

Sygn. akt: KIO 65/19

WYROK
z dnia 31 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2019 r. przez wykonawcę Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. dr Wł. Biegańskiego z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawcy Radiometer Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Łodzi.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 65/19

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. dr Wł. Biegańskiego z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników i akcesoriów do oznaczania parametrów krytycznych oraz funkcji płytek krwi wraz z udostępnieniem analizatorów dla Pracowni Hydrodynamiki oraz Oddziału Kardiologii (ZP 45/18). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 listopada 2018 r. pod numerem 649384-N-2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16 stycznia 2019 r. wykonawca Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia przetargu ZP 45/18 w zakresie Pakietu nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty firmy Radiometer Sp. z o.o.;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty Radiometer Sp. z o.o. bez należytej weryfikacji prawdziwości informacji w niej zawartych i w rezultacie dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia wyboru oferty Radiometer Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert Radiometer Sp. z o.o. i Odwołującego,
- odrzućenie oferty Radiometer Sp. z o.o. z powodu niezgodności z SIWZ i złożenia przez tego oferenta nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów Odwołującego wysokości określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Radiometer Sp. z o.o., która nie spełnia wymogów Zamawiającego zawartych w SIWZ w następującym zakresie:

- 1.niedoszacowanie oferty (niedostateczna ilość kaset sensorowych);
- 2.niespełnienie parametrów wymaganych dla analizatora (pkt 11 oraz 12)
- 3.niezgodny ze stanem faktycznym opis parametrów ocenianych (pkt 2 oraz 5).

Odwołujący wskazał, iż o powyższych błędach informował już Zamawiającego pismem z dnia 17 grudnia 2018 r.

Odwołujący podniósł także, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę. Odwołujący jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą i powinna zostać wybrana. Gdyby Zamawiający swoimi czynnościami i zaniechaniami sprecyzowanymi w odwołaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp, oferta Odwołującego zostałaby wybrana w przedmiotowym postępowaniu w Pakiecie nr 1.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 21 stycznia 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca SAGEMCOM Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która zawierała najniższą cenę stanowiącą jedno z dwóch kryteriów oceny ofert. Powyższe zaniechanie Zamawiającego (jeśli naruszałoby ustawę Pzp) niewątpliwie mogło mieć wpływ na szanse Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także narazić go na szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia w przypadku dokonania wyboru oferty wykonawcy, która podlegać powinna odrzuceniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ, oferty Przystępującego, korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Przystępującym, pisma Odwołującego z dnia 17 grudnia 2018 r., zawiadomienia z dnia 11 stycznia 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła również stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 30 stycznia 2019 roku oraz wnioskowane przez Strony postępowania na rozprawie dowody w postaci wydruku wytycznych dotyczących organizacji i zarządzania badaniami w miejscu opieki nad pacjentem (POCT), wydruku artykułu dotyczącego badań w miejscu opieki nad pacjentem, zestawień opracowanych przez Odwołującego obejmujących wyliczenie kaset sensorowych według oferty Przystępującego oraz wyliczenie ilości kaset sensorowych i odczynnikowych przypadających na dany analizator i częstotliwość ich wymiany, instrukcji obsługi z oprogramowaniem od wersji 3.1., wyciągu ze specyfikacji aparatu złożonej przez Zamawiającego.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż cofa zarzuty odwołania w zakresie obejmującym pkt 12 załącznika nr 5 do SIWZ (dotyczący kwestii wydawania wyników ze znakami zapytania), wobec czego nie były one przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Odwołujący jest dysponentem postępowania odwoławczego, zatem od jego woli zależy czy popiera zgłoszony przez siebie w całości środek odwoławczy, czy też z części zarzutów rezygnuje. Cofnięcie zarzutów powoduje, iż należy je traktować jako niepodniesione w treści odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników i akcesoriów do oznaczania parametrów krytycznych oraz funkcji płytek krwi wraz z udostępnieniem analizatorów dla Pracowni Hemodynamiki oraz na Oddział Kardiologii z podziałem na dwa pakiety asortymentowe których szacunkowe zapotrzebowanie przedstawiono w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

Zamawiający przewidział dwa pakiety asortymentowe: Pakiet nr 1 obejmujący dostawę trzech analizatorów parametrów krytycznych, po jednym dla Oddziału Kardiologii (szacunkowa ilość oznaczeń 24 m-ce: 15 000), dla Oddziału Kardiologii POP (szacunkowa ilość oznaczeń 24 m-ce: 60 000), dla Pracowni Hemodynamiki (szacunkowa ilość oznaczeń 24 m-ce: 10 800); Pakiet nr 2 obejmujący dostawę analizatora do oceny reaktywności płytek – aspiryna (szacunkowa ilość oznaczeń 24 m-ce: 100), kłopidogrel (szacunkowa ilość oznaczeń 24 m-ce: 100).

Zgodnie z pkt 7 ppkt 1 i 2 SIWZ oferowany sprzęt musiał spełniać parametry graniczne wymienione w załączniku nr 5 do SIWZ (niespełnienie któregośkolwiek z parametrów granicznych spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ), a Zamawiający wymaga odczynników, materiałów zużywalnych z terminem ważności min. 6 miesięcy licząc od daty dostawy do siedziby Zamawiającego.

Jak wskazano w Rozdziale V pkt 54 SIWZ, w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 punkt 2) ustawy Pzp, Zamawiający żądał złożenia dokumentów określających dane techniczne (np. katalogi, prospekty, ulotki) nt. parametrów oferowanego produktu, potwierdzające zgodność zaoferowanego sprzętu z opisem przedmiotu zamówienia określonym w załączniku numer 2 i 5 oraz 6 do SIWZ oraz dokumentu „Parametry graniczne – załącznik nr 5.”

W Rozdziale XVII pkt 148 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Pod pojęciem oferty częściowej należało rozumieć pojedyncze pakiety asortymentowe nr 1 i 2.

W załączniku nr 5 do SIWZ wskazano parametry graniczne, jakie ma spełniać dostarczane urządzenie. Dla analizatorów parametrów krytycznych dostarczanych w ramach Pakietu nr 1 wskazano m.in. na następujące wymagania:

- wystandaryzowany czas kondycjonowania kasety odczynnikowo-sensorowej, maksymalnie 60 minut (pkt 11);
- automatyczne "blokowanie przez system" wątpliwych wyników. Po wykryciu błędu, który nie może ulec naprawie analizator nie wyświetla wyniku na ekranie (z informacją o wykryciu błędu). Aparat nie wydaje wyników ze znakami zapytania (pkt 12);
- sprzęt fabrycznie nowy, rok produkcji 2018 (pkt 19);
- możliwość sprawowania nadzoru przez koordynatora POCT w ramach spójnego systemu nadzoru integrującego aparaty.

W załączniku nr 6 do SIWZ zawierającego parametry oceniane w ramach kryterium „Ocena parametrów technicznych” wskazano m.in. na następujące parametry:

- brak jakichkolwiek czynności konserwacyjnych typu czyszczenie, odbiałczanie, wymiana czy kondycjonowanie sondy aspiracyjnej, czyszczenie i wymiana jakichkolwiek uszczelnień (pkt 2);
- wystandaryzowany czas kondycjonowania kaset odczynnikowo-sensorowych, maksymalnie 60 minut (pkt 5).

Zamawiający w dniu 23 listopada 2018 r. udzielił wyjaśnień treści SIWZ, w tym m.in. w na pytanie nr 12 dotyczące załącznika nr 5 do SIWZ ppkt 11 brzmiące „Prosimy o informacje czy zamawiający dopuści analizator pracujący w oparciu o dwa materiały zużywalne tj. kasetę sensorową oraz pakiet odczynnikowy. Oba materiały mają datę ważności 4 miesiące, natomiast podlegają jednoczesnej wymianie co 30 dni (30 dni stabilności na pokładzie), a ich inicjalizacja/kondycjonowanie trwa od 10 do 50 minut?” odpowiedział „Tak, Zamawiający dopuszcza.”

W postępowaniu w zakresie Pakietu nr 1 objętego odwołaniem wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego z ceną 669 906,45 zł oraz oferta Przystępującego z ceną 516 825,00 zł.

Przystępujący zaoferował dostarczenie analizatorów parametrów krytycznych typ ABL90 PLUS, producent Radiometer Medical ApS, rok produkcji 2018. W treści oferty wskazał na dostarczenie 25 opakowań kaset sensorowych dla Oddziału Kardiologii, 50 opakowań kaset sensorowych dla Oddziału Kardiologii POP, 24 opakowań kaset sensorowych dla Pracowni Hemodynamiki oraz łącznie 123 opakowań kaset odczynnikowych. W wypełnionym załączniku nr 5 w pkt 11 Przystępujący odnośnie wystandaryzowanego czasu kondycjonowania kasety odczynnikowo-sensorowej wskazał „Tak, zgodnie z odp. z dnia 23.11.2018 r. – analizator pracujący w oparciu o dwa materiały zużywalne, tj. kasetę sensorową oraz pakiet odczynnikowy. Oba materiały mają datę ważności 4 miesiące, natomiast podlegają jednoczesnej wymianie co 30 dni (30 dni stabilności na pokładzie) a ich inicjalizacja/kondycjonowanie trwa od 10 do 50 minut.” W wypełnionym załączniku nr 6 do SIWZ to samo zostało wskazane w punkcie 5. Ponadto w pkt 2 tego załącznika odnoszącego się do braku jakichkolwiek czynności konserwacyjnych, Przystępujący wskazał, iż operator nie wykonuje żadnych czynności, wszystkie czynności obsługowe leżą po stronie serwisu, dokonywane są podczas

rocznego przeglądu okresowego.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 grudnia 2018 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, Przystępujący złożył m.in. Specyfikację analizatora ABL90 FLEX PLUS, w której wskazano na czas uruchomienia kasety sensorowej poniżej 1 godziny. Ponadto złożył oświadczenie potwierdzające, że spełnia wymagania wymienione w załączniku nr 6 do SIWZ w pozycji nr 2 w pakiecie nr 1. Złożył także ponownie załącznik nr 5 do SIWZ.

W dniu 17 grudnia 2018 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego pismo, w którym poinformował o nieprawidłowościach w ofercie Przystępującego.

W kontekście niedoszacowania oferty, wskazał na wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 23 listopada 2018 r., z których wywiódł wniosek, iż Zamawiający wyraził zgodę na analizator pracujący w oparciu o dwa materiały zużywalne: kasety sensorową i pakiet odczynnikowy (w miejsce pierwotnego wymagania skonsolidowanej kasety sensorowo-odczynnikowej), w którym to analizatorze materiały zużywalne podlegają jednoczesnej wymianie co 30 dni. Przystępujący zaoferował 123 kasety odczynnikowe i tylko 99 kasety sensorowych. Jednocześnie Zamawiający wymaga, aby materiały te były wymieniane jednocześnie, tym samym ilość kasety odczynnikowych i sensorowych powinna być równa. Dlatego też oferta firmy Radiometer jest niedoszacowana o 24 kasety sensorowe, co w zależności od rodzaju zastosowanych kasety daje różną wartość kwotę niedoszacowania od 81 600 do 98 400 zł netto, które to niedoszacowanie istotnie wpływa na punktację oferty ze względu na 60% rangę ceny i stanowi wyraz nieuczciwej konkurencji.

Następnie Odwołujący w piśmie odniósł się do niespełnienia parametrów wymaganych analizatora, w tym do pkt 11 parametrów granicznych dotyczącego czasu kondycjonowania kasety odczynnikowo-sensorowej. Wskazał, iż w instrukcji obsługi oferowanego analizatora, str. 41, wskazano iż „po zamontowaniu nowej kasety czujników analizator musi wykonać procedurę kondycjonowania. Proces ten może potrwać do 4 godzin.” Tym samym oferta Przystępującego nie spełnia wymogu z pkt 11, ponieważ po pierwsze czas kondycjonowania czujników (sensorów) nie jest wystandaryzowany (nie jest zdefiniowana dokładnie długość trwania procesu), a po drugie może on trwać aż do 4 godzin.

Odwołujący wskazał także na niezgodny ze stanem faktycznym opis parametrów ocenianych analizatora. Po pierwsze na pkt 2 parametrów ocenianych, którego spełnienie Przystępujący potwierdził. Odwołujący wskazał, iż stwierdzenie Przystępującego nie jest zgodne z instrukcją obsługi (str. 87-100, tabela „Rozwiązywanie problemów”) wskazuje bowiem, które problemy powinien rozwiązać samodzielnie użytkownik, a kiedy należy skontaktować się z przedstawicielem serwisu. Do czynności wykonywanych samodzielnie przez użytkownika należy m.in. wymiana uchwytu uszczelki wlotu (str. 128). Procedura wymiany uchwytu uszczelki wlotu jest opisana na stronach 44-45 Instrukcji obsługi użytkownika. Instrukcja obsługi przewiduje również konieczność wykonywania przez użytkownika w razie potrzeby (np. zatkanie przez skrzep) manualnego czyszczenia zespołu aspiracyjnego analizatora (płukanie zespołu transportu płynów, str. 89-92). Po drugie Odwołujący wskazał na pkt 5 parametrów ocenianych (wystandaryzowany czas kondycjonowania kasety odczynnikowo-sensorowych maksymalnie 60 minut). Wskazał, iż Przystępujący potwierdził ten parametr niezgodnie ze stanem faktycznym, gdyż instrukcja obsługi mówi, że „po zamontowaniu nowej kasety czujników analizator musi wykonać procedurę kondycjonowania. Proces ten może potrwać do 4 godzin.”

Reasumując Odwołujący podniósł, iż oferta Przystępującego zawiera liczne nieprawidłowości, nie jest zgodna z SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Do pisma Odwołujący załączył fragmenty instrukcji obsługi analizatora ABL Flex 90 (wersja oprogramowania od 3.1.).

Pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie części parametrów wskazanych w załączniku nr 5. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż: „Ponadto potwierdzenie Państwo w punkcie 11 (parametry graniczne), że oba materiały na których pracuje analizator podlegają jednoczesnej wymianie co 30 dni zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego. W trakcie sprawdzania oferty Zamawiający powziął wątpliwość co do konieczności jednoczesnej wymiany materiałów. Prosimy o wyjaśnienie powyższej kwestii w Państwa ofercie.” Ponadto wskazał, iż w związku z wątpliwościami związanymi ze spełnianiem przez oferowany przedmiot zamówienia warunku opisanego w punkcie nr 2 w załączniku nr 6 (parametry oceniane) prosi o potwierdzenie złożonego oświadczenia o spełnieniu ww. warunku.

W odpowiedzi na to pismo, Przystępujący wyjaśnił, iż w punkcie 11 parametrów granicznych zgodnie z wyjaśnieniem do postępowania Zamawiający dopuścił rozwiązanie, w którym oba materiały, na których pracuje analizator podlegają jednoczesnej wymianie co 30 dni. W związku z powyższym Przystępujący zaoferował ilość materiałów zużywalnych wyczerpujących to dopuszczenie (na każdy analizator przez 24 miesiące przypada w zaokrągleniu 25 kasety, tj. 75 szt. dla każdego z dwóch materiałów zużywalnych). Jednocześnie postępowanie to zostało ogłoszone na ilość oznaczeń, dlatego też kalkulując ofertę Przystępujący zaoferował większą ilość kasety sensorowych i odczynnikowych, aby oferta była oszacowana w sposób rzetelny. Oferowanie jeszcze większej ilości kasety sensorowych

byłoby sztucznym zawyżeniem oferty. Postępowanie jest prowadzone na określoną ilość badań, nie zaś na określoną ilość materiałów zużywalnych. Wskazał, iż zaproponowane przez niego w ofercie rozwiązanie wyczerpuje postawione przez Zamawiającego dopuszczenie jednoczesnej wymiany co 30 dni. Odnośnie parametrów ocenianych w pkt 2 załącznika nr 6, Przystępujący oświadczył i potwierdził, iż wszystkie wymienione czynności konserwacyjne typu czyszczenie, odbiałczanie, czyszczenie i wymiana jakichkolwiek uszczeltek nie jest wykonywana przez operatora ponieważ analizator dokonuje tego automatycznie. Jedyną czynnością obsługową to wymiana sondy aspiracyjnej i leży po stronie serwisu, dokonywana jest podczas rocznego przeglądu okresowego. Na potwierdzenie Przystępujący dołączył wymagane czynności przeglądu rocznego analizatora. W tabeli opisującej zawartość rocznego zestawu serwisowego wymieniono sondę wlotu z uchwytem (sonda aspiracyjna), uszczelkę łącznika wlotu, wężyk zaworu i wężyk ściekowy.

Pismem z dnia 11 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w zakresie Pakietu nr 1 była oferta Przystępującego - Radiometer Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób skonstruowania samego odwołania, które *de facto* nie zawiera uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów. Odwołujący w ramach uzasadnienia faktycznego wskazał jedynie hasłowo trzy aspekty, w których upatruje niezgodności z SIWZ, tj. niedoszacowanie oferty (niedostateczna ilość kaset sensorowych), niespełnienie parametrów wymaganych dla analizatora (pkt 11 oraz 12), niezgodny ze stanem faktycznym opis parametrów ocenianych (pkt 2 oraz 5). Odwołujący nie przedstawił w powyższym zakresie jakiegokolwiek dalszej argumentacji, nie wyjaśnił nawet do których elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszą się wskazywane w nawiasach punkty, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu, iż o powyższych błędach zawiadomił już Zamawiającego pismem z dnia 17 grudnia 2018 r., pozostawiając tym samym zarówno Zamawiającemu, jak i Uczestnikowi postępowania, ale także Krajowej Izbie Odwoławczej pole do interpretacji, które okoliczności faktyczne zostały objęte zakresem odwołania i co tak naprawdę w ofercie Przystępującego nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ i dlaczego.

Praktykę taką Izba ocenia jako naganną i nie znajdującą oparcia w przepisach prawa, podstawą zarzutu jest bowiem nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Jak wskazuje się w orzecznictwie, norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18). Oparcie się w odwołaniu na ogólnych - i jak w niniejszym przypadku - bardzo szerokich, niedopowiedzianych i nie odnoszących się do konkretnych postanowień SIWZ, tezach o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, uniemożliwia zarówno Zamawiającemu, jak i Uczestnikowi postępowania, przygotowanie argumentacji i rzeczowe odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego okoliczności (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 533/18).

Odwołujący wnosząc odwołanie jest zobowiązany do przedstawienia i wykazania okoliczności sprawy w sposób, który przekona Krajową Izbę Odwoławczą o słuszności jego twierdzeń, a zaniechania w tym zakresie skutkować będą co do zasady oddaleniem odwołania. Nie jest rolą Izby poszukiwanie samodzielnie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jakie konkretnie parametry kwestionuje Odwołujący i gdzie znajdują się w treści SIWZ postanowienia regulujące obowiązek dochowania tych parametrów. Takie działanie naruszałoby przepisy, jak również zasadę równości stron w postępowaniu odwoławczym i kontrydiktoryjności. Zarzucając Zamawiającemu nieodrzućcenie oferty konkurenta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący winien był wskazać, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ. Odwołujący obowiązkiem temu nie zadośćuczynił i już z tego względu odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości.

Nawet jednak gdyby uwzględnić jako element podstawy faktycznej stawianych zarzutów treść pisma Odwołującego

z dnia 17 grudnia 2018 r., do której odniósł się on w odwołaniu, to i tak w ocenie Izby Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Odnosząc się do pierwszego z hasłowo wskazanych w odwołaniu aspektów, tj. kwestii niedoszacowania oferty Przystępującego, bazując na treści pisma z 17 grudnia 2018 r. należy wskazać, iż Odwołujący opierał swoje wnioski na twierdzeniu, że Zamawiający wymagał, aby materiały zużywalne były wymieniane jednocześnie, a więc ilość kasety odczynnikowych i sensorowych w ofercie Przystępującego powinna być równa.

Powyższa okoliczność nie została jednak udowodniona przez Odwołującego, podobnie jak fakt, że ilość kasety odczynnikowych i sensorowych podana w ofercie Przystępującego jest ilością niewystarczającą, uniemożliwiającą realizację zamówienia (innymi słowy, że kasety tych było za mało). Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego kasety sensorowych powinno być dokładnie tyle samo co odczynnikowych (czyli 123), a nie na przykład kasety odczynnikowych tyle samo co sensorowych. Ponadto Przystępujący na rozprawie wyjaśnił, z czego wynika różnica w liczbie zaoferowanych kasety odczynnikowych i sensorowych (miało to na celu zabezpieczenie Zamawiającego na wypadek gdyby urządzenie musiało wykonać np. dodatkowe płukania w celu umożliwienia dalszego badania), a Odwołujący wyjaśnień tych nie kwestionował. Odwołujący nie wskazywał także na jakiegokolwiek wymogi SIWZ, z których wynikałyby obowiązki wykonawców w zakresie wymaganej do dostarczenia liczby kasety sensorowych, odczynnikowych czy sensorowo-odczynnikowych.

Nawet gdyby twierdzenia Odwołującego o tym, że liczba kasety odczynnikowych i sensorowych powinna być równa były prawdziwe, czego nie wykazał, to brak jest jakichkolwiek wiarygodnych dowodów na to, że ilość kasety sensorowych zaoferowana przez Przystępującego było zbyt mała do dokonania wymaganej przez Zamawiającego liczby oznaczeń. Zestawienie złożone przez Odwołującego obejmujące wyliczenie kasety sensorowych według oferty Przystępującego, z którego wywodził on zbyt małą liczbę zaoferowanych oznaczeń, zostały dokonane z uwzględnieniem aktywności w zakresie kontroli jakości w wymiarze 3 x dziennie. Tymczasem zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wskazywali, iż czynności takie jak kalibracja (kontrola jakości) są już wpisane w liczbę oznaczeń w kasecie, a nie, że należy uwzględniać z uwagi na tę aktywność dodatkowe kasety. Jak wyjaśnił Przystępujący, ilości oznaczeń dotyczą oznaczeń do badań, dodatkowe czynności, które urządzenie dokonuje automatycznie, są przypisane do wielkości kasety i nie zmniejszają ilości oznaczeń do badań. Powoduje to, że wyliczenia Odwołującego są obarczone błędem i przez to niemiarodajne.

Izba miała także na uwadze, iż w postępowaniu odwoławczym Odwołujący wskazywał na brak zachowania wymogu jednocześnie wymiany kasety odczynnikowych i sensorowych, na dowód czego przedstawił zestawienie ilości kasety sensorowych i odczynnikowych przypadających na dany analizator oraz częstotliwości ich wymiany. Niemniej tego rodzaju niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ nie była ani wskazana w odwołaniu, ani nie wynikała z treści pisma Odwołującego z dnia 17 grudnia 2018 r., jest zatem argumentacją spóźnioną, nie podlegającą rozpoznaniu przez Izbę, która związana jest granicami zarzutów. Na marginesie należy jedynie wskazać, iż SIWZ nie zawierała wymogu co do obowiązku jednocześnie wymiany kasety sensorowych i odczynnikowych, co Zamawiający podkreślał podczas rozprawy. Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego odnośnie treści SIWZ wynika jedynie, iż Zamawiający dopuścił takie rozwiązanie (jako jedno z możliwych, nie obowiązkowych). Natomiast inną sprawą jest, że Przystępujący zobowiązał się takie właśnie analizatory (tj. pracujące w oparciu o dwa materiały zużywalne, które podlegają jednocześnie wymianie co 30 dni), dostarczyć, co wynika z treści jego oferty. Odwołujący jednak nie sformułował zarzutów odnoszących się do kwestii ewentualnego braku możliwości dokonywania jednocześnie wymiany kasety, lecz do zaoferowania niedostatecznej liczby kasety odczynnikowych w stosunku do kasety sensorowych w kontekście niedoszacowania ceny oferty. Z drugiej strony nie stawiał on zarzutów związanych z tym, czy cena oferty uwzględnia wszystkie niezbędne koszty realizacji zamówienia.

Odnosząc się do kwestii niespełnienia wymaganych parametrów analizatora, Odwołujący w odwołaniu wskazał na pkt 11 i 12. Z treści pisma z 17 grudnia 2018 r. wynika, iż chodziło tutaj o pkt 11 i 12 załącznika nr 5 do SIWZ opisującego parametry graniczne. W zakresie pkt 12 Odwołujący na posiedzeniu przed Izbą wycofał zarzuty, wobec czego Izba rozpoznaniu poddała tylko parametr wystandaryzowanego czasu kondycjonowania kasety odczynnikowo – sensorowej, który miał wynosić maksymalnie 60 minut.

Niespełnienie powyższego wymogu przez analizatory Przystępującego, Odwołujący w piśmie z dnia 17 grudnia 2018 r. wywodził z brzmienia Instrukcji obsługi, gdzie wskazano „Po zamontowaniu nowej kasety czujników analizator musi wykonać procedurę kondycjonowania. Proces ten może potrwać do 4 godzin.” Należy jednak mieć na uwadze, iż Odwołujący jako dowód złożył Instrukcję obsługi dla wersji oprogramowania od 3.1., podczas gdy – zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego, których Odwołujący nie kwestionował – do analizatorów wyprodukowanych w 2018 r. stosować należy Instrukcję obsługi dla wersji oprogramowania 3.4. Odwołujący posługiwał

się zatem Instrukcją zdezaktualizowaną, nie wykazując jednocześnie, że w wersji Instrukcji obsługi, która znajduje zastosowanie do analizatorów o roku produkcji 2018 znajdują się analogiczne informacje. Tymczasem Zamawiający wskazywał, iż aktualna instrukcja różni się od tej złożonej, nie ma tam informacji o 4 godzinach nagrzewania się kasety. Wskazał także, iż czas kondycjonowania kasety Zamawiający ustalił na podstawie specyfikacji aparatu złożonej przez Przystępującego wraz z pismem stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z 11 grudnia 2018 r. i złożył wyciąg z tej specyfikacji jako dowód.

Po drugie za niezasadne, jako nieznajdujące oparcia w treści SIWZ, Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż Instrukcja obsługi powinna mieć prymat nad specyfikacją urządzenia złożoną przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba miała na względzie, iż Zamawiający przewidział w SIWZ otwarty katalog dokumentów, jakie wykonawcy mogli złożyć w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia parametry określone w zał. 5 i 6 do SIWZ – jako przykład wskazano na katalogi, prospekty, ulotki. Wobec tego nie sposób stwierdzić, że specyfikacja urządzenia złożona przez Przystępującego potwierdzająca czas uruchomienia kaset sensorowych poniżej godziny była dokumentem nieprawidłowym, zresztą Odwołujący nie podważał jej wiarygodności czy prawdziwości, a jedynie wskazywał na pierwszeństwo treści Instrukcji obsługi wywodzone z przepisów ustawy o wyrobach medycznych. Taka interpretacja nie tylko nie znajduje potwierdzenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale jest także sprzeczna z zasadami doświadczenia życiowego. Instrukcje obsługi co do zasady mają charakter bardziej ogólny niż specyfikacje techniczne konkretnego urządzenia, często odnoszą się do kilku typów czy modeli urządzeń, podczas gdy specyfikacje zawierają informacje o parametrach technicznych danego, ściśle określonego, typu czy modelu urządzenia. Brak było zatem podstaw do uznania, że sprzęt zaoferowany przez Przystępującego nie spełniał omawianego parametru granicznego. Odwołujący w żaden sposób nie poparł także stwierdzenia, że czas kondycjonowania nie jest wystandaryzowany.

Również za nieudowodnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego o niezgodnym ze stanem faktycznym opisie parametrów ocenianych analizatora. Niezgodność tę Odwołujący w treści odwołania do pkt 2 oraz 5. Jak wynika z pisma z dnia 17 grudnia 2018 r. chodziło tu o pkt 2 i 5 załącznika nr 6 do SIWZ dotyczącego parametrów ocenianych.

Pkt 5 parametrów ocenianych dotyczył omówionego powyżej wymogu związanego z wystandaryzowanym czasem kondycjonowania kasety sensorowej, a Odwołujący podniósł w tym zakresie tożsamą argumentację jak w przypadku pkt 11 załącznika nr 5 do SIWZ. W związku z tym pełną aktualność zachowują powyższe rozważania Izby, wskazujące na niezasadność stanowiska Odwołującego kwestionującego spełnienie wymogów w zakresie wystandaryzowanego czasu kondycjonowania kasety, których powielanie w tym miejscu Izba uznaje za zbędne.

Odnosząc się zaś do wymogu związanego z brakiem jakichkolwiek czynności konserwacyjnych i wymian (pkt 2 załącznika nr 6 do SIWZ), w ocenie Izby, Odwołującego wywiódł zbyt daleko idący wniosek, iż zgodnie z Instrukcją obsługi problemy związane z wymianą uchwytu uszczelki użytkownik powinien rozwiązać samodzielnie. Instrukcja ta daje wskazówki jak rozwiązać ewentualnie powstały problem, natomiast nie jest to równoznaczne z tym, że użytkownik musi tej czynności dokonać samodzielnie. Ponadto Odwołujący nie wykazał, iż w przypadku analizatora zaoferowanego przez Przystępującego nie jest możliwe i realne dokonanie wymiany uchwytu uszczelki raz w roku, w ramach przeprowadzanego serwisu, na co wskazywał Przystępujący. Ponadto również i w tym przypadku powoływał on się na treści Instrukcji obsługi, która nie jest aktualna w odniesieniu do urządzeń wyprodukowanych w 2018 r., a także powoływał się na okoliczność, iż uchwyt uszczelki wlotu jest materiałem zużywalnym, co było bezsporne. Natomiast Przystępujący wyjaśnił, iż od 2017 r. sonda aspiracyjna wraz z uchwytem wymieniana jest tylko podczas przeglądu jako jedna część, a uchwyt uszczelki wlotu uzyskał na tyle wysoką trwałość, że podlega wymianie raz na 12 miesięcy w ramach czynności serwisowych, nie wymienia go użytkownik. Izba miała także na względzie, iż w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia znajdują się wyjaśnienia Przystępującego, w których opisał on wymagane czynności przeglądu rocznego analizatora oraz przedstawił tabelę opisującą zawartość rocznego zestawu serwisowego, w którym wymieniono nie tylko sondę wlotu z uchwytem (sonda aspiracyjna) ale także właśnie uszczelkę łącznika wlotu, wężyk zaworu i wężyk ściękowy.

Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący nie odnosił się na rozprawie do kwestii konieczności wykonywania przez użytkownika w razie potrzeby manualnego czyszczenia zespołu aspiracyjnego analizatora, na które powoływał się w treści pisma z 17 grudnia 2018 r., nie jest zatem jasne czy Odwołujący w ogóle podtrzymywał zarzut również w tym aspekcie. Niewątpliwie jest natomiast, że okoliczność ta nie została w żaden sposób wykazana w postępowaniu odwoławczym.

Na koniec należy jeszcze wskazać, iż w żaden sposób zasadności stawianych zarzutów nie potwierdza argumentacja Odwołującego przedstawiana podczas rozprawy w zakresie tego, że analizatory, będące przedmiotem zamówienia, są przeznaczone do pracy na oddziale, a nie w laboratorium diagnostycznym oraz odnośnie systemu

POCT. Okoliczności te nie były sporne, a złożone w tym zakresie przez Odwołującego dowody były – w ocenie Izby - nieistotne dla rozstrzygnięcia. Odwołujący w ogóle nie wykazał, jak powyższe okoliczności miałyby się przekładać na kwestię niedoszacowania oferty czy niespełnienia parametrów granicznych lub ocenianych. Fakt, że laboratorium znajduje się w innym budynku niż Oddział Kardiologii, gdzie mają być dostarczone analizatory jest dla sprawy irrelevantny i jest wyłącznie kwestią wewnętrzną organizacji pracy Zamawiającego. Odwołujący nie podnosił zaś jakichkolwiek zarzutów w zakresie niespełnienia przez zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia parametru granicznego z pkt 20 załącznika nr 5 do SIWZdotyczącego możliwości sprawowania nadzoru przez koordynatora POCT w ramach spójnego systemu nadzoru integrującego aparaty.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....