

Sygn. akt: KIO 2964/20

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego, ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz**, przy udziale wykonawców:

A.ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa,
B.Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa,
C.Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego, tj. zarzutów dotyczących oferty Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oferty Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Siemens Healthcare sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2964/20

Uzasadnienie

Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego, ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz (dalej: „Zamawiający”) prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawy odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatów dla Laboratorium Analitycznego, w zakresie Zadania nr 1: Odczynniki laboratoryjne do badań immunochemicznych i biochemicznych, materiały zużywalne, kalibratory i kontrole z dzierżawą aparatu wraz ze stacją uzdatniania wody”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2020 r. pod pozycją 2020/S 091-216364.

W dniu 13 listopada 2020 r. wykonawca Siemens Healthcare sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

- odrzucenia jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- zaniechania odrzucenia pozostałych ofert złożonych w postępowaniu na podstawie dodatkowych tj. niewymienionych w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania przestane,
- w przypadku wykonawcy Abbott ponadto zaniechaniu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do ofert wszystkich pozostałych wykonawców
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Abbott pomimo podania w treści oferty informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący Siemens wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania jako obciążonej wadą mającą wpływ na jego wynik, uwzględnienie odwołania w całości,
2. w przypadku wniesienia odwołań do Izby przez pozostałych aktualnie odrzuconych wykonawców o odrzucenie tych ofert/wykluczenie z postępowania na podstawie dodatkowych zawartych w odwołaniu podstaw.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący informuje, że zgodnie z SIWZ w zakresie Zadania nr 1, przedmiot zamówienia obejmuje dostawy odczynników laboratoryjnych do badań immunochemicznych i biochemicznych, materiały zużywalne, kalibratory i kontrole z dzierżawą aparatu wraz ze stacją uzdatniania wody.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z uzasadnieniem faktycznym decyzji o odrzuceniu jego oferty z postępowania - Zamawiający uznał, że zgodnie z formularzem cenowym w rozdziale: Kontrola - opis asortymentu i częstotliwość wykonywania w pozycji 1. Zamawiający wymagał zaoferowania kontroli w formie

cieklej dokonywanej na 3 poziomach dla wielu parametrów, w tym dla kwasów żółciowych. W ocenie Zamawiającego firma Siemens w swojej ofercie zaoferowała w pozycji 35 odczynnik kontrolny dla kwasów żółciowych o nazwie Total Bile Acids QC firmy Sentinel, który jest kontrolą tylko na dwóch poziomach, tak więc brakuje trzeciego poziomu kontroli. W konsekwencji w ocenie Zamawiającego z powyższych przyczyn produkt zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i dokonał na tej podstawie jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego treść złożonej w postępowaniu oferty jest zgodna z SIWZ, co wyklucza możliwość jej odrzucenia. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego całkowicie pomija kluczową dla sprawy czynność wyjaśnienia postanowień SIWZ na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu. W odpowiedzi na pytanie nr 10 (pismo Zamawiającego znak ZP-1530/20, z dnia 18.06.2020r.), dotyczące w całości wymaganych materiałów kontrolnych, Zamawiający wyjaśnił następująco:

Zapytanie nr 10:

„Prosimy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wymagań dotyczących materiałów do wewnętrznej kontroli jakości. SIWZ zawiera sprzeczności w zakresie tych wymagań. Pod tabelą z listą odczynników zapisano, że 80% materiałów kontrolnych ma pochodzić od niezależnego producenta; zaś w opisie oczekiwań wobec materiałów kontrolnych zawarty jest wymóg, aby wszystkie materiały kontrolne pochodziły od tego samego producenta, co oprogramowanie do oceny wewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości. Ponadto nie znajdujemy na rynku niezależnego dostawcy, który oferuje materiały kontrolne spełniające wszystkie cechy wymienione w SIWZ, w szczególności dostępność wszystkich wymaganych parametrów w jednym materiale kontrolnym. Prosimy zatem o odpowiedź na poniższe pytania:

a) Czy Zamawiający zgadza się, aby pozycje 1, 2, 3, 4, 5, 9 zostały rozbudowane o dodatkowe materiały kontrolne, dzięki którym kontrolą objęte zostaną wszystkie wymienione badania?

b) Czy Zamawiający zgadza się, aby niektóre materiały kontrolne z pozycji 9 oferowane były we fiolkach większych niż opisane w SIWZ? Zaoferowana zostanie taka ilość, która pozwoli dysponować stabilnym materiałem kontrolnym przez cały czas obowiązywania kontraktu.

c) Czy Zamawiający zgadza się na zaoferowanie materiałów kontrolnych pochodzących od niezależnego producenta dla 80% wymienionych badań?”.

Odpowiedź:

„Pyt. Nr A - Zamawiający wyraża zgodę, aby pozycje 1,2,3,4,5,9 zostały rozbudowane o dodatkowe materiały kontrolne.

Pyt- Nr B - Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie materiałów kontrolnych do parametrów z pozycji 9 w fiolkach o większej pojemności niż opisane w SIWZ pod warunkiem, że zaoferowana ilość zapewni stabilny materiał kontrolny przez cały czas trwania umowy.

Pyt. Nr C - Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie materiałów kontrolnych pochodzących od niezależnego producenta dla 80% wymienionych badań”.

Odwołujący wskazuje, że przy uwzględnieniu powyższych wiążących tak Zamawiającego jak i uczestników postępowania wyjaśnień SIWZ, zaoferowany w postępowaniu materiał kontrolny jest w pełni zgodny z wymaganiami Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie Nr A udzielonej dnia 18.06 Zamawiający dopuścił wprost zaoferowanie dodatkowych materiałów kontrolnych, innych niż wymienione w SIWZ, po to by objąć kontrolą wszystkie wymienione parametry. Zamawiający nie określił parametrów tych dodatkowych materiałów kontrolnych, ilości dostępnych poziomów ani wielkości fiolek. Dlatego Odwołujący uznaje, że zaoferowany przez niego materiał kontrolny dla oznaczeń kwasów żółciowych spełnia wymagania SIWZ. Zdaniem Odwołującego Zamawiający udzielił również swojej zgody w odpowiedzi na pytanie nr B, modyfikując zapisy SIWZ i dopuszczając zaoferowanie materiałów kontrolnych pochodzących od niezależnego producenta dla 80% wykonywanych badań. Z tej zmiany skorzystali wszyscy oferenci, zaś Zamawiający nie kwestionował treści poszczególnych ofert w tym zakresie.

Odwołujący podnosi, że wszyscy wykonawcy którzy ubiegali się o przedmiotowe zamówienie w powyższym zakresie jednakowo zrozumieli SIWZ i jej wyjaśnienia i uwzględnili je w złożonych w postępowaniu ofertach, w szczególności:

- Oferta Beckman Coulter zawiera więcej pozycji z materiałami kontrolnymi niż wymienione w SIWZ pozycje 1, 2, 3, 4, 5, 9. Zawiera również kontrolę dla oznaczeń Etanolu i Amoniak na 2 poziomach. Materiały pochodzące od producenta innego niż producent odczynników stanowią 65% wszystkich zaoferowanych materiałów QC (mniej niż wymagane w zapisach SIWZ przed modyfikacją);

- Oferta Abbott zawiera więcej pozycji z materiałami kontrolnymi niż wymienione w SIWZ pozycje 1, 2, 3,4, 5,9. Zawiera również kontrolę dla oznaczeń Kwasów żółciowych na 2 poziomach (Technopath Multichem S Plus). Materiały pochodzące od producenta innego niż producent odczynników stanowią 59% wszystkich zaoferowanych materiałów QC (mniej niż wymagane w zapisach SIWZ przed modyfikacją);

- Oferta Roche zawiera więcej pozycji z materiałami kontrolnymi niż wymienione w SIWZ pozycje 1, 2, 3, 4, 5, 9. Materiały pochodzące od producenta innego niż producent odczynników stanowią 71% wszystkich zaoferowanych materiałów QC (mniej niż wymagane w zapisach SIWZ przed modyfikacją).

Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien jednakowo traktować i egzekwować zmiany, które wprowadził do treści SIWZ. Powołuje się na orzecznictwo KIO mające podkreślać wiążący charakter procedury wyjaśniającej SIWZ - KIO 1479/18, KIO 144/19, KIO 745/20, KIO 1193/19.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że przy uwzględnieniu treści SIWZ oraz wyjaśnień postanowień specyfikacji przez Zamawiającego, uznać należy, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że mając na względzie powyższe, jakkolwiek procedura poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp byłaby w odniesieniu do jego oferty zbędna, bowiem dotyczy ona wyłącznie niezgodności treści oferty z

SIWZ, które w odniesieniu do oferty Odwołującego nie występują.

Odwołujący wskazuje, że w trakcie postępowania Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie i uzyskał stanowisko zgodne z prezentowanym powyżej, co winno skutkować zaniechaniem dokonania czynności odrzucenia oferty z postępowania. Tym bardziej zatem decyzja Zamawiającego, poza pominięciem własnych wyjaśnień SIWZ z etapu poprzedzającego składanie ofert w przetargu, pomija także wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ustawy Pzp, które potwierdziły i uzasadniły dodatkowo pełną zgodność oferty z treścią SIWZ.

Poza podniesionymi w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego zarzutami dotyczącymi oferty wykonawcy Roche, które Odwołujący w całości popiera i podtrzymuje, w ocenie wykonawcy oferta ta podlega dodatkowym obligatoryjnym podstawom odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje następujący asortyment:

„III. Opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy odczynników laboratoryjnych, materiałów zużywalnych, kalibratorów, kontroli i płynów wraz z dzierżawą aparatów, stacji uzdatniania wody, wirówki i komputerów przenośnych wraz z oprogramowaniem dla Laboratorium Analitycznego zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do niniejszej SIWZ oraz opisem technicznym stanowiącym Załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

2. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych na następujące zadania:

Zadanie 1: Odczynniki laboratoryjne do badań immunochemicznych i biochemicznych, materiały zużywalne, kalibratory i kontrole z dzierżawą aparatu wraz ze stacją uzdatniania wody”.

Odwołujący podnosi, że nie ulega wątpliwości, że zakres rzeczowy świadczeń wykonawców, jaki mieli zarówno uwzględnić i zidentyfikować w ofercie jak i objąć wyceną ofertową uwzględniał, poza aparatami, stacje uzdatniania wody. Potwierdza to także opis techniczny stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ. Stacja uzdatniania wody jest koniecznym elementem zamówienia, ponieważ służy do zapewnienia odpowiedniej jakości i ilości wody niezbędnej do prawidłowej pracy analizatorów będących częścią przedmiotu niniejszego postępowania przetargowego. Zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający wyodrębnił następujące elementy wymagające identyfikacji – Dla zadania 1 wskazano „Odczynniki laboratoryjne do badań immunochemicznych i biochemicznych, materiały zużywalne, kalibratory i kontrole z dzierżawą aparatu wraz ze stacją uzdatniania wody”, poniżej w tabelce, w kolumnie asortyment wskazano „Dzierżawa aparatów wraz ze stacją uzdatniania wody w okresie 47 miesięcy opisanego w załączniku nr 3”. W kolumnach „Cena jedn. netto op.”, „Wartość netto”, „Wartość brutto” wskazano „Dzierżawa aparatów wraz ze stacją uzdatniania wody...”. Ostatnia kolumna określona została jako „Producent, nazwa handlowa lub numer katalogowy”.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że obowiązkiem wykonawców składających ofertę była identyfikacja i konkretyzacja na opisanym w Załączniku poziomie szczegółowości treści oferty.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ Zamawiający opisał wymagany poziom szczegółowości identyfikacji oferowanego asortymentu w następujący sposób:

- SIWZ - pkt 9 s. 2:

„9. Wykonawca winien zaoferować wszystkie pozycje asortymentowe wymienione w formularzu cenowym w ramach danego zadania. Wykonawca w formularzu cenowym powinien podać nazwę producenta, nazwę handlową lub numer katalogowy”.

Załącznik nr 2 Formularz cenowy - (brzmienie wymagania powołane powyżej)

Formularz Cenowy zawiera dwie pozycje związane z oferowaną w postępowaniu stacją uzdatniania wody:

- Materiały zużywalne do stacji uzdatniania wody - wymóg podania producenta, nazwy handlowej lub numeru katalogowego,

- Stacja uzdatniania wody - ostatni wiersz Formularza cenowego - wymóg samodzielny podania producenta, nazwy handlowej lub numeru katalogowego.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu poza samą wyceną poszczególnych elementów składowych zamówienia był wymóg dokonania identyfikacji co do tożsamości oferowanego asortymentu - w tym w szczególności stacji uzdatniania wody, a także materiałów zużywalnych do nich. Wymóg ten jest istotny także z tego powodu, że w odniesieniu do większości producentów analizatorów na rynku są to produkty firm trzecich, a po drugie nie są one zintegrowanym elementem analizatora. Stacja uzdatniania wody w przypadku wykonawcy Roche Diagnostics, co wynika z oferty, nie pochodzi od producenta oferowanego analizatora, ale od bliżej nieokreślonego producenta trzeciego. Gdyby stacja była produktem producenta analizatora i stanowiła nieodłączny element analizatora (jako konieczny komponent konkretnego modelu), już sama identyfikacja analizatora mogłaby determinować przykładowo jedyny model stacji, która z nim współpracuje, tak jednak w sprawie nie jest. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Formularz cenowy Załącznik nr 2 do SIWZ zawiera treść oferty wykonawcy sensu stricto, w szczególności określa przedmiot świadczenia ofertowego. Na podstawie danych zawartych w Formularzu cenowym Zamawiający dokonuje oceny zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Aby ocenić, czy zaniechanie podania danych identyfikujących zaoferowaną stację uzdatniania wody stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wystarczy przeprowadzenie prostego testu - czy gdyby wykonawca jednak podał w Formularzu cenowym dane producenta i nr katalogowy/model zaoferowanej stacji, a stacja ta nie byłaby kompatybilna z zaoferowanym modelem analizatora (nie obsługiwała go, względnie nie zapewniała koniecznej ilości wody itp.), to czy Zamawiający uznałby że taka oferta jest zgodna z SIWZ? Bez wątplenia nie.

Odwołujący wskazuje, że w sytuacji gdy brak jest w treści oferty identyfikacji konkretnej oferowanej stacji uzdatniania wody, a jednocześnie żadne inne dane zawarte w złożonej ofercie na etapie jej złożenia nie umożliwiają dokonania takiej identyfikacji, uznać należy, że oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na względzie taki charakter identyfikacji producenta oraz modelu stacji jako treści oferty stwierdzić należy, że nie podlegają one procedurze, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie bez powodu bowiem ustawodawca ograniczył dopuszczalność uzupełnienia dokumentów/oświadczeń do wskazanej w przepisie kategorii dokumentów, nie zezwalając na uzupełnianie treści oferty. W przedmiotowej sprawie mielibyśmy faktycznie do czynienia z ustaleniem treści oferty w wyniku procedury ewentualnego uzupełnienia jej w powołanym trybie.

Zdaniem Odwołującego także procedura o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie pozwala, aby w jej wyniku dokonano ustalenia treści oferty, czy, jak w przedmiotowej sprawie, określenia przedmiotu świadczenia wykonawcy zamówienia.

Odwołujący podnosi, że obligacyjny charakter normy wyrażonej w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdza jednolicie orzecznictwo KIO np. KIO 198/17. Wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16).

Odwołujący wskazuje, że uwzględniając brzmienie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne modyfikowanie treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Zmiany, względnie wycofanie oferty, są dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści SIWZ na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty ani tym bardziej jej negocjowanie. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jednak jego zastosowanie jest znacząco limitowane, co Odwołujący przedstawia poniżej.

Odwołujący wywodzi, że jak podkreśla zarówno orzecznictwo Izby jak i Trybunału Sprawiedliwości UE - zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta (wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31). Trybunał zaznacza, że poprawieniu lub uzupełnieniu mogą podlegać tylko kwestie wymagające w sposób oczywisty niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C- 324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo). Żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, pkt 40). Pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok w sprawie Esaprojekt wyrok z 11.05.2017 r. w sprawie C- 131/16, wyrok C-599/102 z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in.).

Odwołujący podnosi, że w sytuacji gdy przedmiot oferty miał być zidentyfikowany co do tożsamości, niedopuszczalne w szczególności byłoby posługiwanie się ogólnymi oświadczeniami zawartymi w formularzach, które stanowią ogólne zapewnienie o zgodności oferty z wymaganiami. Powołuje się na orzecznictwo KIO, podając przykładowo wyrok KIO 1045/17.

Dalej wywodzi, że zaniechanie ustalenia przez wykonawcę treści oferty poza niespełnieniem wprost wymogu zawartego w SIWZ pozbawia Zamawiającego możliwości ustalenia oferowanego asortymentu, to zaś w konsekwencji powoduje w fazie realizacji zamówienia, że nie można ocenić zgodności świadczenia umownego wykonawcy z jego ofertą (art. 140 Pzp). Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że brak konkretyzacji świadczenia wykonawcy pozbawia także Zamawiającego faktycznie możliwości weryfikacji jego zgodności z SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że postanowienia SIWZ, w szczególności te odnoszące się do wymogu identyfikacji oferowanego asortymentu, w tym także stacji uzdatniania wody, nie były kwestionowane przez uczestników postępowania, ani też nie były przedmiotem pytań na etapie poprzedzającym składanie ofert w postępowaniu. Powyższe oznacza, że treść wymagań określonych przez Zamawiającego była dla wykonawców klarowna i nie wymagająca żadnych zabiegów interpretacyjnych. Zamawiający jest związany w postępowaniu postanowieniami SIWZ analogicznie jak wykonawcy, wobec czego ma obowiązek na etapie oceny ofert respektować swoje oczekiwania w stosunku do treści ofert wykonawców. Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy oferta pomija zarówno identyfikację oferowanych produktów, jak i faktycznie pomija ich wycenę, nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie takiej oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazuje, że unikanie podania informacji nt. producenta oraz modelu / nr katalogowego stacji pozwala wykonawcy na etapie realizacji zamówienia w sposób dowolny realizować zamówienie - w ten sposób faworyzując tego wykonawcę, bowiem dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie decydował jaką stację dostarczyć - mając możliwość podjęcia decyzji o tym, przy pomocy której zrealizuje przedmiot zamówienia nie w fazie ofertowania, a realizacji umowy z Zamawiającym. Dodatkowo wskazuje, że Załącznik nr 2 do SIWZ to Formularz cenowy - zatem poza identyfikacją treści świadczenia ofertowego wykonawcy i określenia producenta i modelu oraz nr katalogowego stacji uzdatniania wody zawierał szczegółowe informacje dotyczące wyceny zarówno samej stacji jak i materiałów zużywalnych do nich. Pominięcie wyceny powyższych elementów zamówienia nie pozwala porównać ofert, ale także ocenić faktycznych kosztów i kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie przewidywał w SIWZ żadnych odstępstw od obowiązku wyceny i prezentacji jej elementów składowych w treści Formularza cenowego, o ile wykonawcy mieli zamiar w odmienny sposób niż to przewiduje SIWZ przedstawić wycenę, winni na etapie poprzedzającym składanie ofert skierować do

Zamawiającego odpowiednie pytanie w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, czego jednak zaniechali. Zdaniem Odwołującego, mając na względzie charakter danych zawartych w Załączniku 2 jako elementów szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej nie istnieje możliwość „odtworzenia” tej wyceny na etapie procedury wyjaśniającej w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Także mając na względzie treść oferty wykonawcy nie można potraktować powyższej niezgodności jako omyłki. Odwołujący podnosi, że oświadczenie w tym zakresie zawarte w treści oferty jest jednoznaczne i potwierdzające, że mamy do czynienia ze świadomym i celowym działaniem wykonawcy, który pomija wycenę wymaganego elementu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że dodatkową konsekwencją takiej czynności wykonawcy jest brak informacji nt. stawki podatku VAT dla materiałów zużywalnych oraz samej stacji. Zamawiający wymagał w Załączniku nr 2 odrębnej kalkulacji każdej z pozycji Formularza, a dodatkowo oczekiwał również dla każdej z nich prezentacji sposobu jej obliczenia w kontekście zastosowanej stawki podatku VAT oraz obliczenia ceny przy jej zastosowaniu. Brak określenia wyceny tych pozycji faktycznie uniemożliwia dokonanie weryfikacji sposobu obliczenia ceny ofertowej. Jednocześnie, jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca zastosował w celu obliczenia ceny ofertowej dwie stawki - podstawową i preferencyjną, odpowiednio 23 i 8%.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że treść oferty wykonawcy zupełnie pomija zarówno fakt objęcia ofertą i wyceną stacji uzdatniania wody jej identyfikację oraz wycenę dedykowanych materiałów zużywalnych.

Dalej Odwołujący wskazuje, że oferta wykonawcy Roche zawiera szereg niezgodności z treścią SIWZ w odniesieniu do niedoszacowań ilościowych oferowanego asortymentu w stosunku do wymaganych w dokumentacji przetargowej.

Wykonawca Roche zaoferował ilości opakowań, które nie zapewnią Zamawiającemu możliwości dysponowania produktem przez cały okres obowiązywania umowy, tj. 44 m-ce, ponieważ nie uwzględniono deklarowanej przez producenta stabilności produktu po otwarciu. Tym samym Zamawiający jest narażony na przedwczesne wyczerpanie asortymentu, co skutkować będzie koniecznością zakupu dodatkowych opakowań i przekroczeniem wartości umowy, o kwotę 78 401,00 zł netto.

Poniżej Odwołujący prezentuje szczegółowe wyliczenie brakujących ilości opakowań i ich wartości.

TABELA 1. Niedoszacowania w ofercie firmy Roche

Lp-	Asortyment	Producent, nazwa handlowa lub numer katalogowy	Ilość op.	Cena jedn. netto za op.	Wielkość op.	stabilność 1 opakowania	Wymagana ilość opakowań na 44 m-ce kontraktu (192 tygodnie)- zgodnie ze Stabilnością	Brakująca ilość o pakowa n	Wartość netto brakujących opakowań
6	6 GENTAMYCYNA	Roche Diagnostics GmGH /GENT2, 10CT, cobas c 503 /S057770190	5	600,00	100	12 tygodni	16	11	6 600,00
7	7 HOMOCYSTHNA	Roche Diagnostics GmGH/HCYS, 1S0T, cobas c 503 / S057526190	17	303,00	100	4 tygodnie	48	31	24 300,00
30	30a-HBs	Roche Diagnostics GmGH/Anti-HBsG2 Elecsys E2G 300 V2 /8498610190	3	720,00	300	16 tygodni	12	4	2 530,00
33	33 Różyczka pc. IgM	Roche Diagnostics GmGH f Rebelia IgM Elecsys E26 300/7027796130	10	1500,00	300	16 tygodni	12	2	3000,00
34	34 Różyczka pc. IgG	Roche Diagnostics GmGH/Rebelia IgG Elecsys E2G 300/ 7027770190	9	1 503,00	300	16 tygodni	12	3	4 503,00
12	12 BILIRUBINA BEZPOŚREDNIA	Roche Diagnostics GmGH / SILD2, 1000T, cobas c 503 / S056951190	4	143,00	1000	26 tygodni	5	4	572,00
13	13 C3 składnik dopełniacza	Roche Diagnostics GmGH / C3C-2, 1S0T, cobas c 503/S105537190	5	356,00	150	22 tygodnie	9	4	1424,00
14	14 C4 składnik dopełniacza	Roche Diagnostics GmGH/C4-2, 15GT, cobas c 503/3105545190	5	356,00	150	22 tygodnie	9	4	1424,00

17	17 CZYNNIK REUMATOIDALNY R-rilościcwo	Roche Diagnostics GmGH / RP-II. 400T, cobas c 503/ 80S862S19C	13	320,00	403	8 tygodni	24	11	3 520,00
49	49 Estradiol G3 CS Elecsys	Roche Diagnostics GmGH / Estradiol G3 CS Elecsys/66S604S19C	16	150,00	2x2x1ml	9 tygodni (2x31 dni)	22	6	500,00
57	57 Progesteron* 63CS Elecsys	Roche Diagnostics GmGH / Progesterone C-3 CS Elecsys /7092547130	16	150,00	2x2x1ml	9 tygodni (2x31 dni)	22	6	900,00
es	65 Cfas lipids 3x1ML	Roche Diagnostics GmGH /Cfas Lipids 3x1ML/	6	105,00	3x1ml	12 tygodni (3x4 tygodnie)	16	10	1050,00
	S9 Cfas PAC 3x1ML	Roche Diagnostics GmGH /Cfas PAC3x1ML/ 3555941130	6	a230,00	3*1 ml	6 tygodni 3x2 tygodnie	32	26	5 930,00
70	70Cfas Proteins	Roche Diagnostics GmGH / Cfas Proteins/ 11355273216	4	577,00	5x1ml	20 tygodni (5x4 tygodnie)	10	6	3 462,00
74	74 NH3/ETH/CG2 Calibrator	Roche Diagnostics GmGH / NH3/ETH/CG2 Calibrator/ 20751995190	8	231,00	2x4 ml	16 tygodni (2x8 tygodni)	12	4	924,00
75	75 PRECISET RF	Roche Diagnostics GmGH / PRECISET RF/ 12172328322	3	225,00	1x5x1ml	1 miesiąc	45	37	3325,03
77	77 C.f.a.s. PUC	Roche Diagnostics GmGH /C.f.a.s. PUC/ 3121305122	5	570,00	5x1ml	20 tygodni (5x4 tygodnie*)	10	2	1 140,00
124	124 Estr./Prog. Diluent Elecsys, cobas e	Roche Diagnostics GmGH /Estr./Prog. Diluent Elecsys, cobas e / 302S542122	4	350,00	2*22ml	3 tygodni (2x4 tygodnie?)	24	20	7000,00
									78 401,00

Odwołujący informuje, że powyższe okoliczności, jak wynika z dokumentacji postępowania, były już przedmiotem procedury wyjaśniającej w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Roche (pismo z dnia 29.09.2020 r.) w zakresie ww. niedoszycowań Wykonawca podtrzymał, że kalkulacja, którą przedstawił w ofercie jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Odwołujący z takim stanowiskiem nie może się zgodzić, ponieważ zgodnie z wymogami Specyfikacji Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich odczynników, materiałów zużywalnych, kalibratorów, kontroli, płynów i odczynników dodatkowych dostarczanych sukcesywnie przez okres 44 miesięcy. Wykonawca Roche zakłada, kalkulując ofertę w zakresie odczynników (wskazane pozycje z formularza cenowego 6-17), że wskazane badania dla pacjentów mają być wykonywane tylko w tych dniach, w których Zamawiający wykonuje badanie kontrolne, co nie wynika z zapisów SIWZ. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nigdzie nie zawarł informacji, że zamierza zbierać określone badania w serie i wykonywać je tylko w określone dni tygodnia. Harmonogram oznaczeń kontrolnych nie jest jednoznaczny z częstotliwością wykonywania oznaczeń dla pacjentów. Odwołujący podnosi, że zaniżenie ilości oferowanych opakowań odczynników wpływa w sposób bezpośredni i wymierny na cenę oferty, która jest kluczowym czynnikiem przy ocenie wg kryteriów oceny ofert w postępowaniu i mogłoby mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego założenie przyjęte w kalkulacji oferty wykonawcy Roche w zakresie ww. materiałów skutkują ponadto nieporównywalnością tej oferty w stosunku do ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący podnosi, że w zakresie materiałów kalibracyjnych (wskazane pozycje z formularza cenowego 49-124 wykonawca Roche również stosuje założenia sprzeczne z zaleceniami, których jest autorem jako producent tych materiałów. Ulotki odczynnikowe nakazują wykonywanie kalibracji (z użyciem kalibratorów które są przedmiotem tego sporu) z każdą nową serią odczynnika oraz sugeruje jej ponowienie w szczególnych okolicznościach (po 12 tygodniach jeśli stosowana jest ta sama seria, po 28 dniach, jeśli stosowane jest to samo opakowanie, wtedy, gdy wyniki kontroli wykraczają poza ustalone zakresy). Wykonawca Roche w swoich wyjaśnieniach podkreśla, że wykonanie ponownej kalibracji jest uznaniowe i zależy od decyzji Użytkownika, tymczasem nie zapewniając odpowiedniej ilości kalibratorów odbiera Użytkownikowi prawo do podjęcia takiej decyzji. W takiej sytuacji, skoro nie jest ona do końca określona i jest uznaniowa, wykonawca Roche powinien był na etapie poprzedzającym złożenie ofert w postępowaniu, uzgodnić z Zamawiającym jego preferencje w tym zakresie (zadając stosowne pytanie na etapie przygotowywania oferty) i zaoferować ilość kalibratorów zgodną z tym uzgodnieniem. Zdaniem Odwołującego, przy braku takich uzgodnień należało zaoferować ilość kalibratorów zgodną z rekomendacjami producenta i wymogami SIWZ, które nakazywały zapewnić wszystkie materiały w ilościach pozwalających na dysponowanie produktami przez cały okres obowiązywania umowy.

Niezgodność zakresu rzeczowego zamówienia w ofercie Roche z wymaganiami SIWZ - niezaoferowanie rozcieńczalnika (Diluent MultiAssay).

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje następujący asortyment:

Zadanie 1: „Odczynniki laboratoryjne do badań immunochemicznych i biochemicznych, materiały zużywalne, kalibratory i kontrole z dzierżawą aparatu wraz ze stacją uzdatniania wody”.

Odwolujący podnosi, że wykonawca Roche nie zaoferował w formularzu cenowym rozcieńczalnika (Diluent MultiAssay; nr kat 7299010190) wskazanego w ulotkach produktowych jako koniecznego do wykonania rozcieńczeń automatycznych dla testów: CKMB. Estradiol. SHBG. Troponina. TSH, a zatem pozbawia Zamawiającego możliwość wykonywania automatycznych rozcieńczeń próbki po przekroczeniu liniowości metody dla tych testów. Funkcja taka była wymieniona w wymaganiach dla modułu biochemicznego (pkt 11) i modułu immunochemicznego (pkt 7) załącznika nr 3 do SIWZ. Zamawiający w trakcie postępowania po złożeniu ofert kwestię powyższą wyjaśniał z Roche w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wyjaśnieniu wykonawca Roche (pismo nr 2 z dnia 29.09.2020 r. pkt 1f) twierdzi, że wymóg automatycznego rozcieńczania został postawiony tylko w stosunku do funkcjonalności analizatora i nie oznacza potrzeby wykonywania rozcieńczeń dla wszystkich testów.

Odwolujący nie zgadza się z taką interpretacją - Zamawiający oczekiwał funkcji automatycznego rozcieńczania od analizatora, ale należy zauważyć, że analizator może zrealizować tę funkcję tylko wtedy, kiedy dostępny jest rozcieńczalnik do automatycznych rozcieńczeń. Wykonawca Roche zaoferował wszystkie rozcieńczalniki wskazane w metodykach do pozostałych testów, oprócz rozcieńczalnika Diluent MultiAssay: nr kat 72990101901 wykorzystywanego do rozcieńczania testów CKMB. Estradiol. SHBG. Troponina. TSH. tym samym uniemożliwiając analizatorowi realizowanie funkcji automatycznego rozcieńczania dla tych testów.

Niezgodność zakresu rzeczowego zamówienia w ofercie Roche z wymaganiami SIWZ - niezaoferowanie materiału kontrolnego do oznaczania kortyzolu w ślinie.

Zamawiający w SIWZ wymagał zaoferowania oznaczeń kortyzolu w surowicy oraz kortyzolu w moczu; w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 18.06.2020r. zezwolił na wykonywanie zamiast oznaczeń kortyzolu w moczu oznaczeń Kortyzolu w innych płynach ustrojowych. Wykonawca Roche zaoferował w formularzu cenowym odczynnik do oznaczania kortyzolu w surowicy, osoczu i ślinie (poz. 10), jednak nie zaoferował wymaganego dla tego testu materiału kontrolnego do oznaczeń w ślinie, wskazanego w ulotce produktowej PreciControl Cortisol Saliva: Nr kat. 066877681901. Roche nie zaoferował żadnego innego materiału kontrolnego do oznaczeń w ślinie. Brak tych materiałów pozbawia Zamawiającego możliwości kontrolowania powyższych oznaczeń, a było to przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w trakcie postępowania po złożeniu ofert kwestię powyższą wyjaśniał z Roche w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wyjaśnieniu wykonawca Roche (pismo z dnia 29.09.2020r. pkt Ad II.4) niezgodnie z brzmieniem SIWZ interpretuje wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Zamawiający zezwolił na wykonywanie zamiast oznaczeń kortyzolu w moczu oznaczeń Kortyzolu w innych płynach ustrojowych. Roche utrzymuje, że w związku z tym zaoferował oznaczenie kortyzolu w osoczu, sugerując że osocze jest innym płynem ustrojowym niż surowica. Tymczasem surowica i osocze są pochodnymi tego samego płynu ustrojowego, jakim jest krew, i są otrzymywane pozaustrojowo. „Inne płyny ustrojowe” to np. mocz, ślina, pot, mleko itp. Utrzymując, że zaoferowano możliwość wykonywania oznaczeń Kortyzolu w surowicy i osoczu, firma Roche nie spełnia warunku, jakim było zaoferowanie oznaczeń kortyzolu w surowicy i innym płynie ustrojowym. Odwołujący dodaje, że zaoferowany przez firmę Roche odczynnik do Kortyzolu może być zastosowany również do wykonywania oznaczeń w ślinie. Ślina jest innym płynem ustrojowym niż krew i takie oznaczenie jest zgodne z wymaganiami SIWZ. Pod warunkiem jednak, że może być kontrolowany za pomocą materiału kontrolnego właściwego dla śliny. Taki materiał kontrolny firma Roche posiada w swoim portfolio, jednak go nie zaferowała.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferta firmy Roche jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, ponieważ nie pozwala na wykonywanie badań kortyzolu w surowicy i innych płynach ustrojowych, z możliwością kontroli tych badań, co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowe podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Abbott.

W ocenie Odwołującego oferta Abbott podlega obligatoryjnym podstawom odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezgodność oferty z SIWZ w zakresie stacji uzdatniania wody.

Odwolujący wskazuje, że analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy Roche także w przypadku oferty Abbott mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ w zakresie stacji uzdatniania wody, która winna skutkować odrzuceniem jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie odnoszącym się do treści wymagań SIWZ w powyższym zakresie Odwołujący w całości podtrzymuje stanowisko zaprezentowane powyżej w odniesieniu do wykonawcy Roche a ponadto wskazuje, że w przypadku oferty Abbott doszło do całkowitego pominięcia w ofercie zarówno identyfikacji samej zaoferowanej w postępowaniu stacji uzdatniania wody, jak również identyfikacji materiałów zużywalnych do niej.

Dodatkowo konsekwencją takiego zaniechania wykonawcy jest brak informacji nt. stawki podatku VAT dla materiałów zużywalnych oraz samej stacji. Zamawiający wymagał w Załączniku nr 2 odrębnej kalkulacji każdej z pozycji Formularza, a dodatkowo oczekiwał również dla każdej z nich prezentacji sposobu jej obliczenia w kontekście zastosowanej stawki podatku VAT oraz obliczenia ceny przy jej zastosowaniu. Zdaniem Odwołującego brak określenia wyceny tych pozycji faktycznie uniemożliwia dokonanie weryfikacji sposobu obliczenia ceny ofertowej. Jednocześnie, jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca zastosował w celu obliczenia ceny ofertowej dwie stawki - podstawową i preferencyjną, odpowiednio 23 i 8%. Zatem sposób prezentacji ceny zawarty w Formularzu ofertowym Abbott uniemożliwia ocenę poprawności jej obliczenia. Odwołujący podkreśla, że - za Formularzem Ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) - legenda pod tabelą z podsumowaniem wyceny ofertowej, że wycena zaprezentowana w Formularzu została dokonana „zgodnie z wypełnionym formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ”, podczas gdy faktycznie tak nie jest.

KALIBRATORY

Lp.z oferty	Asortyment	Nr kat.	Ilość oznaczeń	Zaferowana ilość op.	Stabilność 1 opakowania po otwarciu {dni}	Wymagana ilość opakowań na 44 m ce kontraktu {1342 dni} - zgodnie ze stabilnością po otwarciu	Cena jedn. netto op.	Niedoszaczona ilość op.	Wartość netto niedoszaczowania
12	NT pro BNP Calibrators	04S79-02	nd.	8	92	15	321,30	7	2 249,10
13	iPTH Calibrators	03P31-02	nd.	22	30	45	643,00	23	14 789,00
14	Progesterone Calibrators	05P36-01	nd.	15	21	64	321,30	49	15 743,70
15	Prolactin Calibrators	07P66-01	nd.	22	60	23	229,50	1	229,50
16	Anti-Tg Calibrators	09P34-01	nd.	22	30	45	390,00	23	3 970,00
17	Anti-TPC Calibrators	09P35-01	nd.	22	30	45	321,30	23	7 389,90
35	Multiconstituent Calibrator	03P60-01	nd.	44	21	64	431,10	20	8 622,00
38	Urine/CSF Protein Calibrator	05P71-01	nd.	15	41	33	578,70	18	10416,60
39	Bilirubin Calibrator	05P61-01	nd.	34	21	64	431,10	30	12 933,00
41	Lipid Multiconstituent Calibrator	09 P1 4-03	nd.	S	42	32	189,00	24	4 536,00
43	CRP Vario Wide Range Calibrator	07 P 5 6-01	nd.	1	92	15	872,10	14	12 209,40
48	Iron Calibrator	04U75-C1	nd.	16	42	32	479,00	16	7 684,00

Całkowita wartość niedoszaczowania: 105 752,20 PLN.

Odwolujący podkreśla, że odpowiedzią na pytanie nr 30 Zamawiający jednoznacznie określił, iż kalkulując ofertę należy kierować się stabilnościami odczynników na pokładzie aparatu podanymi przez producenta testów bez konieczności okresowego umieszczania odczynników w lodówce zewnętrznej:

Zapytanie nr 30:

„Czy w przypadku odczynników immunochemicznych kalkulując ofertę przetargową należy uwzględnić podana i sugerowaną w ulotkach odczynnikowych Mobilność odczynników na pokładzie i Stabilność kalibracji poszczególnych analitów przechowywanych stale no pokładzie analizatora bez konieczności okresowego umieszczania w lodówce zewnętrznej/ ery też należy się kierować najlepszą wiedzą producenta odnośnie stabilności odczynników na pokładzie stabilności kalibracji poszczególnych analitów i skalkulować ofertę zgodnie z takim założeniem”.

Odpowiedź:

„W odpowiedzi na powyższe zapytanie informuję, że dla Zamawiającego oczywiste jest, że należy kierować się stabilnościami podanymi przez producenta testów bez konieczności okresowego umieszczania odczynników w lodówce zewnętrznej – ODPOWIEDŹ POZOSTAJE BEZ ZMIAN”.

Zamawiający w trakcie postępowania po złożeniu ofert kwestię powyższą wyjaśniał z Abbott w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Abbott wprost zgodził się z zarzucanymi niedoszaczowaniami oferty w zakresie ilości opakowań odczynników. Jednocześnie Abbott nie zgadza się z zarzutami dotyczącymi niedoszaczowań opakowań kalibratorów. Argumentuje to faktem, że kalibracja odczynników wymagana jest tylko w przypadku zmiany serii (lot) odczynnika, która następuje co 6 miesięcy, w związku z czym kalibrator potrzebny jest użytkownikowi co 6 miesięcy. Odwołujący nie zgadza się z powyższym wyjaśnieniem wykonawcy Abbott. Odczynniki do badań immunochemicznych wymagają kalibracji - zgodnie z zapisami w metodykach - dla każdej nowej serii oraz dodatkowo w przypadku zmiany wartości kontroli i po wykonaniu czynności serwisowych. Te dodatkowe okoliczności nie są możliwe do przewidzenia, w związku z tym błędne jest założenie, że nie wystąpią wcale lub nie częściej niż raz na 6 miesięcy, za to właśnie wtedy, gdy wykonywana będzie kalibracja dla nowej serii odczynnika.

Odczynniki do badań biochemicznych wymagają kalibracji w sytuacjach analogicznych jak odczynniki immunochemiczne. Dodatkowo również kalibracja odczynników biochemicznych stabilna jest przez określony czas, po

którego upływie wymagana jest kolejna kalibracja (np. testy kalibrowane przy użyciu kalibratora Bilirubin z poz. 39: Bilirubina całkowita - co 21 dni, Bilirubina bezpośrednia - co 14 dni). Dlatego zarówno dla badań immunochemicznych, jak i biochemicznych, wymagane jest dysponowanie stabilnym kalibratorem przez wszystkie dni obowiązywania kontraktu. Zdaniem Odwołującego zaniżanie ilości wymaganych kalibratorów jest niezgodne z SIWZ i stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nieprawdziwe informacje w zakresie zadeklarowanego czasu wykonania oznaczenia Troponiny.

Odwołujący wskazuje, że treść oferty wykonawcy Abbott zawiera ponadto nieprawdziwe informacje w zakresie potwierdzenia parametru w pkt 7 Tabeli z wymaganymi parametrami i funkcjami. Zamawiający wymagał podania „czasu uzyskania wyniku dla testów kardiologicznych (Troponina, CKMB) (...) mierzonego od momentu włożenia do aparatu”.

Poniżej Odwołujący prezentuje informacje zawarte w instrukcji obsługi oferowanego analizatora oraz w instrukcji wykonania oznaczenia, z których jednoznacznie wynika, że czas wykonania oznaczenia Troponiny w systemie Alinity nie może wynosić 15 minut, jak zadeklarował w swojej ofercie Wykonawca - Abbott Laboratories Poland. W instrukcji wykonania oznaczenia do testu STAT High Sensitive Troponin-I na stronie 2, w sekcji Zasada metody, test opisany jest jako „dwustopniowy test immunochemiczny”. W instrukcji obsługi analizatora w rozdziale Zasady metod - Zasada metody (i-series) - Wykonywanie oznaczeń (i-series), opisane są procesy oznaczeń dla reakcji jednostopniowych i dwustopniowych, również dla reakcji jednostopniowych i dwustopniowych w trybie pilnym (STAT) (strony 412-420).

Zawierają one dane o całkowitym czasie protokołu reakcji. I tak:

- Dla reakcji jednostopniowej 25 - całkowity czas protokołu reakcji wynosi 29 minut;
- Dla reakcji dwustopniowej 18-4 - całkowity czas protokołu reakcji wynosi 29 minut;
- Dla reakcji jednostopniowej 11 w trybie pilnym (STAT) - całkowity czas protokołu reakcji wynosi 15 minut;
- Dla reakcji dwustopniowej 4-4 w trybie pilnym (STAT) - całkowity czas protokołu reakcji wynosi 18 minut;

Instrukcja obsługi podaje czas protokołu liczony od momentu zadozowania próbki.

Z powyższego wynika, że wykonanie testu dwustopniowego STAT, jakim jest oferowany test Troponina trwa 18 minut, do których należy doliczyć czas potrzebny na procesy wykonywane od momentu wstawienia próbki do aparatu do zadozowania próbki przez pipetor. Zatem informacja przedstawiona przez firmę Abbott w odpowiedzi na wymóg podania czasu uzyskania wyniku dla testów kardiologicznych (Troponina, CKMB) (...) mierzonego od momentu włożenia do aparatu - 15 minut - nie jest prawdziwa. Czas ten wynosi powyżej 18 minut, co sprawia, że oferta firmy Abbott nie spełnia parametru granicznego zawartego w pkt 6. Wymagań ogólnych i powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego niewątpliwym jest, że w świetle powyższego treść oferty wykonawcy i zaferowany faktycznie produkt i jego właściwości nie odpowiadają treści SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Równocześnie Odwołujący wskazuje, że podanie w treści oferty nieodpowiadających rzeczywistym parametrom oferowanego wyrobu winno niezależnie skutkować wykluczeniem wykonawcy Abbott na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W toku udzielania wyjaśnień firma Abbott nie podważała zawartych w tym zarzucie twierdzeń, zaś wyjaśnienie, jakie przedstawiła w zakresie czasu potrzebnego na wykonanie badań Troponiny, jest nieprzekonujące i pozostaje w sprzeczności z oficjalną dokumentacją producenta i wartościami w niej jednoznacznie wskazanymi. Odwołujący wskazuje, że mamy do czynienia ze stałymi parametrami fizycznymi wyrobu co oznacza, że nie są one i nie mogą być przedmiotem modyfikacji na podstawie oświadczenia woli sprzedawcy.

Dodatkowe podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Beckman

Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Beckman podlega obligatoryjnym podstawom odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezgodność oferty z SIWZ w zakresie stacji uzdatniania wody.

Odwołujący podnosi, że analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy Roche jak i Abbott, także w przypadku oferty Beckman mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SIWZ w zakresie stacji uzdatniania wody, która winna skutkować odrzuceniem jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie odnoszącym się do treści wymagań SIWZ

w powyższym zakresie Odwołujący w całości podtrzymuje stanowisko zaprezentowane powyżej w odniesieniu do wykonawcy Roche a ponadto wskazuje, że:

W przypadku oferty Beckman analogicznie jak Abbott doszło do całkowitego pominięcia

w ofercie zarówno identyfikacji samej zaferowanej w postępowaniu stacji uzdatniania wody, jak również identyfikacji materiałów zużywalnych do niej. Dodatkowo konsekwencją takiego zaniechania wykonawcy jest brak informacji nt. stawki podatku VAT dla materiałów zużywalnych oraz samej stacji. Zamawiający wymagał w Załączniku nr 2 odrębnej kalkulacji każdej z pozycji Formularza, a dodatkowo oczekiwał również dla każdej z nich prezentacji sposobu jej obliczenia w kontekście zastosowanej stawki podatku VAT oraz obliczenia ceny przy jej zastosowaniu. Brak określenia wyceny tych pozycji faktycznie uniemożliwia dokonanie weryfikacji sposobu obliczenia ceny ofertowej. Jednocześnie, jak wynika z treści formularza ofertowego, wykonawca zastosował w celu obliczenia ceny ofertowej dwie stawki - podstawową i preferencyjną, odpowiednio 23 i 8% - zatem sposób prezentacji ceny zawarty w Formularzu ofertowym Beckman uniemożliwia ocenę poprawności jej obliczenia.

Odwołujący podkreśla - za Formularzem Ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) - legenda pod tabelą z podsumowaniem wyceny ofertowej, że wycena zaprezentowana w Formularzu została dokonana zgodnie z wypełnionym formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ podczas gdy faktycznie tak nie jest.

Oferta Beckman pomija w swojej treści obowiązek wymienienia materiałów zużywalnych do stacji uzdatniania wody. Ponadto w poz. 158 Formularza cenowego wycena i identyfikacja przedmiotu oferty dotyczy wyłącznie aparatów i nie obejmuje stacji uzdatniania wody.

Zgodnie z Załącznikiem nr 3 - Formularz Techniczny wykonawca Beckman oferuje w postępowaniu aparat: Producent nazwa handlowa lub numer katalogowy: Beckman Coulter2 x analizator biochemiczny Dx700AU: Analizator immunochemiczny Dx180G. Analizator immunochemiczny Dx1600.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferta wykonawcy Beckman całkowicie pomija zarówno fakt objęcia ofertą i wyceną stacji uzdatniania wody oraz jej identyfikację, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sanuje powyższej wady informacja zawarta pod tabelą asortymentową w której wykonawca wskazuje jedynie ogólnikowo, że oferta zawiera koszty stacji wody, tymczasem treść oferty wykonawcy tych informacji nie potwierdza i nie specyfikuje w żadnym miejscu.

Niezgodność oferty z SIWZ w zakresie niedoszacowania ilościowego oferowanego asortymentu.

Odwołujący podnosi, że oferta wykonawcy Beckman zawiera szereg niezgodności z treścią SIWZ w odniesieniu niedoszacowań ilościowych oferowanego asortymentu w stosunku do wymaganych w dokumentacji przetargowej. Zdaniem Odwołującego wykonawca Beckman zaoferował ilości opakowań, które nie zapewnią Zamawiającemu możliwości dysponowania produktem przez cały okres obowiązywania umowy, tj. 44 m-ce, ponieważ nie uwzględniono deklarowanej przez producenta stabilności po otwarciu. W przypadku kalibratorów Zamawiający nie będzie mógł wykonać kalibracji w sytuacjach przewidzianych przez producenta, między innymi przy nieprawidłowych wynikach QC, przy wyraźnej zmianie wyników QC, po wymianie istotnych podzespołów, bez ponoszenia dodatkowych nieprzewidzianych kosztów. Tym samym Zamawiający zostanie narażony na konieczność zakupu dodatkowych opakowań i przekroczenie wartości umowy, o kwotę 30 670,00 zł netto. Poniżej Odwołujący przedstawia szczegółowe wyliczenie brakujących ilości opakowań i ich wartości.

Zamawiający w trakcie postępowania po złożeniu ofert kwestię powyższą wyjaśniał #x200ez Beckman w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że wykonawca Beckman udzielił wyjaśnień, w których przedstawił sposób kalkulacji ilości opakowań kalibratorów. Sposób ten zakłada otwieranie nowego opakowania kalibratora nie po utracie stabilności poprzedniego opakowania, a po upływie ważności ostatniej kalibracji wykonanej z tego opakowania. Z tym sposobem Odwołujący zgadza się, jednak wyłącznie w odniesieniu do badań immunochemicznych. W przypadku badań biochemicznych metodyki dołączone do odczynników nakazują wykonywanie kalibracji również w innych okolicznościach, niż tylko upływ ważności poprzedniej kalibracji. Są to zmiana uzyskiwanych wartości kontrolnych, przegląd techniczny analizatora lub wymiana podzespołu w analizatorze. Te okoliczności #x200ez natury swojej są nieprzewidywalne, dlatego nie da się założyć, że kalibracji, która jest wymagana po ich wystąpieniu, uda się dokonać w okresie, gdy zamawiający akurat będzie dysponował napoczętym i stabilnym opakowaniem kalibratora. Dla badań biochemicznych należy być gotowym na wykonanie kalibracji w każdym momencie. Zatem Odwołujący podtrzymuje zarzut o zaniżeniu ilości opakowań kalibratorów dla badań biochemicznych, wymienionych w pozycjach: 37, 38, 40, 41, 45, 46, które skutkuje niedoszacowaniem wartości oferty na kwotę 30 670,00 zł netto.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie skutecznie zgłosili wykonawcy: ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa, Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa, Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa. Wszyscy przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 27 listopada 2020 r. złożył pismo procesowe, w którym oświadczył o wycofaniu zarzutów dotyczących ofert ABBOTT Laboratories Poland sp. z o.o. i Beckman Coulter Polska sp. z o.o. W pozostałym zakresie podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

W toku posiedzenia przed KIO Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. Tym samym, do rozpoznania na rozprawie skierowany został jedynie zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego.

W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny w sprawie, w szczególności postanowienia SIWZ, pytania do SIWZ i odpowiedzi na nie, został przytoczony przez Odwołującego w sposób odzwierciedlający zaistniałe okoliczności i nie zachodzi potrzeba jego powtarzania.

W formularzu cenowym – Załącznik nr 2 Zamawiający w odniesieniu do Kontroli w Zadaniu 1 zawarł opis: „Kontrola -opis asortymentu i częstotliwość wykonywania:

Poz. 1. Kontrola na 3 poziomach w formie ciekłej, gotowej do użycia (max. obj. fiołki 3 ml). Maksymalnie 1 zmiana serii w trakcie trwania umowy”. Jako ostatnią pozycję tak opisanego asortymentu wskazano „Kwasy żółciowe”.

Izba zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów wycofanych przez Odwołującego, tj. w zakresie zarzutów dotyczących ofert Abbot Laboratories, Beckman Coulter i Roche Diagnostics, zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołujący jedyny zarzut dotyczący odrzucenia swojej oferty, dokonanego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp wywodził z okoliczności, że odpowiedzią na pytanie 10 lit. a do SIWZ Zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji, a jego oferta jest zgodna z tą zmodyfikowaną treścią.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest bezpodstawna. W pierwszej kolejności należy wskazać, że ww. wstęp do treści pytania nr 10 lit. a nie referował do wymogów 3 poziomów kontroli, a jedynie do wymogu pochodzenia 80% materiałów kontrolnych od niezależnego producenta i pochodzenia wszystkich materiałów kontrolnych od jednego producenta jak również do „wszystkich cech wymienionych w siwz”, w szczególności ich wystąpienia w jednym materiale kontrolnym. Wobec powyższego w pytaniu z lit. a Odwołujący zwrócił się o dopuszczenie do złożenia dodatkowych materiałów kontrolnych, dzięki którym kontrolą objęte miały zostać wszystkie wymienione badania. O ile treść samego wstępu do pytania 10 jak i pytania z lit. a mają dość nieostry i ogólny charakter, to treść pytania z lit. b (oraz odpowiedź na nie) jest jednoznaczna i precyzyjna – i wprost odnosi się ona do wymogu wielkości fiolki. Wobec powyższego należało uznać, że argumentacja Odwołującego jest nielogiczna – jeżeli bowiem sformułował pytanie 10 lit. a zwracając się o dopuszczenie zaoferowania dodatkowych materiałów, które – zgodnie z jego argumentacją – zwolnione były z wymogów odpowiedniej pojemności fiolki, trzech poziomów kontroli i stanu płynnego, to bezcelowym było zadawanie pytania 10 lit. b, odnoszącego się jedynie do pojemności fiolek.

Już choćby w świetle wskazanych rozbieżności należy stwierdzić, że argumentacja Odwołującego, jakoby dopuszczenie do złożenia dodatkowych materiałów zwalniało

z wymogu kontroli na 3 poziomach, jest jedynie strategią przyjętą na potrzeby odwołania. Jednakże nie jest to jedyna przesłanka wskazująca na niezasadność odwołania i wadliwość jego argumentacji. Jak słusznie podniósł Przystępujący Abbot w toku rozprawy przez Izbą, dokonując interpretacji prawa, ale również wiążących regulaminów, instrukcji – w tym także SIWZ, należy w pierwszej kolejności kierować się wykładnią literalną. Ta zaś w przedmiotowej sprawie w żaden sposób nie pozwala na uznanie, by dopuszczając złożenie dodatkowych materiałów Zamawiający zrezygnował z określonych w formularzu cenowym wymogów dla kontroli. W ocenie Izby nie było podstaw do odejścia od wykładni literalnej, gdyż nie pozostawiała ona wątpliwości i pozwalała na jednoznaczne ustalenie woli Zamawiającego.

Z kolei przyjęcie wykładni funkcjonalnej, jak chciał Odwołujący - z uwagi na brak na rynku produktów spełniających wymogi SIWZ należało uznać za niedopuszczalne. Odwołujący wywodził bowiem, że konieczna jest taka interpretacja SIWZ i pytania do niego, która umożliwi złożenie oferty w postępowaniu, z uwagi na złagodzenie wymogów SIWZ. W ocenie Izby dopuszczenie do oceny ofert przez pryzmat tak „sformułowanych” wymogów SIWZ stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji

i przejrzystości postępowania. Wykonawcy składający ofertę nie mieliby żadnej pewności co do rzeczywistych wymagań postanowień SIWZ. Każdy z wykonawców mógłby forsować interpretację SIWZ w kierunku pozwalającym na uznanie jedynie swojej oferty za prawidłową. Zatem przyjęte przez Odwołującego rozumienie odpowiedzi na pytanie 10 lit. a do SIWZ jest sprzeczne zarówno z wykładnią literalną, systemową, funkcjonalną, jak również z zasadami prawa zamówień publicznych zawartymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bez wpływu na stanowisko Izby w tym zakresie pozostaje argumentacja „z innych ofert” – Odwołujący podnosił, że w niektórych oferowanych materiałach również pozostali wykonawcy nie spełniali wymogów SIWZ, co świadczyć miało o tożsamym zrozumieniu odpowiedzi na pytanie 10 lit. a, jak również potwierdzać niemożność złożenia oferty zgodnej z wymaganiami niezmienionego SIWZ. W ocenie Izby ze wskazanych okoliczności można wywieść jedynie to, co stwierdził Zamawiający – że oferty te są niezgodne z SIWZ. Żaden z pozostałych wykonawców nie podnosił, ażeby taka treść oferty wynikała z interpretacji odpowiedzi na pytanie 10 lit. a jako rezygnacji przez Zamawiającego z tych wymogów. Zresztą nawet, gdyby część wykonawców taką tezę wysunęła, w dalszym ciągu nie sposób uznać, by konwalidowało to ich oferty, mając na uwadze literalne brzmienie SIWZ i odpowiedzi na pytania. Izba podziela pogląd Zamawiającego, że dopuszczenie „dodatkowych materiałów” nie oznacza dopuszczenia „innych materiałów”, z innymi parametrami - jak próbował te dwa określenia zrównać Odwołujący. Słusznie również podniósł Zamawiający, że rozumienie odpowiedzi na pytanie 10 lit. a przedstawione przez Odwołującego powodowałoby, że przy każdej zmianie SIWZ Zamawiający, chcąc – poza zmienianym postanowieniem – zachować pozostałe wymagania SIWZ, musiałby zaznaczać, że podtrzymuje wszystkie pozostałe wymagania, nawet jeśli nie dotyczyło ich pytanie lub wniosek o zmianę specyfikacji.

Mając powyższe na uwadze nie budzi wątpliwości, że brak jest podstaw dla uznania oferty Odwołującego za zgodną z wymaganiami SIWZ. Wymaga podkreślenia przy tym, że Odwołujący nie podnosił, że jego oferta jest zgodna z SIWZ i odpowiedziami na pytania odczytywanymi literalnie, a dopiero gdy przyjął ww. wykładnię funkcjonalną. Analiza SIWZ

i odpowiedzi na pytania do specyfikacji nie pozwalają na stwierdzenie, by Zamawiający zrezygnował w pozycji pierwszej, dla kontroli kwasów żółciowych, z wymogu 3 poziomów kontroli. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego, wobec czego brak jest podstaw dla stwierdzenia naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym odwołanie podlegało w tym zakresie oddaleniu.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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).

Przewodniczący:.....