkreślił, że zaoferował analizator zgodny z siwz o funkcjonalności niekwestionowanej wskazując, że moduł ISE jest zintegrowany z systemem, a nie występuje samodzielnie w obrocie, zatem twierdzenie odwołującego o zaoferowaniu trzech analizatorów zamiast wymaganych dwóch jest nieprawdziwe. Spełnienie wymaganych funkcji potwierdzi treścią instrukcji obsługi. Podkreślił, także w oparciu o treść ulotki, zaoferowanie materiału kontrolnego także dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym.

W toku rozprawy strony i uczestnicy przedstawili stanowiska.

KIO 1498/19

Odwołujący ROCHE podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu i piśmie procesowym. Stwierdził, że szereg zarzutów znajduje potwierdzenie również w piśmie i dowodach złożonych przez Przystępującego.

Odnosnie zarzutu 1 wskazał na złożony przez siebie dowód I.1. Zanegował definiowane przez ABBOT pojęcia martwej próbki. Wskazał na treść artykułu „objętość krwi pobieranej (...)” załączonego do pisma. Wskazał na treść instrukcji obsługi ALINITY (tabela 34) powołanej także w piśmie Przystępującego. Przypomniał wymóg II.6. cytowany w odwołaniu dot. próbki badanej. Wskazał także na dowód nr 3 z pisma Przystępującego z opisem

pojęcia „objętość martwa”. Podkreślił i przywołał argumentację o różnicy między pojęciami „objętości martwej próbki” i objętości martwej kubeczka”.

Zarzut 2 i 3 (eliminacja kontaminacji). Wskazał na dowód 18 pisma Przystępującego zawierający streszczenie artykułu, z którego wynika tożsamość pojęć przeniesienia z próbki do próbki, z kontaminacją. Wskazał na własne dowody złożone do zarzutu 2 i 3 z opisami dot. efektu przeniesienia. Podkreślił jednoznaczny wymóg eliminacji kontaminacji wskazując, iż z instrukcji obsługi dot. oferty Przystępującego wynika potwierdzenie efektu przeniesienia.

Zarzut nr 4 – stwierdził, iż z instrukcji obsługi nie wynika możliwość użytkowania na innym urządzeniu niż analizator wskazany, tj. HITACHI 911. Podkreślił normatywny charakter ulotki zgodnie z art. 90 ustawy o wyrobach medycznych. Wskazał na wydruki ze strony internetowej ABBOTT załączone do dowodów z zarzutu 4, z których wynika, iż firma nie posiada oficjalnej aplikacji na zaoferowany odczynnik IgE dla systemu ALINITY.

Zarzut nr 5 dot. pozycji 79. Wskazał na ulotki załączone do pisma oznaczone jako V.10, a także V.11 (ten nie został zaoferowany). Wskazał na pozostałe dowody załączone do pisma.

Zarzut 6 oparty na odpowiedzi Zamawiającego na pytanie 4 (12.06.2019r.) dot. wykonywania pełnego możliwego panelu badań na obu platformach w stosunku 50% do 50%. Podtrzymał w całości i wskazał, iż naruszenie wymogu spowodowało zaniżenie wyceny przez wykonawcę.

Podkreślił, iż do martwej objętości próbki należy liczyć wielkość stanowiącą nadmiar.

Zauważył, że opisy przedstawione przez Odwołującego dotyczą przeglądów i konserwacji urządzeń a nie ich eksploatacji.

Wskazał, że przedmiotowy odczynnik może być używany na konkretnym analizatorze w ulotce dot. danego odczynnika. Zauważył, że złożone przez Przystępującego oświadczenie o zastosowaniu analizatorów pochodzi od dystrybutora, a nie producenta i nie zawiera niezbędnych informacji, w tym deklaracji zgodności, informacji o zgłoszeniu zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, co odnosi się również do aplikacji.

Zauważył, że przedstawione przez Przystępującego dowody, tj. 11, 12, 28 dot. odczynników, kalibratorów i kalibracji, a nie kontroli. Podkreślił, że kalibrator nie może być używany jako materiał kontrolny. Przypomniał, że Przystępujący dysponuje kontrolą wymaganą przez SIWZ ale jej w tym postępowaniu nie zaoferował. Podtrzymał pozostałe zarzuty i argumenty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonym piśmie. Przyznał, że zarzuty 1-3 powinny odnosić się do treści SIWZ, a tym samym można je uznać za spóźnione. Stwierdził, że obydwie złożone oferty spełniają wymogi SIWZ i nie znalazł podstaw do ich odrzucenia.

Odnosnie zarzutu 6 podkreślił brak możliwości poniesienia nadmiernych kosztów w toku realizacji zamówienia wobec sformułowania stosownych zabezpieczeń w dokumentacji postępowania.

Podkreślił własny profesjonalizm i doświadczenie. Wskazał na definicję „martwej objętości” jako ilość materiału jaka nie została wykorzystana ani przenoszona (nie jest aspirowana).

Podkreślił, że jego celem jest eliminacja kontaminacji w przygotowaniu materiału w celu uniknięcia błędnego wyniku. Stwierdził, że otrzymał poprawne wyjaśnienia dot. odczynnika i analizatora wskazanego w ofercie. Podtrzymał stanowisko w zakresie zarzutu 5 i 6.

Przystępujący ABBOTT wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w piśmie.

Zarzut 1 – wskazał na cel wymogu dot. pobierania relatywnie małej próbki materiału. Wskazał na określenie w SIWZ „objętości martwej próbki”. Wskazał na dowód nr 7 str. 5 i zauważył, że objętość martwa kubeczka i objętość martwa próbki to pojęcia tożsame wskazujące na wielkość pozostałą po aspirowaniu materiału. Stwierdza, że nadmiar nie jest częścią objętości martwej i jest on aspirowany. Wskazał na dowód str. 1663 oraz 461 (tabela 34). Podkreślił, że nadmiar nie może być doliczony do objętości martwej. Zauważył, brak definicji objętości martwej.

Zarzut 2 i 3 – podkreślił, że efekt przeniesienia dot. wszystkich istniejących analizatorów i brak jest technologii ograniczających efekt przeniesienia do 0. Zauważył, że niski poziom przeniesienia, w tym taki jak zaoferował, pozostaje bez wpływu na wynik badań i nie skutkuje kontaminacją. Wskazał na złożone dowody 4 i 20 oraz artykuł z dowodu 17 oraz dowód nr 7 str. 6, 1, 2 i 3 gdzie wskazuje się na minimalizację, ale nie eliminację ryzyka zanieczyszczenia lub utrzymanie go na możliwie niskim poziomie.

Zarzut 4 – odnosnie odczynnika do oznaczania IgE DIASYS złożył ulotkę odczynnika IGG 2, gdzie wskazano konkretne analizatory, a które były oceniane w sprawie powołanej przez Odwołującego, a dot. odmiennego stanu faktycznego. Wskazał na załączony dowód nr 8 stwierdzając, że odczynnik może być użytkowany na innych urządzeniach niż wskazany stwierdzając, iż analizy dokonywane systemów fotometrycznych mogą być sporządzane z użyciem różnych analizatorów. Na dowód wskazuje dokument 9 i 10. Powołał także dowód 25, tj. deklarację zgodności dla wymienionych w niej produktów. Wskazał w związku z przedstawieniem przez Odwołującego wydruków ze strony ABBOTT, iż przedstawione tam są jedynie odczynniki używane wyłącznie na własnych analizatorach, natomiast brak jest informacji o odczynnikach używanych na kanałach otwartych.

Zarzut 5 – podtrzymał stanowisko z pisma. Wskazał na powołane orzecznictwo KIO w analogicznych sprawach. Stwierdził, że oznaczenie białka w płynie mózgowo-rdzeniowym

jak i w moczach następuje z wykorzystaniem takich samych materiałów, kalibratorów i innych urządzeń. Na dowód powołał ulotki i raporty przedstawione jak dowód nr 11, 28, 29.

Zarzut 6 – stwierdził, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty. Wskazał jako ew. prowadzenie procedury wyjaśniającej zaoferowaną cenę i jednocześnie wskazał, że składał Zamawiającemu wyjaśnienia w tym zakresie, a z faktu wyboru jego oferty stwierdza, że wyjaśnienia jego zostały zaaprobowane.

Dodatkowo wskazał, iż wymóg podania danych analizatora w ulotce odczynnika nie oznacza wyłączności tego urządzenia, co wynika z pozostałych opisów w ulotce i stanowisku.

Odnosnie zarzutu 5 wskazuje na dowód nr 27, stanowisko w piśmie oraz dowód nr 11.

KIO 1503/19

Odwołujący ABBOTT podtrzymał odwołanie.

Wskazał na poparcie swoich argumentów na złożone w trakcie rozprawy dokumenty, których treść odnosi się do poszczególnych zarzutów odwołania, przyjętym oznaczeniu A-H (H jako zarzut ewentualny). Przypomina brzmienie postanowień SIWZ, na których opiera zarzuty odwołania. Wskazał na swoją argumentację i złożone dowody jako załączniki do stanowiska przedstawionego na rozprawie i pisma.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Wskazał na brak interesu we wniesieniu dowołań i stwierdził, że dokonał oceny ofert obydwu wykonawców na równych zasadach i nie znalazł podstaw do ich odrzucenia

Przystępujący ROCHE podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie procesowym.

Podniósł brak interesu po stronie Odwołującego.

Odnosnie zarzutu A wskazał, że każdy sprzęt wymaga określonych czynności obsługowych, serwisowych, konserwacyjnych, wymiany płynów. Wskazał na dowód A na kolejnych stronach, gdzie wskazano jego urządzenie jak i Odwołującego wymagające analogicznych czynności, które w istocie nie wstrzymują bieżących badań na urządzeniu, między innymi wskazuje na fotografię szuflady i miejsca do uzupełnienia materiałów eksploatacyjnych.

Zarzut B – wskazał na nazwę przedmiotu zamówienia i oferowany przez siebie moduł zintegrowany z modułem ISE – zdjęcia z załącznika B i C. przedstawił na komputerze prezentację – filmik celem wykazania, że jest niemożliwe odrębne nabycie modułu ISE – nie jest to zatem moduł integrowany z innymi. Wywodzi o bezzasadności zarzutu C, D i E.

Odnosnie zarzutu F wskazuje na załącznik F z oznaczonymi fragmentami, wskazując, że dot. także pęcherzyków powietrza, dodatkowo wskazuje na funkcję detekcji za pomocą piany za pomocą kamery opisaną na str. 682 (w dowodach Odwołującego).

Odnosnie zarzutu G dot. monitorowania poziomu odczynników wskazuje na spełnienie funkcji w dokumencie pkt G – pozycja „kontrola pozostałej ilości odczynnika”.

Odnosnie zarzutu H wskazuje na dowód zawarty w załączniku H z zaznaczeniami na str. 1, 3, 5, 7 i ostatniej, gdzie są podane nazwy.

Uznaje, że Odwołujący w sposób dowolny dokonał interpretacji wybranych przez siebie fragmentów ulotek urządzeń/aparatów.

Zauważył, że czynności wymiany i konserwacji nie stoją na przeszkodzie wykonywania badań. Dot. to 2 wykonawców. Podkreślił, że zapewnił wymagane funkcje w tym dot. alarmu ze wskazaniem dodatkowych metod wykrywania zgodnie z opisem przedstawionym w załączniku. Zapewnił, że monitorowanie deklarowane dotyczy wszystkich odczynników.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Obydwa odwołania podlegają oddaleniu jako niezasadne.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołujących przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołań. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną prowadzi do oddalenia odwołania. Dysponowanie legitymacją przez odwołującego Roche jest w sprawie niekwestionowane i niesporne; wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku wyboru oferty przez siebie złożonej, został takiej możliwości pozbawiony wskutek decyzji zamawiającego o wyborze oferty konkurenta. W takich okolicznościach oczywisty jest interes wykonawcy zmierzającego w drodze wniesionego środka ochrony prawnej do zmiany decyzji zamawiającego na swoją korzyść.

Skład orzekający uznaje także, że odwołujący Abbott, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy pzp w sytuacji, gdy jego pozycja jako wybranego wykonawcy jest kwestionowana w drodze zarzutów odwołania wniesionego przez drugiego z wykonawców, a w konsekwencji oferta przez niego złożona może utracić status oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Izba w odniesieniu do stanowiska zamawiającego przedstawionego wobec obydwu odwołań, niezależnie od faktu, że uznaje zarzuty za niezasadne, uznaje za nieprawidłową i uproszczoną interpretację przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp dokonaną przez zamawiającego, który uznał, że za przyjęciem ofert jako prawidłowych i brakiem podstaw ich szczegółowej oceny przemawia wskazanie przez wykonawców w ofertach potwierdzenia spełnienia postawionych wymogów przedmiotowych. Okoliczność taka nie zwalnia zamawiającego z obowiązku szczegółowego zbadania ofert i ustalenia faktycznej ich zgodności z treścią siwz, w szczególności wobec znajomości własnych potrzeb i w powiązaniu z nimi postawionych wymogów i parametrów. Przesłanką do przeprowadzenia takich czynności wyjaśniających jest zarówno własna wiedza, jak i ewentualnie pozyskane informacje od podmiotów zewnętrznych. Zamawiający mając wątpliwości co do ewentualnej zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może prowadzić procedurę wyjaśniającą w oparciu art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołań skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

Sygn. akt KIO 1498

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego minimalnej martwej objętości próbki badanej, która powinna wynosić nie więcej niż 50 mikrolitrów uznano, że objętość martwa próbki zgodnie z instrukcją obsługi analizatora oferowanego przez Abbott wynosi 50 mikrolitrów, a objętość martwa próbki to objętość, która ze względów technicznych nie może zostać zaaspirowana przez analizator. Jest to zatem pozostałość w naczyniu i tak przy braku normatywnej definicji martwej objętości należy ją rozumieć. Do tej objętości nie zalicza się objętości nadmiaru określonego na 8 mikrolitrów, który jest aspirowany (nie pozostaje w kubeczkach), więc nie stanowi objętości martwej. Tym samym wymóg uznać należało uznać za spełniony.

W zakresie zarzutów oznaczonych w pismach jako 2 i 3, a dotyczących wymogu siwz eliminacji kontaminacji przy dozowaniu materiału badanego wskazanego w pkt II.7. wymagań dla modułu / analizatora biochemicznego i immunochemicznego, uznać należy zarzuty za niezasadne. Izba uznaje za uzasadnione stanowisko przystępującego, że istnienie efektu przeniesienia nie jest tożsame z pojęciem kontaminacji. Kontaminacja jako zjawisko niewątpliwie negatywne, a w konsekwencji wymagające eliminacji (tak też ustalono w postanowieniach siwz) występuje wtedy, gdy efekt przeniesienia osiąga poziom, który może skutkować błędnym wynikiem badania. Fakt, iż dokumentacja dotycząca wielkości przeniesienia w analizatorach podaje takie dane, nie oznacza, że analizatory Abbott nie spełniają wymogów dotyczących eliminacji efektu przeniesienia do poziomu niewpływającego na wyniki badań, zatem nie dochodzi do kontaminacji. W toku

postępowania nie zostało skutecznie zakwestionowane twierdzenie przystępującego, że zastosował w swoich analizatorach systemy eliminujące efekt przeniesienia poniżej poziomu istotnego klinicznie, co oznacza brak kontaminacji i spełnienie wymogu eliminacji przeniesienia mogącego prowadzić do kontaminacji. Brak też dowodu, by istniała realnie technologia stosowana w analizatorach zapewniająca całkowite wyeliminowanie efektu przeniesienia przy dozowaniu materiału badanego, także przy zaawansowanych systemach mycia, czy jednorazowych końcówkach do pipet. Nie istnieje wykonawca, który spełniłby wymóg całkowitego wyeliminowania efektu przeniesienia przy dozowaniu materiału badanego i żaden producent analizatorów nie ma w swojej ofercie zintegrowanej platformy biochemiczno – immunochemicznej, która ma rozwiązanie zapewniające całkowitą eliminację efektu przeniesienia na obu analizatorach.

Zarzut dotyczący możliwości stosowania odczynnika do oznaczania IgE uznano za niezasadny wobec wykazania, że wykonawca zaoferował odczynnik wytwórcy DiaSys Diagnostics System GmbH, którego dystrybutorem w Polsce jest Medan, a odczynnik ten jest przeznaczony do użycia na kanałach otwartych tj. może być używany na analizatorach różnych producentów, w tym na analizatorach Abbott Alinity. Za wiarygodne uznano złożone oświadczenie dystrybutora.

Odnosnie zarzutu o braku zaoferowania materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w płynie mózgowo-rdzeniowym, skład orzekający uznaje, że wykonawca spełnił wymóg przedstawiając potrzebne kalibratory, kontrole i materiały zużywalne potrzebne do wykonania badań wymienionych w formularzu cenowym biorąc pod uwagę, że możliwe jest użycie do analiz białka w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym tego samego odczynnika, co potwierdza przedstawiona ulotka. Jak wynika z ulotki, do kontroli poziomu białka i weryfikacji krzywej kalibracyjnej dla oznaczeń białka w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym wystarczające są zawierające białko kontrole dostępne na rynku. Kontrola ta jest wystarczająca do wykonania oznaczeń kontrolnych zarówno w moczu, jak i w płynie mózgowo-rdzeniowym.

W zakresie zarzutu 6 dotyczącego zaoferowania niedostatecznej liczby materiałów kontrolnych i kalibratorów przedmiotem oceny jest, czy wykonawca zaoferował odpowiednią liczbę testów na kontrolę i kalibrację zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na zadane pytanie brzmiącą: „Zamawiający informuje, że na obu platformach będzie wykonywany pełen możliwy panel badań, w stosunku 50% do 50%.” Sposób rozumienia odpowiedzi przez oferenta w ten sposób, że zamawiający wykona 50% rodzajów oznaczeń na jednym analizatorze, a 50% na drugim skutkuje wnioskiem, że liczba testów na kontrolę i kalibrację zaoferowana przez Abbott jest prawidłowa. Należy także zauważyć, że również zamawiający po otrzymaniu w tym zakresie wyjaśnień nie zakwestionował liczby

zaoferowanych przez Abbott kontroli i kalibracji, co oznacza, że wymóg zamawiającego został zinterpretowany prawidłowo i wykonawca zaoferował odpowiednią liczbę wskazanych produktów. Jednocześnie jednak, jak słusznie zauważył zamawiający, ma on zapewnioną dostawę niezbędnej ilości materiałów na podstawie projektu umowy, gdzie w § 1 pkt 6 zawarto postanowienie o obowiązku dostarczenia przez wykonawcę odczynników i materiałów zużywalnych w ilości odpowiedniej dla faktycznego wykonania liczby badań wskazanych w siwz bez obciążania zamawiającego kosztami wynikającymi z dostarczenia dodatkowej ilości opakowań. Tym samym wykonawca zapewnia realizację przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji uznano niezasadność zarzutów.

Sygn. akt KIO 1503

Odnosnie zarzutu dotyczącego spełnienia wymagań siwz w pkt 1.20 siwz dla platformy analitycznej z załącznika nr 1.2, w którym postawiono wymóg: „wymiana odczynników, płynów płuczających i materiałów zużywalnych bez konieczności zatrzymywania procedury wykonywania badań i przejścia w tryb stand-by” przekonujące dla składu orzekającego jest wyjaśnienie, poparte opisami urządzenia, gdzie wskazano, że każdy sprzęt wymaga określonych czynności obsługowych, serwisowych, konserwacyjnych, wymiany płynów. Urządzenie zaoferowane przez przystępującego, ale również i urządzenie odwołującego wymaga analogicznych czynności, które w istocie nie wstrzymują bieżących badań na urządzeniu. Znaczenie wymogu jest ze względów funkcjonalnych zrozumiałe i oznacza spełnienie celu, jakim jest zapewnienie rutynowej codziennej pracy analizatora, umożliwiającej wykonanie danego oznaczenia. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności wykonywanych okresowo i nie codziennie, raz na jakiś czas i są one zaplanowane, zatem nie wstrzymują one procedury wykonywania i ciągłości badań.

W zakresie zarzutu B wykonawca – przystępujący przedstawił przedmiot zamówienia i oferowany przez siebie moduł zintegrowany z modułem ISE wraz z dokumentacją zdjęciową wykazując, że oferowany moduł ISE nie jest odrębnym samodzielny przedmiotem obrotu, nie jest wbudowany, lecz jest zintegrowany z systemem. Tym samym zarzut o zaoferowaniu zamiast dwóch modułów / analizatorów, lecz trzech, nie jest zasadny.

Powyższe wiąże się z wymogiem dotyczącym potencjometrycznej metody pomiaru. Oznaczenia te wykonywane są za pomocą modułu ISE, który jest skonfigurowany wraz systemem biochemicznym. System wraz modułem ISE dysponuje możliwościami analitycznymi w zakresie wykonywania oznaczeń ISE, system ten z modułem ISE zapewnia również wymóg dotyczący wydajności maksymalnej. Powyższe oznacza niezasadność zarzutów B – E.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego funkcji automatycznej detekcji pęcherzyków powietrza w próbce, skład uznaje za zasadne wyjaśnienie dysponowania funkcją wykrywającą brak próbki lub zbyt małą objętość próbki w wyniku skrzepu, pęcherzy w próbce, a także, dodatkowo na funkcję detekcji za pomocą piany za pomocą kamery.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego monitorowania poziomu odczynników wykonawca wykazał spełnienie złożonym dokumentem – „kontrola pozostałej ilości odczynnika” co potwierdza monitorowanie poziomu odczynników poprzez informację o ilości oznaczeń, które można wykonać z danej użytkowanej kasety.

Zarzut oznaczony literą H, a dotyczący braku zaoferowania materiału kontrolnego dla oznaczeń białka w PMR Izba, dzielając stanowisko samego odwołującego, uznaje za całkowicie bezzasadny i podniesiony jedynie jako swoisty „odwet” wobec tożsamego zarzutu zgłoszonego wobec jego oferty.

W konsekwencji zarzuty odwołania uznano za niezasadne jako nieudowodnione.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: