

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**,

ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** kwotę **3 600, 00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostarczanie odczynników i materiałów zużywalnych wraz z najmem analizatora głównego oraz analizatora dyżurnego back-up do badań immunochemicznych wraz z dostosowaniem pomieszczenia przez Szpital Specjalistyczny

im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o., os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków (dalej „zamawiający”) wykonawca **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 b,**

02-676 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie (dalej „Roche” albo „przystępujący”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”),

2. zaniechaniu odrzucenia oferty **Roche** jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu podania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego wszystkich podstaw faktycznych

i prawnych odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu podania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego wszystkich podstaw faktycznych

i prawnych odrzucenia oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego również na tej podstawie, mimo iż treść oferty złożonej przez ten podmiot nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty przystępującego oraz odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 7 ustawy Pzp oraz uzupełnienia uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego, poprzez wskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił ofertę przystępującego na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz podniósł, że w decyzji o odrzuceniu tej oferty pominął okoliczność, iż oferta jest niezgodna z SIWZ wobec czego decyzja zamawiającego wymaga – w świetle art. 92 ust. 1 ustawy Pzp – uzupełnienia w zakresie podstaw faktycznych odrzucenia oferty przystępującego.

Wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odrzucając ofertę złożoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien wskazać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia.

Stwierdził, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu zamawiający powinien wskazać wszystkie okoliczności faktyczne i prawne będące podstawą odrzucenia oferty, zaś wskazanie przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty tylko części okoliczności faktycznych lub prawnych stanowiących w danym postępowaniu podstawę odrzucenia stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie uwzględnił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako kumulatywnej podstawy odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Podał, że przedmiotem zamówienia jest dostarczanie odczynników i materiałów zużywalnych wraz z najmem analizatora głównego oraz analizatora dyżurnego back-up do badań immunochemicznych wraz z dostosowaniem pomieszczenia.

Stwierdził, że zamawiający nie przewidział żadnych wyłączeń co do obowiązku zaoferowania materiałów zużywalnych w związku z czym przystępujący powinien był zaoferować wszelkie niezbędne materiały zużywalne, na które wskazuje m.in. instrukcja obsługi analizatora Roche oraz ulotki zaoferowanych wyrobów.

W ocenie odwołującego niezgodność oferty przystępującego z SIWZ polega na tym, że:

- nie zaferował wyrobu ControlSet Vials (2 x 56), nr katalogowy 03142949122, podczas gdy ulotki zaoferowanych wyrobów przez wskazują, że jest to element niezbędny do wykonania badania, niedostarczony w zestawie, co stanowi niezgodność z wymogiem wskazanym w pkt 3 Załącznika nr 1A do SIWZ stanowiącym, że oferowane ilości wszystkich wymaganych materiałów zużywalnych, płynów systemowych muszą zabezpieczyć wykonanie podanej ilości testów,
- nie zaferował roztworu EcoTergent 2% wymaganego do czyszczenia stanowisk mycia i płukania w analizatorach Cobas e 801, co stanowi niezgodność z ww. wymogiem wskazanym w pkt 3 Załącznika nr 1A do SIWZ,
- nie zaferował roztworu podchlorynu sodowego wymaganego m.in. do czyszczenia pojemników na odpady płynne oraz czyszczenia pojemnika na wodę, co stanowi niezgodność z ww. wymogiem wskazanym w pkt 3 Załącznika nr 1A do SIWZ,

Odwołujący podał, że z instrukcji analizatora zaferowanego przez przystępującego wynika, że ControlSet Vials jest materiałem zużywalnym przeznaczonym do używania

w module e801 oraz, że ulotki zaferowanych wyrobów wskazują, że wyrób ControlSet Vials jest niezbędnym do przeprowadzenia badania materiałem dodatkowym i nie jest dostarczany w zestawie – ulotka odczynnika PCT Brahms (Roche) Elecsys E2G 300 V2, nr kat. 08828679190 (poz. 37 oferty Roche) oraz ulotki wyrobów wskazanych w części oferty Roche dot. kontroli takich jak np. HE4 PC Elecsys, nr kat. 05950953190 (poz. 6), PreciControl TM Elecsys, nr kat. 11776452122 (poz. 8), PreciControl Thyro AB Elecsys V2, nr kat. 05042666191 (poz. 9); PreciControl Universal Elecsys V2, nr kat. 11731416190 (poz. 10), PreciControl Varia Elecsys, nr kat. 05618860190 (poz. 11).

Ocecił, że zgodnie z wymogiem wskazanym w pkt 3 Załącznika nr 1A do SIWZ oferowane ilości wszystkich wymaganych materiałów zużywalnych, płynów systemowych muszą zabezpieczyć wykonanie podanej ilości testów.

Uznał, że niezaferowanie przez przystępującego wyrobu ControlSet Vials stanowi niezaferowanie niezbędnego materiału zużywalnego, co przesądza o niezgodności z SIWZ

i powoduje konieczność odrzucenia oferty przystępującego również na tej podstawie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przystępujący nie zaferował wyrobu EcoTergent, który jest materiałem zużywalnym, służącym do czyszczenia i okresowej konserwacji dokonywanej samodzielnie przez zamawiającego, bez którego nie jest możliwe poprawne wykonywanie testów wymaganych przez zamawiającego.

Podał, że w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2020 r. skierowanych do zamawiającego, przystępujący wskazał, że EcoTergent zawarty jest w zestawie uruchomieniowym i w trakcie eksploatacji dostarczany jest przez serwis w trakcie corocznego przeglądu analizatorów.

Odwołujący podniósł, że zamawiający powinien mieć możliwość bieżącego zamawiania EcoTergent, zgodnie ze swoim zapotrzebowaniem, natomiast w przypadku dostarczania EcoTergent corocznie przez serwis, a nie na podstawie bieżących zamówień, zamawiający nie będzie miał możliwości zamówienia EcoTergent, jeśli ilości dostarczone przez serwis będą niewystarczające.

Uzupełnił, że dostarczanie EcoTergent corocznie może być niewystarczające ze względu na krótkie okresy ważności i stabilności tego wyrobu.

Podniósł także, że zamawiający nie będzie miał możliwości wyegzekwowania dostawy wyrobu EcoTergent, gdyż postanowienia dotyczące kar umownych nie znajdują zastosowania, jeśli wyrób nie będzie dostarczany na podstawie bieżących zamówień (w celu zabezpieczenia terminowej realizacji zamówień, zamawiający w § 8 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 3B wprowadził kary umowne za niezrealizowanie lub nieterminowe zrealizowanie zamówienia).

Zdaniem odwołującego ze względu na konieczność zapewnienia zamawiającemu możliwości nakładania kar umownych w celu zabezpieczenia terminowych dostaw, wszystkie materiały zużywalne powinny zostać odrębnie wymienione i zaferowane.

W odniesieniu do roztworu podchlorynu sodowego wskazał, że przystępujący podał w wyjaśnieniach, że nie zaferował tego wyrobu, gdyż jest standardowym wyposażeniem laboratorium.

Odwołujący podniósł, że nie ma podstaw, aby przyjmować, że zamawiający wyraził zgodę na to, aby pokryć koszty zwiększonego zużycia podchlorynu wynikające z konieczności przeprowadzania bieżących czynności konserwacyjnych analizatora, a także, aby przyjmować, że zamawiający będzie zaopatrywał się w podchloryn we własnym zakresie, na swój koszt, podczas gdy konieczność zaferowania podchlorynu przez przystępującego wynika wprost z instrukcji obsługi analizatora.

Uzupełnił, że podchloryn ze względu na krótki okres ważności i krótki okres stabilności nie może być dostarczany z dużym wyprzedzeniem, np. w pakiecie startowym ani corocznie przez serwis; takie rozwiązanie byłoby niedopuszczalne również ze względu na okoliczności dotyczące kar umownych.

Odwołujący podał, że dokonując odrzucenia oferty przystępującego zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty podstaw faktycznych przemawiających za zastosowaniem w stosunku do oferty tego wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wskazał, że przyczyną uprzedniego poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp były występujące w tej ofercie niedoszacowania.

Stwierdził, że kalkulując ilość odczynników, przystępujący powinien był uwzględnić, że odczynniki będą stale znajdować się otwarte na pokładzie analizatora w celu umożliwienia zamawiającemu dokonywania kontroli zgodnie z harmonogramem przedstawionym przez zamawiającego oraz umożliwienia zamawiającemu stałego dokonywania oznaczeń w okresie obowiązywania umowy.

Uzupełnił, że po upływie okresu stabilności danego odczynnika, odczynnik ten powinien zostać wymieniony, nawet jeśli nie został całkowicie zużyty – ocenił, że przystępujący nie uwzględnił okresu stabilności, przez co zaferował zbyt małą ilość odczynników.

Podał, że zgodnie z postanowieniem wskazanym w Załączniku nr 1A do SIWZ wymagane było zaferowanie ilości materiału kontrolnego zgodnie z terminem przydatności po otwarciu, który musi zabezpieczyć planowaną ilość kontroli, ze wskazaną przez zamawiającego częstotliwością kontroli (1x, 2x, 5x w tygodniu).

Zaznaczył, że do wykonania kontroli potrzebny jest nie tylko materiał kontrolny, ale również odczynniki. Uznał, że określona przez zamawiającego częstotliwość kontroli wskazuje, że większość odczynników będzie używana co najmniej raz lub kilka razy w tygodniu. Oceniał, że kalkulując ilość odczynników, przystępujący powinien uwzględnić, że odczynniki te będą w stałym użytku przez okres obowiązywania umowy, tj. że w każdym tygodniu na pokładzie analizatora powinien znajdować się otwarty, gotowy do użycia odczynnik, którego okres stabilności nie upłynął. Stwierdził, że przyjęcie, że zamawiający wymagał uwzględnienia okresu stabilności odczynników przy kalkulacji ich ilości niezbędnej do wykonania liczby testów wskazanych przez zamawiającego w Załączniku nr 1A do SIWZ w okresie 48 miesięcy jest jedyną interpretacją SIWZ zgodną z zasadami prowadzenia badań w laboratorium diagnostycznym i wymogami prawnymi w tym zakresie. Podał, że w tabeli „Wykaz ilości testów” w Załączniku nr 1A do SIWZ, zamawiający w pierwszym wierszu wskazał, że podane ilości testów to ilości, które będą wykonywane w okresie 48 miesięcy, co – wedle odwołującego – oznacza, że zamawiający powinien mieć możliwość wykonywania testów w całym wskazanym okresie, a zatem przystępujący powinien być uwzględnić okres stabilności odczynników, tymczasem oferując niektóre z odczynników, Roche nie uwzględnił ich okresu stabilności w związku z czym zaoferował zbyt mało opakowań dla pozycji 24, 4, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 28, 35, 36.

Zauważył, że po doliczeniu do oferty przystępującego brakujących opakowań, zgodnie z ceną wskazaną w ofercie przystępującego kwota niedoszacowania oferty wynosi netto 168 100,00 zł, czyli 181 548,00 zł brutto przy cenie brutto oferty odwołującego wynoszącej 2 703 607,09 zł.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 25 stycznia 2021 r., uwzględniające w całości zarzuty odwołania, dokumentów złożonych na rozprawie – przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk odwołującego i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy (prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia zamawiający nie stawiał się) skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. zamawiający oświadczył, że „*postanawia uznać w całości odwołanie*”.

Na posiedzeniu przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (str. 3 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu podania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego również na tej podstawie, mimo iż treść oferty złożonej przez ten podmiot nie odpowiada treści SIWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący twierdził, że niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, tj. pkt. 3 Załącznika nr 1A do SIWZ, zgodnie z którym „*Oferowane ilości wszystkich wymaganych materiałów zużywalnych, płynów systemowych muszą zabezpieczyć wykonanie podanej ilości testów*”, polega na tym, że przystępujący nie zaoferował:

- wyrobu ControlSet Vials (2 x 56) nr katalogowy 0314294122, podczas gdy ulotki wyrobów zaoferowanych przez przystępującego wskazują, że jest to element niezbędny do wykonania badania, niedostarczony w zestawie,
- roztworu EcoTergent 2% wymaganego do czyszczenia stanowisk mycia i płukania analizatora cobas e 801,
- roztworu podchlorynu sodowego wymaganego m.in. do czyszczenia pojemników na odpady oraz pojemników na wodę.

W odniesieniu do ControlSet Vials (2 x 56) nr katalogowy 0314294122 odwołujący twierdził, że jest to „*element niezbędny do wykonania badania, niedostarczony w zestawie*” –

materiał zużywalny, o którym mowa w pkt. 3 Załącznika nr 3A do SIWZ co wynika z instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora cobas e-801 i ulotek zaoferowanych przez przystępującego odczynników (dowód nr 1 – str. 230 instrukcji zaoferowanego przez przystępującego, co nie było sporne, analizatora oraz dowody nr 2-10 – ulotki różnych odczynników).

Rzeczywiście na ww. str. 230 instrukcji „*Szybkie odniesienie: Odczynniki i materiały zużywalne – e 801*” wymienia się ControlSet Vials Elecsys, cobas e o nr katalogowym 03142949122, którego to, co nie było sporne, przystępujący nie zaoferował.

Rzeczywiście też w złożonych przez odwołującego ulotkach różnych odczynników każdorazowo wskazuje się ww. numer katalogowy i ControlSet Vials, jednak nie jako materiał zużywalny, ale jako materiał dodatkowy (niedostarczony w zestawie).

Podnieść w tym kontekście należy, że zamawiający w ogóle nie zdefiniował, jak

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy rozumieć mają „materiały zużywalne”. Nie posłużył się także w przywoływanym przez odwołującego Załączniku nr 1A do SIWZ „materiałem dodatkowym”.

Inne brzmienie rodzajów materiałów (zużywalne i dodatkowe), przy braku wskazania przez zamawiającego sposobu rozumienia materiałów zużywalnych, czy wskazania, że przez materiały zużywalne należy rozumieć także materiały dodatkowe uzasadnia wniosek, że nie są to materiały tożsame.

Już choćby z powyższego powodu twierdzenie odwołującego, na podstawie ulotek odczynników, w których nie występują w ogóle materiały zużywalne, że przystępujący nie zaoferowanych wymaganych materiałów zużywalnych nie może się ostać.

W odniesieniu do złożonej przez odwołującego str. 230 instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora,

gdzie jako jeden z materiałów zużywalnych wymienia się ControlSet Vials Elecsys, cobas e o nr katalogowym 03142949122 skład orzekający Izby wskazuje, że zaoferowany przez przystępującego CalSet Vials o nr katalogowym 11776576322 (fakt zaoferowania tegoż nie był sporny) to wyrób równoważny, co wynika z załączonego przez przystępującego do jego stanowiska pismem Listu informacyjnego dotyczącego produktu Numer 37/2006, zgodnie z którym „Te dwa produkty są identyczne i mogą być używane zamiennie, jedyna zmiana dotyczy koloru wieczek (zamknięć) naczynek. Oba wyroby mają to samo przeznaczenie: przechowywanie rozpuszczonych kalibratorów lub kontroli Elecsys”.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego niedopuszczalności stosowania wyrobu CalSet Vials o nr katalogowym 11776576322 w miejsce ControlSet Vials Elecsys, o nr katalogowym 03142949122 w kontekście art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, zgodnie z którym „Wyrób powinien być właściwie dostarczony, prawidłowo zainstalowany i utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania.”, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że użytkownik, ze względu na tożsame zastosowanie (co przecież potwierdza producent, będący także „autorem” samej instrukcji w ww. Liście) nie może narazić się na działanie niezgodne z instrukcją.

Nie jest zatem zasadne twierdzenie, że przystępujący nie zaoferował materiału zużywalnego służącego do przechowywania rozpuszczonych kalibratorów lub kontroli Elecsys.

W odniesieniu do roztworu EcoTergent 2% wymaganego do czyszczenia stanowisk mycia i płukania analizatora cobas e 801 odwołujący twierdził, że jest to materiał zużywalny służący do czyszczenia i okresowej konserwacji dokonywanej samodzielnie przez zamawiającego, bez którego nie jest możliwe poprawne wykonywanie testów – materiał zużywalny, o którym mowa w pkt. 3 Załącznika nr 3A do SIWZ, co wynika z instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora cobas e-801 (dowód nr 11 – str. 584-588 i 659-661) zaś w odniesieniu do roztworu podchlorynu sodowego twierdził, że jest to materiał zużywalny wymagany m.in. do czyszczenia pojemników na odpady oraz pojemników na wodę – materiał zużywalny, o którym mowa w pkt. 3 Załącznika nr 3A do SIWZ, co wynika z instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora cobas e-801 (dowód nr 13

– str. 659-661).

Ponownie podnieść należy, że zamawiający w ogóle nie zdefiniował, jak w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy rozumieć mają „materiały używalne”.

Co więcej, klasyfikacja wyrobu EcoTergent i podchlorynu sodowego jako materiałów zużywalnych nie pochodzi od producenta, ale jest klasyfikacją własną odwołującego. I o ile na tle braku zdefiniowania przez zamawiającego, co wykonawcy winni rozumieć jako materiały zużywalne pojawia się przypuszczenie, że zamawiający pozostawił kwestię do rozstrzygnięcia samemu wykonawcom, tj. winni dokonać klasyfikacji według klasyfikacji producenta oferowanych analizatorów i odczynników (instrukcji, ulotek) to niedorzecznym wydaje się, aby klasyfikację producenta miał zastąpić inny podmiot.

Skład orzekający Izby uznał, że:

- złożone przez odwołującego jako dowód nr 12: ulotka Eco Tergent i fragment instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora (str. 549), w których brak klasyfikacji producenta, że EcoTergent jest materiałem zużywalnym nie potwierdziły, że jest to taki właśnie rodzaj materiału,
- złożone przez odwołującego także jako dowód nr 12 zdjęcie opakowania EcoTergent na potwierdzenie krótkiego okresu ważności i stabilności wyrobu nie jest istotne, ponieważ nie jest to materiał zużywalny, nie musiał być oferowany przez przystępującego, a tym samym jego cechy pozostają bez znaczenia,
- złożony przez odwołującego jako dowód nr 13 fragment instrukcji zaoferowanego przez przystępującego analizatora (str. 659), w którym brak klasyfikacji producenta, że podchloryn sodowy jest materiałem zużywalnym nie potwierdził, że jest to taki właśnie rodzaj materiału,
- złożone przez odwołującego jako dowód nr 14 zdjęcie opakowania podchlorynu sodowego na potwierdzenie krótkiego okresu ważności wyrobu nie jest istotne, ponieważ nie jest to materiał zużywalny, nie musiał być oferowany przez przystępującego, a tym samym jego cechy pozostają bez znaczenia.

Skład orzekający Izby zauważyła nadto, iż oczekiwanie zamawiającego co do zaoferowania materiałów zużywalnych dotyczyło „zabezpieczenia wykonania podanej ilości testów” (pkt 3 Załącznika nr 3A do SIWZ), a nie działania analizatora w ogóle – to bowiem wiązać należy z czynnościami konserwacyjnymi urządzenia, co do których zamawiający wskazał odrębnie, tj. w rozdziale III pkt 3 lit. c): *koszty ewentualnych, serwisowych konserwacji analizatora głównego oraz analizatora dyżurnego Back-up z uwzględnieniem materiałów zużywalnych pokrywa Wykonawca*”.

Dostrzec wreszcie należy, że zamawiający odrębnie wskazał na materiały zużywalne w Załączniku nr 1A do SIWZ (odczynniki), odrębnie w ww. rozdziale III pkt 3 lit. c) SIWZ (analizator) stąd niezasadnym jest twierdzenie, że chodzi o te same materiały zużywalne.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiającemu nie można przypisać naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ z przyczyn podnoszonych przez odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego z zastosowaniem wskazanego przepisu, a w konsekwencji nie można przypisać zamawiającemu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na niepodaniu w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Należy zgodzić się z odwołującym co do tego, że do wykonania kontroli potrzebny jest nie tylko materiał kontrolny, ale również odczynniki.

Odwołujący twierdził, że przystępujący zaoferował zbyt małą ilość odczynników, ponieważ w kilkunastu pozycjach (oprócz pozycji, które zostały poprawione przez zamawiającego, o czym przystępujący został zawiadomiony przez zamawiającego

16 grudnia 2020 r.) nie uwzględnił okresu stabilności odczynników, co było obowiązkiem przystępującego wynikającym z pkt. 2 Załącznika nr 1A do SIWZ, zgodnie z którym *„Oferowane ilości materiału kontrolnego zgodnie z terminem przydatności po otwarciu muszą zabezpieczać planowaną ilość kontroli według poniższego schematu: (...)”*

Choć zacytowane postanowienie SIWZ (pkt 2) literalnie nie mówi o stabilności odczynników, to – skoro mowa w nim o terminie przydatności po otwarciu – uznać należy, że chodzi właśnie o stabilność odczynnika.

Nie sposób jednak nie dostrzec, że pkt 2 Załącznika nr 1A do SIWZ nie referuje do kwestii stałej „obecności

otwartych odczynników" na pokładzie analizatora, co prowadzi do wniosku, że zamawiający nie wprowadził wymogu wyliczenia zaofertowanych ilości odczynników z założeniem, że będą one na stałe znajdować się otwarte na pokładzie analizatora.

Uwzględniając ewidentny brak w opracowanej przez zamawiającego SIWZ regulacji w zakresie dotyczącym stałej „obecności otwartych odczynników” na pokładzie analizatora, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że oferowane ilości należało skalkulować dla wskazanych przez zamawiającego w tabeli w pkt. 2 Załącznika nr 1A do SIWZ planowanych kontroli (z częstotliwością 1, 3 albo 5 razy na tydzień albo 1 na dwa tygodnie w zależności od testu) bez wymogu (założenia), że odczynniki stale będą się znajdować otwarte na pokładzie analizatora.

Na podstawie Załącznika nr 3A do SIWZ przyjąć można tyle tylko, iż odczynnik wprowadzony do analizatora (o ile zostanie wprowadzony do analizatora) będzie podlegać kontroli ze wskazaną przez zamawiającego częstotliwością. Z SIWZ nie wynika jednak, jak przyjął odwołujący, że odczynniki będą w stałym użytku przez okres obowiązywania umowy, tj. że w każdym tygodniu na podkładzie analizatora powinien znajdować się otwarty, gotowy do użycia odczynnik (str. 6 pkt 36 odwołania).

Tym samym eksponowany przez odwołującego okres, na jaki umowa ma zostać zawarta (maksymalnie 48 miesięcy) i zastrzeżenie przez zamawiającego sukcesywnych, czyli kolejnych, stopniowych dostaw odczynników (rozdział VII pkt 2 lit. a) SIWZ) pozostaje bez znaczenia. Kolejne, stopniowe dostawy nie muszą wskazywać dostaw w każdym tygodniu. Nie tak ujął to zamawiający w SIWZ, która – czego nie można tracić z pola widzenia – winna być – i jednoznaczna, i wyczerpująca.

W konsekwencji skład orzekający Izby pominął złożone przez odwołującego ułotki zaofertowanych przez przystępującego odczynników (dowody nr 15-27) na potwierdzenie okresu stabilności odczynników – były nieprzydatne dla wyliczeń ilości odczynników skoro kalkulacja nie wymagała uwzględnienia stabilności odczynników.

Skład orzekający Izby pominął także str. 596 instrukcji zaofertowanego przez odwołującego analizatora (dowód nr 28), ponieważ okoliczność, na którą została złożona, tj. zatrzymania zegara stabilności w przypadku rozwiązania odwołującego nie ma znaczenia dla oceny istnienia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiającemu nie można przypisać naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu podania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania oraz § 8 ust. 1, § 8 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami odwołującego.

Przewodniczący:.....