Sygn. akt: KIO 1782/16

WYROK
z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2016 r. przez **wykonawcę Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181 B,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej z siedzibą w Warszawie, ul. Karowa 2,**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21b -** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonanie czynności badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej z siedzibą w Warszawie, ul. Karowa 2** i:
   2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181 B,** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. Zasądza od zamawiającego **Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej z siedzibą w Warszawie, ul. Karowa 2** na rzecz **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181 B** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania związanych z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1782/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawy odczynników wraz z dzierżawą analizatorów do wykonywania badań z zakresu biochemii zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 r. za numerem 2016/S 077 – 136361.

W dniu 29 lipca 2016r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21b (dalej przystępujący) z punktacją 59,54pkt w kryterium ceny i 30 pkt. w kryterium ocena parametrów technicznych, łącznie 89,54pkt. Na drugim miejscu znalazł się wykonawca Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181B (odwołujący) z oceną 70 pkt. w kryterium ceny, 15 w kryterium ocena parametrów technicznych – łącznie 85 punktów.

Odwołujący wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1485/16 w dniu 8 sierpnia 2016r. zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., polegające na przyznaniu przystępującemu jednego punktu w ramach ocenianego parametru „Liczba pozycji na próbki STAT" i w konsekwencji przyznanie odwołującemu zero punktów w ramach tego parametru, podczas gdy to odwołujący podał największą liczbę pozycji na próbki, a co za tym idzie powinien w ramach tego parametru otrzymać 1 punkt, a przystępujący 0 pkt,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. zmianę liczby punktów przyznanych przystępującemu w ramach ocenianego parametru „Liczba pozycji na próbki STAT" z 1 pkt na 0 pkt, przyznanie odwołującemu w ramach tego kryterium 1 pkt zamiast 0 pkt, a w konsekwencji stwierdzenie,

że przystępujący uzyskał 9 punktów (zamiast 10 punktów) w ramach ocenianych parametrów analizatorów, co daje 30 punktów w ramach kryterium „Ocena parametrów technicznych" oraz stwierdzenie, że odwołujący uzyskał 6 punktów (zamiast 5 punktów) w ramach ocenianych parametrów analizatorów, co daje 20 punktów w ramach kryterium „Ocena parametrów technicznych". W rezultacie stwierdzenie, że łączna liczba punktów przyznanych w ramach obu kryteriów oceny ofert w przypadku przystępującego wynosi 89,54 pkt, zaś w przypadku odwołującego - 90 pkt;

4. odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z treścią z s.i.w.z. - brak kalibratora do kalibracji kreatyniny enzymatycznej. W załączniku nr 1 - formularza asortymentowo-cenowego wykonawcy zobowiązani byli wskazać kalibratory oraz materiały niezbędne od wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy według zaleceń producenta. Analiza formularza asortymentowo-cenowego załączonego do oferty przystępującego w ocenie odwołującego wskazuje, że wykonawca ten nie zaoferował wymaganego kalibratora niezbędnego do wykonania kalibracji kreatyniny enzymatycznej. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w ulotce odczynnikowej zaoferowanego przez przystępującego, w poz. 14 Odczynniki formularza asortymentowo-cenowego odczynnika do oznaczania kreatyniny enzymatycznej CREATYNINE (ENZYMATIC) (8L24-31) dołączonej do oferty firmy przystępującego (str. 84 ulotki odczynnikowej), materiałem wymaganym, ale niedostarczonym wraz z odczynnikiem jest kalibrator 6K30-10 Clin Chem Cal (str. 2 ulotki, PROCEDURA). Nieuwzględnienie przez przystępującego w złożonej ofercie kalibratora 6K30-10 Clin Chem Cal i tym samym niewskazanie go w formularzu asortymentowo-cenowym powoduje, że nie został on objęty oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie i nie zostanie dostarczony zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Brak tego kalibratora powoduje z kolei, że wykonanie 11 600 oznaczeń kreatyniny enzymatycznej nie będzie możliwe.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia

wyjaśnień w powyższym zakresie.

Przystępujący, pismem z dnia 15 lipca 2016 r., udzielił następujących wyjaśnień, wskazując, „że kalibrator do oznaczania kreatyniny zawarty jest w tabeli „KALIBRATORY niezbędne do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy według zaleceń producenta" formularza asortymentowo-cenowego w pozycji 3 - General Chemistry MCC". Wskazany w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach kalibrator General Chemistry Calibrator MCC (1E65- ulotka załączona na str. 6 (zakładka kalibratory) oferty przystępującego) służy do kalibracji odczynnika Creatynine - kreatyniny, ale oznaczanej inną

metodą niż kreatynina zaoferowana przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Zaoferowany przez przystępującego odczynnik oznaczany jest metodą enzymatyczną, a kalibrator wskazany przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2016 r. jest wykorzystywany przy wykonywaniu oznaczeń metodą Jaffego. Są to dwie różne metody.

Odwołujący podkreślił, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 18 do s.i.w.z. (Wyjaśnienia i Modyfikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 16 maja 2016 r.), zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga zaoferowania odczynnika do enzymatycznej metody oznaczania kreatyniny. Fakt, iż kalibrator General Chemistry Calibrator MCC służy do oznaczania odczynnika kreatyniny metodą Jaffego potwierdza zarówno ulotka dotycząca odczynnika kreatyniny (Creatynine 3L81 - odczynnik niewymagany w postępowaniu przetargowym) jak i ulotka do kalibratora General Chemistry Calibrator MCC (1E65). Kalibrator wskazany w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 15 lipca 2016 r. służy do kalibracji wielu innych zaoferowanych przez tego wykonawcę testów, w tym np. albuminy, glukozy, żelaza, wapnia, fosforu. Wskazany w wyjaśnieniach i wytwarzany przez przystępujący kalibrator General Chemistry Calibrator MCC (1E65) nie może jednak służyć do kalibracji zaoferowanego przez przystępujący odczynnika Creatynine (Enzymatic) wytwarzanego przez Sentinel.

Poza wymogami określonymi w ulotce odczynnikowej do kreatyniny enzymatycznej, brak możliwości zastosowania kalibratora wskazanego przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2016 r. do zaoferowanego przez tego wykonawcę odczynnika wynika również z faktu, że producenci odczynników zawsze definiują kalibrator wymagany do kalibracji danego testu - kalibrator i odczynnik pochodzą zawsze tego samego producenta. Jedynie materiał kontrolny może pochodzić od innego producenta pod warunkiem, że poda on wartości dedykowane dla danego odczynnika i aparatu.

Zaoferowany przez przystępującego odczynnik do oznaczania kreatyniny enzymatycznej (Creatynine Enzymatic nr kat 8L24-31) jest wytwarzany przez firmę Sentinel (a nie firmę przystępującego), która w ulotce rekomenduje kalibrator 6K30-10 Clin Chem Cal (także produkcji firmy Sentinel). Natomiast kalibrator wskazany w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego w dniu 15 lipca 2016 r. tj. General Chemistry Calibrator MCC (1E65) jest produkowany przez przystępującego. Nie ma, zatem tożsamości producenta odczynnika i kalibratora. Okoliczność, że odczynnik i kalibrator powinny pochodzić od jednego producenta potwierdza również zawarta w ulotce odczynnikowej aplikacja na zaoferowany przez przystępującego analizator Architect c4000, w której producent odczynnika - Sentinel nakazuje wykonanie kalibracji przy użyciu kalibratora CCC-S1- także produkcji firmy Sentinel.

Omówiony powyżej brak kalibratora niezbędnego do kalibracji odczynnika kreatynina enzymatyczna w ocenie odwołującego powoduje, że treść oferty złożonej przez

przystępującego nie odpowiada treści s.i.w.z., co skutkuje koniecznością odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. – niedoszacowanie ilości odczynników, opakowań materiałów eksploatacyjnych i kontroli, to odwołujący podniósł, że oferta złożona przez przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, również ze względu na niedoszacowanie ilości opakowań odczynników, materiałów eksploatacyjnych i kontroli niezbędnych do wykonania podanej przez zamawiającego liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy. Występujące w tym zakresie błędy w ofercie przystępującego nie mogą zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż ich poprawienie prowadziłoby to dokonywania niedopuszczalnych zmian

w treści oferty po dniu jej złożenia. Brakujące opakowania nie zostały objęte oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie, a zatem nie zostaną one dostarczone zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zamawiający nie będzie mógł wykonać wymaganej liczby oznaczeń. Niedoszacowanie liczby opakowań prowadzi również w efekcie do zaniżenia ceny oferty, gdyż ich nieuwzględnienie w ofercie umożliwiło przystępującemu zaoferowanie ceny na poziomie określonym w ofercie.
Odwołujący podniósł zarzut wobec:

1. Niewystarczającej liczby opakowań kalibratora Bilirubin Calibrator - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja nr 1. Na okres 2 lat należało zaoferować 18 opakowań kalibratora: 1x 365 dni / (3 butelki x 14 dni) = 17.4 = 18 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu jedynie 17 opakowań Bilirubin Calibrator. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona o 1 opakowanie w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń.
2. Niewystarczającej liczby opakowań kalibratora General Chemistry MCC -załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja nr 3. Na okres 2 lat należało zaoferować 35 opakowań kalibratora: 2 x 365 dni / 21 dni = 34.8 = 35 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu 34 opakowań General Chemistry. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona o 1 opakowanie w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń.
3. Niewystarczającej liczby opakowań kalibratora ICT Calibrator - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania

---

podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja nr 4. Na okres 2 lat należało zaoferować 21 opakowań kalibratora: 1 x 365 dni / 35 dni = 20.9 = 21 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu jedynie 20 opakowań ICT Calibrator. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona o 1 opakowanie w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń.
4. Niewystarczającej liczby opakowań kalibratora ICT Urine Calibrator - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja nr 54. Na okres 2 lat należało zaoferować 21 opakowań kalibratora: 2x 365 dni / 35 dni = 20.9 = 21 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu 20 opakowań ICT Urine Calibrator. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona o 1 opakowanie w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń.
5. Niewystarczającej liczby opakowań kalibratora służącego do kalibracji HbA1C - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja nr 7. Na okres 2 lat należało zaoferować 15 opakowań kalibratora: 1 x 365 dni / 50 dni = 14.6 = 15 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu jedynie 6 opakowań kalibratora dla testu HbA1c. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona aż o 9 opakowań w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń.
6. Niewystarczającej liczby opakowań płynu służącego do codziennej konserwacji analizatora ICT Cleaning Fluid - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy - pozycja 5. Na okres 2 lat należało uwzględnić 6 opakowań ICT Cleaning Fluid: 2 x 365 dni / 140 dni = 5.2 = 6 opakowań, natomiast zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do

dostarczenia zamawiającemu 5 opakowań ICT Cleaning Fluid. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona o 1 opakowanie w stosunku do liczby opakowań potrzebnej w okresie 24 miesięcy wykonywania oznaczeń.

7. Nieuwzględnienia w ofercie przystępujący dodatkowych kubeczków do przelewania kalibratorów - załącznik nr 1 formularz asortymentowo-cenowy, tabela dotycząca kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy

- pozycja 1 Bilirubin Calibrator, pozycja 3 General Chemistry Calibrator. Analiza załącznika nr 1 - formularza asortymentowo-cenowego dołączonego od oferty przystępującego wskazuje, że wykonawca ten nie uwzględnił w ofercie dodatkowych kubeczków umożliwiających przeprowadzenia procedur kalibracji. Nieuwzględnienie tych kubeczków w ofercie, a w konsekwencji niedostarczenie ich zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia uniemożliwi zamawiającemu korzystanie z analizatora. Jeżeli wykonawca rzeczywiście przewidział ich dostawę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia to powinien był wskazać je, jako odrębny materiał eksploatacyjny (w odpowiedniej pozycji tabeli).

8. Liczba opakowań odczynników. Ponieważ przystępujący nie zaoferował mniejszych opakowań do porcjowania odczynników w celu ich bardziej ekonomicznego wykorzystania, zamawiający nie ma możliwości porcjowania odczynników. Kalkulując ilość opakowań odczynnik należy zatem uwzględnić stabilność odczynnika zgodną z informacją zawartą w ulotkach odczynnikowych bez możliwości ich porcjowania. W ulotkach odczynnikowych dla każdego zaoferowanego testu podano dopuszczalny czas przechowywania odczynnika na pokładzie analizatora po otwarciu. Uwzględniając warunki przechowywania odczynników odwołujący stwierdził, że przystępujący zaoferował niewystarczającą liczbę opakowań odczynników dla testów: LDH, ALP, Albuminy, Białko całkowite, Fosfor, Kwas moczowy, Kwasy żółciowe, Wapń całkowity, Żelazo, HbA1c. Wobec tego, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że oferta złożona przez przystępującego jest nie odpowiada treści s.i.w.z., również w powyższym zakresie, co powoduje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., to odwołujący wskazał, że w rozdziale XVI s.i.w.z. wskazano, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: cena z wagą 70% i ocena parametrów technicznych z wagą 30%. Kryterium ocena parametrów technicznych opierać się będzie na parametrach ocenianych - punktacji zawartej w załączniku nr 1 do s.i.w.z.

W załączniku nr 1 a do s.i.w.z. - opis przedmiotu zamówienia wraz z ocenianymi parametrami, wykonawcy zobowiązani byli opisać oferowane parametry analizatorów. Zgodnie z informacją zamieszczoną w wierszu 7 kolumna 3 tabeli parametr „Liczba pozycji na próbki STAT" miał być oceniany przez zamawiającego w następujący sposób: „największa liczba pozycji na próbki - 1 pkt, mniejsza od największej liczby pozycji na próbki - 0 pkt".

Z udostępnionej przez zamawiającego oceny ofert w kryterium parametry techniczne wynika, że łączna liczba punktów, którą uzyskał przystępujący wynosi 10, zaś łączna liczba punktów uzyskana przez odwołującego - 5. Z oceny tej wynika również, że w ramach

parametru „Liczba pozycji na próbki STAT" przystępujący uzyskał 1 punkt, a odwołujący 0 punktów.

W ofercie odwołującego, w opisie parametru „Liczba pozycji na próbki STAT" wskazano: „powyżej 52 pozycji dla próbek STAT: 22 pozycje dla próbek STAT oraz dowolna ilość 10 pozycyjnych statywów „czerwonych" (min. 3 statywy) do analizy próbek pilnych umieszczanych w podajniku statywów". Z kolei w ofercie złożonej przez przystępującego: „liczba pozycji na próbki STAT: 35".

Liczba pozycji próbek w oferowanym przez odwołującego analizatorze jest, zatem wyższa (52 pozycje) niż liczba pozycji na próbki w analizatorze zaoferowanym przez przystępującego (35 pozycji).

Tym samym, zamawiający nieprawidłowo ocenił opisy parametrów zawarte w ofercie przystępującego i odwołującego, gdyż to odwołujący, a nie przystępujący powinien otrzymać

1 punkt w ramach tego ocenianego parametru.

Z udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynika, dlaczego pomimo opisu zamieszczonego w wierszu 7 załącznika nr 1 dołączonego do oferty odwołującego, zamawiający przyznał mu 0 punktów zamiast 1 punktu w ramach tego parametru. Zamawiający nie wzywał również odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości, co do przedstawionego przez odwołującego opisu oferowanych parametrów to mógł skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pismem z dnia 11 sierpnia 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2016 r., w toku posiedzenia, przed otwarciem rozprawy, złożył przed Krajową Izbą Odwoławczą ustnie do protokołu oświadczenie, iż uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i zobowiązuje się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uwzględniając konieczność dokładnego wyjaśnienia treści złożonych ofert, zarówno oferty przystępującego, jak i oferty odwołującego, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przystępujący, w toku posiedzenia, złożył także ustnie do protokołu oświadczenie, iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 23 sierpnia 2016 r., Izba umorzyła postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 1485/16.

W dniu 13 września 2016 r., zamawiający poinformował o powtórzonej czynności badania i oceny ofert oraz o wyniku tej oceny i ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę

przystępującego z identyczną punktacją jak w ramach informacji z dnia 29 lipca 2016r., tak samo ocenił także ofertę odwołującego.

W dniu 23 września 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z. polegające na przyznaniu wykonawcy przystępującemu jednego punktu w ramach ocenianego parametru Liczba pozycji na próbki STAT i w konsekwencji przyznanie odwołującemu zera punktów w ramach tego parametru, podczas gdy to odwołujący podał największą liczbę pozycji na próbki, a co za tym idzie powinien w ramach tego parametru otrzymać 1 punkt, a przystępujący 0 pkt;
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty (pismo z dnia 5 września 2016 r.) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, dotyczące zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu dwóch rodzajów kalibratorów pod wspólną nazwą General Chemistry MCC;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzuty opisane przez odwołującego w pkt. 1 i 2 są identyczne w treści z zarzutami podniesionymi w sprawie sygn. akt KIO 1485/16.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. zmianę liczby punktów przyznanych przystępującemu w ramach ocenianego parametru Liczba pozycji na próbki STAT z 1 pkt na 0 pkt, przyznanie odwołującemu w ramach tego kryterium 1 pkt zamiast 0 pkt, a w konsekwencji stwierdzenie, że przystępujący uzyskał 9 punktów (zamiast 10 punktów) w ramach ocenianych parametrów analizatorów, co daje 30 punktów w ramach kryterium Ocena parametrów

technicznych oraz stwierdzenie, że odwołujący uzyskał 6 punktów (zamiast 5 punktów)

10

w ramach ocenianych parametrów analizatorów, co daje 20 punktów w ramach kryterium Ocena parametrów technicznych. W rezultacie stwierdzenie, że łączna liczba punktów przyznanych w ramach obu kryterium oceny ofert w przypadku wykonawcy przystępującego wynosi 89,54 pkt, zaś w przypadku odwołującego - 90 pkt;

4. odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że żądania te są identyczne w swojej treści z żądaniami podniesionymi w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1485/16.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i przyznania wykonawcom prawidłowej liczby punktów oraz odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez odwołującego. Nie może, zatem w ocenie odwołującego budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że na gruncie przedmiotowego postępowania czynność zamawiającego polegająca na dokonaniu wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej była już przedmiotem odwołania do KIO. Obecnie kwestionowana czynność stanowi powtórny wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej. Pierwotny wybór oferty Abbott, jako najkorzystniejszej oferty został dokonany przez zamawiającego w dniu 29 lipca 2016 r. Od tej czynności zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym wskazywał na naruszenie przez zamawiającego m.in. art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2016 r., w toku posiedzenia przed otwarciem rozprawy, złożył przed Krajową Izbą Odwoławczą ustnie do protokołu oświadczenie, iż uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i zobowiązuje się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uwzględniając konieczność dokładnego wyjaśnienia złożonych ofert, zarówno oferty przystępującego jak i oferty odwołującego, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

11

Wykonawca przystępujący, który przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1485/16 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, dnia 13 września 2016 r. zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uważa, że dokonanie przez zamawiającego ponownego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej pomimo uprzedniego uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 8 sierpnia 2016 r. pozostaje w sprzeczności z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z treścią z s.i.w.z. - brak kalibratora do kalibracji kreatyniny enzymatycznej, to ponad treść odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1485/16 odwołujący wskazał, że w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zamawiający po raz kolejny w dniu 31 sierpnia 2016 r. zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie:

a. Jakiego rodzaju kalibrator lub kalibratory (...) został lub zostały zaoferowane przez Wykonawcę w pozycji nr 3 formularza asortymentowo - cenowego i co dokładnie zawiera wskazany przez wykonawcę zestaw opakowań 2x3x5 ml

b. kto jest producentem odczynnika do kreatyniny enzymatycznej i jaki kalibrator zgodnie z ulotką jest wymagany do kalibracji tego testu oraz
c. wskazanie w treści ulotki czy odczynnik i kalibrator muszą pochodzić od tego samego producenta, czy dopuszczalne jest zaoferowanie kalibratora i odczynnika różnych producentów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, przystępujący w piśmie z 5 września 2016 r. wyjaśnił:
a. „w pozycji nr 3 formularza asortymentowo - cenowego zawarty jest zestaw dwóch rodzajów kalibratorów pod wspólną nazwą General Chemistry MCC. Na zestaw składają się: 1. Clinical Chemistry Multigent Calibrator (kalibrator do kreatyniny enzymatycznej 6K30-10, 2. General Chemistry Multiconstituent calibrator (multikalibrator do pozostałych badań) 1E65-05. Opis opakowania 2 x 3 x 5 ml należy rozumieć, jako zestaw dwóch rodzajów kalibratorów 2 x (3ml i 5 ml), czyli jeden pakowany po 3 ml - wskazuje na kalibrator do kreatyniny enzymatycznej (...) a drugi pakowany po 5 ml - wskazuje na multikalibrator do pozostałych badań". Przystępujący wyjaśnił również, że zamówienie

i zakup kalibratora z pozycji nr 3 General Chemistry MCC spowoduje wysłanie do zamawiającego po jednym opakowaniu każdego rodzaju kalibratora;
b. Odczynnik jest produkowany w kooperacji z firmą Sentinel;
c. W ulotce odczynnikowej nie ma informacji, że odczynnik i kalibrator muszą pochodzić od tego samego producenta.

Wyjaśnienia udzielone przez przystępującego w dniu 5 września 2016 r. pozostają zdaniem odwołującego w sprzeczności z wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę w piśmie z dnia 15 lipca 2016 r. Ponadto, wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego w piśmie z dnia 5 września 2016 r. nie znajdują potwierdzenia w ulotkach wspomnianych kalibratorów, w których wskazano, że kalibratory są konfekcjonowane:
- Multiconstituent Calibrator 1E65 - CAL1 - 2 3 x 5 ml, tzn. 2 poziomy kalibratora, po 3 butelki każdego poziomu, objętość materiału w każdej butelce 5 ml;
- Clin Chem Cal 6K30-10 - CAL 4 x 3 ml, tzn. 4 butelki kalibratora o objętości 3 ml każda.

Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2016 r. umieścił tabelę mającą na celu wyjaśnienie liczby kalibratorów koniecznych do zrealizowania umowy, gdzie nadal w sposób niejasny opisuje zawartość kalibratora zaoferowanego w pozycji 3 formularza asortymentowo-cenowego:
Poz. 3 - nazwa kalibratora General Chemistry MCC ilość butelek brak danych,
Poz. 3.1 nazwa kalibratora Clinical Chemistry Calibrator – ilość butelek 1.

W zakresie zarzutu złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach złożonych w dniu 5 września 2016 r., odwołujący podniósł, że oferta złożona przez przystępującego obarczona jest błędem polegającym na nie zaoferowaniu w formularzu asortymentowo-cenowym kalibratora do kreatyniny enzymatycznej, który to błąd powinien skutkować odrzuceniem oferty przystępującego, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. Wyjaśnienia złożone przez Abbott w dniu 5 września 2016 r., w których wykonawca próbuje wyjaśnić przedmiotową nieprawidłowość zawierają nieprawdziwe informację mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co powoduje, że przystępujący podlega również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przypadku stwierdzenia złożenia oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania, a ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów (por. art. 26 ust. 3 Pzp) jest tyleż zbędne, co niedopuszczalne. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

a. musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
b. informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy;
c. złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania;
d. złożenie nieprawdziwych informacji musi być intencjonalne lub wynikać z rażącego

niedbalstwa (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r. KIO 1425/15).

Abbott wyjaśnił, iż oznaczenie 2 x 3 x 5ml należy rozumieć, jako zestaw dwóch rodzajów kalibratorów 2 x (3ml i 5 ml), czyli jeden pakowany po 3 ml - wskazuje na kalibrator do kreatyniny enzymatycznej (...) a drugi pakowany po 5 ml - wskazuje na multikalibrator do pozostałych badań", tymczasem oznaczenie to jest jasne dla każdego profesjonalisty i oznacza: 2 poziomy kalibratora, po 3 butelki każdego poziomu, objętość materiału w każdej butelce 5 ml, co potwierdza ulotka Multiconstituent Calibrator.

Nieprawdą, zdaniem odwołującego jest, że w ofercie handlowej przystępującego jest dostępny produkt o nazwie General Chemistry Calibrator MCC, w skład którego wchodzą kalibratory: 1. Clinical Chemistry Calibrator (kalibrator do kreatyniny enzymatycznej 6K30-10 oraz 2. General Chemistry Multiconstituent Calibrator (multikalibrator do pozostałych badań) 1E65-05. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że taki produkt składający się z dwóch w/w przez przystępującego kalibratorów nie istnieje (nie ma ulotki potwierdzającej jego istnienie), nie ma swojego numeru katalogowego, a tym bardziej konfekcjonowanie, nie ma też stosownej deklaracji zgodności ani nie został nigdy zarejestrowany. Tym samym taki produkt nie może być ani oferowany ani sprzedawany. Również informacja o produkcji kalibratorów przez przystępującego w kooperacji z firmą Sentinel jest informacją nieprawdziwą. Jako producent wskazywany jest bowiem zawsze tylko jeden podmiot - w tym przypadku Sentinel. Zgodnie z ulotką do kalibratora Clinical Chemistry Calibrator (kalibrator do kreatyniny enzymatycznej 6K30-10) przekazaną zamawiającemu przez Abbott w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień: zawartość opakowania wynosi 4x3 ml, tzn. 1 poziom kalibratora x 4 butelki w opakowaniu x 3 ml w butelce. Zgodnie z ulotką odczynnikową testu Kreatynina enzymatyczna kalibracja zachowuje stabilność przez 60 dni, tzn. zamawiający będzie kalibrował test co 60 dni i w tym celu będzie potrzebował kalibratora. Na okres realizacji umowy wynoszący 2 lata należało zatem zaoferować: 365 dni x 2 lata / 60 dni / 4 butelki w opakowaniu = 3.04 opakowania kalibratora.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że każdemu zamówieniu General Chemistry Calibrator MCC towarzyszyć będzie dostarczenie: Clinical Chemistry Calibrator 6K30-10 oraz General Chemistry Multiconstituent calibrator 1E65-05. Tym samym, zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego po 34 opakowania każdego z kalibratorów. W przypadku

kreatyniny enzymatycznej byłoby ich o 30 za dużo - co tylko dodatkowo pogłębia wątpliwości, co do prawdziwości wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 5 września 2016 r.

W formularzu asortymentowo-cenowym załączonym do oferty przystępującego podano informację, że producentem odczynnika do kreatyniny enzymatycznej jest firma przystępującego, które nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, gdyż producentem tego odczynnika jest firma Sentinel. Jak wynika z informacji posiadanych przez odwołującego, również kalibrator do kreatyniny enzymatycznej - Clinical Chemistry Multigent Calibrator (6K30-10), na który przystępujący powołał się w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2016 r. nie jest produkowany przez firmę przystępującego. Producentem tych produktów jest firma Sentinel, a firma przystępującego jest jedynie ich dystrybutorem, co wynika z załączonych do produktów ulotek. Biorąc pod uwagę, że jak wynika z posiadanych przez odwołującego informacji nie istnieje powoływany przez przystępującego produkt składający się z dwóch rodzajów kalibratorów, co wynika chociażby z faktu, że producentem jednego kalibratora jest firma Sentinel, a drugiego przystępujący, to należy stwierdzić, że informacje przedstawione przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 5 września 2016 r. są niespójne i odbiegają od rzeczywistości.

Przystępujący podał też błędną informację, że w ulotce odczynnikowej nie ma informacji, że odczynnik i kalibrator muszą pochodzić od tego samego producenta. W ulotce do kreatyniny enzymatycznej wskazany jest obligatoryjny kalibrator, którego należy użyć do kalibracji testu; kalibratorem tym jest kalibrator tego samego producenta, co producent odczynnika - firma Sentinel. Jedyna dowolność, jaką pozostawia producent odczynnika to materiał kontrolny.

W toku ponownego badania i oceny ofert, zamawiający zwrócił się do innych placówek o udzielenie odpowiedzi na konkretne pytania. Wśród pytań skierowanych do placówek brak jest pytania o tak kluczową kwestię jak wątpliwości, co do zaoferowanego kalibratora do

kreatyniny enzymatycznej. Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienie jak konfekcjonowane i dostarczane są te kalibratory przez firmę przystępującego. W ocenie odwołującego, informacja od innych Klientów firmy przystępującego oraz analiza innych ofert przetargowych wskazałaby jednoznacznie na brak produktu w złożonej ofercie przetargowej, a w konsekwencji na złożenie przez przystępującego nieprawdziwych informacji.

Reasumując, zdaniem odwołującego w postępowaniu zaistniały wszystkie ww. przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

a. Podane informacje w zakresie dostarczenia kalibratorów są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością i zostały podane w ofercie i w odpowiedzi na wezwanie przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty (pismo przystępującego z dnia 5 września 2016 r.).
b. Podane informacje miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający, działając w zaufaniu do oświadczeń składanych przez wykonawcę przystępującego w zakresie zgodności jego oferty z treścią s.i.w.z., dokonał wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.
c. Ponadto, biorąc pod uwagę, że przedmiotowe informacje zostały podane w ofercie i *de facto* dwukrotnie w wyjaśnieniach treści oferty należy stwierdzić, że działanie przystępującego jest świadomym działaniem podjętym w celu uzyskania zamówienia.

W konsekwencji podanych nieprawdziwych informacji stwierdzić należy, iż oferta Abbotta jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczący niezgodności oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. – niedoszacowanie ilości odczynników, opakowań materiałów eksploatacyjnych i kontroli, odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w dniu 5 września 2016 r. przystępujący wszystkie te braki wyjaśnia dodatkowym zaoferowaniem po 1 opakowaniu każdego z kalibratorów podczas instalacji i uruchamiania analizatorów. Tłumaczenie jest, co najmniej niewiarygodne, gdyż jeśliby wykonawca chciał rzeczywiście pozostawić zamawiającemu aparat gotowy do wykonania badań, to nie wystarczą do tego same kalibratory, a firma przystępującego powinna zaoferować dodatkowo także po 1 opakowaniu wszystkich odczynników i kontroli, gdyż zaoferowanie jedynie samych kalibratorów, jako pakietu startowego nie pozwoli nawet na kalibrację aparatu bez odczynników, nie mówiąc o sprawdzeniu poprawności jego pracy przez wykonywanie badań kontrolnych. Powyższe wskazuje, że przedmiotowa argumentacja została podniesiona jedynie w celu wytłumaczenia niedoszacowania występującego w ofercie przystępującego. Także brak kubeczków oraz wtórnych opakowań na odczynniki wyjaśniany jest dostarczeniem tych materiałów wraz z zestawem materiałów wymienialnych do analizatora Architect c4000 (pozycja 9 formularza). Również ta informacja nie została zweryfikowana przez zamawiającego w pytaniach kierowanych do placówek korzystających z asortymentu przystępującego, którzy zakupują kubeczki - sample cups.

Odnośnie zarzutu dotyczący zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., to odwołujący ponad argumentację zawartą w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1485/16 dodatkowo podniósł, że zamawiający pismami

z dnia 31 sierpnia 2016 r. i 7 września 2016 r. wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie próbek o priorytecie STAT. Pomimo udzielenia przez odwołującego wyczerpujących i rzeczowych wyjaśnień zamawiający nie zmienił przyznanej wcześniej punktacji.

W załączniku nr 1 do Protokołu Komisji przetargowej z dnia 13 września 2016 r. zamawiający nie kwestionuje istnienia karuzeli na próbki STAT (22 pozycje) oraz możliwości umieszczania próbek pilnych w przeznaczonych do tego czerwonych statywach.

Wątpliwości zamawiającego budzi natomiast fakt, że wstawienie próbek w miejsca stolika STAT przerywa wykonywanie próbek z podajnika próbek. Przy czym podkreślenia według odwołującego wymaga, że zamawiający nie stawiał żadnych wymogów w tym zakresie. Niezależnie, od powyższego odwołujący wskazał, że może zdefiniować na oferowanym

przez siebie aparacie liczbę na próbki STAT większą niż firma przystępującego. W oferowanym analizatorze firmy przystępującego jest ściśle zdefiniowane 35 miejsc na próbki pilne - 7 statywów z 5 miejscami na próbki każdy. Próbki pilne czekają na swoją kolej pobrania materiału i w tym czasie nie są pobierane inne próbki rutynowe. Każdy z oferowanych analizatorów, zarówno przez przystępującego jak i odwołującego, ma tylko jedną sondę dozującą próbki i w chwili, kiedy dozuje ona próbki z jednego miejsca np. karuzeli STAT czy statywów na próbki pilne przerywa na ten moment dozowanie innych próbek. Z kolei, wszystkie próbki pilne w analizatorach odwołującego wstawione zarówno w karuzelę CITO jak i zdefiniowane do tego czerwone statywy będą oznaczone w analizatorze, jako pilne i tak oznaczone będą pokazywały się operatorowi do walidacji.

Reasumując ani w analizatorze odwołującego ani w analizatorze przystępującego nie ma osobnego toru dla próbek pilnych, których dozowanie nie wstrzymywałoby dozowania próbek rutynowych. Próbki pilne w obu rozwiązaniach muszą czekać na swoją kolej dozowania. Ponadto zamawiający oceniał jedynie potencjalną liczbę miejsc na próbki pilne nie definiując, że ich wykonywanie nie powinno zatrzymywać dozowania próbek rutynowych, ani że analiza tych próbek ma się odbywać jednocześnie.

W dniu 26 września 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 września 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w domaganiu się oddalenia odwołania. Podkreślił, że odwołanie narusza jego interes prawny i majątkowy. Nie złożył

nieprawdziwych informacji i chce mieć możliwość obrony swego dobrego imienia oraz udowodnić jakość oferowanych odczynników.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba 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.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba dopuściła wszystkie dowody złożone przez strony postępowania oraz uczestnika – przystępującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie niezgodności oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - brak kalibratora do kalibracji kreatyniny enzymatycznej, Izba uznała za zasadny.

W załączniku nr 1 - formularza asortymentowo-cenowego wykonawcy zobowiązani byli wskazać kalibratory oraz materiały niezbędne od wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy według zaleceń producenta. Analiza formularza asortymentowo-cenowego załączonego do oferty przystępującego wskazuje, w ocenie Izby, że przystępujący nie zaoferował wymaganego kalibratora niezbędnego do wykonania kalibracji kreatyniny enzymatycznej. Przystępujący w swojej ofercie – załącznik nr 1 w poz. 3 wskazał bowiem, iż przedmiotem jego oferty jest kalibrator General Chemistry MCC produkcji Abbott, wielkość

opakowania 2x3x5 ml. W żadnym innym miejscu oferty (dokumentach) przystępujący nie

wykazał, że przedmiotem oferty jest również kalibrator do wykonania kalibracji kreatyniny enzymatycznej. Powyższe stanowisko wzmacnia również fakt, iż przystępujący do oferty nie załączył wymaganej przez zamawiającego ulotki informacyjnej producenta do tego typu kalibratora oraz nie podał pojemności (wielkości) opakowań. Nieuwzględnienie przez przystępującego w złożonej ofercie kalibratora 6K30-10 Clin Chem Cal i tym samym nie wskazanie go w formularzu asortymentowo-cenowym powoduje, że nie został on objęty oświadczeniem wykonawcy złożonym w ofercie i nie zostanie dostarczony zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Brak tego kalibratora powoduje z kolei, że wykonanie 11 600 oznaczeń kreatyniny enzymatycznej nie będzie możliwe.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie wskazując, że *„Zamawiający w załączniku nr 1 - formularz asortymentowo-cenowy w tabeli KALIBRATORY wymagał podania kalibratorów niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy. W ofercie Wykonawcy brak informacji o kalibratorze do oznaczania kreatyniny. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wskazanie, w której pozycji formularza asortymentowo-cenowego znajduje się kalibrator do oznaczania kreatyniny.* ”

Przystępujący, pismem z dnia 15 lipca 2016 r., udzielił następujących wyjaśnień *„Wyjaśniamy, że kalibrator do oznaczania kreatyniny zawarty jest w tabeli „KALIBRATORY niezbędne do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 24 miesięcy według zaleceń producenta” formularza asortymentowo-cenowego w pozycji 3 - General Chemistry MCC”.*

Izba wskazuje, że podany w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach, kalibrator General Chemistry Calibrator MCC (1E65- ulotka załączona na str. 6 (zakładka kalibratory) oferty Abbott) służy do kalibracji odczynnika Creatynine - kreatyniny, ale oznaczanej inną metodą niż kreatynina zaoferowana przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Zaoferowany przez przystępującego odczynnik oznaczany jest metodą enzymatyczną, a kalibrator wskazany przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2016 r. jest wykorzystywany przy wykonywaniu oznaczeń metodą Jaffego. Są to dwie różne metody. Wskazany w wyjaśnieniach i wytwarzany przez przystępującego kalibrator General Chemistry Calibrator MCC (1E65) nie może jednak służyć do kalibracji zaoferowanego przez Abbott odczynnika Creatynine (Enzymatic) wytwarzanego przez firmę Sentinel.

Brak możliwości zastosowania kalibratora wskazanego przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2016 r. do zaoferowanego przez tego wykonawcę odczynnika wynika również z faktu, że producenci odczynników zawsze definiują kalibrator wymagany do kalibracji danego testu - kalibrator i odczynnik pochodzą zawsze tego samego producenta. Zaoferowany przez przystępującego odczynnik do oznaczania kreatyniny enzymatycznej (Creatynine Enzymatic nr kat 8L24-31) jest wytwarzany przez firmę Sentinel (a nie firmę Abbott), która w ulotce rekomenduje kalibrator 6K30-10 Clin Chem Cal (także

produkcji firmy Sentinel). Natomiast kalibrator wskazany w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego w dniu 15 lipca 2016 r. tj. General Chemistry Calibrator MCC (1E65) jest produkowany przez Abbott. Nie ma, zatem tożsamości producenta odczynnika i kalibratora. Okoliczność, że odczynnik i kalibrator powinny pochodzić od jednego producenta potwierdza również zawarta w ulotce odczynnikowej aplikacja na zaoferowany przez Abbott analizator Architect c4000, w której producent odczynnika - Sentinel nakazuje wykonanie kalibracji przy użyciu kalibratora CCC-S1- także produkcji firmy Sentinel.

Izba zwraca również uwagę na okoliczność, iż przystępujący w swojej ofercie w załączniku nr 1 poz. 3, w kolumnie 4, poza wskazaniem producenta Abbott, nie podał, że producentem oferowanych kalibratorów, jest również firma Sentinel. Powyższe jednoznacznie wskazuje na okoliczność braku zaoferowania wymaganego kalibratora niezbędnego do wykonania kalibracji kreatyniny enzymatycznej.

Powyższego ustalenia nie może również podważyć treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego pismem z dnia 5 września 2016 r. (wyjaśnienia złożone w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r.), który oświadczył, iż: *„W pozycji nr 3 formularza asortymentowo - cenowego zawarty jest zestaw dwóch rodzajów kalibratorów pod wspólną*

nazwą General Chemistry MCC. Na zestaw składają się: 1. Clinical Chemistry Multigent Calibrator (kalibrator do kreatyniny eznymatycznej 6K30-10), 2. General Chemistry Multiconstituent calibrator (multikalibrator do pozostałych badań) 1E65-05. Opis opakowania 2 x 3 x 5 ml należy rozumieć jako zestaw dwóch rodzajów kalibratorów 2 x (3ml i 5 ml), czyli jeden pakowany po 3 ml - wskazuje na kalibrator do kreatyniny enzymatycznej (...) a drugi pakowany po 5 ml - wskazuje na multikalibrator do pozostałych badań". Przystępujący wyjaśnił również, że „zamówienie *i zakup kalibratora z pozycji nr 3 General Chemistry MCC spowoduje wysłanie do zamawiającego po jednym opakowaniu każdego rodzaju kalibratora, a odczynnik jest produkowany w kooperacji z firmą Sentinel. W ulotce odczynnikowej nie ma informacji,* że *odczynnik i kalibrator muszą pochodzić od tego samego producenta.".*

W ocenie Izby, jak to już wyżej podniesiono, przystępujący w ofercie nie wskazał drugiego z producentów kalibratorów, co było jego obowiązkiem nawet w sytuacji *„kooperacji z firmą Santinel".* Po drugie wyjaśnienia przystępującego dotyczące wielkości opakowań i sposobu konfekcjonowania pozostają w sprzeczności z ulotkami producentów w tym zakresie. Wskazać bowiem należy, iż kalibrator Multiconstituent Calibrator 1E65 - CAL1 - 2 3 x 5 ml, został opisany przez producenta jako 2x3x5 ml, tzn. 2 poziomy kalibratora, po 3 butelki każdego poziomu, objętość materiału w każdej butelce 5 ml. Natomiast kalibrator Clin Chem Cal 6K30-10 - CAL 4 x 3 ml, został opisany przez producenta, jako 4x3 ml, tzn. 4 butelki kalibratora o objętości 3 ml każda.

Dowód zgłoszony przez przystępującego (oświadczenie firmy Abbott), Izba oceniła negatywnie. Po pierwsze nie można uznać tego dokumentu za dowód, gdyż jest to

oświadczenie własne firmy – wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego, a po drugie z oświadczenia tego wynika jedynie okoliczność, iż firma Abbott *„w ramach realizowania umów handlowych w zakresie dostaw zamówionych produktów, na* życzenie *klienta, stosuje poza standardowe procedury dotyczące przygotowania i wysyłki produktów. W razie potrzeby podyktowanej należytym wywiązaniem się z umów oraz optymalizacją kosztów i logistyki oraz potrzebami klientów, firma Abbott przygotowuje i dostarcza specjalnie przygotowane zestawy produktów",* co wskazuje jedynie na logistyczną elastyczność firmy w zakresie dostarczanych produktów, a nie zezwolenie na samodzielne konfekcjonowanie produktów już fabrycznie zapakowanych.

Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje na brak zaoferowania przez przystępującego kalibratora do oznaczania kreatyniny enzymatycznej. Nie można podzielić stanowiska przystępującego, który twierdził, że w poz. 3 załącznika nr 1 do oferty zaoferował zestaw kalibratorów pod wspólną nazwą, gdyż taka okoliczność nie wynika z żadnego postanowienia oferty przystępującego, a biorąc pod uwagę sposób konfekcjonowania kalibratorów, rozróżnienie producenckie oraz brak oznaczenia w ofercie producenta kalibratorów, jasno wskazuje na okoliczność braku zaoferowania tego rodzaju kalibratora w ofercie, co z kolei stanowi o jej (oferty) niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w konsekwencji zaistniała okoliczność nakazująca zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że stanowisko zamawiającego, iż oceny swojej dokonał na podstawie oświadczeń i wyjaśnień przystępującego, uznać należało za błędne. Wskazać bowiem należy, że wykonawca odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, podejmuje decyzję o złożeniu oferty. Oferta natomiast musi odpowiadać wymaganiom i warunkom opisanym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To oferta, jako dokument w oparciu, o który następnie będzie podpisana umowa, z którego wynikać ma przyszłe zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia, musi w swojej treści, w sposób jednoznacznie bezsprzeczny określać, co jest jej przedmiotem. Wyjaśnienia czynione przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mogą co najwyżej prowadzić do ustalenia przez zamawiającego okoliczności niejasnych, sprzecznych ze sobą, ale które można ustalić o treść już złożonej oferty. Skoro zatem przystępujący w swojej ofercie nie podał zakresu świadczenia, to następnie swoimi wyjaśnieniami nie może uzupełnić treści swojej oferty o treści, które z pierwotnie złożonej oferty nie wynikają. Próba obejścia tego przepisu prowadzić może do wniosku, że zamawiający negocjował treść złożonej już oferty. Taka czynność (w tym trybie zamówienia publicznego) jest bezwzględnie zabroniona przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na okoliczność, iż przystępujący niedoszacował ilości odczynników, opakowań materiałów eksploatacyjnych i kontroli, Izba uznała za częściowo zasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, wyrażone w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 5 września 2016 r., że przystępujący dostarczy po jednym dodatkowym opakowaniu każdego z kalibratorów (za wyjątkiem kalibratora służącego do kalibracji HbA1C) podczas instalacji i uruchomienia analizatorów, tak aby zamawiający mógł od razu rozpocząć wykonywanie oznaczeń. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że taka opcja dostawy nie jest możliwa do przyjęcia, tym bardziej, że na rynku przyjęło się powszechnie, że wraz z podstawowym produktem, zazwyczaj dostarczane są tzw. pakiety startowe, które umożliwiają pierwszy rozruch urządzeń.

Odnośnie kalibratora służącego do kalibracji HbA1C, Izba stwierdziła, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność powyższa wynika z faktu niezaoferowania odpowiedniej liczby opakowań kalibratora.

Zgodnie z ulotką odczynnikową testu Hemoglobin A1c „Kalibracja *zachowuje stabilność około 50 dni (1200 godzin) i należy ją przeprowadzać przy każdym wprowadzeniu nowej partii odczynnika ".* Ulotka Hemoglobin A1c Calibrator, konfekcjonowanego 2 poziomy kalibracji x 1 x 1,6 ml informuje, że „po *przygotowaniu materiał należy zużyć w ciągu 10 dni, jeśli jest on przechowywany w temp. 2 do 8 st. C. Nie zamrażać.".*

Tym samym kalibrację testu HbA1C należy przeprowadzać co 50 dni, każdorazowo używając nowo przygotowanych kalibratorów z nowego otwartego opakowania. Na okres 2 lat należało zaoferować 15 opakowań kalibratora:

Zgodnie ze złożoną przez przystępującego ofertą, wykonawca ten zobowiązał się do dostarczenia zamawiającemu jedynie 6 opakowań kalibratora dla testu HbA1c. Liczba zaoferowanych opakowań została, zatem zaniżona aż o 9 opakowań w stosunku do liczby opakowań potrzebnej do wykonania określonej przez zamawiającego liczby oznaczeń. Podkreślenia wymaga tutaj okoliczność, gdyż nie jest możliwe przyjęcie stanowiska zamawiającego i przystępującego, że nie podstaw do przyjęcia, iż możliwe jest do ustalenia liczby oferowanych kalibratorów w oparciu o dotychczasowe doświadczenie innych zamawiających, którzy w podobnych okresach zużywali odpowiednio mniej rzeczonych kalibratorów. Przedmiotem oferty miało być zabezpieczenie zamawiającego w odpowiednią

ilość przedmiotu zamówienia pozwalającą wykonać określoną liczbę oznaczeń. Skoro zatem producent, w ulotce wskazał, z jaką częstotliwością należy wykonywać kalibrację oraz podał okres stabilności produktu, to zadaniem wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zgodnie z wytycznymi producenta. Odmienne rozumienie prowadzić musi do przyjęcia stanowiska, iż zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), gdyż dopuścił, aby jeden z wykonawców opracował swoją ofertę niezgodnie z wymaganiami s.i.w.z. oraz zaleceniami producenta.

Jak wynika bowiem z ulotki producenta *„Liofilizowane kalibratory A1C (…) w oryginalnie zamkniętych buteleczkach zachowują stabilność do daty ważności, jeśli są przechowywane w temp. 2 do 8 0 C. Po przygotowaniu materiał należy zużyć w ciągu 10 dni, jeśli jest on przechowywany w temp. 2 do 8 0 C. Nie zamrażać.".* Powyższe oznacza, że aby zachować jakość kalibracji nie jest dopuszczalne, aby nie zużyty kalibrator można było przechowywać w tym samym lub innym pojemniku na następne kalibracje, na okres dłuższy niż 10 dni, przy określonych przez producenta warunkach przechowywania. Praktyka, jaka powstała u zamawiających w tym zakresie nie może świadczyć, że kalibracje dokonywane przy użyciu kalibratora, który utracił swoją stabilność po 10 dniach od dnia otwarcia butelki, może stanowić okoliczność na prawidłowość złożonej oferty. W tym względzie decydujące są bowiem wytyczne producenta zawarte w ulotce.

Tym samym niezaoferowanie przez przystępującego odpowiedniej liczby kalibratora

prowadzi do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w konsekwencji do obowiązku odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego niewystarczającej liczby opakowań płynu służącego do codziennej konserwacji analizatora ICT Cleaning Fluid, Izba uznała zarzut za niezasadny, przyjmując argumentację jak przy zarzucie dotyczącym dodatkowych opakowań każdego z kalibratorów (za wyjątkiem kalibratora służącego do kalibracji HbA1C).

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w ofercie przystępującego dodatkowych kubeczków do przelewania kalibratorów, Izba uznała ten zarzut za zasadny.
Analiza załącznika nr 1 - formularza asortymentowo-cenowego dołączonego od oferty przystępującego wskazuje, że wykonawca ten nie uwzględnił w ofercie dodatkowych kubeczków umożliwiających przeprowadzenia procedur kalibracji. Nieuwzględnienie tych kubeczków w ofercie, a w konsekwencji niedostarczenie ich zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia uniemożliwi zamawiającemu korzystanie z analizatora. Pod formularzem asortymentowo-cenowym zamawiający umieścił następującą informację: „Liczba *opakowań odczynników w formularzu cenowym musi uwzględniać ich stabilności na*

pokładzie analizatora. W przypadku większych opakowań Zamawiający dopuszcza porcjowanie odczynników do oferowanych przez Oferenta mniejszych opakowań w celu bardziej ekonomicznego wykorzystania odczynników w okresie ich gwarantowanej stabilności na pokładzie.”. Ponieważ przystępujący nie zaoferował mniejszych opakowań do porcjowania odczynników w celu ich bardziej ekonomicznego wykorzystania, zamawiający nie ma możliwości porcjowania odczynników. Przystępujący nie ma podstaw do twierdzenia, iż rzeczone dodatkowe kubeczki zaoferował w materiałach zużywalnych, gdyż jak to wynika z dowodów przedstawionych przez odwołującego (oferty przystępującego, umowy z innymi zamawiającymi), przystępujący w przypadku zaoferowania dodatkowych kubeczków (lub też innych materiałów zużywalnych) wyszczególnił je osobno w formularzu asortymentowo-cenowym oraz wycenił. Wyjaśnienie przystępującego nie może zatem zastępczo uzupełniać pierwotnie złożonej oferty, jej treści, gdyż *de facto* prowadziłoby to do negocjacji treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez stwierdzenie, że przystępujący złożył w wyjaśnieniach nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.
W ocenie Izby, przystępujący nie złożył w wyjaśnieniach nieprawdziwych informacji, a jedynie nieudolnie próbował „naprawić” swoją ofertę, przyjmując odpowiednią dla siebie wykładnię oświadczenia zawartego w ofercie. Ocena omawianego zarzutu, który jest zarzutem bardzo doniosłym dla każdego wykonawcy, musi opierać się na niezbitych dowodach, które w sposób jednoznaczny pozwolą na ustalenie okoliczności, pozwalających na stwierdzenie, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie udowodnił, że tego rodzaju informacje zostały złożone przez przystępującego, dlatego też zarzut ten Izba uznała za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.
W rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: cena z wagą 70% i ocena parametrów technicznych z wagą 30%. Kryterium ocena parametrów technicznych opierać się będzie na parametrach ocenianych - punktacji zawartej w załączniku nr 1 do s.i.w.z. W załączniku nr 1 a do s.i.w.z. - opis przedmiotu zamówienia wraz z ocenianymi parametrami wykonawcy zobowiązani byli opisać oferowane parametry analizatorów. Zgodnie z informacją zamieszczoną w wierszu 7 kolumna 3 tabeli parametr Liczba pozycji na próbki STAT miał być oceniany przez zamawiającego

w następujący sposób: *„największa liczba pozycji na próbki - 1 pkt, mniejsza od największej*

liczby pozycji na próbki - 0 pkt".

W ofercie odwołującego w opisie parametru Liczba pozycji na próbki STAT wskazano: *„powyżej 52 pozycji dla próbek STAT: 22 pozycje dla próbek STAT oraz dowolna ilość 10 pozycyjnych statywów „czerwonych" (min. 3 statywy) do analizy próbek pilnych umieszczanych w podajniku statywów".* Zdaniem odwołującego liczba pozycji próbek w oferowanym przez odwołującego analizatorze jest wyższa (52 pozycje) niż liczba pozycji na próbki w analizatorze zaoferowanym przez przystępującego (35 pozycji). Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający nieprawidłowo ocenił opisy parametrów zawarte w ofercie przystępującego i odwołującego, gdyż to odwołujący, a nie przystępujący powinien otrzymać 1 punkt w ramach tego ocenianego parametru.

W ocenie Izby, zamawiający i przystępujący w sposób dostateczny dowiedli, iż stanowisko odwołującego jest niezasadne. Jak wynika bowiem z instrukcji producenta analizatora, oferowanego przez odwołującego *„Stolik STAT jest używany do przetwarzania priorytetowych próbek STAT (…). Stolik STAT wyposażono w 22 definiowane przez użytkownika pozycje, które można zaprogramować dla próbek o priorytecie STAT (…)",* co oznacza że brak jest możliwości przyporządkowania dodatkowych próbek STAT poprzez dodanie dodatkowych statywów, producent takiej opcji nie przewidział. Powyższe wynika również z informacji zamieszczonej na stronie internetowej producenta analizatora. Dodatkowo, zarówno zamawiający jak i przystępujący wykazali, na podstawie opracowania „Ćwiczenia sprawdzające wiedzę nt. analizatora", z których to dowodów, w ocenie Izby, jednoznacznie wynika, iż dedykowane stoliki STAT w ofercie odwołującego zawierają jedynie 22 pozycje i brak jest możliwości uznania, aby dodatkowe statywy otrzymały taki sam priorytet cito, przez co niemożliwe jest uznanie, że priorytet STAT, odwołujący jest w stanie zagwarantować dla 52 pozycji.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając na względzie treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……