

WYROK
z dnia 4 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Katowickie Centrum Onkologii**, ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice,

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 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 (tj. Dz. U 2019 r. poz. 1843 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2600/20

Uzasadnienie

Katowickie Centrum Onkologii (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dzierżawa zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej wraz z zakupem i dostawą odczynników biochemicznych i immunochemicznych, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych wraz z serwisem platformy”, numer referencyjny: KCO/PN/24/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 116-281217.

W dniu 1 października 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Roche”). W dniu 12 października 2020 r. wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty Roche, mimo iż treść oferty złożonej przez ten podmiot nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie Roche z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo, iż Roche przedstawił w swojej ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie omyłki w ofercie Roche.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Roche;
- 2) odrzucenia oferty Roche jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 3) ewentualnie, w razie gdyby wniosek wskazany w pkt 2. powyżej nie został uwzględniony, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Roche z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) ewentualnie, w razie gdyby wnioski wskazane w pkt 2. i 3. powyżej nie zostały uwzględnione, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Roche jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
- 5) ewentualnie, w razie gdyby wnioski wskazane w pkt 2, 3. i 4. powyżej nie zostały uwzględnione, nakazanie Zamawiającemu doliczenia niedoszacowanych pozycji w ofercie Roche w zakresie wyrobów niewymienionych w ofercie oraz wyrobu zaofertowanego w zbyt małej ilości;
- 6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Abbott.

Ponadto, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wyszczególnionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do pierwszego zarzutu, Odwołujący wskazał, że niezgodność oferty Roche z SIWZ polega na tym, że:

A.Roche nie zaoferował odczynnika Serum Index Gen. 2, SI2, REF 04489365190, służącego do oznaczeń wskaźników hemolizy, lipemii i żółtaczki (Odczynnik HIL), przez co oferta Roche nie spełnia wymogu możliwości pomiaru interferencji ze strony próbki (hemoliza, lipemia, żółtaczka) wskazanego w pkt 12 tabeli „Minimalne wymagania graniczne konieczne do spełnienia przez oferowaną platformę” stanowiącej Załącznik nr 1A do SIWZ a także wymogu zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy wskazanego w Załączniku ID do SIWZ.

W ocenie Odwołującego wynika to z następujących okoliczności:

W Załączniku nr 1A do SIWZ określającym minimalne wymagania graniczne w pkt 12 Zamawiający wskazał wymaganie, aby analizator posiadał: „Możliwość pomiaru interferencji ze strony próbki (hemoliza, lipemia, żółtaczka)”. Zaoferowany przez Roche analizator cobas c501 do wykonania pomiaru interferencji ze strony próbki (hemoliza, lipemia, żółtaczka) wymaga Odczynnika HIL, tj. odczynnika Serum Index Gen. 2, SI2, REF 04489365190, którego Roche nie uwzględnił w swojej ofercie. Odczynnik HIL sprzedawany jest w specjalnych cartridge'ach gotowych do zaaplikowania do analizatora cobas c 501, posiada własny numer katalogowy, numer LOT i datę ważności. Jak wskazano w artykule pt. „Wskaźniki surowicze Serum Indices w analizatorach cobas c i cobas integra” opublikowanym w czasopiśmie LabForum, nr 58, wydawanym przez Roche; „Dzięki instalacji funkcji Serum Indices w analizatorach z rodziny Roche/Hitachi cobas c oraz COBAS INTEGRA można ocenić hemolizę (H), żółtaczkę (I) oraz lipemię (L) poprzez pomiar absorbancji z wykorzystaniem próbki badanej oraz 9% roztworu NaCl na analizatorach Roche/Hitachi cobas c i na analizatorach COBAS INTEGRA. Do wyliczania indeksów hemolizy H, żółtaczki I oraz lipemii L służą odpowiednie wzory. Oznaczenia wskaźników surowiczych mogą być wykonane w jednostkach konwencjonalnych lub SI. Dla zautomatyzowania tego procesu. 9% roztwór NaCl używany jest w postaci kasety Serum Index Gen. 2. SI2 stojącej na pokładzie analizatorów. (...) Wprowadzenie Indeksów surowiczych pozwala na oszacowanie ilościowej substancji interferencji i odrzucenie lub zakwalifikowanie próbki do dalszych pomiarów.” W ulotce Odczynnika HIL w punkcie „Zastosowanie” wskazano: „Test in vitro do ilościowych oznaczeń wskaźników lipemii, hemolizy i żółtaczki w ludzkiej surowicy i osoczu w systemach cobas c”. Treść artykułu opublikowanego w LabForum oraz treść ulotki Odczynnika HIL przytoczone powyżej, jednoznacznie wskazują zatem, że Odczynnik HIL jest niezbędny do dokonywania pomiaru hemolizy, lipemii i żółtaczki za pomocą analizatora cobas c501 zaoferowanego przez Roche. Ponadto, w Załączniku nr 1D do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy.

W piśmie Zamawiającego z dnia 16 lipca 2020 r. zawierającym odpowiedzi Zamawiającego na pytania dot. SIWZ, na pytanie nr 13: „Prosimy o doprecyzowanie dla jakiej ilości oznaczeń należy zapewnić możliwość oznaczania HIL” Zamawiający odpowiedział: „Dla ok. 2 % oznaczeń biochemicznych”. W związku z tym Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych do oznaczeń hemolizy, lipemii i żółtaczki w ilości niezbędnej do wykonania oznaczeń HIL (tj. hemolizy, lipemii i żółtaczki) dla ok. 2 % oznaczeń biochemicznych. Roche nie oferując w ogóle materiałów zużywalnych do dokonywania oznaczeń hemolizy, lipemii i żółtaczki, tj. Odczynnika HIL, złożył ofertę niezgodną z SIWZ, a zatem podlegającą odrzuceniu. Z ulotki Odczynnika HIL wynika, że odczynnik ten służy do stosowania w analizatorach cobas c 311, cobas c 501, cobas c502. W niniejszym postępowaniu Roche zaoferował m.in. analizator cobas c 501. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt KIO 1782/16 i podniósł, że niezaoferowanie produktu niezbędnego do wykonywania oznaczeń wymaganych przez Zamawiającego stanowi niezgodność oferty z SIWZ, prowadzącą do odrzucenia oferty.

B.Roche nie zaoferował wyrobu INSTC o numerze katalogowym 4851013190 (Wyrób INSTC), który jest materiałem zużywalnym niezbędnym do wykonywania testu precyzji pipetowania próbek i odczynników, co stanowi niezgodność z wymogiem zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy, wskazanym w Załączniku ID do SIWZ.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że Roche nie zaoferował Wyrobu INSTC, który zgodnie z jego ulotką jest niezbędny do wykonywania testu precyzji pipetowania próbek i odczynników. W Załączniku nr 1D do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy. Zgodnie z ulotką Wyrobu INSTC, Wyrób INSTC służy do stosowania w analizatorach cobas c 311, cobas c 501, cobas c 50211. W niniejszym postępowaniu Roche zaoferował m.in. analizator cobas c 501. Niezaoferowanie Wyrobu INSTC uniemożliwi Zamawiającemu wykonywanie testu precyzji pipetowania próbek i odczynników, co może mieć wpływ na poprawność otrzymywanych przez Zamawiającego wyników badań.

C.Roche nie zaoferował igły próbkowej Sample probe, nr katalogowy 824541001 (Sample Probe), która jest materiałem zużywalnym niezbędnym do aspiracji próbek, kalibratorów i kontroli, co stanowi niezgodność z wymogiem zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy, wskazanym w Załączniku ID do SIWZ;

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1D do SIWZ Zamawiający wymagał zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy. Niezaoferowanie Sample Probe stanowi zatem niezgodność z Załącznikiem nr 1D do SIWZ i powinno skutkować odrzuceniem oferty Roche w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Zdaniem Odwołującego w zakresie zarzutów przedstawionych powyżej brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, albowiem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie jest tego rodzaju, iż można w tym przypadku mówić o omyłce polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie oferty Roche w zakresie brakujących elementów wskazanych powyżej stanowiłoby ustalenie wymaganego asortymentu i powodowałoby istotną zmianę treści oferty.

D.Zaoferowany przez Roche analizator cobas c 6000 powinien być wyłączany, co najmniej raz w tygodniu a następnie użytkownik powinien wykonać szereg czynności konserwacyjnych, co stanowi niezgodność z wymogiem: „Brak potrzeby wyłączenia platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy” wskazanym w pkt 19 tabeli „Minimalne wymagania graniczne konieczne do spełnienia przez oferowaną platformę” stanowiącej Załącznik nr 1A do SIWZ.

Odwołujący zauważył, że Roche zaoferował analizator, który nie posiada ww. parametrów. Powinno to skutkować

odrzucając ofertę Roche. W Załączniku nr 1A do SIWZ określającym minimalne wymagania graniczne w pkt 19 Zamawiający wskazał wymaganie: „Brak potrzeby wyłączenia platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy”. Ponadto, w Załączniku nr 1D, w uwagach w pkt 1. Zamawiający wskazał: *Laboratorium pracuje 24 h/dobę, 7 dni w tygodniu*. Z instrukcji obsługi systemu cobas 6000 zaoferowanego przez Roche wynika, że system cobas 6000 należy całkowicie wyłączyć przynajmniej raz w tygodniu. Ponadto, z instrukcji obsługi systemu cobas 6000 zaoferowanego przez Roche wynika, że: *„Po wyłączeniu systemu należy sprawdzić poszczególne części analizatora zgodnie z podanymi instrukcjami dotyczącymi konserwacji”*. Z instrukcji obsługi systemu cobas c 6000 wynika również, że samo włączenie analizatora c501 zajmuje 12 minut. Konieczność wyłączenia analizatora zaoferowanego przez Roche, co najmniej raz w tygodniu i konieczność wykonania szeregu czynności konserwacyjnych, spowoduje wyłączenie analizatora z użytkowania na pewien czas co najmniej raz w tygodniu, przez co analizator nie będzie w stałej gotowości do pracy w godzinach pracy laboratorium Zamawiającego. W konsekwencji, analizator zaoferowany przez Roche nie spełnia wymogu wskazanego powyżej, co stanowi niezgodność z Załącznikiem nr 1A do SIWZ pkt 19 i powinno skutkować odrzuceniem oferty Roche w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Zdaniem Odwołującego w zakresie tego zarzutu brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie jest tego rodzaju, iż można w tym przypadku mówić o omyłce polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponieważ doprowadzenie oferty Roche do zgodności z SIWZ wymagałoby zaoferowania innego modelu analizatora, co powodowałoby istotną zmianę oferty.

W uzasadnieniu drugiego z zarzutów, Odwołujący wskazał, że Roche podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, ponieważ w swojej ofercie podał informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, co do zgodności tej oferty z SIWZ i miały wpływ na decyzję Zamawiającego o nieodrzucając oferty Roche i wyborze jej, jako najkorzystniejszej. Roche w swojej ofercie, w załączniku nr 1A do SIWZ w pkt 19: „Brak potrzeby wyłączania platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy” oświadczył „TAK”. Analizator zaoferowany przez Roche nie spełnia tego wymogu. Roche przedstawił zatem informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Uzasadniając trzeci z zarzutów Odwołujący wskazał, że konsekwencją niezaoferowania przez Roche Odczynnika HIL, Wyrobu INSTC oraz Sample Probe jest błąd w obliczeniu ceny w ofercie Roche. Roche powinien był zaoferować 12 opakowań Odczynnika HIL, a zatem w zakresie Odczynnika HIL cena brutto oferty Roche zawiera błąd w obliczeniu ceny. Roche powinien był zaoferować 2 opakowania Wyrobu INSTC, a zatem w zakresie Wyrobu INSTC cena brutto oferty Roche zawiera błąd w obliczeniu ceny. Ponadto zdaniem Odwołującego Roche powinien zaoferować 3 opakowania Sample Probe, a zatem w zakresie Sample Probe cena brutto oferty Roche zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu Odwołujący podniósł, że Roche zaoferował zbyt małą w stosunku do wymagań SIWZ liczbę odczynników Anti-TPO, nr katalogowy 06368590190 (Odczynnik Anti-TPO). Zgodnie z tabelą „Odczynnik immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej” stanowiącą Załącznik nr 1C do SIWZ, Wykonawca zobowiązany był zaoferować odczynniki immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory niezbędne do wykonywania oznaczeń wskazanych w tabeli przez okres 36 miesięcy. Roche powinien zatem zaoferować Odczynnik Anti-TPO w ilości niezbędnej do wykonania oznaczeń, kontroli wewnętrznej i kalibracji planowanych przez Zamawiającego. Oznaczenia: Zgodnie z pkt 24 tabeli „Odczynniki immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej” stanowiącej Załącznik nr 1C do SIWZ, wykonawca zobowiązany był wskazać odczynniki, materiały, kontrolne i kalibratory niezbędne do wykonania 1400 oznaczeń Anti-TPO. W celu wykonania oznaczenia Anti-TPO, Roche powinien był zatem zaoferować Odczynnik Anti-TPO w ilości niezbędnej do dokonania 1400 oznaczeń. Kontrola wewnętrzna: Roche powinien również zaoferować Odczynnik Anti-TPO w ilości niezbędnej do wykonania kontroli wewnętrznej. W Załączniku nr 1C do SIWZ w punkcie 2. Wymagań Dodatkowych Zamawiający wskazał wymóg: „Kontrola wewnętrzna codziennie na dwóch poziomach 7 dni w tygodniu”. W związku z tym, Roche powinien zaoferować dodatkowo Odczynnik Anti-TPO w celu wykonywania kontroli wewnętrznej w ilości odpowiadającej wykonywaniu oznaczeń przez 365 dni w roku, w ciągu 3 lat, na dwóch poziomach, zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi poniżej: $365 \times 3 \times 2 = 2190$. W celu wykonywania kontroli wewnętrznej, Roche powinien zaoferować Odczynnik Anti - TPO w ilości niezbędnej do wykonania 2190 oznaczeń. Kalibracja: Roche powinien również zaoferować Odczynnik Anti-TPO w celu wykonywania kalibracji. Zgodnie z ulotką Odczynnika Anti-TPO, kalibrację należy przeprowadzić dla każdego zestawu odczynników a ponowna kalibracja powinna być wykonywana codziennie, jeśli w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy. Zgodnie z ulotką Odczynnika Anti-TPO, do przeprowadzenia kalibracji tego odczynnika niezbędny jest zestaw kalibratorów Anti - TPO Calset, nr katalogowy 06472931190 (Zestaw Kalibratorów Anti-TPO). Zgodnie z ulotką Zestawu Kalibratorów Anti - TPO, w skład tego zestawu wchodzi: Anti-TPO Cali i Anti-TPO Cal2. W ulotce Zestawu Kalibratorów Anti-TPO, punkcie „Podsumowanie” stwierdzono: „Anti-TPO CalSet jest liofilizowaną surowicą ludzką z dodatkiem przeciwciał Anti-TPO w dwóch zakresach stężeń”. Ulotka Zestawu Kalibratorów Anti-TPO wskazuje, że kalibracja jest dwupunktowa, tj. kalibrację wykonuje się w dwóch zakresach stężeń. Wskazuje na to również instrukcja obsługi analizatora e601 zaoferowanego przez Roche, na którym wykonywane będzie oznaczenie Anti-TPO. Z uwagi na wykonywanie kalibracji w zakresie dwóch stężeń, w celu wykonania kalibracji, Roche powinien doliczyć po 2 testy na każdą kalibrację Odczynnika Anti-TPO. Dodatkowo, z instrukcji obsługi analizatora e601 zaoferowanego przez Roche, na którym wykonywane będzie oznaczenie Anti-TPO, wynika, że każde stężenie kalibracyjne wymaga przeprowadzenia dwóch testów, a następnie analizator określa odchylenie podwójnego pomiaru. W celu wykonania podwójnych pomiarów, zgodnie z instrukcją obsługi analizatora cobas e601, liczba Odczynników Anti-TPO niezbędnych do wykonania kalibracji powinna zostać podwojona. W związku z tym, Roche powinien zaoferować dodatkowo Odczynnik Anti-TPO w celu wykonywania kalibracji w ilości odpowiadającej wykonywaniu kalibracji przez 365 dni w roku, w ciągu 3 lat, w dwóch zakresach stężeń (pomiar dwupunktowy), każdy pomiar w dwóch powtórzeniach, tj.: $365 \times 3 \times 2 \times 2 = 4380$.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że w celu wykonywania oznaczenia Anti-TPO, wewnętrznej kontroli i kalibracji, Roche powinien zaoferować Odczynnik Anti-TPO w ilości niezbędnej do wykonania 7970 oznaczeń ($1400 + 2190 + 4380 = 7970$). Zgodnie z ulotką Odczynnika Anti-TPO, odczynnik ten sprzedawany jest w opakowaniach po 100 testów. W załączniku nr 1C do SIWZ w Wymaganiach Dodatkowych w pkt 1. Zamawiający wskazał: „Łączną ilość oferowanego odczynnika należy zaokrąglić do 1 opakowania handlowego w górę”. Roche powinien zatem zaoferować 80 opakowań Odczynnika Anti-TPO. Roche zaoferował 38 opakowań Odczynnika Anti-TPO po 496,80 zł brutto każde. W związku z tym, Roche popełnił omyłkę polegającą na niezaoferowaniu 42 opakowań Odczynnika Anti-TPO po 496,80 zł

brutto każde. Oferta Roche jest niedoszacowana. Cena wskazana w ofercie Roche jest za niska o 20.865,60 zł ($42 \times 496,80 = 20.865,60$).

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien poprawić omyłkę Roche polegającą na zaoferowaniu Odczynnika Anti -TPO w zbyt małej ilości. Po poprawieniu omyłki cena oferty Roche powinna wzrosnąć z 2.162.458,58 zł do 2.181.778,58 zł, zgodnie z obliczeniami przedstawionymi poniżej: $2.162.458,58 + 20.865,60 = 2.183.324,18$. Ze względu na to, że cena oferty Abbott wynosi 2.173.266,70 zł, po poprawieniu omyłki Roche w zakresie Odczynnika Anti -TPO, cena oferty Odwołującego byłaby niższa niż cena oferty Roche i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Następnie Odwołujący wskazał, że Roche zaferował zbyt małą ilość odczynnika do oznaczania glukozy w surowicy, osoczu i moczu. Roche zaferował zbyt małą ilość odczynnika do oznaczania glukozy w surowicy, osoczu i moczu Gluc3, nr katalogowy 04404483 190 (Odczynnik Gluc3). W poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywającym się w 2017 r., którego przedmiotem również była, m.in., dzierżawa analizatorów oraz dostawa odczynników, kalibratorów i kontroli, Zamawiający wymagał odczynników do oznaczania glukozy zarówno w hemolizacie, jak i w surowicy, osoczu i moczu. W obecnym postępowaniu Zamawiający nie wymagał odczynników do oznaczania glukozy w hemolizacie. Pomimo to, Roche zaferował wskazane odczynniki, tj. Gluc2, nr katalogowy 20767131322 (Odczynnik Gluc2). Oznaczenia: Zgodnie z pkt 12 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1B do SIWZ, Zamawiający wymaga zaferowania odczynników, kontroli, kalibratorów do wykonania 144.000 oznaczeń glukozy. Roche zaferował 117.600 testów do oznaczania glukozy w surowicy, osoczu i moczu (147 opakowań po 800 sztuk Odczynnika Gluc3) oraz 31.200 testów do oznaczania glukozy w hemolizacie (156 opakowań po 200 sztuk każde Odczynnika Gluc2). Z uwagi na niezasadne zaferowanie Odczynnika Gluc2, Roche zaferował zbyt małą ilość Odczynnika Gluc3. Zamawiający wymagał odczynników, kontroli, kalibratorów do wykonania 144.000 oznaczeń glukozy. Roche zaferował Odczynnik Gluc3 w ilości pozwalającej na wykonanie 117.600 oznaczeń. W związku z tym Roche powinien dodatkowo zaferować Odczynnik Gluc3 w ilości niezbędnej do wykonania 26.400 oznaczeń ($144.000 - 117.600 = 26.400$). Kontrola wewnętrzna: Roche powinien również zaferować Odczynnik Gluc3 w ilości niezbędnej do wykonania kontroli wewnętrznej. W Załączniku nr 1B do SIWZ w punkcie 2. Wymagań Dodatkowych Zamawiający wskazał wymóg: „Kontrola codzienna na dwóch poziomach 7 dni w tygodniu”. W związku z tym, Roche powinien zaferować dodatkowo Odczynnik Gluc3 w celu wykonywania kontroli wewnętrznej w ilości odpowiadającej wykonywaniu oznaczeń przez 365 dni w roku, w ciągu 3 lat, na dwóch poziomach, tj.: $365 \times 3 \times 2 = 2.190$. W celu wykonywania kontroli wewnętrznej, Roche powinien zatem zaferować Odczynnik Gluc3 w ilości niezbędnej do wykonania 2190 oznaczeń.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w celu wykonywania oznaczenia glukozy w surowicy, osoczu oraz moczu oraz w celu wykonywania kontroli wewnętrznej, Roche powinien dodatkowo zaferować Odczynnik Gluc3 w ilości niezbędnej do wykonania 28.590 oznaczeń ($26.400 + 2.190 = 28.590$). Odczynnik Gluc3 sprzedawany jest w opakowaniach po 800 testów. W załączniku nr 1B do SIWZ w Wymaganiach Dodatkowych w pkt 1. Zamawiający wskazał: „Łączną ilość oferowanego odczynnika należy zaokrąglić do 1 opakowania handlowego w górę.” Roche powinien zaferować dodatkowo 36 opakowań Odczynnika Gluc3 ($28.590 - 800 = 35,7375$). W swojej ofercie Roche zaferował Odczynnik Gluc3 po 97,20 zł brutto za opakowanie. Oferta Roche jest niedoszacowana. Cena wskazana w ofercie Roche jest za niska o 3.499,20 zł ($36 \times 97,20 = 3.499,20$). Zamawiający powinien być poprawić omyłkę Roche polegającą na zaferowaniu Odczynnika Gluc3 w zbyt małej ilości. Po poprawieniu tej omyłki oraz omyłki w zakresie Odczynnika Anti - TPO cena oferty Roche powinna wzrosnąć z 2.162.458,58 zł do 2.186.823,38 zł ($2.162.458,58 + 20.865,60 + 3.499,20 = 2.186.823,38$). Po poprawieniu wskazanych powyżej omyłek, cena oferty Odwołującego byłaby niższa, niż cena oferty Roche i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący załączył: zdjęcia Odczynnika HIL; ulotkę odczynnika Serum Index Gen. 2, SI2, REF 04489365190; artykuł pt. „Wskaźniki surowicze Serum Indices w analizatorach cobas c i cobas integra” opublikowany w czasopiśmie LabForum, nr 58, ISSN 1664 - 8448, str. 12 — 13; ulotkę Wyrobu INSTC; ulotkę Odczynnika Anti -TPO; ulotkę Zestawu Kalibratorów Ant i-TPO; ulotkę Odczynnika Gluc3; ulotkę Odczynnika Gluc2.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody przedłożone przez Odwołującego załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie w postaci: załącznika nr 1A do SIWZ obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeprowadzonego przez Zamawiającego w 2017 r., oferty Roche złożonej w ww. postępowaniu w 2017 r., SIWZ z 2018 r. obowiązującej w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląskie Centrum Onkologii, umowy zawartej pomiędzy Roche a Dolnośląskim Centrum Onkologii, SIWZ obowiązującej w postępowaniu prowadzonym w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolskie Centrum Onkologii, oferta Roche złożona w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolskie Centrum Onkologii, oferta Roche złożona w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie, umowa ze Specjalistycznym Szpitalem Miejskim im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, oferta Roche złożona w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, tłumaczenie instrukcji obsługi analizatora Roche, str. A-70, E-13, tłumaczenie instrukcji obsługi analizatora Roche, str. D-78, tłumaczenie instrukcji obsługi analizatora Roche, str. B-74 –B-76; B-76; B31-B33, tłumaczenie instrukcji obsługi analizatora Roche, str. A-123, B-162-b164, ulotka odczynnika Elecsys Anti –Tg, ulotka odczynnika Elecsys TSH, świadectwa analizy, Instrukcji obsługi analizatora – wersja 2.0, a także dowody złożone przez Przystępującego w postaci: strony z instrukcji obsługi oferowanego w postępowaniu cobas 6000 (str.132/A-114 i 333/B-197), zestawienia zakupów odczynników, kontroli i kalibratorów w okresie 2017-2020 przez Zamawiającego, strony z Katalogu materiałów eksploatacyjnych, pomocniczych i ISE CPS SWA (platformy biochemiczno-immunochemiczne) w j. angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, strony z Instrukcji obsługi oferowanego analizatora cobas 6000 (str. A-27,B-64, C-30, C-32), strony z Instrukcji obsługi oferowanego przez Odwołującego analizatora Alinity ciAlinity ci firmy Abbott (827,828,831), ulotki odczynnika Anti-TPO o numerze katalogowym 06368590190, ulotki odczynnika do glukozy o numerze katalogowym 20767131322, aplikacja w hemolizie, ulotki odczynnika do glukozy o numerze katalogowym 20767131322, aplikacja w surowicy, osoczu, moczu i PMR.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron oraz Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu oferty złożyły jedynie dwa podmioty: Abbott i Roche. Oferta Abbott została oceniona przez Zamawiającego na 99,50 pkt, natomiast oferta Roche na 100,00 pkt. Oferta Roche podlegała odrzuceniu, a wykonawca Roche podlegał wykluczeniu z postępowania, jednak Zamawiający dokonał wyboru oferty tego podmiotu. Dokonane przez Zamawiającego naruszenia ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania. Odrzucenie oferty Roche lub wykluczenie Roche z postępowania skutkowałoby wybraniem oferty złożonej przez Odwołującego, który poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

W terminie ustawowym, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (w treści również: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem. Następnie Przystępujący przedstawił swoje pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Przystępującego omyłek podlegających obowiązkowej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do odczynnika do oznaczania glukozy w surowicy, osoczu i moczu. W związku z tym w tym zakresie zarzut ten nie podlegał rozpatrzeniu przez Izbę.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej wraz z zakupem i dostawą odczynników biochemicznych i immunochemicznych, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych wraz z serwisem platformy.

Minimalne wymagania graniczne i techniczne zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej zostały określone szczegółowo w Załączniku nr 1A do SIWZ. Odczynniki biochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej zostały określone szczegółowo w Załączniku nr 1B do SIWZ. Odczynniki immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej zostały określone szczegółowo w Załączniku nr 1C do SIWZ. Materiały zużywalne do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej określa Załącznik nr 1D do SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Roche na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż zarówno wykonawcy jak i zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Powyższe dotyczy także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ, udzielone przed terminem składania ofert. Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert nie jest możliwe wprowadzanie zmian do SIWZ, w tym pomijanie jej postanowień. Wszelkie wątpliwości w zakresie interpretacji niejednoznacznych postanowień SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Zamawiający, jeżeli ma wolę nadać określonym zobowiązaniom wiążący charakter, to powinien to przewidzieć w SIWZ, skoro jest to dokument zawierający potrzeby i wymagania Zamawiającego, które w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia ma zapewnić wybrany wykonawca, uprzednio zobowiązując się do tego w ofercie. Niezgodności treści oferty z treścią SIWZ występują wówczas, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, nie zapewnia zrealizowania go w całości. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność taka ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada w SIWZ np., co do zakresu, ilości, jakości, czy warunków realizacji.

Odrzucenie oferty na ww. podstawie następuje wówczas, gdy nastąpi ustalenie w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji, zamierzonego przez Zamawiającego i opisanego w SIWZ, celu. W ocenie Izby w analizowanym postępowaniu, nie zostało wykazane, aby Zamawiający powinien poczynić takie ustalenia i odrzucić ofertę wykonawcy Roche z podanych w odwołaniu powodów, jako niezgodną z SIWZ.

Ad. brak zaoferowania odczynnika Serum Index Gen. 2, SI2, REF 04489365190, służącego do oznaczeń wskaźników hemolizy, lipemii i żółtaczk (Odczynnik HIL).

Załącznik 1A *Opis przedmiotu zamówienia – zintegrowana platforma biochemiczno-immunologiczna*, który zawiera minimalne wymagania graniczne i techniczne tej platformy, w poz. 12 stanowi: „*Możliwość pomiaru interferencji ze strony próbki (hemoliza, lipemia, zażółcenie)*”. Przystępujący w kolumnie „*Parametr oferowany TAK/NIE*” oświadczył: „TAK”. Oznacza to, że zaoferował taką możliwość. Zaoferowana przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. platforma spełnia wymóg SIWZ. Nie jest to kwestia sporna. Zatem nie potwierdził się pierwszy element zarzutu w tym zakresie tj. brak spełnienia wymogu wskazanego w pkt 12 ww. tabeli.

Spór dotyczy tego, czy w sytuacji, gdy Przystępujący nie wskazał w żadnym z załączników zaoferowania Odczynnika HIL, który służy do oznaczeń biochemicznych, co do których w odpowiedzi z dnia 16 lipca 2020 r. na pytanie 13 w brzmieniu: „*Prosimy o doprecyzowanie dla jakiej ilości oznaczeń należy zapewnić możliwość oznaczania HIL?*” Zamawiający odpowiedział: „*Dla ok. 2% oznaczeń biochemicznych.*”, a jak stwierdził w wyjaśnieniach na wystąpienie Zamawiającego z dnia 4 września 2020 r., ujął go w pakiecie startowym, to oznacza, że jego oferta jest sprzeczna z SIWZ i okoliczność ta stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zauważenia w tym zakresie wymaga, iż w żadnym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie zawarł wymogu zaoferowania Odczynnika HIL. Nie jest sporne, że nie obejmuje go Załącznik nr 1B *Odczynniki biochemiczne, materiały*

kontrolne do zintegrowanej platformy biochemiczno- immunologicznej, jak również Załącznik nr 1C Odczynniki immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno- immunologicznej. Z kolei Załącznik nr 1D Materiały zużywalne do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej Wykaz wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy, gdzie w kolumnie drugiej: „Asortyment – inne odczynniki (diluenty, płyny płuczające i inne) wykonawcy mieli samodzielnie wpisać inne odczynniki, pod tabelą zawiera informację: „W przypadku niedoszacowania oferty pod względem ilości innych odczynników (diluenty, płyny płuczające i inne) Wykonawca dostarczy w ramach umowy ilości niezbędne dla jej realizacji. Zastrzeżenie to, jak twierdzi Przystępujący, powołując się na wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2554/19, wskazuje, że nie ma możliwości odrzucenia oferty z powodu nie zaoferowania w tym załączniku określonego materiału.

W ocenie Izby powyższe zastrzeżenie poczynione przez Zamawiającego w Załączniku nr 1D do SIWZ oznacza, że ewentualne niedoszacowania były dopuszczalne, przy czym w razie zaistnienia potrzeby w toku realizacji umowy, odczynniki miały być dostarczone w jej ramach w potrzebnej ilości. Wykonawcy mieli w ofercie samodzielnie dobrać materiały zużywalne potrzebne do wykonania zamówienia i przewidzieć je w kalkulacji oferty. Skoro Zamawiający pozostawił uznanie wykonawców, które odczynniki będą niezbędne do wykonywania przedmiotu zamówienia i w razie ich nieuwzględnienia w ofercie w odpowiedniej ilości i tak będą musiały być one dostarczone na koszt wykonawcy, to liczył się z tym, że różni wykonawcy mogą zaoferować różny ich zakres. Wykonawcy musieli się natomiast liczyć z tym, że konsekwencją niedoszacowania oferty w tym zakresie będzie konieczność dostarczenia w trakcie realizacji umowy potrzebnych odczynników, a nie odrzucenie oferty.

Tak skonstruowane wymaganie nie zostało zakwestionowane przez żadnego wykonawcę w odwołaniu dotyczącym SIWZ, zatem na obecnym etapie, brak wymienienia przez Przystępującego Odczynnika HIL w załączniku 1D, lecz, jak wynika z wyjaśnień, uwzględnienia go w ramach pakietu startowego, tj. w poz. 32 Załącznika nr 1A, nie może być interpretowany na niekorzyść wykonawcy i nie może skutkować odrzuceniem jego oferty, zwłaszcza, gdy, jak twierdzi Przystępujący, Odczynnik HIL nie jest odczynnikiem, o którym mowa w Załączniku 1D, bowiem nie jest materiałem zużywalnym do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej w rozumieniu tego załącznika. Okoliczność, iż, jak wykazuje Odwołujący, we wcześniej przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wykonawca Roche, wymienił ten odczynnik w Załączniku 1D, bez wykazania przez Odwołującego, jakie były ostateczne wymagania w tamtym postępowaniu, które to postępowanie według twierdzeń Zamawiającego przedstawionych na rozprawie, różniło od obecnie przeprowadzonego, nie może przemawiać za tym, że brak wskazania tego odczynnika w Załączniku 1D wskazuje na niezgodność oferty z SIWZ.

W związku z tym nie potwierdził się zarzut niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ w omawianym zakresie. Brak wymienienia Serum Index Gen.2 w Załączniku nr 1D nie przesądza o niezgodności oferty z SIWZ, skoro z SIWZ, jak wyżej zostało wskazane, jednoznacznie nie wynikała taka konieczność. Tym bardziej, że na rozprawie Odwołujący stwierdził, że dopuszczalne byłoby zaoferowanie Odczynnika HIL w poz. 32 Załącznika 1A, jednakże tylko wówczas, gdyby Przystępujący wymienił go w tej pozycji w kolumnie Uwagi. Z treści poz.32 tego załącznika nie wynika natomiast, aby Zamawiający oczekiwał wymienienia odczynników i materiałów zużywalnych dostarczanych wraz z platformą, lecz potwierdzenia, że to nastąpi. Takie potwierdzenie ze strony Przystępującego nastąpiło. W ww. poz. 32 Załącznika nr 1A, zgodnie z którym: *Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć bezpłatnie wraz z platformą odczynniki i materiały zużywalne (tzw. zestaw startowy) niezbędne do uruchomienia platformy*, wykonawca Roche w kolumnie Parametr oferowany TAK/NIEPrzystępujący oświadczył: TAK, podczas, gdy jak wyjaśnił na rozprawie, zaoferowana przez niego platforma nie wymaga uruchomienia, ponieważ jest aktualnie użytkowana przez Zamawiającego. Nadto, jak podniósł w piśmie z dnia 30 października 2020 r., z odpowiedzi na pytanie 13 dotyczące pkt 12 Załącznika nr 1A do SIWZ, wynika, że możliwość oznaczania HIL należy zapewnić dla śladowej ilości oznaczeń biochemicznych, jednak nie było jasne, w jaki sposób to zapewnienie zrealizować w sytuacji, gdy Odczynnik HIL jest solą fizjologiczną (NaCl), czyli fizjologicznym roztworem chlorku sodu, mającym szerokie zastosowanie także poza laboratoryjne. Nie stanowi on materiału zużywalnego do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej, nie jest także odczynnikiem, kontrolą, ani kalibratorem na potrzeby wykonywania oznaczeń zawartych w Załączniku nr 1B i 1C do SIWZ. W związku z tym nie podlega wyszczególnieniu w żadnej z tych tabel. Realizując zalecenie z odpowiedzi na ww. pytanie nr 13 z dnia 16 lipca 2020 r. właściwa jego ilość została uwzględniona w obowiązkowym zestawie startowym.

W analizowanym postępowaniu, zważywszy na treść SIWZ i treść oferty Przystępującego, należy przyjąć, iż brak jest niebudzących wątpliwości podstaw do stwierdzenia istnienia niezgodności oferty wykonawcy Roche z SIWZ. Jak wyżej zaznaczono, wymóg określony w poz. 12 Załącznika 1A do SIWZ, odnoszący się do możliwości pomiaru interferencji ze strony próbki przez zaoferowaną przez Przystępującego zintegrowaną platformę biochemiczno-immunologiczną, został spełniony. Odpowiedź na pytanie nr 13 nie wskazuje, jaki i w jakiej ilości, ma być zastosowany odczynnik dla pomiaru interferencji ze strony próbki, jak też nie wskazuje, w którym załączniku ma być uwzględniony właściwy odczynnik. O tym, zgodnie z SIWZ, decydowali wykonawcy, przy jednoczesnym uwzględnieniu zastrzeżenia ze strony Zamawiającego, że ewentualne niedoszacowanie oferty, nie skutkuje odrzuceniem oferty, lecz tym, że w ramach ryczałtowej ceny oferty będą musieli dostarczyć niezbędne odczynniki w potrzebnej ilości. Sposób zredagowania SIWZ w tym zakresie nie pozwala zatem na stwierdzenie niezgodności z SIWZ oferty złożonej przez Przystępującego, skoro złożył on pozytywne oświadczenie co do możliwości przez oferowaną platformę pomiaru interferencji ze strony próbki, z odpowiedzi na pytanie nr 13 wiedząc, że chodzi o zapewnienie możliwości oznaczania HIL dla ok.2% oznaczeń biochemicznych, a zważywszy na brak wyraźnego wskazania, w którym miejscu oferty ma uwzględnić odczynnik HIL, przewidział go w ramach pakietu startowego, który zaoferował, pomimo, iż zaoferowana przez niego platforma nie wymaga uruchomienia i jest w nim mowa o odczynnikach. Jak zauważył Zamawiający przedmiot zamówienia jest opisany w Załączniku nr 1A. W załączniku tym jest wymagane zapewnienie przez oferowany analizator możliwości zapewnienia pomiaru interferencji ze strony próbki (hemoliza, lipemia, zażółcenie). Taka możliwość została przez Przystępującego zapewniona, co jest bezsporne. W związku z tym brak wskazania Odczynnika Hil, w załącznik nr 1D przeznaczonym dla materiałów zużywalnych, w sytuacji, gdy jak zostało podniesione na rozprawie przez Przystępującego, nie służy on do przeprowadzania badań rutynowych lecz interwencyjnych, nadto podanych w odpowiedzi na pytanie nr 13 w przybliżonej ilości, bez jednoczesnego nałożenia obowiązku zaoferowania Odczynnika Hil w określonym załączniku, nie może być uznany za podstawą do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Ad. brak zaoferowania przez Przystępującego wyrobu INSTC o numerze katalogowym 4851013190 (Wyrób INSTC),

Odwołujący zarzut ten opiera na założeniu, że wyrób INSTC powinien być wskazany przez Przystępującego w

Załączniku 1D do SIWZ, ponieważ zgodnie z jego ulotką służy do stosowania m.in. w zaoferowanym przez Przystępującego analizatorze cobas c 501 i jest niezbędny do wykonywania testu precyzji pipetowania próbek i odczytników, który według Odwołującego miałby wykonywać Zamawiający.

Jak wskazał Przystępujący, wyrób INSTC nie jest elementem koniecznym do pracy analizatora, ani do poprawnego wykonania oznaczeń wymienionych w załącznikach nr 1B i 1C. Służy on do sprawdzenia poprawności działania analizatora dokonywanego przez serwis. Opis przeprowadzania tej czynności znajduje się w instrukcji serwisowej, a nie w instrukcji użytkownika. Potwierdza to złożony na rozprawie dowód w postaci wyciągu z katalogu, gdzie dla tego wyrobu, w miejscu: „Częstotliwość wymiany” jest wskazanie: „Tylko do użytku serwisu”. Jak wyjaśnił Przystępujący Zamawiający, jako użytkownik analizatora, nie ma obowiązku wykonywania testu precyzji, ponieważ od niego nie zależy możliwość realizacji badań. Systemy analizatora w pełni automatycznie wykonują proces pipetowania oraz sprawdzają prawidłowość jego przebiegu. Wszelkie odstępstwa świadczą o usterkach, które są usuwane w ramach opieki serwisowej zagwarantowanej w § 4 ust. 1 lit d) wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy gwarantuje m.in. autoryzowany serwis w cenie oferty, obejmujący m.in. wszystkie naprawy, przeglądy, konserwacje wraz z częściami zamiennymi i materiałami niezbędnymi do ich wykonania.

W sytuacji, gdy wyrób INSTC nie jest materiałem zużywalnym niezbędnym na okres 36 miesięcy, ponieważ nie ma związku ze zwykłą pracą analizatora i wykonywaniem oznaczeń, lecz jest wykorzystywany jedynie przez serwis, w razie właściwej pracy aparatu, to należy zgodzić się z Przystępującym, że nie musiał być on oddzielnie wyceniony. W związku z tym brak jego wyceny w ofercie nie oznacza niezgodności oferty z SIWZ.

Ad. brak zaoferowania przez Przystępującego igły próbkowej Sample Probe, nr katalogowy 824541001 (Sample Probe),

Odwołujący zarzut ten opiera na założeniu, że igła próbkowa Sample Probe powinna być wskazana przez Przystępującego w Załączniku 1D do SIWZ, ponieważ jest materiałem zużywalnym niezbędnym do aspiracji próbek, kalibratorów i kontroli, a jej brak w tym załączniku stanowi niezgodność z wymogiem zaoferowania wszystkich materiałów zużywalnych niezbędnych na okres 36 miesięcy w Załączniku 1D do SIWZ.

Jak natomiast wskazał Przystępujący w swoim piśmie z dnia 30 października 2020 r. igła próbkowa Sample Probe jest wyposażeniem aparatu, które nie podlega żadnym cyklicznym (okresowym) wymianom w toku jego eksploatacji. Nie została określona jej żywotność, co oznacza, że może być wykorzystywana do czasu, gdy ulegnie uszkodzeniu, co może mieć miejsce w przypadku usterki aparatu. Jest to objęte obowiązkowym serwisem, zgodnie z ww. § 4 ust. 1 lit d) wzoru umowy. Podobnie jak w przypadku Wyrobu INSTC, igła próbkowa Sample Probe nie może być traktowana jako materiał zużywalny, nie ma bowiem związku z regularną pracą analizatora, lecz potrzeba jej wykorzystania może wystąpić w wyniku usterki. W związku z tym Zamawiający nie może być obciążany kosztami jej zakupu. Nadto, po jej wymianie konieczne jest sprawdzenie ustawienia igły, tak, aby nie została ponownie uszkodzona, czego Zamawiający nie byłby w stanie wykonać bez kwalifikacji i sprzętu, którymi dysponują jedynie serwisanci. Na marginesie Przystępujący podał, że w ostatnich 3 latach korzystania przez Zamawiającego z c501 nie doszło do żadnego przypadku wymiany igły.

W sytuacji, gdy igła próbkowa Sample Probe wyrób INSTC nie jest materiałem zużywalnym niezbędnym na okres 36 miesięcy, ponieważ nie ma związku ze zwykłą pracą analizatora i wykonywaniem oznaczeń, lecz jest wymieniana jedynie przez serwis, w razie powstania usterki aparatu, to należy zgodzić się z Przystępującym, że nie musiała być oddzielnie wyceniona. W związku z tym brak jej wyceny w ofercie nie oznacza niezgodności oferty z SIWZ.

Ad. brak zaoferowania przez Przystępującego analizatora, który spełnia wymóg: *„Brak potrzeby wyłączenia platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy”*

Odwołujący zarzut ten opiera na tym, że zaoferowany przez Przystępującego analizator cobas c 6000 powinien być wyłączany, co najmniej raz w tygodniu, a następnie użytkownik powinien wykonać szereg czynności konserwacyjnych, co jego zdaniem oznacza brak spełnienia wymogu SIWZ: *„Brak potrzeby wyłączenia platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy”* wskazanego w pkt 19 tabeli „Minimalne wymagania graniczne konieczne do spełnienia przez oferowaną platformę” stanowiącej Załącznik nr 1A do SIWZ. Powinno to skutkować, zdaniem Odwołującego, odrzuceniem oferty złożonej przez Przystępującego. Nadto, jak zauważył Odwołujący w Załączniku nr 1D, w uwagach w pkt 1. Zamawiający wskazał: *„Laboratorium pracuje 24 h/dobę, 7 dni w tygodniu”*.

Odwołujący pomija jednak to, iż w tym samym załączniku 1D w kolejnych uwagach znajdują się informacje, że 70% badań jest wykonywanych w godz. 7:00 – 15:00 oraz, że w soboty, niedziele i święta wykonywanych jest o ok. 30% mniej badań niż w dni robocze. Powyższe wskazuje, że jest możliwe zaplanowanie czynności konserwacyjnych w czasie niezakłócającym zwykłego toku pracy analizatora. Odwołujący również pomija, że w załączniku 1A poz. 20 Zamawiający przewidział dla platformy: *Automatyczne procedury konserwacyjne. Czas konserwacji dziennej nie dłuższy niż 15 min.* Nadto Odwołujący pomija pytanie wykonawcy nr 5 i odpowiedź Zamawiającego z dnia 16 lipca 2020 r.: *Czy Zamawiający zgodzi się aby procedura dziennej konserwacji (mycia Dziennego) wynosiła 23 min., oraz dodatkowo 5-25 min. gdy zaistnieje konieczność przelania roztworu roboczego?*, Odpowiedź: *„Zamawiający wyraża zgodę”*.

Powyższe wskazuje, że w sytuacji, gdy dzienna konserwacja może być wydłużona w ww. sposób, to tym bardziej należy uznać za akceptowany przez Zamawiającego czas cotygodniowej konserwacji, który jak wynika z twierdzeń Przystępującego, niepodważonych przez Odwołującego, jest zdecydowanie krótszy. Skoro, zatem Zamawiający godzi się na to, aby dziennie przerwa konserwacyjna obejmowała czas zdecydowanie dłuższy, niż czas cotygodniowej konserwacji aparatu zaoferowanego przez Przystępującego, to nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przerwa na czynności konserwacyjne urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego wskazywała na sprzeczność oferty tego wykonawcy z SIWZ. Tym bardziej, że, jak stwierdził Przystępujący, przerwa ta wymaga kilkunastu minut, a nadto analizator c501 nie wymaga wyłączenia nawet podczas cotygodniowych czynności konserwacyjnych, bowiem z instrukcji wynika, że wykonywane raz w tygodniu czyszczenie trwające kilkanaście minut może być wykonywane przy module pozostającym w stanie gotowości. Złożona jako dowód w sprawie przez Przystępującego Instrukcja obsługi analizatora w zakresie czynności konserwacyjnych wykonywanych co tydzień zawiera informację: *Wijmowanie i ręczne czyszczenie inkubatora 15 - Wyłączyć analizator lub pozostawić w stanie gotowości (Standby) i wyjąć inkubator 15. Zmyć wszelkie kryształy i zanieczyszczenia z inkubatora 15 wodą dejonizowaną, natomiast w informacjach ogólnych zawiera m.in. stwierdzenie: „Jest gotowy do pracy 24 godziny na*

dobę". Nadto, jak zauważył Przystępujący zaoferowany przez niego analizator cobas c501 nie musi być wyłączany po skończonej pracy, co zapewnia jego stałą gotowość do pracy. W przypadku podania nowych próbek rozpocznie wykonywanie analiz bez dodatkowego czasu na uruchomienie, co oznacza, że wymaganie pkt 19 załącznika nr 1A jest spełnione.

Powyższe wskazuje, że zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Nie potwierdziły się także pozostałe zarzuty odwołania

Ad. zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy Roche z postępowania o udzielenie zamówienia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut ten Odwołujący wiąże z zarzutem dotyczącym oświadczenia złożonego przez Przystępującego w ofercie w załączniku nr 1A do SIWZ w poz. 19: „Brak potrzeby wyłączania platformy po skończonej pracy - wymagana stała gotowość do pracy”, gdzie wykonawca ten oświadczył „TAK”, podczas, gdy zdaniem Odwołującego, analizator zaoferowany przez Roche nie spełnia tego wymogu, a zatem wykonawca Roche przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Jak wyżej zostało wskazane zarzut Odwołującego, co do braku zaoferowania przez Przystępującego aparatu spełniającego wymogi określone w poz. 19 załącznika nr 1A do SIWZ: nie potwierdził się. Zostało wykazane, że zaoferowany analizator spełnia wymóg stałej gotowości do pracy, określony przez Zamawiającego. W związku z tym nie występuje przypadek podania przez Przystępującego nieprawdziwej informacji. W związku z tym nie nastąpiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Ad. zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Zdaniem Odwołującego zarzut ten jest konsekwencją niezaoferowania przez wykonawcę Roche Odczynnika HIL, wyrobu INSTC oraz Sample Probe, w wyniku czego cena oferty zawiera błąd w jej obliczeniu, bowiem nie zawiera cen podanych przez niego ilości opakowań.

Jak zostało wskazane powyżej, zarzuty, co do podnoszonych przez Odwołującego ww. braków w ofercie Przystępującego, nie potwierdziły się. Niezależnie od sposobu rozumienia błędu w obliczeniu ceny, zauważenia wymaga, że cena oferty obejmuje wymagane przez Zamawiającego ww. elementy zamówienia. Nie występuje zatem wskazywany przez Odwołującego błąd w jej obliczeniu. Odczynnik HIL został uwzględniony w zestawie startowym, zaś wyrób INSTC oraz Sample Probe stanowią akcesoria serwisowe, dostarczane w ramach zapewnionej opieki serwisowej.

Ad. zarzut zaniechania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Przystępującego omyłek podlegających obowiązkowej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący stawia ten zarzut wskazując na zbyt małą ilość uwzględnioną w ofercie Przystępującego: odczynnika Anti-TPO, przedstawiając w odwołaniu swoje wyliczenia, których wynik wskazuje, że zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego jest w tym zakresie niedoszacowana.

Odwołujący przedstawia w odniesieniu do odczynnika Anti-TPO wyliczenia, które w zakresie, w jakim odnoszą się do zapewnienia liczby testów, która pozwoli wykonać 1400 oznaczeń Anti-TPO zgodnie z poz. 24 tabeli załącznika nr 1C oraz wymaganej kontroli wewnętrznej są bezsporne. Przystępujący nie kwestionuje bowiem ustaleń Odwołującego, że na wykonanie oznaczeń potrzebne jest 1400 testów, jak też tego, że kontrole pochłoną dalsze 2190 testów, co oznacza 36 opakowań po 100 testów w każdym, podając, że zaoferował 38 opakowań. Sporne są natomiast wyliczenia Odwołującego odnoszące się do zużycia odczynników na kalibrację.

Jak stwierdził Przystępujący w piśmie z dnia 30 października 2020 r., zgodnie z załączoną do odwołania ulotką metodyczną testu Anti-TPO kalibracja jest wymagana dla każdego zestawu odczynnikowego. Zaoferowanie 38 opakowań jest w związku z tym wystarczające. Natomiast Odwołujący powołuje się również na dalszy fragment ulotki, który nie odnosi się do obowiązkowej kalibracji, lecz jedynie sugerowanej ponownej kalibracji, co zdaniem Przystępującego, nie jest równoznaczne z obowiązkiem jej przeprowadzania, a w konsekwencji nie uzasadnia potrzeby zaoferowania dalszych 42 opakowań odczynnika.

Spór sprowadza się zatem do sposobu rozumienia ulotki, a ściślej jej fragmentu: „*Częstotliwość kalibracji: We wszystkich analizatorach kalibrację należy przeprowadzić w następujący sposób:*

-dla każdego zestawu odczynników

Ponowną kalibrację sugeruje się w sposób następujący:

-codzienna: jeżeli w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy

-jeśli jest to konieczne: np. jeżeli wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy”

Odwołujący do swoich wyliczeń przyjął, że po pierwsze, ponowna kalibracja jest wymagana, a po drugie, że ma następować codziennie i w związku z tym zarzuca Zamawiającemu brak dokonania w ofercie Przystępującego poprawy innej omyłki. Natomiast Przystępujący uważa, że ponowna kalibracja nie jest obowiązkowa, a jedynie sugerowana, co oznacza, że nie miał obowiązku jej uwzględniania w swoich wyliczeniach na potrzeby określenia liczby potrzebnych opakowań i te określił prawidłowo.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby zarzut naruszenia ww. przepisu przez Zamawiającego, poprzez zaniechanie jego zastosowania w omawianym zakresie nie potwierdził się.

Aby można było przyjąć, że w ofercie występuje omyłka wymagająca poprawy, w pierwszej kolejności należałoby stwierdzić niezgodność oferty z SIWZ. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby wypełniając tabelę załącznika nr 1C Przystępujący wpisał ilości materiałów kontrolnych i kalibratorów niezapewniające wykonania kontroli wg wymagań Zamawiającego. Nie zostało wykazane w sposób jednoznaczny, aby w świetle brzmienia ww. ulotki ponowna kalibracja była konieczna do przeprowadzenia w sposób przyjęty przez Odwołującego w jego wyliczeniach tj. codziennie.

W ocenie Izby sposób zredagowania ww. ulotki jest tego rodzaju, że nie wyłącza całkowicie sposobu jej rozumienia, przedstawionego przez Przystępującego. Nie ma to jednak przesądzającego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Zauważenia bowiem wymaga, że pod tabelą Załącznika nr 1C znajduje się informacja: „*W przypadku niedoszacowania oferty pod względem ilości odczynników, materiałów kontrolnych, kalibratorów – Wykonawca nieodpłatnie dostarczy wszystkie wyżej wymienione.*” Oznacza to, że Zamawiający przewidział możliwość ewentualnego niedoszacowania oferty pod względem ilości m.in. odczynników i przewidział skutek takiego niedoszacowania w postaci konieczności dostarczenia wymaganej ilości w cenie oferty, a nie odrzucenie oferty. SIWZ jest wiążąca dla Zamawiającego i wykonawców. Skoro nie została w tym zakresie zakwestionowana przez wykonawców, to obecnie jej postanowienia nie mogą być pomijane.

W omawianym zakresie nie została zatem wykazana konieczność poprawy oferty złożonej przez Przystępującego.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1).

Przewodniczący: