sygn. akt: KIO 3289/24

WYROK

Warszawa, 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez wykonawcę Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176; 02-486 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa,

przy udziale uczestnika (przystępującego) po stronie zamawiającego - PZ CORMAY S.A. z siedzibą w Łomiankach, ul. Wiosenna 22; 05-092 Łomianki,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176; 02-486 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176; 02-486 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176; 02-486 Warszawa na rzecz zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5; 02-781 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

sygn. akt: KIO 3289/24

Uzasadnienie

Zamawiający –Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie, Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Dostawa odczynników i materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą modułów hematologicznych do oceny morfologii krwi obwodowej oraz z dostosowaniem pomieszczeń laboratoryjnych na potrzeby instalacji modułów”.

9 września 2024 roku, wykonawca Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 ustawy PZP, tj. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który narusza zasadę równości oraz utrudnia uczciwą konkurencję,

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, przez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Sysmex oraz Cormay, a także dokonanie wadliwego wyboru oferty wykonawcy Cormay, która to oferta nie posiada ustawowych znamion definicji oferty najkorzystniejszej,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przez odrzucenie oferty odwołującego,

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Cormay,

albowiem zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenie oferty Cormay,

albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

6) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, przez wzgląd na okoliczność, że oferta Cormay złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

7) art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Cormay, albowiem zawiera ona błąd w odrzuceniu ceny.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy PZP, tj. zasady przejrzystości, albowiem przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Cormay, de facto uznał złożone przez niego wyjaśnienia błędów w jego ofercie, gdzie Cormay, powołuje się na takie argumenty jak np. niefortunna omyłka, a de facto błędy te są dowodem na okoliczność, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz działanie takie jaskrawo i rażąco narusza zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1) dokonania zamawiającemu ponownego badania ofert,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3) czynności odrzucenia oferty Cormay w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zobowiązany jest dokonać unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać czynności ponownej oceny merytorycznej oferty Sysmex oraz Cormay.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem działania zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu oferty Sysmex, ergo sprzecznym z prawem odrzuceniu tej oferty oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Cormay, ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismo procesowe w sprawie złożył również wykonawca przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego (uczestnik) PZ Cormay, w którym odniósł się merytorycznie do postawionych zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego/uczestnika (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15:

„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zamawiający 30 sierpnia 2024 roku, poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego/uczestnika PZ Cormay.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Sysmex w oparciu o następujące zarzuty: „Zamawiający w przedmiotowym

postępowaniu w Załączniku nr 2 do SWZ wymagał zaoferowania odpowiedniej ilości odczynników, materiałów kontrolnych i materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wykonania 14 000 rozmazów krwi w okresie 36 miesięcy. Wykonawca Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferował w Załączniku nr 2 do SWZ, Część I – FORMULARZ CENOWY, Materiały eksploatacyjne, poz. 2: szkiełka o numerze katalogowym: „ZE001906" w liczbie 10 000 szt., co stanowi niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowana przez Wykonawcę liczba szkiełek nie wystarczy na wykonanie 14 000 rozmazów krwi, co wynika również z udzielonych przez Wykonawcę Sysmex Polska Sp. z o.o. w dn. 08.08.2024 r. wyjaśnień".

Odwołujący nie zgadza się z tymi zarzutami, albowiem zarzuty zamawiającego są contra literalnej treści SWZ, tj. opisowi przedmiotu zamówienia, który był obowiązujący do sporządzenia i złożenia oferty w postępowaniu. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty na podstawie intencji, które, jeżeli nawet obejmował swoim zamiarem to nie przekazał ich wykonawcom, celem uwzględnienia tego w treści oferty. Postawione zarzuty stanowią nadinterpretację lub swobodną interpretację zapisów SWZ. Z ostrożności także należy nadmienić, że wszelkie niejasności lub dwuznaczności w opisie przedmiotu zamówienia nie mogą pociągać negatywnych skutków po stronie wykonawców, albowiem obowiązkiem zamawiającego było sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 99 ustawy PZP, a nadto po złożeniu ofert, zamawiający nie może dokonywać zmiany tego, co wynika z wykładni dosłownej, językowej jej zapisów. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ, PN-104/24/JS, pkt. II ZESTAWIENIE PARAMETRÓW WYMAGANYCH (OPZ) zamawiający określił swoje wymagania dla poszczególnych lokalizacji:

1. Lokalizacja 1 (ul. W.K. Roentgena 5). W pełni automatyczna linia hematologiczna składająca się z modułów połączonych jednym podajnikiem z oprogramowaniem zarządzającym pracą modułów i możliwością skonfigurowania reguł na potrzeby ZDL:

- moduły analityczne do wykonywania morfologii krwi,

- moduł wykonujący i barwiący rozmazy,

- moduł do cyfrowej analizy rozmazu dostępny na 2 stacjach roboczych w lokalizacji nr 1 w miejscach wskazanych przez Zamawiającego.

2. Lokalizacja 2 (ul. Wawelska 15). Dwa analizatory/moduły hematologiczne w tym jeden z automatycznym podajnikiem próbek oraz oprogramowaniem zarządzającym. Automat do barwienia rozmazów krwi obwodowej.

Z zacytowanego fragmentu załącznika nr 2 wynika, że zamawiający dla lokalizacji numer 1 wymagał dostarczenia m.in. urządzenia służącego do wykonania i wybarwienia rozmazów, będącego częścią zautomatyzowanego systemu analitycznego. Tym samym dla zapewnienia oczekiwanego sposobu pracy wykonawca był zobowiązany do dostarczenia dedykowanych i przeznaczonych dla danego urządzenia szkiełek, barwników i pozostałych materiałów eksploatacyjnych, zapewniających możliwość wykonania 10 000 oznaczeń w trakcie obowiązywania kontraktu. Należy podkreślić, iż w zautomatyzowanych systemach przygotowujących oraz wybarwiających materiał bezwzględnie należy używać materiałów eksploatacyjnych i odczynników dedykowanych dla określonego typu pracy i konkretnego rozwiązania technologicznego. Istotą pracy systemu jest nie tylko wybarwienie szkiełka, lecz wcześniejsze automatyczne wykonanie rozmazu w sposób zgodny i kompatybilny z zastosowaną technologią pomiarową. Każdy z profesjonalnych producentów systemów do automatycznej analizy, wykonywania i barwienia rozmazów krwi obwodowej posiada i oferuje rozwiązania powiązane bezpośrednio z konkretnym typem urządzenia. Ergo spółka Sysmex dopełniła swojego obowiązku w zakresie należytego przygotowania i skalkulowania oferty przetargowej zgodnie z wymogami stawianymi przez zamawiającego. Zaoferowana liczba szkiełek jest wystarczająca do wykonania rozmazów zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego o jakich napisał on w SWZ. Z zacytowanego fragmentu załącznika nr 2 wynika, że zamawiający dla lokalizacji numer 2 wymagał dostarczenia m.in. automatu do barwienia rozmazów krwi obwodowej. Dla zapewnienia oczekiwanego sposobu pracy, wykonawca był zobowiązany do dostarczenia automatu do barwienia krwi wraz z odpowiednimi, dedykowanymi barwnikami służącymi do wybarwienia uprzednio przygotowanych rozmazów w ilości 4000 w trakcie kontraktu. Zamawiający nie postawił tutaj wymogu względem urządzenia w zakresie przygotowania i wybarwienia rozmazu, a jedynie wymóg funkcjonalny w zakresie wybarwienia. Tym samym zakresem oferty zgodnym i proporcjonalnym do sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji przy ul. Wawelskiej, nie było potrzeby oferowania i kalkulowania dodatkowych szkiełek, na których zamawiający będzie przygotowywał rozmazy do barwienia. Dodać należy, że zaoferowane w postępowaniu urządzenie nie posiada dedykowanych szkiełek, jest systemem otwartym, umożliwiającym barwienie rozmazów przygotowywanych na szkiełkach różnych producentów. Warty podkreślenia jest fakt, iż zamawiający posiada wybranych dostawców drobnego sprzętu laboratoryjnego, w tym szkiełek służących do przygotowywania rozmazów i używa w rutynowej pracy także tego typu asortymentu, w które zaopatruje się jak każde laboratorium samodzielnie. Tym samym nie ma żadnych przesłanek i ograniczeń, które spowodowałyby

trudności w pracy z analizatorem w odniesieniu do niewystarczającej ilości zaoferowanych produktów. Wykonawca na podstawie zapisu konkretnego dla tej lokalizacji, uprawniony był przyjąć, że zgodnie z praktykami laboratoryjnymi, zamawiający pozostawia sobie możliwość wybarwienia ręcznie przygotowywanych rozmazów z zachowaniem dowolności w zakresie czasu wykonania i rodzaju użytych szkiełek mikroskopowych. Zaoferowany automat umożliwia zarówno pracę w trybie zgodnym z cyklem dobowym pracy zamawiającego, a przede wszystkim spełnia wymóg w zakresie barwienia rozmazów krwi obwodowej. Zdaniem odwołującego, wszystkie materiały eksploatacyjne i odczynniki zostały skalkulowane poprawnie i zapewniają zamawiającemu możliwość wykonania 4 000 oznaczeń w trakcie obowiązywania kontraktu.

W odpowiedzi na powyższy zarzut zamawiający wskazał, iż odwołujący nie decyduje o organizacji pracy zamawiającego, tym samym nie ma możliwości zmieniania OPZ. Odwołujący w swojej ofercie zaoferował 10 000

szkiełek, co jest niewystarczającą liczbą do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający 06.08.2024 r. skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień złożonej ofert w zakresie zaoferowanej liczby szkiełek względem wymaganej przez zamawiającego liczby rozmazów krwi. Zamawiający poddał ocenie złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności z wymaganiami, ustalonymi w treści SWZ. Zamawiający uznał w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta odwołującego nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SWZ celu jakim jest zakup odczynników i materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania 14 000 rozmazów krwi w okresie 36 miesięcy dla wskazanych lokalizacji. Oczywistym i niewątpliwym jest fakt, że zaoferowanie 10 000 szkiełek jest niewystarczające do wykonania 14 000 rozmazów krwi, co stanowi niezgodność oferty z oczekiwaniami zawartymi w SWZ, które były jasno i klarownie doprecyzowane w załączniku nr 2 do SWZ. Ponadto zamawiający nie wskazywał w OPZ, że w odniesieniu do lokalizacji nr 2 ma na myśli uprzednio wykonane rozmazy. Argumentacja odwołującego jest całkowicie chybiona i oczywiście sprzeczna z faktyczną treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Przystępujący/uczestnik PZ Cormay, podzielił stanowisko zamawiającego dodatkowo wskazując, iż biorąc pod uwagę tak ukształtowany OPZ oraz okoliczność, że szkiełko jest materiałem eksploatacyjnym koniecznym dla wykonania rozmazu krwi, odwołujący powinien był zaoferować łącznie co najmniej 14 000 szkiełek, w tym co najmniej 10 000 szkiełek w przypadku lokalizacji nr 1 oraz co najmniej 4 000 szkiełek w lokalizacji nr 2. Tymczasem odwołujący zaoferował łącznie zaledwie 10 000 (50 szt. opakowań x 200) szkiełek SP-Slides nr katalogowy ZE001906.

Odwołujący usiłuje narzucić taką wykładnię OPZ, że zamawiający miał nie wymagać zaoferowania 4 000 materiałów eksploatacyjnych (a w tym szkiełek do rozmazów) w lokalizacji nr 2 oraz że w przypadku materiałów eksploatacyjnych miał wymagać zaoferowania 10 000 szkiełek jedynie lokalizacji nr 1. Odwołujący opiera się w tym zakresie na okoliczności,

że zamawiający w przypadku lokalizacji nr 1 wymagał dostawy rozwiązania wykonującego rozmazywanie oraz barwienie, zaś w przypadku lokalizacji nr 2 jedynie rozwiązania barwiącego. Przy czym zwrócić uwagę należy, iż w ramach Formularza cenowego ani w innym miejscu opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił, że w przypadku lokalizacji nr 2 nie wymaga zaoferowania szkiełek do rozmazów krwi a jedynie innych materiałów zużywalnych. Nie określił jednocześnie, iż w przypadku lokalizacji nr 2 chodziło jedynie o dostarczenie materiałów eksploatacyjnych w postaci barwników służących do wybarwienia uprzednio przygotowanych rozmazów krwi.

Stanowisko Izby.

Zamawiający w tytule Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wprost wskazał: Zakup odczynników i materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania 750 000 morfologii oraz dodatkowo 10 000 oznaczeń retikulocytów i 14 000 rozmazów krwi w okresie 36 miesięcy dla dwóch lokalizacji Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej (lokalizacja 1: ZDL - przy ul. W. K. Roentgena 5 w Warszawie; lokalizacja 2: ZDL - przy ul. Wawelskiej 15 w Warszawie) wraz z dzierżawą modułów hematologicznych, modułu do przygotowania i oceny cyfrowej rozmazów krwi i wyposażeniem dodatkowym oraz z dostosowaniem pomieszczeń laboratoryjnych na potrzeby instalacji modułów.

Powyższe wymaganie zostało dodatkowo potwierdzone w ww. dokumencie w pozycji: załącznik nr 1 – Wymagane oznaczenia:

Załącznik nr 1 - Wymagane oznaczenia

Lp.	Parametr	Planowana liczba oznaczeń na 36 miesięcy	
		Lokalizacja 1: (ZDL uL W.K. Roentgena 5)	Lokalizacja 2 (ZDL ul. Wawelska 15)
1.	Morfologia CBC+DIFF	550 000	200 000
2.	Retikulocyty	9 000	1 000
3.	Oznaczenia w płynach z jam ciała	700	100
4.	Rozmazy krwi	10 000	4 000

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, SWZ oraz OPZ jednoznacznie precyzowały zakres przedmiotu zamówienia, z którego wynikało, że w lokalizacji nr 1 należało zaoferować analizator wykonujący i barwiący rozmazy wraz z materiałami zużywalnymi wystarczającymi do wykonania 10 000 rozmazów, natomiast w lokalizacji nr 2 należało zaoferować automat barwiący wraz z materiałami zużywalnymi pozwalającymi na wykonanie 4 000 rozmazów. Zatem w lokalizacji nr 2 w ofercie należało zawrzeć materiały eksploatacyjne w postaci szkiełek do wykonania rozmazów oraz materiały niezbędne do korzystania z automatu do barwienia. Niezasadne jest utożsamianie przez odwołującego konieczności zaoferowania typu urządzenia (wykonującego określone czynności) z brakiem konieczności wypełnienia żądania zamawiającego względem liczby oczekiwanych szkiełek do wykonywania rozmazów. Odwołujący zaoferował szkiełka do wykonywania rozmazów w liczbie 10 000 sztuk

(okoliczność bezsporna), czym wypełnił dyspozycję przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (oferta niezgodna z warunkami zamówienia), co skutkowało prawidłową czynnością zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego.

II. Odwołujący wskazał, iż omawiany zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Cormay, albowiem zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy niniejszy zarzut doprecyzować, a mianowicie nasz zarzut obejmuje także zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Cormay ze względu na tę okoliczność, że złożone przez Cormay wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz jako oferty z rażąco niską ceną tj. oferty wykonawcy, który udzielił: wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny w stopniu niewystarczającym, czyli takich, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny; oraz brakiem wykazania wszystkich elementów cenotwórczych (w tym nie dołączeniem stosownych dowodów), co w konsekwencji stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Ergo, co istotne, Cormay nie wykazał, nie poparł żadnymi dowodami złożonych wyjaśnień w zakresie składowych ceny, nawet w zakresie tych kluczowych składników zamówienia.

Dowodem na ww. okoliczność jest np. wycena w ofercie Cormay za części b) dzierżawa modułów hematologicznych, modułu do przygotowania i oceny rozmazów krwi i wyposażenia dodatkowego (analizatorów hematologicznych wraz z wyposażeniem dodatkowym). Cormay oferuje 7 analizatorów za kwotę dzierżawy 700,00 zł netto miesięcznie. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotem postępowania jest dostawa zautomatyzowanej linii analitycznej, rozwiązania złożonego pod względem technologicznym i wymagającego dodatkowego wyposażenia względem analizatorów wolnostojących. Z ogólnodostępnych informacji rynkowych możemy zweryfikować wartości dzierżaw, jakie firma Cormay oferuje w przypadku analizatorów wolnostojących, rozwiązań znacznie mniej skomplikowanych pod względem technologicznym oraz generujących potencjalnie niższe koszty (przykład: oferta przetargowa firmy PZ Cormay dla SPZOZ w Mińsku Mazowieckim: zaoferowano dwa analizatory w kwocie dzierżawy 278,00 zł netto w tym jeden analizator fabrycznie nowy BC-6200 drugi BC-5380 używany z 2019 r. (formularz cenowy stanowi załącznik nr 4 do odwołania); w innym postępowaniu przetargowym dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie zaoferowano 2 analizatory BC-6200 w tym kwota miesięczna za dzierżawę jednego analizatora wynosiła 900,00 zł netto (formularz cenowy stanowi załącznik nr 5 do odwołania)). W przedmiotowym postępowaniu zaoferowano 7 analizatorów za łączną kwotę jedynie 700,00 zł netto miesięcznie, co w kontekście rażąco niskiej ceny oferty firmy Cormay budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie rzetelnego i wiarygodnego przygotowania

i skalkulowania oferty. Stanowi to bezpośredni dowód na rażąco niską wartość dzierżawy, a tym samym świadome zaniżenie kosztów (ceny oferty) dokonane w celu eliminacji innych uczestników rynku i pozyskania niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że jednocześnie stanowi to dowód popierający zarzut, że złożenie oferty przez Cormay zostało dokonane w stanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na 1) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 5) wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy.

Powołanie się przez Cormay na takie argumenty jak np. wieloletnie doświadczenie, fakt, że z sukcesem bierze on udział w licznych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, kontakty biznesowe i rozeznanie rynku jest „antydowodem", a co najwyżej świadczy, że wyjaśnienia są absolutnie nie skonkretyzowane. Dodatkowo, powołanie się na współpracę z podwykonawcami, że różnice pomiędzy wartością szacunkową i ofertową (dotyczy załączonej do wyjaśnień Cormay tabeli ze strony 2, w jego piśmie do zamawiającego z dnia 31 lipca), wynikają z relacji i faktu współpracy przy realizacji innych zamówień jest dowodem na okoliczność, że doszło do finasowania „skośnego", czyli przerzucania kosztów pomiędzy różnymi „realizacjami – inwestycjami", dokonanego celem nieuczciwego zaniżenia kosztów, w tym przetargu i złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Odnośnie rabatów i upustów, odwołujący pragnie przytoczyć twierdzenia powszechnie uznane przez KIO oraz doktrynę w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej. Z przedstawionej kalkulacji (ww. tabeli) własnej również co istotne, praktycznie w zakresie każdego z kosztów nie wykazano, dlaczego ten koszt jest taki a nie inny. Ogólne, nieudokumentowane, nie „spersonalizowane" wyjaśnienia w zakresie tego konkretnego, postępowania (oferty), powoływanie się na takie okoliczności jak negocjacje ceny z podwykonawcami, nieudokumentowane rabaty i upusty (które pozwalają zamaskować i ukryć dowolne kwoty, jeżeli nie pokazuje się na tę okoliczność żadnych dowodów), czy powołanie się na bliżej nieokreśloną i nic nie znaczącą technologię produkcji sprzętu czy dobre relacje biznesowe nie są żadnymi udokumentowanymi czy udowodnionymi twierdzeniami na potrzeby wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią „pustą wartość". Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający mógł dowiedzieć się, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oferty i jakich oszczędności mógł dzięki nim dokonać. W zależności od specyfiki przedmiotu zamówienia, Wykonawca musi wskazać ceny materiałów, ceny wynajmu sprzętu, przyjętą technologię wykonania roboty budowlanej, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe

(paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, zysk.

W wyjaśnieniach Cormay brak jakichkolwiek konkretnych informacji pozwalających na ocenę czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Brak wykazania części składowych budujących wyszczególnione w ofercie pozycje cenowe. Wiele pozycji kosztotwórczych w ogóle nie została uwzględniona w wyjaśnieniach lub uczyniono to w sposób, który narusza nie tylko konsekwencje jakie wynikają z przepisów prawa, ale nawet wymykają się doświadczeniu życiowemu i logice. Chodzi tutaj m. in. o stwierdzenie, że niskie koszty realizacji zamówienia wynikają z tego, że wszystkie osoby są zatrudnione w oparciu o umowy o pracę. Oczywistym bowiem jest, że pomijając inne uwarunkowania wynikające z prawa pracy czy ubezpieczeń społecznych, zatrudnienie na umowy o pracę jest najdroższym sposobem dysponowania personelem do świadczenia pracy, tym samym nie może być to racjonalnym dowodem na okoliczność, że cena oferty nie jest rażąco niska. De facto, poza lakonicznym podsumowaniem ogólnych kwot w nieudokumentowanej niczym tabeli, w wyjaśnieniach znajdują się w zasadzie tylko nic nieznaczące komunały o doświadczeniu i pozycji biznesowej. Brak jest szczegółowej analizy i wyjaśnień każdej z pozycji cenotwórczych/ kosztotwórczych. Wyjaśnienia Cormay bardziej

przypominają wybiórcze (z pominięciem niektórych pozycji) zestawienie cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, niż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tym samym Cormay nie wyjaśniła w sposób wiarygodny, wyczerpujący, spójny i logiczny zaoferowanej ceny, jak jest to wymagane przepisami prawa zamówień publicznych.

W zakresie braku wykazania, dołączenia dowodów dotyczących wyjaśnianej ceny należy wskazać, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Ugruntowane jest już stanowisko w doktrynie i orzecznictwie KIO, że wykazanie oznacza coś więcej niż opisanie, oznacza udowodnienie zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska (ciężar dowody w tym zakresie spoczywa na wykonawcy). Cormay, nie tylko nie sprostała temu ciężarowi dowodowemu, ale nawet nie podjęła próby udowodnienia.

Zamawiający, odnosząc się do ww. zarzutu wskazał, iż 26 lipca 2024 r. wezwał PZ Cormay do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie PZ Cormay przesłał następujące dokumenty:

- Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa-sig.pdf,
- Wyjaśnienia RNC_PZ Cormay S.A-sig.pdf,
- Oświadczenie producenta-sig.pdf oraz
- TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – nie udostępniać.7z.

Zamawiający dokonał oceny, złożonych wyjaśnień wraz z dowodami i stwierdził, że są wystarczające oraz potwierdzają realną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia. PZ Cormay powołał się w swoich wyjaśnieniach, że jest zarówno producentem odczynników jak i ich wieloletnim dystrybutorem. PZ Cormay wskazał, że: „(…) Jako dystrybutor

współpracujemy z wytwórcami wyrobów medycznych oraz producentami, co pozwala nam ominąć pośredników oraz zaoferować cenę niezawierającą dodatkowych marż. (…)”. Wykonawca PZ Cormay przekazał wraz z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny, oświadczenie producenta dotyczące dzierżawy analizatorów oraz odczynników, co potwierdza realność wykonania zamówienia (dowód nr 1).

W wyjaśnieniach PZ Cormay wskazał, w zakresie prac adaptacyjno-budowlanych kosztorys podwykonawcy – który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca PZ Cormay w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich głównych elementów składowych przedmiotu zamówienia oraz wskazał założoną rezerwę, która jest wynagrodzeniem wykonawcy, co zostało przedstawione w tabeli stanowiącej treść wyjaśnień.

Przystępujący/uczestnik wskazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia ani nie złożono jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowana cena ma charakter realny oraz rynkowy. Złożone wyjaśnienia ceny oferty z 31.07.2024 r. były adekwatne do wezwania, zawierały kalkulację oraz dowody. Natomiast argumentacja odwołującego - który sam, w odpowiedzi na analogiczne wezwanie do złożenia wyjaśnień, nie przedstawił nawet kalkulacji ceny oferty czy wyjaśnienia sposobu kalkulacji poszczególnych elementów zamówienia – pozostaje blankietowa, nie skonkretyzowana ani nieudowodniona. Sprowadza się ona do wytknięcia przystępującemu niewyjaśnienia elementów cenotwórczych, bez skonkretyzowania o jakie elementy chodzi. Jednocześnie odwołujący abstrahuje od treści wezwania, gdzie zamawiający nie wymagał szczegółowego wyjaśnienia konkretnych elementów cenotwórczych. Odwołujący ponadto neguje możliwość powołania się przez przystępującego na preferencyjne warunki udzielone przez producenta, podczas gdy sam na taką okoliczność powołuje się w swoich wyjaśnieniach. Jedyną skonkretyzowanym elementem argumentacji odwołującego są twierdzenia w zakresie rzekomego zaniżenia ceny za dzierżawę analizatorów. Przy czym odwołujący dokonuje porównania cen za dzierżawę zaoferowanych przez przystępującego w innych postępowaniach oraz w niniejszym postępowaniu – całkowicie w oderwaniu od sytuacji rynkowej oraz okoliczności, w jakich przystępujący ceny te zaoferował.

W ramach wyjaśnień ceny oferty z 31.07.2024 r. przystępujący przedstawił kalkulację ceny oferty w rozbiciu na kluczowe elementy składowe zamówienia:

a) koszty - aparaty/odczynniki/materiały eksploatacyjne i zużywalne/zysk:

W zakresie ceny odczynników – ustalano je przy uwzględnieniu:

- ceny transferowej w przeliczeniu waluty na PLN z uwzględnieniem średniego kursu z ostatnich 6 miesięcy;
- kosztu dostawy odczynników od producenta do Polski (zoptymalizowanego przez wykorzystaniu wieloletniego doświadczenia przystępującego w wykonywaniu zamówień i łączeniu zamówień od jednego producenta z różnych obszarów diagnostyki laboratoryjnej),
- kosztów transportu i magazynowania odczynników – w przypadku przystępującego główne znaczenie ma koszt dostawy na terenie Polski, ponieważ posiada on własną przestrzeń magazynową (ze względu na to, że jest również producentem odczynników z różnych obszarów diagnostyki laboratoryjnej);
- marży, która po zsumowaniu daje zysk w przeliczanym kontrakcie.

Przy czym zaoferowane ceny za odczynniki oraz urządzenia określono przy uwzględnieniu udzielonego przez producenta rabatu. Na potwierdzenie jako dowód do wyjaśnień przystępujący przedłożył oświadczenie potwierdzające

możliwość zaoferowania analizatorów oraz odczynników producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co. na preferencyjnych warunkach.

Jednocześnie w przypadku ceny za dzierżawę analizatorów przystępujący uwzględnił w szczególności typ zaoferowanych analizatorów, ich rok produkcji oraz wartość księgową, lokalizację i odległość serwisu przy uwzględnieniu stopnia obsługi techniczno/aplikacyjnej, stopnia złożoności i skomplikowania analizatora pod względem obsługi oraz liczby wykonywanych badań. Ponadto w przypadku tego elementu kalkulacji przystępujący uwzględnił koszty pracy pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia (product manager odpowiadający m.in. za szkolenia pracowników, pracowników Biura Obsługi Klienta odpowiadających za koordynację dostaw odczynników), a także koszty transportu odczynników i urządzeń do zamawiającego. Wreszcie wskazać należy, iż przystępujący ujął w tym elemencie kalkulacji zysk łącznie na poziomie ok. 10%.

W nawiązaniu do kalkulacji, w ramach wyjaśnień przystępujący przedłożył dowody w postaci:

- oświadczenia potwierdzającego możliwość zaoferowania analizatorów oraz odczynników producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co. na preferencyjnych warunkach;

- oferty podwykonawcy Marcel S.A. na podłączenie linii hematologicznej;

- oferty z kosztorysem podwykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane Arkadiusz Wysocki na przystosowanie pomieszczeń laboratorium w lokalizacji nr 1 i 2.

Co istotne, przedłożone dowody dotyczyły kluczowych składników ceny oferty, a zatem odwołujący mija się z prawdą w treści odwołania w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu, twierdząc, że przystępujący nie poparł złożonych wyjaśnień żadnymi dowodami. Podkreślenia także wymaga, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż rabaty i upusty, na które powołano się w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zostały przez przystępującego udokumentowane poprzez przedłożenie jako załącznik do wyjaśnień, dowodu w postaci oświadczenia producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics, z którego wyraźnie wynika, iż ceny oferowanego w niniejszym postępowaniu asortymentu zostały udzielone przystępującemu na preferencyjnych warunkach. Tak skonstruowane wyjaśnienia

przystępującego odpowiadały ogólnym wymogom sformułowanym przez zamawiającego w wezwaniu.

Stanowisko Izby.

Izba wskazuje, że jak to wynika z akt postępowania, skierowane do przystępującego wezwanie z 26.07.2024 r. miało charakter ogólny. Zamawiający nie sprecyzował elementów ceny oferty, które miały być przez przystępującego szczegółowo wyjaśnione. W wezwaniu zamawiający ograniczył się do wymienienia elementów z art. 224 ust. 3 Pzp oraz zawarcia pouczeń odpowiadających treścią przepisom art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. Zamawiający wskazał jednocześnie, iż wymaga złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przy ocenie wyjaśnień ceny oferty należy uwzględnić zakres i szczegółowość wezwania do złożenia wyjaśnień (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.12.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 8/22).

Biorąc zatem pod uwagę okoliczność, że wykonawca wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, niejako pozostaje związany zakresem (treścią) wezwania, to nie sposób twierdzić, na obecnym etapie postępowania, że wykonawca przystępujący nie złożył stosownych wyjaśnień lub że ich ocena winna doprowadzić do negatywnej oceny przystępującego ze skutkiem odrzucenia z postępowania. Wykonawca odpowiadając na ogólne (ustawowe) wezwanie zamawiającego nie ma obowiązku domyślania się, która część ceny ofertowej (elementu kosztotwórczego) lub który element oferty budzi wątpliwości zamawiającego (art. 224 ust. 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych). Zadaniem wykonawcy jest bowiem wykazanie, w zakresie posiadanego zakresu wiedzy i doświadczenia, zasobu kadrowego, potencjału technicznego, sprzyjających warunków realizacji zamówienia, know-how wykonawcy, sytuacji na rynku, warunków gospodarczych, kontaktów handlowych, itp. jakie okoliczności miały wpływ na kalkulację ceny ofertowej. Oczywistym jest, że wspierającą takie wyjaśnienia jest inicjatywa dowodowa po stronie wykonawcy, która ma na celu wzmocnienie/potwierdzenie okoliczności podnoszonych w wyjaśnieniach.

Po otrzymaniu wyjaśnień sporządzonych przez wykonawcę odpowiednio proporcjonalnie do wezwania zamawiającego istniej możliwość, jeżeli zachodzi taka podstawa faktyczna, do wezwania wykonawcy w trybie uzupełniającym, w zakresie elementów wyjaśnień, które budzą dodatkowe wątpliwości zamawiającego (wynikające z treści uzyskanych już pierwotnie wyjaśnień). W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień

od przystępującego nie miał wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, dlatego też nie wzywał tego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący, przedmiotowym odwołaniem kwestionuje prawidłowość wyliczenia ceny oferty przystępującego w zakresie opłaty dzierżawnej za analizatory. Jednakże odwołujący poza stwierdzeniem, że w innych postępowaniach wykonawca dzierżawi analizatory za inne kwoty, nie wykazał/nie udowodnił, że cena obowiązująca w tym postępowaniu jest ceną rażąco niską. Odwołujący nie wskazał, jak kwota byłaby prawidłowa i dlaczego taka a nie inna. Zarzut pozostaje w tym

zakresie blankietowy. Odwołujący zarzuca wyjaśnieniom przystępującego, iż nie obejmują one wszystkich elementów kosztotwórczych, jakie występują w ramach przedmiotu zamówienia, przy czym odwołujący nie konkretyzuje w ogóle jakie elementy przedmiotu zamówienia ma na myśli.

Podnoszenie zarzutów bez skonkretyzowania, których elementów ceny ofertowej dotyczą, bez jednoczesnego wykazania wpływu na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, powoduje stwierdzenie bezzasadności tak postawionego zarzutu.

III. Stanowisko odwołującego.

Poniżej znajdują się zarzuty zebrane w punktach wraz z uzasadnieniem w szczególności na dowód, że treść oferty Cormay jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poniższy punkt był także przywołany w miejscu, gdzie odwołanie stawiało zarzut, że cena oferty Cormay jest rażąco niska oraz że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Kumulatywnie zarzut ten także dowodzi także naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

1) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, tabela b), rażąco niska cena dzierżawy zaoferowanych modułów/analizatorów.

W części b) dzierżawa modułów hematologicznych, modułu do przygotowania i oceny rozmazów krwi i wyposażenia dodatkowego (analizatorów hematologicznych wraz z wyposażeniem dodatkowym) firma PZ Cormay oferuje 7 analizatorów za kwotę dzierżawy 700,00 zł netto miesięcznie. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż przedmiotem postępowania jest dostawa zautomatyzowanej linii analitycznej, rozwiązania złożonego pod względem technologicznym i wymagającego dodatkowego wyposażenia względem analizatorów wolnostojących.

2) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 13:

Zamawiający w zestawieniu parametrów wymaganych - opisie przedmiotu zamówienia, pkt 13 opisuje wymóg graniczny: „Minimum jeden z analizatorów/modułów dla każdej lokalizacji z możliwością wykonywania oznaczeń w płynach z jam ciała bez konieczności używania dodatkowych odczynników i procedur przygotowujących próbkę do badania. Możliwość oznaczania w płynach co najmniej; liczby leukocytów z różnicowaniem na j'edno-

i wielojądrzaste". Firma Cormay w swojej ofercie potwierdziła zaoferowanie analizatorów/ modułów w sposób następujący: „TAK, wszystkie analizatory/moduły dla każdej lokalizacji z możliwością wykonywania oznaczeń w płynach z jam ciała bez konieczności używania dodatkowych odczynników i procedur przygotowujących próbkę do badania. Możliwość oznaczania w płynach co najmniej: liczby leukocytów z różnicowaniem na j'edno-i wielojądrzaste".

Wszystkie zaoferowane w obydwu lokalizacjach urządzenia, muszą posiadać potwierdzoną funkcjonalność i muszą umożliwiać zamawiającemu pracę zgodną z założeniami opisanymi w pkt. 13. Z załączonych do oferty materiałów jednoznacznie wynika, że ani urządzenie do automatycznego barwienia i wykonywania rozmazów SC-120, ani zautomatyzowany cyfrowy system do diagnostyki hematologicznej MC-80 (analizujący odsetek krwinek białych, morfologię krwinek czerwonych, agregację PLT) nie mają takiej funkcjonalności i nie jest na nich w żaden sposób możliwa praca w sposób opisany przez zamawiającego. Przewidziane przeznaczenie tych urządzeń nie pozwala na spełnienie opisanych przez zamawiającego wymogów przez rozwiązania zaoferowane przez firmę Cormay. Nie jest to również parametr podlegający jakiejkolwiek modyfikacji czy wyjaśnieniom, jest potwierdzeniem spełnienia przez zaoferowane produkty wymagań zamawiającego wbrew stanowi faktycznemu.

3) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 5 w kontekście wymaganych parametrów w pkt 4.

Wedle opisów technicznych załączonych przez Cormay parametr NRBC jako parametr diagnostyczny raportowany na wyniku, może być oznaczany zarówno w serii BC-780 oraz serii BC-6200 i BC-6800 Plus. Zwracamy jednak uwagę, iż do oznaczenia tego parametru na wymienionych modelach analizatorów wykorzystywane są różne zestawy odczynników, co tym samym uniemożliwia spełnienie wymagania opisanego w punkcie 5, aby oferowane moduły analityczne dla lokalizacji 1 oraz lokalizacji 2 wykorzystywały te same odczynniki dla parametrów morfologii krwi.

Do oznaczenia NRBC na analizatorach serii BC-6800Plus i BC-6200 wykorzystywane są odczynniki M-6FN DYE i M-6LN LYSE. Odczynniki te, w dostarczonych instrukcjach odczynników, nie są wymienione jako możliwe do zastosowania w analizatorze BC-780. Tym samym Cormay potwierdza po raz kolejny nieprawdę, potwierdzając parametry graniczne, które nie mogą być spełnione z uwagi na konieczność użycia różnych odczynników do zaoferowanych analizatorów, celem oznaczenia parametru NRBC. Potwierdzają to zapisy znajdujące się w dostarczonej jako przedmiotowy środek dowodowy instrukcji obsługi odczynnika M-6LN LYSE. Ponadto również, w tym wypadku dopatrzeć się można rażącej niedbałości w zakresie jakości dostarczonej dokumentacji, gdyż można zauważyć, iż w opisie zasady metody, celem zastosowania produktu M-6FN LYSE może nie być efekt odpowiedniego barwienia i oznaczenia komórek NRBC, lecz efekt ich „umierania".

Antycypując złożone przez Cormay wyjaśnienia do zamawiającego, usiłuje on nieprawdziwe oświadczenie przykryć … niefortunnym tłumaczeniem, co nie zmienia jednak faktu, że wymóg nie jest spełniony, a treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Por.: „(…) Nie doszło zatem do złożenia przez Wykonawcę oświadczenia niezgodnego z prawdą, jak wskazuje to Uczestnik postępowania. Co do zarzutu dotyczącego niedbałości dokumentacji przygotowanej przez Wykonawcę, Wykonawca wskazuje, iż mimo pewnych niefortunnych sformułowań wynikających z tłumaczenia, które mogą się pojawić przy tłumaczeniu tak obszernej dokumentacji, zdaniem Wykonawcy prawidłowe znaczenie

wskazanego w wezwaniu fragmentu wynika z kontekstu dokumentu, a co za tym idzie nie przekłada się to na merytoryczną treść dokumentu, szerzej oferty, a nade wszystko nie stanowi o niezgodności z SWZ".

Odwołujący wskazał, że załączone do wyjaśnień oświadczenie, sygnowane rzekomo przez producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co., Ltd., nie jest oświadczeniem producenta tylko wydane zostało przez Mindray Poland Sp. z o.o., spółkę krajową, handlową, zainteresowaną finansowo pozytywnym dla Cormay wynikiem sprawy.

4) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 24.

Zamawiający opisując swoje wymagania oczekuje od wykonawców potwierdzenia ich spełniania tj. potwierdzenia warunku. Firma Cormay w potwierdzeniu warunku, iż oferowany system operacyjny zapewni bezpośrednie uruchomienie LIS bez użycia rozwiązań pośredniczących, po raz kolejny bezrefleksyjnie skopiowała wymaganie zamawiającego pisząc, iż oferowany system musi zapewniać a nie, że zapewnia. Tym samym Cormay nie potwierdza w żaden sposób spełniania przez siebie warunku granicznego w tym punkcie. W dniu składania ofert PZ Cormay doskonale winna wiedzieć w jaki sposób oferowane przez siebie analizatory są podłączane do systemów LIS i winna to potwierdzić.

5) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), Wymagania dotyczące serwisu dzierżawionego wyposażenia (oferowanych analizatorów i wyposażenia dodatkowego) oraz szkolenia użytkowników, pkt 1.

Zamawiający opisując swoje wymagania oczekuje od wykonawców potwierdzenia ich spełniania tj. potwierdzenia warunku. W związku z czym, zwracamy uwagę zamawiającego na fakt, iż firma Cormay w żaden sposób nie potwierdziła wymagania stawianego w pkt.1.

Firma Cormay w potwierdzeniu warunku nie potwierdza jednoznacznie czy posiada autoryzowany przez producenta serwis bądź czy zapewni serwis przez autoryzowanego dystrybutora producenta. Dodatkowo nie potwierdza czy dysponuje wykwalifikowanym inżynierem serwisu, tylko po raz kolejny bezrefleksyjnie kopiuje wymóg stawiany przez zamawiającego i stosuje sformułowanie uniemożliwiające zamawiającemu ocenę stanu

faktycznego. W dniu składania ofert PZ Cormay doskonale winien wiedzieć jaki serwis oferuje i jakie posiada możliwości, jeżeli chodzi o wykwalifikowany personel. Cormay po raz kolejny nie jest w stanie potwierdzić spełnienia warunku granicznego stawianego przez zamawiającego. Tym samym zachodzi oczywista niezgodność treści oferty Cormay w zakresie spełniania warunków granicznych.

6) Dotyczy załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), Wymagane oznaczenia, Kod Loinc.

Zamawiający w toku udzielania odpowiedzi na pytania do SWZ określił wymagania w zakresie podania kodu Loinc.

<u>Pytanie nr 39</u>

Dotyczy Załącznik nr 2 do SWZ, FORMULARZ CENOWY WRAZ Z OPISEM PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ORAZ WYMOGAMI ZAMAWIAJĄCEGO, Załącznik nr 1 - Wymagane oznaczenia, Kod Loinc:

W ogólnodostępnej bazie kodów LOINC () podawane są zarówno kody paneli badań jak również kody dla poszczególnych parametrów wchodzących w skład danego panelu. Prosimy o podanie czy Zamawiający poprzez wymaganie wypełnienia danych dla „Kod Loinc" (Załącznik nr 1 - Wymagane oznaczenia) wymaga podania kodu dla panelu badania czy dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania? Nadmieniamy, iż nie wszystkie parametry, które są możliwe do oznaczenia na oferowanym systemie są uwzględnione w ramach standardowego panelu prezentowanego na stronie .

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga podania kodu dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie jako spełnienie warunku zamawiający wymaga podania kodu Loinc dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania. Wykonawca zwraca uwagę zamawiającego, iż w ofercie złożonej przez firmę Cormay nie ma wymienionych, nie tyle wszystkich wymaganych kodów, lecz nie są podane żadne dotyczące parametrów uzyskiwanych na oferowanych analizatorach. Nadmieniamy, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek rzetelnego i dokładnego przygotowania oferty przetargowej, by umożliwić zamawiającemu właściwą ocenę ofert złożonych w postępowaniu. Oferta firmy Cormay w sposób ewidentny nie spełnia wymagań stawianych przez zamawiającego i podlega odrzuceniu jako niespełniająca wymogów granicznych stawianych w SWZ.

Antycypując wyjaśnienia Cormay, absolutnie niedopuszczalne jest potraktowanie tego jako niefrasobliwej, oczywistej omyłki pisarskiej, albowiem nie jest to omyłka, a niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Gdyby rzeczywiście można to potraktować jako oczywistą omyłkę, to jej poprawienie dla zamawiającego byłoby możliwe bez wezwania Cormay do wyjaśnień, który na kilku stronach „podyktował" zamawiającemu kody, które powinny znaleźć się w ofercie.

7) Dotyczy niezgodności dokumentów dot. przedmiotowych środków dowodowych – instrukcje obsługi odczynników (DS DILUENT, M-6LH LYSE, MLN LYSE, M-6FD-DYE,

M-6FN DYE, M-6FR DYE, M-6LD LYSE, M-6DR DILUENT, Probe Cleanser) do analizatora hematologicznego oraz wymagania zamawiającego do wskazane w pozycji „Gwarancja i serwis - wymagane warunki dla oferowanego

wyposażenia, pkt 2”:

Konsekwencją tego, że dokumenty zawierają nieprawidłowości, zamawiający nie miał prawa uznać, że mamy do czynienia z wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro. Dalszą konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że w ten sposób aktualny staje się dodatkowy zarzut oparty o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy PZP, tj., że oferta Cormay zawiera błąd w obliczeniu ceny, albowiem zamiast stawki VAT 8 % zamawiający winien uznać, że zaoferowany przedmiot zamówienia opodatkowany jest stawką VAT 23%. Złożona dokumentacja dotycząca wyrobów wskazanych jako wyroby medyczne do diagnostyki in vitro budzi poważne wątpliwości co do faktycznego zachowania standardów jakimi winny się cechować wyroby medyczne do diagnostyki in vitro, w zakresie wytycznych stawianych przez ustawę z 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z 5 kwietnia 2017 r. (IVDR). Po zweryfikowaniu załączonej dokumentacji zamawiający zapewne zauważy, iż zawiera ona zapisy zagrażające właściwemu użytkowaniu i bezpieczeństwu użytkownika poprzez sfomułowania niezrozumiałe lub bezpośrednio wprowadzające w błąd, m.in. w zakresie zwrotów wskazujących środki ostrożności, czy też opisu symboli, które powinny znajdować się na opakowaniu, nie tylko w polskiej części opisu wyrobu medycznego, ale także w innych wersjach językowych, budząc zasadne wątpliwości co do zgodności dokumentacji wyrobu z aktualnymi wymaganiami obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej. Odwołujący zaprezentował kilka przykładów, które bez trudu można odnaleźć w treści załączonych do oferty firmy PZ Cormay dokumentów.

Przykłady stanowią tylko część nieprawidłowości jakich można doszukać się w złożonej dokumentacji. Nieprawidłowości te nie są jednostkowe, lecz dotyczą całej złożonej dokumentacji (instrukcji obsługi) każdego z odczynników deklarowanych jako wyrób medyczny do diagnostyki in vitro, tym samym wskazując na systematyczne i rażące zaniechanie dotyczące należytego przygotowania przez producenta (Mindray) dokumentacji dotyczącej produktów medycznych do diagnostyki in vitro wprowadzonych nie tylko na terytorium RP, lecz także całej Unii Europejskiej. Istotnym jest, iż w jednym z dokumentów (Instrukcja obsługi M-6FR DYE, str. 5 (załącznik nr 12)) można doszukać się adnotacji o maszynowym tłumaczeniu z wykorzystaniem translatora Googla.

Kolejnym, szczególnie istotnym aspektem jest brak zgodności dokumentacji dla produktów klasy A z IVDR, co można domniemać już na wcześniej zaprezentowanych przykładach. Skuteczne przejście na zgodność z IVDR, którego termin przypadł na 26 maja 2022 r., wymaga od producentów rzetelnego dokumentowania parametrów użytkowych, wysokich standardów bezpieczeństwa i skutecznego zarządzania ryzykiem, a także przeprowadzenia kompleksowych inspekcji produktów podczas wprowadzania (i przed wprowadzeniem) ich na

rynki UE. Jednym z elementów nowego rozporządzenia są Wytyczne dotyczące informacji, które powinny znaleźć się w instrukcjach użycia wyrobów opisane są w Rozdziale III, ust. 20.4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z 5 kwietnia 2017 r., m.in. informacji poważnych incydentach, (ust. 20.4.1, af).

Ponadto, dodatkowym przykładem może być wyrób, dla którego w ogóle nie została dołączona do oferty żadna ulotka potwierdzająca, że szkiełka CITOTEST LABWARE są wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro, a mimo to produkt ten jest wskazany przez PZ Cormay jako produkt posiadający CE IVD.

8) Dotyczy niezgodności dokumentów dot. przedmiotowych środków dowodowych – instrukcja obsługi odczynnika Probe Cleanser oraz formularza cenowego w pozycji Materiały eksploatacyjne, pkt 1.

PZ Cormay w formularzu wskazuje, iż producentem odczynnika Probe Cleanser jest Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co., Ltd., Chiny, podczas gdy w załączonych dokumentach – instrukcji obsługi jako producent jest wskazany „Archem Health Przemysł i Handel. Inc.”, Turcja.

Antycypując wyjaśnienia Cormay, absolutnie niedopuszczalne jest potraktowanie tego jako niefrasobliwej, oczywistej innej omyłki, albowiem nie jest to omyłka, a niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Gdyby rzeczywiście można to potraktować jako oczywista omyłkę, to jej poprawienie dla zamawiającego byłoby możliwe bez wezwania Cormay do wyjaśnień, który „podyktował” zamawiającemu prawidłowe oznaczenie odczynnika, które powinny znaleźć się w ofercie.

Zamawiający wskazał, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu dot. załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 13.

Zamawiający 12 sierpnia 2024 r. wezwał PZ Cormay do złożenia wyjaśnień w powyższej kwestii. W odpowiedzi PZ Cormay wyjaśnił, że „(…) przez wszystkie analizatory/moduły rozumie analizatory/moduły analityczne do wykonywania morfologii krwi. Moduł wykonujący rozmazy oraz moduł do cyfrowej analizy rozmazu z powodów oczywistych nie mają możliwości oznaczenia parametrów morfologii krwi oraz płynów z jam ciała, ponieważ - jak Zamawiający określił - mają one służyć do wykonywania i barwienia rozmazów oraz do cyfrowej analizy rozmazu, a nie wykonywania analiz. Zdaniem Wykonawcy podmiot profesjonalny posiadający specjalistyczną wiedzę na temat oferowanych w przedmiotowym postępowaniu produktów, nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do zrozumienia użytych przy potwierdzaniu przedmiotowego parametru sformułowań, w kontekście opisu całego przedmiotu zamówienia, a tym samym zarzut, iż Wykonawca potwierdził posiadanie parametru przez wszystkie oferowane produkty wbrew stanowi faktycznemu nie znajduje uzasadnienia. Uczestnik postępowania w swoich zastrzeżeniach opiera się na dosłownym znaczeniu użytych przez

Wykonawcę sformułowań, tymczasem od podmiotu profesjonalnego oferującego wyroby medyczne wymaga się, aby interpretował oświadczenia i dokumenty produktowe w szerszym kontekście, a nie wyprowadzał wnioski jedynie na

podstawie literalnego brzmienia fragmentu treści oświadczenia, jakim jest część punktu 13 formularza asortymentowo-cenowego. (…)".

Odwołujący wskazuje, że PZ Cormay w załączniku nr 2 do SWZ, tabela b, zadeklarował, że „TAK, wszystkie analizatory/moduły dla każdej lokalizacji z możliwością wykonywania oznaczeń w płynach z jam ciała bez konieczności używania dodatkowych odczynników i procedur przygotowujących próbkę do badania (…)". Zamawiający dokonał rzeczowej analizy wyjaśnień PZ Cormay z 16.08.2024 oraz przyjął argumentację PZ Cormay opierając się na posiadanej wiedzy oraz załączonych do oferty przedmiotowych środkach dowodowych, które w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają przeznaczenie zaoferowanych urządzeń. Zamawiający w SWZ wymagał, aby minimum jeden z analizatorów/modułów spełniał powyższy wymóg. Oferta PZ Cormay w zakresie wymaganym przez zamawiającego została zatem spełniona. Oferta nie uległa zmianie a PZ Cormay potwierdził spełnienie minimalnych wymagań zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dot. załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 5 w kontekście wymaganych parametrów w pkt 4.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii PZ Cormay, który wyjaśnił, iż „(…) zaoferowane analizatory wykorzystują tę samą technologię pomiaru – fluorescencyjną cytometrię przepływową z wykorzystaniem technologii SF-Cube, co zostało potwierdzone w treści formularza z opisem przedmiotu zamówienia. Nie doszło zatem do złożenia przez Wykonawcę oświadczenia niezgodnego z prawdą, jak wskazuje to Uczestnik postępowania. Co do zarzutu dotyczącego niedbałości dokumentacji przygotowanej przez Wykonawcę, Wykonawca wskazuje, iż mimo pewnych niefortunnych sformułowań wynikających z tłumaczenia, które mogą się pojawić przy tłumaczeniu tak obszernej dokumentacji, zdaniem Wykonawcy prawidłowe znaczenie wskazanego w wezwaniu fragmentu wynika z kontekstu dokumentu, a co za tym idzie nie przekłada się to na merytoryczną treść dokumentu, szerzej oferty, a nade wszystko nie stanowi o niezgodności z SWZ". W związku z powyższą odpowiedzią PZ Cormay oraz po merytorycznej analizie przedstawionego zarzutu zamawiający uznał ofertę PZ Cormay jako spełniającą warunki zamówienia.

Ustawa Pzp nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie innych niż oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Ocena czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. W analizowanej sytuacji zamawiający

doszedł do przekonania, że nie nastąpiła żadna istotna zmiana w treści oferty, gdyż stawiane przez zamawiającego warunki minimalne oferty zostały spełnione. Zgodnie z orzecznictwem o tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 102/09). O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy dotyczy essentialia negotii oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielką w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia.

W ocenie zamawiającego, faktycznie, PZ Cormay popełnił podobny błąd w kilku miejscach oferty, to w działaniu takim nie dopatrzono się cech celowości, umyślnego wprowadzania w błąd. Powyższe uznać należało raczej za stosunkowo niestaranne przygotowanie oferty, co jednak nie powinno rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu, skoro ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości. Potwierdzenie prawidłowości takiego postępowania zamawiającego, znajduje się w wyroku KIO 1108/14 z 13 czerwca 2014 r. „Choć przyznać należy, że wykonawca bardzo nieuważnie dokonywał tłumaczenia, popełniając podobny błąd w obu dokumentach, zarówno tym składanym do oferty, jak też tym złożonym wraz z wyjaśnieniami, to w działaniu takim nie dopatrzono się cech celowości, umyślnego wprowadzania w błąd. Powyższe uznać należało raczej za stosunkowo niestaranne przygotowanie oferty, co jednak nie powinno rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu, skoro ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości, również tych które w sposób znaczący mogą wpływać na treść całej oferty. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za oczywistą i podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie". Podobnie w wyroku z 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 288/21: „aby móc poprawić ofertę, omyłka nie musi mieć oczywistego charakteru. Ustawodawca uzależnił bowiem możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienie innej omyłki jest dopuszczalne, gdy z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień".

Odwołujący kwestionuje adekwatność złożonego przez PZ Cormay a przyjętego przez zamawiającego w toku postępowania, oświadczenia Mindray Medical Poland Sp. z o.o. dot. preferencyjnych warunków cenowych udzielonych dystrybutorowi PZ Cormay, które mógł zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie zamawiającego przedmiotowy dokument nie budził wątpliwości co do jego prawdziwości i w związku z tym został uznany za ważny.

W odniesieniu do zarzutu dot. załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), pkt 24.

W odniesieniu do powyższego zarzutu PZ Cormay wyjaśnił: „Wyjaśniamy, iż Wykonawca w dniu składania oferty dysponował wiedzą w zakresie sposobu podłączenia oferowanych analizatorów do systemów LIS, a także w zakresie zapewnienia serwisu autoryzowanego przez producenta, co zdaniem Wykonawcy jednoznacznie zostało potwierdzone w treści formularza w pkt 24 oraz w pkt 1 (gwarancja i serwis). Uczestnik [przyp. red. Sysmex] postępowania po raz kolejny opiera się na dosłownym brzmieniu użytych przez Wykonawcę wyrazów, a przy formułowaniu zarzutów

dotyczących złożonej przez Wykonawcę oferty nie skupia się na jej treści merytorycznej, a jedynie odwołuje się do warstwy językowej. (…)".

Po analizie odpowiedzi oraz zgodnie z wiedzą zamawiający uznał powyższą odpowiedź jako wystarczającą.

W odniesieniu do zarzutu dot. załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), Wymagania dotyczące serwisu dzierżawionego wyposażenia (oferowanych analizatorów i wyposażenia dodatkowego) oraz szkolenia użytkowników, pkt 1.

W odniesieniu do powyższej kwestii, zamawiający uznał jak w ww. zarzucie dot. pkt 24, że PZ Cormay spełnia warunki minimalne a zapis w załączniku nr 2 do SWZ formularzu cenowych dołączonym do oferty PZ Cormay cyt. „TAK, Wykonawca zapewni autoryzowany przez producenta lub autoryzowanego dystrybutora producenta serwis. Serwis musi dysponować co najmniej 1 wykwalifikowanym inżynierem serwisu na terenie kraju", potraktowany został jako niefortunna omyłka pisarska i potwierdził warunki zamawiającego.

Zamawiający ponownie wskazuje, że przedmiotowe nieścisłości językowe również rozpatrywał przez pryzmat wyroku KIO 1108/14 z 13 czerwca 2014 r., jako nie zmieniających treści oferty i nie mających celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W odniesieniu do zarzutu dot. załącznika nr 2 do SWZ, II Zestawienie parametrów wymaganych (Opis przedmiotu zamówienia), Wymagane oznaczenia, Kod Loinc.

Zamawiający zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 39 z 15.07.2024 r. wymagał w załączniku nr 2 do SWZ, w pozycji: załącznik nr 1 – Wymagane oznaczenia, podania kodu Loinc dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania.

Wykonawca w załączonym do oferty załączniku nr 2 do SWZ podał po jednym kodzie Loinc dla każdego profilu badania.

W związku z powyższym zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z 30.07.2024 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia złożonej oferty w świetle odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 39. W odpowiedzi na wezwanie, PZ Cormay, wyjaśnił m.in. iż „(…) niepodanie kodów Loinc dla poszczególnych parametrów w ramach danego profilu badań ma charakter omyłki i nie było przez Wykonawcę zamierzone. (…).",

wskazując przy tym kody Loinc dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania.

Zamawiający biorąc pod uwagę: ofertę PZ Cormay, postanowienia SWZ (w tym wyjaśnienia treści SWZ z 15.07.2024 r.), złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, przepisy ustawy Pzp oraz orzecznictwo na podstawie 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pismem z 21.08.2024 r. poinformował PZ Cormay o poprawieniu w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty m.in. w zakresie kodów Loinc. Zamawiający nadmienia, iż podejmując decyzję o poprawieniu w ofercie PZ Cormay innej omyłki (…) w zakresie kodów Loinc wziął pod uwagę, iż kody Loinc mają charakter jedynie informacyjny, natomiast warunki złożonej w niniejszym postępowaniu przez PZ Cormay oferty po poprawieniu omyłki nie ulegną zmianie (nie zmieni się zaoferowany przedmiot zamówienia, zakres, poprawienie omyłki nie wpłynie również na sposób wykonania zamówienia, ani na zaoferowaną cenę). Zamawiający nadmienia, iż zgodnie z orzecznictwem przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia, a te jak zamawiający wskazał powyżej nie ulegną zmianie.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem odwołującego „Bez zatem dopisania części oferty na nowo, nazwane przez pozostających w … we wspólnej narracji Zamawiającego i Cormay

- poprawieniem omyłki, Zamawiając nigdy nie wiedziałby jak tego rodzaju rzekomą omyłkę miałby faktycznie poprawić!!!" ponieważ baza kodów Loinc jest powszechnie dostępna pod adresem .

W odniesieniu do zarzutu dot. niezgodności dokumentów dot. przedmiotowych środków dowodowych – instrukcje obsługi odczynników (DS DILUENT, M-6LH LYSE, M-LN LYSE, M6FD-DYE, M-6FN DYE, M-6FR DYE, M-6LD LYSE, M-6DR DILUENT, Probe Cleanser) do analizatora hematologicznego oraz wymagania zamawiającego do wskazane w pozycji „Gwarancja i serwis - wymagane warunki dla oferowanego wyposażenia, pkt 2".

Zamawiający wraz z ofertą wymagał złożenia załącznika nr 6 do SWZ, w którym każdy z wykonawców miał zadeklarować czy dany asortyment jest wyrobem medycznym czy też nie. Jednocześnie w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ wykonawca wylicza oraz podaje stawkę VAT przedmiotu zamówienia. PZ Cormay oświadczył w ww. dokumentach, który asortyment podlega opodatkowaniu w danej wysokości.

Odwołujący wskazuje, że szkiełka CITOTEST LABWARE nie są wyrobami medycznymi, ponieważ nie została dołączona żadna ulotka dot. przedmiotowych szkiełek. Jednocześnie zamawiający wezwał 12 sierpnia 2024 r. PZ Cormay do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w powyższym zakresie a wykonawca PZ Cormay uzupełnił brakujący dokument co zostało przekazane odwołującemu 3 września 2024 r.

W odniesieniu do zarzutu dot. niezgodności dokumentów dot. przedmiotowych środków dowodowych – instrukcja obsługi odczynnika Probe Cleanser oraz formularza cenowego w pozycji Materiały eksploatacyjne, pkt 1.

Zgodnie z zapisami załącznika nr 2 do SWZ - Formularza cenowego, zamawiający wymagał, aby wykonawca podał m.in. producenta oferowanego produktu.

Wykonawca w Formularzu cenowym - Materiały eksploatacyjne, poz. 1 wskazał, iż producentem roztworu wykorzystywanego do regularnego czyszczenia analizatora jest „Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co.,Ltd.", natomiast ze złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci instrukcji dla tego produktu opisanego pod nazwą „IFU_Probe Cleanser_1.0_12102022 pl-sig" wprost wynika, iż producentem jest Archem Health Przemysł i Handel. Inc., co zostało również jednoznacznie potwierdzone przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach z 16.08.2024 r.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający uznał, iż powyższe mieści się w zakresie definicyjnym pojęcia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający pismem z 21.08.2024 r. poinformował PZ Cormay o poprawieniu w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty m.in. w zakresie producenta roztworu wykorzystywanego do regularnego czyszczenia analizatora na co PZ Cormay wyraził zgodę.

Przystępujący wykonawca (uczestnik) PZ Cormay, odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, iż jego oferta pozostaje zgodna z warunkami zamówienia określonymi w pkt II ppkt 13 Formularza cenowego. Zaoferował on w każdej z lokalizacji analizatory/moduły do morfologii krwi (BC780, BC-6200 oraz BC-6800plus), które zapewniają funkcjonalność wykonywania oznaczeń w płynach z jam ciała bez konieczności używania dodatkowych odczynników i procedur przygotowujących próbkę do badania wraz z możliwością oznaczania w płynach co najmniej: liczby leukocytów z różnicowaniem na jedno- i wielojądrzaste. Natomiast odwołujący nie kwestionuje, iż zaoferowane przez przystępującego analizatory/ moduły analityczne do wykonywania morfologii krwi (BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus) faktycznie spełniają ww. wymagania. Usiłuje on zakwestionować zgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia jedynie w oparciu o literalną wykładnię złożonego przez niego oświadczenia w Formularzu cenowym.

Realizują one zatem funkcjonalność wymaganą przez zamawiającego w pkt II ppkt 13 Formularza cenowego. Znajduje to potwierdzenie w przedłożonych przez przystępującego w ramach oferty przedmiotowych środkach dowodowych, tj. opisach technicznych urządzeń BC780, BC-6200 i BC-6800plus. W dokumentach tych wskazano, że analizatory/moduły do wykonywania morfologii krwi wykonują badania z płynów z jam ciała oraz posiadają możliwość

oznaczania w płynach co najmniej liczby leukocytów z różnicowaniem na jedno i wielojądrzaste. Opisy techniczne urządzeń BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus stanowią przedmiotowe środki dowodowe, złożone przez przystępującego w postępowaniu. Jednocześnie spośród zaoferowanych przez przystępującego urządzeń jedynie w przypadku analizatorów/modułów do wykonywania morfologii krwi (BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus) – w ogóle możliwe jest wykonywanie oznaczeń w płynach z jam ciała. Natomiast moduły wykonujące rozmazy oraz moduł do cyfrowej analizy rozmazu (SC-120 oraz MC-80) - z uwagi na ich właściwości i przeznaczanie - nie realizują funkcjonalności oznaczenia parametrów morfologii krwi oraz płynów z jam ciała. Służą one do wykonywania i barwienia rozmazów oraz do cyfrowej analizy rozmazu.

Przystępujący wskazał, że jego oferta pozostaje zgodna z wymogami określonymi w pkt II ppkt 4 i 5 Formularza cenowego. Urządzenia BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus wykorzystują te same odczynniki dla oznaczania parametrów morfologii krwi. Natomiast odwołujący oparł zarzut na wybiórczej analizie dokumentów technicznych ww. urządzeń załączonych do oferty przystępującego oraz próbie narzucenia takiego rozumienia warunków zamówienia, iż to w przypadku konkretnie parametru NRBC oznaczenie musi nastąpić przy wykorzystaniu tych samych odczynników w każdym z urządzeń. Tymczasem zamawiający wymagał, aby urządzenia wykorzystywały te same odczynniki ogólnie dla oznaczenia parametrów morfologii krwi.

Wymóg z pkt II ppkt 5 Formularza cenowego dotyczył ogólnie parametrów morfologii krwi. Moduły analityczne oferowane dla lokalizacji 1 i lokalizacji 2 wykorzystują tę samą technologię pomiaru i odczynniki dla parametrów morfologii krwi. Jednocześnie zgodnie z pkt II ppkt 4 Formularza cenowego – parametr NRBC jest jednym z wielu parametrów morfologii krwi wymienionych przez zamawiającego. Zatem w postępowaniu nie istniało wymaganie, iż to konkretnie w przypadku parametru NRBC na każdym z urządzeń oznaczenie następowało przy wykorzystaniu tych samych odczynników. Potwierdzenie, iż urządzenia BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus zapewniają funkcjonalność oznaczania parametru morfologii krwi NRBC znajduje potwierdzenie w dokumentacji technicznej tych urządzeń.

Zatem wymienione analizatory wykorzystują takie same odczynniki dla oznaczenia parametrów morfologii krwi. Analizatory o większej wydajności tj. BC-6200 oraz BC-6800plus są wzbogacone o jeden kanał pomiarowy więcej w związku z tym mają dodatkowy komplet odczynników wykorzystywanych w tym kanale. Natomiast analizator BC-780 do oznaczenia parametru NRBC wykorzystuje odczynniki dokładnie te same, które są wykorzystywane do różnicowania WBC w kanale DIFF tj. LD-Lyse oraz FD-Dye. Zatem prawidłowym jest stwierdzenie, że analizatory BC780, BC-6200 oraz BC-6800plus wykorzystują te same odczynniki do oznaczenia parametrów morfologii krwi.

Odnosząc się do kwestionowania złożonych przez przystępującego w toku postępowania oświadczeń producenta - przystępujący przedłożył oświadczenie producenta Shenzen Mindray Bio-Medical Electronics Co., Ltd z 19.09.2024 r., z którego wynika potwierdzenie, że Mindray Medical Poland Sp. z o.o. jest podmiotem autoryzowanym do reprezentowania producenta w Polsce, oraz że wszelkie dostarczone w toku niniejszego postępowania pozostają prawidłowe oraz zgodne z faktami. Oświadczenie stanowi załącznik nr 11 do procesowego. W konsekwencji bezzasadny pozostaje zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz zarzuty wynikowe podniesione przez odwołującego. Zaoferowane przez przystępującego urządzenia BC-780, BC-6200 oraz BC-6800plus wykorzystują te same odczynniki dla oznaczania

parametrów morfologii krwi. Oferta ta odpowiada wymaganiom określonym w pkt II ppkt 4 i 5 Formularza cenowego.

Oferta przystępującego pozostaje zgodna z wymogami określonymi w pkt II ppkt 24 Formularza cenowego. Zaoferowany przez przystępującego system operacyjny zapewnia bezpośrednie uruchomienie LSI bez użycia rozwiązań pośredniczących np. emulatorów czy wirtualizatorów. Odwołujący nie kwestionuje, iż zaoferowany system operacyjny faktycznie spełnia ww. wymagania, a jedynie usiłuje zakwestionować zgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia w oparciu o literalną wykładnię złożonego przez niego oświadczenia w Formularzu cenowym. Odwołujący pomija przy tym, iż w SWZ nie został określony sposób potwierdzania warunków zamówienia w Formularzy cenowym, mógł on być dowolny. W dokumentach zamówienia nie określono sposobu potwierdzenia przez wykonawców w Formularzu cenowym spełnienia warunków zamówienia przez oferowany asortyment. W przypadku tabeli znajdującej się w pkt II Formularza cenowego – w kolumnie nr 4 podlegającej wypełnieniu przez wykonawców - zamawiający posłużył się zwrotem „Potwierdzenie warunku (wypełnia Wykonawca)". Zatem w okolicznościach postępowania wykonawcy mogli w sposób dowolny potwierdzać, iż zaoferowany przez nich asortyment spełnia warunki zamówienia. W takim razie za wystarczające uznać należało posłużenie się przez wykonawców chociażby jedynie zwrotem „TAK". Natomiast odwołujący usiłuje narzucić sposób potwierdzenia warunków zamówienia, jaki sam zastosował (tj. polegający na przepisaniu warunku zamówienia z pewnymi modyfikacjami).

Oferta przystępującego pozostaje zgodna z wymogami określonymi w pkt II, załącznik nr 1, pkt 1 Formularza cenowego. Przystępujący zaoferował serwis autoryzowany przez producenta lub autoryzowanego dystrybutora producenta, dysponujący co najmniej 1 wykwalifikowanym inżynierem serwisu na terenie kraju. Znajduje to potwierdzenie w złożonym przez przystępującego przy wyjaśnieniach z 16.08.2024 r. liście autoryzacyjnym. Odwołujący nie kwestionuje, iż zaoferowany serwis faktycznie spełnia ww. wymagania, a jedynie usiłuje zakwestionować zgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia w oparciu o literalną wykładnię złożonego przez niego oświadczenia w Formularzu cenowym.

Odwołujący pomija przy tym, iż nie został określony sposób potwierdzania warunków zamówienia w Formularzy cenowym, mógł on być dowolny.

W zakresie kodów LOINC zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp a następnie na podstawie udzielonych wyjaśnień poprawił w tej ofercie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inną omyłkę niezgodność polegającą na podaniu tam jedynie podstawowych kodów LOINC dla określonych w Formularzu cenowym wymaganych oznaczeń (Morfologia CBC+DIFF, Retikulocyty, Oznaczenia w płynach z jam ciała oraz Rozmazy krwi). Zarzut oparty jest na błędnym założeniu, iż usunięcie niezgodności nastąpiło w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp (oczywista omyłka pisarska). Natomiast dokonana poprawka nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty, jako że oznaczenie kodów LOINC w Formularzu cenowym mało charakter informacyjny, nie wpływa w jakikolwiek sposób na zakres zaoferowanego przez przystępującego świadczenia. W tej mierze kluczowe jest, iż zaoferowane urządzenia oraz odczynniki umożliwiają zamawiającemu wykonywanie wszystkich wymaganych przez niego oznaczeń (Morfologia CBC+DIFF, Retikulocyty, Oznaczenia w płynach z jam ciała oraz Rozmazy krwi).

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 39 w ramach wyjaśnień treści SWZ z 15.07.2024 r. doprecyzował, iż w Formularzu cenowym wymaga podania kodów LOINC dla każdego z poszczególnych parametrów z danego profilu badania. Wraz z wyjaśnieniami z 15.07.2024 r. zamawiający opublikował zaktualizowany Formularz cenowy. Jednak nie dokonał jakiekolwiek zmiany w zakresie kodów LOINC. Przystępujący w ramach Formularza ofertowego podał podstawowe kody LOINC dla określonych w Formularzu cenowym wymaganych oznaczeń (Morfologia CBC+DIFF, Retikulocyty, Oznaczenia w płynach z jam ciała oraz Rozmazy krwi).

Podanie w Formularzu cenowym kodów LOINC miało w istocie jedynie charakter informacyjny, nie służyło potwierdzeniu, że zamawiający może wykonywać określone przez siebie oznaczenia (Morfologia CBC+DIFF, Retikulocyty, Oznaczenia w płynach z jam ciała oraz Rozmazy krwi). Możliwość wykonywania tych oznaczeń zależy od funkcjonalności zaoferowanych przez wykonawców analizatorów/modułów oraz właściwości zaoferowanych odczynników. Właściwości/parametry te znajdują się w opisach technicznych dla zaoferowanych przez przystępującego w niniejszym postępowaniu analizatorów. Opisy te załączone są do jego oferty jako przedmiotowy środek dowodowy.

Kody LOINC nie mają żadnego wpływu na treść oferty w zakresie oferowanych analizatorów oraz odczynników. Po poprawieniu omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie kodów LOINC treść oferty przystępującego w odniesieniu do zaoferowanych odczynników, materiałów kontrolnych i materiałów eksploatacyjnych do wykonywania oznaczeń, a także analizatorów nie uległa żadnej zmianie. Zaoferowane odczynniki oraz analizatory umożliwiają zamawiającemu wykonanie całego zakresu zamówienia, zgodnie

z SWZ. Informacyjny charakter kodów LOINC wynika z tego, że służą one zidentyfikowaniu wykonanych oznaczeń w ramach słownika kodów LOINC. Po ich zatwierdzeniu ich głównym zadaniem będzie ułatwienie m.in. wymiany wyników testów laboratoryjnych na potrzeby opieki klinicznej czy zarządzania tymi wynikami. Przy czym w Polsce słownik tych kodów obecnie nawet nie obowiązuje. W ramach systemu ochrony zdrowia stosowana jest klasyfikacja ICD-9-CM - Międzynarodowa Klasyfikacja Procedur Medycznych. Znajduje to potwierdzenie w stanowisku Krajowej Izby Diagnostów Laboratoryjnych, gdzie wskazano, że wdrożenie bazy LOINC nie zakończyło się, oraz że obecnie w Polsce w ramach systemu ochrony zdrowia stosowana jest właśnie klasyfikacja ICD-9-CM. Zamawiający w oparciu o podane przez przystępującego w ofercie kody dla poszczególnych profili badań oraz oznaczenia (skróty) parametrów zaoferowanych przez przystępującego urządzeń - które znalazły odzwierciedlenie w opisach technicznych załączonych do jego oferty - miał możliwość samodzielnego wyszukania kodów LOINC w ogólnie dostępnej bazie kodów LOINC dla poszczególnych parametrów w ramach profili badań.

Zaoferowane przez przystępującego odczynniki stanowią wyroby medyczne do diagnostyki in vitro. Prawidłowo przyjął on w ofercie stawkę 8% VAT dotycząca tego typu wyrobów. Dla zakwalifikowania wyrobu znaczenie ma deklaracja zgodności, a nie treść instrukcji obsługi. Tymczasem odwołujący skupia się na kwestionowaniu treści instrukcji obsługi. Odwołujący podnosząc brak dostosowania instrukcji do wymogów rozporządzenia 2017/746 pomija, iż nie wszystkie odczynniki zaoferowane przez przystępującego stanowią wyroby medyczne do diagnostyki in vitro klasy A. W przypadku odczynników w postaci krwi kontrolnej oraz kalibratorów hematologicznych – są to wyroby klasy B, dla których okres przejściowy dostosowania do wymogów ww. rozporządzenia upływa dopiero 26.05.2027 r. Z kolei zaoferowane przez przystępującego odczynniki będące wyrobami klasy A – spełniają już teraz wymagania ww. rozporządzenia. W konsekwencji oferta przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, obejmuje prawidłową stawkę podatku VAT. Jednocześnie w przypadku oferty przystępującego nie zachodzi niezgodność z pkt II, załącznik nr 1, pkt 2 Formularza cenowego - wraz z pierwszą dostawą dostarczy on dla oferowanych wyrobów medycznych aktualne dokumenty dopuszczające do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z 7.04.2022 r. o wyrobach medycznych.

Za kwalifikację danego wyrobu jako wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro odpowiedzialny jest producent, w tym zakresie brać należy pod uwagę złożoną przez niego deklarację zgodności a nie treści instrukcji wyrobu. Zgodnie z art. 17 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z 5.04.2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE - to w deklaracji zgodności UE potwierdza się spełnienie określonych prawem wymogów odnośnie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro. Jednocześnie zgodnie z art.

17 ust. 3 ww. rozporządzenia sporządzając deklarację zgodności UE, producent przyjmuje odpowiedzialność za zgodność wyrobu z wymogami prawa. W konsekwencji ewentualne nieprawidłowości w treści instrukcji wyrobów – nie pozbawiają ich statusu wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro ani nie uniemożliwiają wykonawcy zastosowania w ofercie stawki 8% VAT. Wyroby zaoferowane przez przystępującego posiadają deklaracje zgodności, z których wynika, iż stanowią one wyroby medyczne do diagnostyki in vitro. Na potwierdzenie przystępujący przedkłada jako załącznik nr 13 do pisma procesowego deklaracje zgodności dotyczące odczynników, których status odwołujący zakwestionował (tj. IFU_Probe Cleanser, M-6FD DYE, M-6DR Diluent, DS Diluent). Przystępujący w toku postępowania nie przedłożył tych deklaracji, jako że zamawiający nie wymagał złożenia jako przedmiotowego środka dowodowego deklaracji zgodności, a jedynie oświadczenie wykonawcy, że zaoferowane wyroby medyczne posiadają oznaczenie CE i/lub CE IVD oraz aktualne dokumenty dopuszczające do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z 7.04.2022 r. o wyrobach medycznych (roz. XV ust. 1 pkt 1 SWZ). Jednocześnie odwołujący pomija, iż zaoferowane przez przystępującego odczynniki w postaci krwi kontrolnej oraz kalibratorów hematologicznych nie stanowią wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro klasy A. Są to wyroby klasy B. W konsekwencji w odniesieniu do tych odczynników bezpodstawne są twierdzenia odwołującego o braku zgodności instrukcji tych wyrobów z wymogami wynikającymi z przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z 5.04.2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE. Klasyfikacji wyrobów do odpowiedniej klasy dokonuje producent. W przypadku zaoferowanych przez przystępującego odczynników w postaci krwi kontrolnej oraz kalibratorów hematologicznych producent zakwalifikował je do klasy B. Przystępujący przedkłada w załączeniu oświadczenie producenta potwierdzające klasyfikację tych wyrobów do klasy B. Oświadczenie to wraz z tłumaczeniem na język polski stanowi załącznik nr 14 do pisma procesowego. Z uwagi na zakwalifikowanie ww. odczynników do wyrobów klasy B - mogą być one wprowadzone do obrotu lub używania zgodnie z oświadczeniem Producenta, stanowiącym załącznik nr 14 do niniejszego pisma do dnia 26.05.2027. Zatem w przypadku zaoferowanych przez przystępującego odczynników w postaci krwi kontrolnej oraz kalibratorów hematologicznych – ich dokumentacja obecnie musi być zgodna z przepisami dyrektywy 98/79/WE, zaś dopiero po 26.05.2027 r. musi być zgodna z przepisami rozporządzenia 2017/746. Dokumentacja ww. odczynników zaoferowanych przez przystępującego jest zgodna z przepisami przedmiotowej dyrektywy.

W przypadku pozostałych odczynników zaoferowanych przez przystępującego w postaci Diluentów i Lizatów oraz Płynów myjących – są one wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro klasy A. W przypadku takich wyrobów faktycznie przejście na zgodność z przepisami rozporządzenia 2017/746 miało nastąpić do dnia 26.05.2022 r. Niemniej w przypadku

odczynników zaoferowanych przez przystępującego – posiadają one deklaracje zgodności (a zatem dokumenty przesądzające o kwalifikacji danego wyrobu jako wyrobu medycznego do diagnostyki in vitro). Potwierdzają to chociażby deklaracje zgodności dotyczące Diluentów, które przystępujący przedłożył jako załącznik nr 13 do pisma procesowego.

Natomiast odnosząc się do twierdzeń odwołującego o niezłożeniu wraz z ofertą ulotki potwierdzającej, że szkiełka CITOTEST LABWARE są wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro – należy wskazać, iż zamawiający jako przedmiotowy środek dowodowy w tym zakresie wymagał złożenia jedynie oświadczenia wykonawcy, że zaoferowane wyroby medyczne posiadają oznaczenie CE i/lub CE IVD oraz aktualne dokumenty dopuszczające do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z 7.04.2022 r. o wyrobach medycznych (roz. XV ust. 1 pkt 1 SWZ). Jednocześnie przystępujący jako załącznik nr 15 do pisma procesowego przedkłada deklarację zgodności, z której wynika potwierdzenie, że szkiełka CITOTEST LABWARE są wyrobami medycznymi do diagnostyki in vitro.

W zakresie oznaczenia producenta zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych PROBE CLEANSER zamawiający prawidłowo wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści ofert w trybie art. 223 ust. 1 Pzp a następnie na podstawie udzielonych wyjaśnień poprawił w jego ofercie niezgodność w zakresie oznaczenia między Formularzem cenowym (Shenzen Mindray Bio Medical Electronics Co.,Ltd) a przedmiotowym środkiem dowodowym (Archem Health Przemysł i Handel. Inc). Informacje umożliwiające poprawienie treści oferty wynikały od początku z dokumentów

złożonych przez przystępującego wraz z ofertą. Jednocześnie odwołujący pomija, iż usunięcie niezgodności nastąpiło w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (inna omyłka) a nie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp (oczywista omyłka pisarska).

Stanowisko Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając stanowisko zamawiającego i przystępującego, bez konieczności powielania ich argumentacji wskazuje, iż żaden z zarzutów odwołującego nie jest zasadny.

Zdaniem Izby, okoliczność, iż przystępujący PZ Cormay nie przygotował oferty w sposób perfekcyjny nie oznacza, że uchybienia wynikające z jej treści lub załączników do niej mogłyby sankcjonować odrzucenie oferty na podstawie przepisów powołanych przez odwołującego. Żadne ze stwierdzonych błędów/wad treści oferty nie są na tyle istotne, aby można było stwierdzić niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Zdaniem Izby odwołujący wybrał (wyszukał) takie elementy, które nie były idealne, wg. wzorca ustalonego przez odwołującego. Nie mniej nie świadczy to o konieczności odrzucenia oferty przystępującego.

Reasumując stanowisko w zakresie wszystkich zarzutów odwołania, Izba podnosi, iż zarówno zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego oraz zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego są bezzasadne.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący zaoferował zbyt małą liczbę szkiełek do rozmazów krwi (jedynie 10 000 sztuk dla pokrycia zapotrzebowania jedynie w lokalizacji nr 1), podczas gdy z opisu przedmiotu zmówienia wprost wynikał obowiązek zaoferowania materiałów eksploatacyjnych, a w tym szkiełek, dla wykonania łącznie 14 000 rozmazów w lokalizacjach nr 1 i 2 (a w tym 10 000 sztuk w lokalizacji nr 1 oraz 4 000 sztuk w lokalizacji nr 2). Zatem argumentacja odwołującego w zakresie tego zarzutu oderwana jest od realnej treści opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Twierdzenia odwołującego w zakresie zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny oferty oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji pozostają nieskonkretyzowane oraz nieudowodnione. Odwołujący zarzuca przystępującemu zaniechanie wyjaśnienia wszystkich elementów kosztotwórczych bez skonkretyzowania tych elementów oraz w oderwaniu od faktu, że zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w sposób ogólny.

Twierdzenia odwołującego w zakresie niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia oraz błędu w obliczeniu ceny stanowią de facto próbę wykreowania takich niezgodności czy błędów. Przykładowo w zakresie oznaczania parametru NRBC odwołujący narzuca takie rozumienie OPZ, iż wymagane miało być oznaczanie konkretnie tego parametru tymi samymi odczynnikami. Tymczasem w rzeczywistości zamawiający wymagał oznaczania ogólnie parametrów morfologii krwi tymi samymi odczynnikami.

W przypadku warunków zamówienia dotyczących serwisu czy bezpośredniego uruchomienia LSI bez użycia rozwiązań pośredniczących - odwołujący kwestionuje zgodność oferty z warunkami zamówienia jedynie formalnie, w oparciu o sposób, w jaki przystępujący w Formularzu cenowym potwierdził spełnienie tych wymogów. Pomija przy tym, że zamawiający w postępowaniu nie narzucił jakiekolwiek sposobu potwierdzenia tych warunków. Jednocześnie odwołujący nie kwestionuje w ogóle spełnienia tych warunków pod względem merytorycznym.

W przypadku błędu w obliczeniu ceny odwołujący kwestionuje status zaoferowanych wyrobów jako wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz przyjęcie 8% stawki podatku VAT w oparciu o treść instrukcji tych wyrobów, podczas gdy przesądzające znaczenie w tym zakresie mają deklaracje zgodności. Zaoferowane przez przystępującego wybory stanowią wyroby medyczne do diagnostyki in vitro, co zostało potwierdzone w ramach złożonych przykładowych deklaracji zgodności.

Odnosząc się do dowodów powołanych przez odwołującego Izba wskazuje, że nie potwierdzają one okoliczności, na które zostały powołane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……