

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **R. D. P. sp. z o.o. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **K. Centrum Onkologii z siedzibą w K.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B. C. P. sp. z o.o. w W.** oraz **B. C. d. z siedzibą w Z, C.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B. C. P. sp. z o.o. w W.** oraz **B. C. d. z siedzibą w Z, C.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie:
 - a) pkt 18 załącznika nr 1a do SIWZ,
 - b) pkt 14 załącznika nr 1b do SIWZ,
 - c) pkt 32 załącznika nr 1b do SIWZ,
 - d) pkt 6 załącznika nr 1a do SIWZ,
2. oddala odwołanie w pozostałej części,
3. kosztami postępowania w 1/3 obciąża **R. D. P. sp. z o.o. w W.**, zaś w 2/3 - **K. Centrum Onkologii z siedzibą w K.** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R.**

1

-
- -
 - 3.2. zasądza od **K. Centrum Onkologii z siedzibą w K.** na rzecz wykonawcy **R. D. P. sp. z o.o. w W.** kwotę **12.400 zł 00 gr** (słownie: dwunastu tysięcy czterystu złotych zero groszy).

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – K. Centrum Onkologii z siedzibą w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „utworzenie platformy biochemiczno-immunochemicznej poprzez dzierżawę zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego wraz z zakupem i dostawą odczynników

biochemicznych i immunochemicznych, materiałów kontrolnych i kalibratorów, materiałów zużywalnych wraz z serwisem systemu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 kwietnia 2017 r., nr ...

28 lipca 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy R. D. P. sp. z o.o. w W., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. C. P. sp. z o.o. w Warszawie oraz B. C. d. z siedzibą w Z, C., zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł 7 sierpnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w zakresie zarzutu 1 podniósł, że zgodnie z pkt 1 minimalnych wymagań granicznych koniecznych do spełnienia przez oferowany system stanowiących załącznik nr 1A do SIWZ, zamawiający wymagał zaoferowania „zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego wyposażonego w moduł ISE”. Przystępujący podał w ofercie, że oferuje system P. L. Przystępujący (ani żadna inna firma) nie wytwarza takiego wyrobu. Ze względu na uzasadnione wątpliwości wynikające z

3

takiego określenia przedmiotu oferty przystępującego, wykonawca wyjaśnił zamawiającemu, że P. L. ... jest w istocie zestawieniem trzech odrębnych wyrobów medycznych: analizatora biochemicznego AU680, analizatora immunochemicznego Dxl600 oraz Power Linka (łączącego dwa ww. aparaty). Ale nastąpiło to po terminie składania ofert. Wykonawca mógł wówczas wskazać na dowolną konfigurację urządzeń, w zależności od potrzeb. W żadnym punkcie oferty nie ma precyzyjnego określenia, co zostało zaoferowane. Odwołujący podkreślał, że przystępujący w swojej ofercie posiada systemy zintegrowane, które spełniają wymogi SIWZ i mogły być zaoferowane, np. UNlcel DxC 600i, DxC 660i, DxC 680i, DxC860i oraz DxC 880i.

Odwołujący dodatkowo wskazywał, że oferowany przedmiot zamówienia musiał posiadać znak CE oraz spełniać wymagania określone w aktualnie obowiązujących przepisach w szczególności warunki określone ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.) oraz posiadać dopuszczenie do obrotu w kraju zgodnie z obowiązującymi przepisami (por. formularz oferty). System P. L. ... nie ma znaku CE. Nie stanowi zatem wyrobu medycznego i nie może być oferowany w świetle przepisów ustawy o wyrobach medycznych. W tych okolicznościach oferta przystępującego nie obejmuje zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego wyposażonego w moduł ISE, a więc jest niezgodna z treścią SIWZ. Natomiast oświadczenie tego wykonawcy, że P. L. ... to grupa trzech urządzeń, ze względu na to że zostało złożone po terminie składania ofert, jest nieskuteczne, bo prowadzi do zmiany treści oferty tego wykonawcy - powodując, że jej przedmiotem nie jest już P. L. ..., tylko analizator biochemiczny AU680, analizator immunochemiczny Dxl600 oraz Power Link. W razie uznania, że z powyższych przyczyn oferta przystępującego pozostaje niezgodna z SIWZ (o co wnosi odwołujący) odwołanie podlegałoby uwzględnieniu. Natomiast w przypadku niepodzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego stanowiska, odwołujący w dalszej kolejności postawił kolejne zarzuty, przyjmując (na potrzeby kilku z nich), że ofertę przystępującego stanowią trzy ww. urządzenia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, że przystępujący nie spełnił także warunku granicznego wskazanego w załączniku nr 1A pkt 18: "Eliminacja *kontaminacji*

podczas dozowania materiału badanego do poziomu nieistotnego klinicznie przez zastosowanie końcówek jednorazowego użycia lub innej technologii (z dokumentacją potwierdzającą)”. Przystępujący jako zintegrowany analizator biochemiczno-immunochemiczny zaferował tzw. P. L. ... (z jw.: zastrzeżeniami AU680+Dxl600+PowerLink) oraz potwierdził spełnienie tego warunku nie opisując dokładnie jakie rozwiązanie oferuje. W ofercie nie znalazło się również żadne potwierdzenie spełnienia tego warunku. Według ogólnie dostępnych informacji analizator Dxl 600 posiada duży i mierzalny błąd przeniesienia carry-over w granicach do 10 ppm, co przy bardzo czułych

4

oznaczeniach immunochemicznych niesie ryzyko wydania wyników fałszywych z racji kontaminacji wzajemnej próbek. Wynika to z faktu, że aparat Dxl 600 posiada stałą igłę pobierającą próbki, która jest płukana pomiędzy kolejnymi dozowaniami, co powoduje wystąpienia kontaminacji i efektu przeniesienia przy oznaczaniu. Zarówno analizator Dxl 600 jak i AU 680 nie wykorzystują do pobierania próbek jednorazowych końcówek, zatem ryzyko przeniesienia występuje na obydwu analizatorach.

Odwołujący podkreślał, że metodą referencyjną przyjętą przez zamawiającego były jednorazowe końcówki (jako zapewniające w najwyższym stopniu zabezpieczenie przed kontaminacją). Inne rozwiązania były dopuszczone pod warunkiem przedstawienia dokumentacji potwierdzającej skuteczność alternatywnej technologii. W tym zakresie przystępujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych materiałów. Ponadto w formularzu Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1A) p.18 przystępujący nie potwierdził w sposób jednoznaczny jaki system eliminacji kontaminacji jest zastosowany w oferowanym sprzęcie i udzielił odpowiedzi w formie: "Eliminacja kontaminacji podczas dozowania materiału badanego do poziomu nieistotnego klinicznie przez zastosowanie końcówek jednorazowego użycia lub innej technologii (z dokumentacją potwierdzającą)" nie załączając do oferty żadnej dokumentacji potwierdzającej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 19 minimalnych wymagań granicznych koniecznych do spełnienia przez oferowany system stanowiących załącznik Nr 1A do SIWZ zamawiający wymagał: „minimalna martwa objętość próbki badanej nie więcej niż 100 µl”. Przez tak opisany warunek, zamawiający oczekiwał, aby został on spełniony w całym zaferowanym systemie, nie tylko w jego jednej części. Przystępujący w części Power Link nie spełniła wymagań SIWZ, bowiem zaferował urządzenie tzw. P. L. ... (AU680+Power Link+Dxl600), które jest sztucznym połączeniem dwóch różnych urządzeń: analizatorów i podajnika i jako osobny produkt pod tą nazwą w ogóle nie istnieje (co już zostało omówione w zarzucie 1). W instrukcji obsługi Power Link, czyli urządzenia które sortuje próbki bezpośrednio do analizatora Dxl (600 lub 800) i AU680 gdzie są one pipetowane do testowania, a następnie kierowane do statywów, opisane zostały próbki, które zostały sprawdzone i są zalecane przez producenta tego systemu. Nie ma tu jednak informacji o możliwości używania naczynek sample cup 0,5 ml (nawet na próbkach), a jedynie takie naczynka spełniają wymóg minimalnej objętości martwej 100 µl. Pozostałe próbki, które można używać w analizatorze AU680, Dxl600 oraz Power Link, i które zostały opisane w instrukcji, charakteryzują się objętością martwą w przedziale 200- 800 µl.

W uzasadnieniu zarzutu 4 odwołujący podniósł, że zgodnie z poz. 14 załącznika nr 1B do SIWZ, w przedmiotowym postępowaniu należało zaferować odczynnik do oznaczania dehydrogenazy mleczanowej LDH metodą zgodną z DGKC (Deutsche Gesellschaft für Klinische Chemie). Przystępujący w pozycji tej zaferował odczynnik LDH o

5

numerze katalogowym OSR6128, natomiast w kolumnie metoda (kol. 4 tabeli) opisał przebieg reakcji jako mleczan → pirogronian, przyznając tym samym, iż warunku tego nie spełnił. Odwołujący wyjaśniał, że w metodzie zgodnej z DGKC reakcja przebiega w kierunku pirogronian → mleczan (a nie odwrotnie), bowiem obecna w próbce Dehydrogenaza mleczanowa katalizuje konwersję pirogronianu do mleczanu. Podczas procesu NADH jest utleniany do NAD, natomiast szybkość zmniejszania NADH jest wprost proporcjonalna do aktywności LDH, która określana jest fotometrycznie. Opisany przez przystępującego przebieg reakcji jest charakterystyczny dla innej metody, zgodnej z IFCC, ale nie taki był wymóg zamawiającego. Zaferowanie odczynnika LDH o numerze katalogowym OSR6128, tj. metodzie zgodnej z IFCC a nie DGKC, potwierdza brak spełnienia warunku

zamawiającego.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że powyższe należy sklasyfikować jako omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Takie stanowisko stanowi dowód, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ (wszak to jest warunek korzystania z ww. regulacji). Natomiast nie można zgodzić się z tezą, iż owa sprzeczność stanowi wynik omyłki. Wykonawca zaoferował konkretny odczynnik, a w ślad za nim, konsekwentnie opisał daną metodę właściwą dla tego testu. Nie sposób mówić w takich okolicznościach o omyłce. Dlatego oferta podlega odrzuceniu, a nie poprawieniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołujący podniósł, że zgodnie z poz. 32 załącznika nr 1B do SIWZ, zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania glukozy w hemolizacie. Przystępujący w pozycji tej zaoferował odczynnik Glucose o numerze katalogowym OSR6121 (tak samo jak w pozycji 12 załącznika nr 1B). W instrukcji użycia ww. odczynnika opisany jest sposób użycia jako „zestaw do ilościowego oznaczania zawartości glukozy w ludzkiej surowicy krwi, osoczu, moczu, hemolizacie i płynie mózgowo-rdzeniowym za pomocą analizatorów przystępującego AU metodą fotometrii w ultrafiolecie, z wykorzystaniem reakcji enzymatycznych katalizowanych przez heksokinazę”. Aby takie oznaczenie można było wykonać, w przedmiotowej ulotce został opisany dodatkowy odczynnik służący do hemolizy próbki krwi. W rozdziale „procedury testowe” znajduje się informacja - „w przypadku oznaczeń w hemolizacie należy używać jednego z następujących odczynników: Rolf Greiner, nr kat. H10582, albo Hatado, nr kat. 60690201.” Odwołujący zauważył, że zarówno w załączniku nr 1B (odczynniki biochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory) jak i załączniku nr 1D przystępujący nie zaoferował takiej pozycji.

Co prawda, w pkt. 22 załącznika nr 1D do SIWZ zaoferowano odczynnik Synchron/AU Hemolyzing Reagent o numerze katalogowym 472137, jednakże został on przez producenta opisany jako odczynnik hemolizujący używany w oznaczeniach hemoglobiny glikowanej. W ulotce do glukozy brak jest wskazania używania tego odczynnika, a także nie ma żadnej informacji opisującej jakikolwiek zamiennik. Zatem, albo

6

zamawiający nie będzie miał możliwości wykonywania oznaczeń glukozy w hemolizacie, albo będzie używał odczynnika hemolizującego niezgodnego z opisanymi w instrukcji użycia (użycie tzw. OFF LABEL - poza wskazaniami określonymi w ulotce). Dodatkowo, na oficjalnej stronie przystępującego odczynnik ten został oznaczony jako: „Synchron and AU Systems Hemolyzing Reagent, 1000 Tests also known as "SCD, HEMOLYZING SOLN 1000TEST CX/L". (tłumaczenie - Również określany jako "SCD, Hemolyzing Soln 1000Testów CX/L"). „Use: Diluent for HbA1c sample preparation. For use as Ale Level 1 calibrator for HbA1c and HbA1c2” (tłumaczenie - Używany: jako diluent / rozcieńczalnik do przygotowania próbki w oznaczeniach HbA1c. Do użycia jako kalibrator dla oznaczenia HbA1c i HbA1c2).

„Item No: 472137”

(tłumaczenie - numer katalogowy 472137).

Już zatem sam producent określa użycie tego dodatkowego odczynnika jedynie dla oznaczeń hemoglobiny glikowanej, w związku z czym treść oferty przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż nie obejmuje całego asortymentu koniecznego do wykonania oznaczeń określonych w SIWZ w zakresie glukozy w hemolizacie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 odwołujący podniósł, że przystępujący nie sprostował także warunkowi granicznemu określonemu w pkt 6 załącznika nr 1A do SIWZ: „Wydajność ... powyżej 100 oznaczeń immunochemicznych na godzinę”. Zgodnie z informacją podaną przez producenta w instrukcji UniCel DxI Reference Manual, wydajność 200 testów / godz. jest zagwarantowana w analizatorze DxI 600 tylko w przypadku oznaczania testów w technice jednostopniowej (one-step assays). W przypadku oznaczania testów dwustopniowych (two-step assays) wydajność DxI 600 spada o połowę do 100 testów / godzinę. Część testów oferowanych przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu jest testami oznaczanymi w technice dwustopniowej. Oczywistym zatem jest, że przy takiej konfiguracji badań wykonywanych w laboratorium zamawiającego określona w SIWZ wydajność powyżej 100 testów / godz. nie może zostać spełniona przez analizator DxI 600.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin

ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. C. P. sp. z o.o. w W. oraz B. C. d. z siedzibą w Z., C. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

7

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 14 czerwca 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 21 czerwca 2017 r., wezwanie zamawiającego z 10 lipca 2017 r. skierowane do przystępującego, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 14 lipca 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28 lipca 2017 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. C. P. sp. z o.o. w W. oraz B. C. d. z siedzibą w Z., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim – za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut 1 odwołania.

8

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego z powodu niezaoferowania zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, a jedynie trzech połączonych ze sobą odrębnych wyrobów medycznych.

Izba stwierdziła, że przystępujący w załączniku 1A do oferty opisał oferowany przez siebie system następująco: *producent: B. C., model: P. L. ..., kraj pochodzenia: J.* Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jakoby przystępujący miał nie wytwarzać wyrobu opisanego jako system P. L. Jak wynika ulotki handlowej złożonej przez przystępującego na rozprawie (dowód I.1.), przystępujący posiada w swej ofercie handlowej produkt określany mianem „PowerLink”. Co więcej, ulotka ta pochodziła z 2012 r., a zatem można stwierdzić, że produkt ten znajduje się w tej ofercie handlowej co najmniej od tego czasu i jest jednoznacznie identyfikowalny. Analiza ulotki prowadziła ponadto do wniosku, że produkt ten składa się z elementów: analizatora biochemicznego AU680, podajnika próbek PowerLink i analizatora immunochemicznego UniDxl 600 lub 800. Ponieważ, jak

jednoznacznie wynika z ulotki, możliwe są dwa zestawienia systemu, a mianowicie z analizatorem immunochemicznym UniCel DxI 600 lub 800, to można także przyjąć, że dodatkowe oznaczenie produktu jako „P. L. ...” wskazuje na rodzaj użytego analizatora immunochemicznego. Można zatem stwierdzić, że takie oznaczenie produktu w sposób jednoznaczny identyfikuje przedmiot oferty od samego momentu jej złożenia. W konsekwencji za chybione należało uznać stanowisko odwołującego, jakoby doprecyzowanie oferowanego przedmiotu oferty nastąpiło dopiero po terminie składania ofert. Nie polega także na prawdzie twierdzenie odwołującego, aby przystępujący dzięki takiemu określeniu oferty mógł wskazać dowolną konfigurację urządzeń po terminie składania ofert, w zależności od swych potrzeb. Nie doszło także do żadnej zmiany oferty w tym zakresie.

Nie znalazło potwierdzenia stanowisko odwołującego, który wywodził, że zamawiający sformułował w SIWZ obowiązek, aby system jako całość musiał posiadać znak CE. Nie było sporne pomiędzy stronami, że system PowerLink 600 jako całość nie posiadał oznakowania CE i że oznakowanie takie cechowało wszystkie elementy tego systemu, tj. analizator biochemiczny AU680, podajnik próbek PowerLink i analizator immunochemiczny UniDxl 600. Nie było także sporne, że ww. produkty są wyrobami medycznymi i zostały prawidłowo dopuszczone do obrotu w kraju. Powyższe wynikało także z dowodu I.1. złożonego przez odwołującego i dowodów I.6-I.11 złożonych przez przystępującego.

Powyższe nie oznaczało jednak niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Zamawiający zastrzegł w pkt 7 wzoru formularza oferty, że to „oferowany przedmiot oferty” musiał posiadać oznakowanie CE, spełniać wymagania określone w ustawie o wyrobach medycznych oraz posiadać stosowne dopuszczenie do obrotu w kraju. Z powyższego postanowienia nie wynikało w sposób jednoznaczny, aby cały system jako

9

całość musiał posiadać odrębny znak CE i być odrębnym wyrobem medycznym dopuszczonym odrębnie do obrotu. W ocenie Izby, wymóg mógł być uznany za spełniony także w sytuacji, gdy wszystkie elementy tego systemu zostały dopuszczone do obrotu, posiadały znak CE i były wyrobami medycznymi.

Powyższych ustaleń nie zmienia argumentacja odwołującego odnosząca się do postanowień wzoru umowy w zakresie wymagań zamawiającego co do systemu zastępczego. W § 4 ust. 5 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający rzeczywiście przewidział, że *w przypadku konieczności zapewnienia dostawy zastępczego zintegrowanego systemu system ten powinien posiadać znak CE i spełniać wymogi określone w ustawie o wyrobach medycznych oraz być dopuszczony do obrotu w kraju*. Jednakże, jak wynikało z przytoczonego postanowienia, wymagania te dotyczyły jedynie systemu zastępczego, a nie systemu podstawowego.

Nie stwierdzono także, aby obowiązujące przepisy przewidywały, by w analizowanej sytuacji system musiał być dopuszczony odrębnie do obrotu, niezależnie od dopuszczenia do obrotu wszystkich jego części. Również odwołujący nie wskazał Izbie żadnych regulacji prawnych, z których taki obowiązek miałby wynikać. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za zasadny uznano zarzut nr 2 odwołania. Zamawiający w pkt 18 załącznika nr 1a do SIWZ wymagał, aby oferowany system biochemiczno-immunochemiczny spełniał wymaganie opisane następująco: *Eliminacja kontaminacji podczas dozowania materiału badanego do poziomu nieistotnego klinicznie przez zastosowanie końcówek jednorazowego użycia lub innej technologii (z dokumentacją potwierdzającą)*.

Jak wynikało z przywołanego postanowienia, zamawiający oczekiwał od wykonawców zagwarantowania określonego efektu, jakim było wyeliminowanie kontaminacji, czyli błędu przeniesienia, do poziomu co najmniej nieistotnego klinicznie. Należało zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że zamawiający nie oczekiwał całkowitego wyeliminowania kontaminacji, a jedynie jej ograniczenia do wskazanego pułapu. Prawdą jest także, że zamawiający nie opisał co należy rozumieć przez „poziom nieistotny klinicznie”. Brak tego doprecyzowania nie mógł jednak z drugiej strony prowadzić do wniosku, że może to być poziom dowolny. Podzielono stanowisko odwołującego, że w opisanej sytuacji pojęcie „nieistotny”, należało rozumieć zgodnie z jego znaczeniem językowym, jako „mało znaczący”, „nieważny”, „banalny”, pod względem klinicznym. Z pewnością jednak za poziom istotny klinicznie powinien zostać uznany taki stan, w którym zamiast wyniku negatywnego otrzymuje się wynik fałszywie pozytywny.

Z opisanego wymogu wynikało także, że zamawiający dopuścił dwie metody

eliminacji kontaminacji do poziomu nieistotnego klinicznie. Pierwsze rozwiązanie polegało na możliwości zastosowania końcówek jednorazowego użycia. Pozostałe rozwiązania

10

dopuszczono pod dodatkowym warunkiem, jakim było złożenie dokumentacji potwierdzającej. Oczywistym przy tym było, że przedmiotem tego potwierdzenia miało być ustalenie, czy dana metoda zapewnia eliminację kontaminacji do poziomu nieistotnego klinicznie.

Skoro zamawiający postawił w SIWZ przywołane wymagania, które nie były kwestionowane w ustawowym terminie, to wynikające z nich obowiązki powinny być egzekwowane. Odstępowanie na etapie badania ofert od egzekwowania wymagań sformułowanych przez zamawiającego w SIWZ, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby dokumenty, jakie przystępujący złożył zamawiającemu nie stanowiły wystarczającego dowodu, który potwierdzałyby, że stosowana przez niego metoda eliminacji kontaminacji zapewnia, że błędy będą nieistotne klinicznie.

Przystępujący dla części immunochemicznej systemu, którą odwołujący kwestionował, złożył dokument dotyczący zjawiska carryover (efekt przeniesienia) w analizatorze UniCel DxI (s. 108-109 przy piśmie przystępującego z 21 czerwca 2017 r.). Z dokumentu tego wynikało jedynie, że ww. analizator był *poddany wielokrotnym testom w celu upewniania się, że spełniony jest planowany poziom carryover < 10 ppm. Uzyskano wyniki w zakresie wartości 0,2 – 6.3 ppm, poniżej deklarowanego poziomu <10 ppm.* Z dokumentu tego wynikało zatem tylko stwierdzenie określonego faktu, a mianowicie, że deklarowany poziom przeniesienia to poniżej 10 ppm i że uzyskano wynik poniżej deklaracji w zakresie 0.2 – 6.3 ppm. Z dokumentu tego nie wynikało jednak, że uzyskany wynik to poziom „nieistotny klinicznie”. Tymczasem złożenia takiego dokumentu potwierdzającego zamawiający oczekiwał od wykonawców.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący złożył w trakcie rozprawy dowód przeciwny, w postaci wydruku artykułu z prasy branżowej „Annals of Clinical Biochemistry, 2012, 49: 395-398, autorstwa Michael J. Gould, Urs Wilgen, Carel J. Pretorius i Jacobus Ungerer, zatytułowanego „Błąd dozowania: kontaminacja odczynnika troponinowego przez bardzo wysokie stężenia próbki pacjenta powoduje fałszywie dodatnie wyniki” (dowód II.2. złożony przez odwołującego). Z wniosków tego artykułu wynikało, że „badanie wysoce przemawia z błędem przeniesienia i kontaminacji odczynnika Tnl przez pipetory w analizatorach Acces2, DxI600 i DxI800, gdzie analizowane są próbki pacjentów o bardzo wysokich stężeniach cTnl, co prowadzi do wystąpienia potencjalnie fałszywie dodatnich wyników cTnl w kolejnych próbkach”.

W ocenie Izby, w wyniku lektury tego dokumentu co najmniej można powziąć poważne wątpliwości, czy istotnie eliminacja kontaminacji w analizatorze przystępującego następuje do poziomu nieistotnego klinicznie. Jeżeli bowiem w wyniku przeniesienia uzyskuje się wynik fałszywie dodatni, to błąd należy uznać za istotny. Rozstrzygająca w tym

11

zakresie powinna być dokumentacja potwierdzająca, którą zobowiązany był przedstawić przystępujący, czego jednak nie uczynił. W ocenie Izby brakująca dokumentacja powinna być kwalifikowana jako tzw. dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. Dokumentacja taka nie podlegała jednak uzupełnieniu w analizowanej sprawie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż oferta przystępującego podlegała odrzuceniu z innych powodów, wskazanych w sentencji wyroku. Wobec powyższego zarzut okazał się zasadny.

Za chybiony uznano zarzut nr 3 dotyczący niegodności treści oferty przystępującego z treścią z pkt 19 załącznika nr 1A do SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający wymagał, aby oferowany system spełniał wymóg opisany jako „minimalna martwa objętość próbki badanej nie więcej niż 100 µl”.

Wывód odwołującego opisany w odwołaniu oparty był na założeniu, że w instrukcji obsługi Power Link, czyli urządzenia które sortuje próbki bezpośrednio do analizatora DxI (600lub800) i AU680, producent miał nie zawrzeć informacji o możliwości używania naczynek sample cup 0,5 ml, a jedynie takie naczynka miały spełniać wymóg minimalnej

objętości martwej 100 ul.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że założenie odwołującego nie zostało udowodnione. Dostrzeżenia wymagało, że z ulotki handlowej systemu PowerLink (dowód I.1. złożony przez przystępującego) wynikało, iż *lista próbek dla systemu PowerLink zawiera „m.in.” BD lub Greiner: 13 x 75 mm lub 13 x 100 mm*. Izba zwróciła uwagę, że w ulotce użyto słowa „m.in.”. Powyższe może oznaczać, że lista próbek wykorzystywanych elementach PowerLink nie jest zamknięta. Również w instrukcji użycia elementu Power Link (dowód III.1 złożony przez przystępującego) wskazano, że obsługuje on następujące „typy” próbek:

*BD /Greiner: próbki 13 x 75 mm, 13x 100 mm, oraz 16 x 100 mm,
Sarstedt: próbki 13 x 90 mm oraz 15,30 x 92 mm.*

Wreszcie w załączniku nr B do instrukcji użycia Power Link (dowód nr III.1 c złożony przez odwołującego) znajduje się następujące wskazanie:

Dozwolone próbki:

*13 x 75 mm, szkło, tworzywo sztuczne ,
13 x 100 mm, tworzywo sztuczne,
16 x 100 mm, tworzywo sztuczne,
15,2 x 92 mm, tworzywo sztuczne, - Sarstedt,
13 x 90 mm, tworzywo sztuczne - Sarstedt*

Użycie słowa „typ” wskazuje, że w instrukcji jest mowa o rodzaju próbek, zaś wskazane próbki BD/Greiner i Sarstedt jedynie dookreślają dopuszczony typ/rodzaj.

12

Tymczasem wywód, jaki odwołujący poczynił w odwołaniu oparty był na niewykazanym założeniu, że instrukcja elementu PowerLink określa w sposób zamknięty i wyczerpujący dopuszczalne próbki, które to założenie nie potwierdziło się w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp spoczywał ciężar wykazania niezgodności oferty z SIWZ, tego ciężaru nie udźwignął. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za zasadny uznano zarzut 4 co do niezgodności treści oferty przystępującego z treścią pkt 14 załącznika nr 1b do SIWZ.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. W postanowieniu SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania dehydrogenazy mleczanowej LDH metodą zgodną z DGKC (Deutsche Gesellschaft für Klinische Chemie). Przystępujący w pkt 14 formularza cenowego zaoferował odczynnik LDH o numerze katalogowym OSR6128, natomiast w kolumnie 4 (metoda) opisał przebieg reakcji jako mleczan → pirogronian. Nie było kwestionowane, że w metodzie zgodnej z DGKC reakcja przebiega w kierunku pirogronian → mleczan (a nie odwrotnie). Przebieg reakcji opisany przez przystępującego jest charakterystyczny dla innej metody, zgodnej z IFCC, ale nie taki był wymóg zamawiającego.

W swych wyjaśnieniach z 14 lipca 2017 r. przystępujący przyznał, że zaoferowany przez niego odczynnik OSR 6128 nie spełnia wymogu zamawiającego. Wskazał, że zaszła omyłka, gdyż w rzeczywistości chciał zaoferować odmienny odczynnik o nazwie OSR 6126. Wywodził, że błąd ten został następnie powielony w opisie reakcji, wielkości opakowania. W trakcie rozprawy dodał także, że błąd ten powielał również po złożeniu oferty. Reagując na wezwanie zamawiającego z 21 czerwca 2017 r. kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, przesłał zamawiającemu ulotkę handlową dla nieprawidłowego odczynnika OSR 6128. Wywodził jednak, że niezgodność ta powinna zostać poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą pozostawiając opisaną niezgodność bez żadnej reakcji. Powyższe wynikało z protokołu postępowania, w którym znajdowała się adnotacja, zgodnie z którą zamawiający nie wykonywał żadnych czynności poprawiania ofert w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Nie podzielono także stanowiska przystępującego, jakoby rozpatrywana niezgodność podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnej zmiany treści oferty.

Zakres możliwych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów był przedmiotem orzeczenia TSUE w sprawie C-336/12 Manova. Sąd wskazał w nim, że: „zgodnie z utrwaloną praktyką

orzecznictwem Klagenævnet for Udbud art. 51 dyrektywy 2004/18 i generalna zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali". Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C. S. E. S. a., art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Trybunał wskazał także na dalsze warunki dopuszczalności wyjaśnień lub korekty.

„34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie S. E. S. i in., pkt 42,43].

35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie S. E. S. i in., pkt 44]. Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie S. E. S. in., pkt 40].

36 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano [ww. wyrok w sprawie S. E. S. i in., pkt 41].

Przywołane orzeczenia dotyczyły poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, ale nie ulega wątpliwości, że zachowały swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest co do zasady dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści ofert.

W ocenie Izby poprawa, jakiej musiałby dokonać zamawiający byłaby istotna, zaś zamawiający nie mógłby jej przeprowadzić bez niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Ponadto zmiana taka prowadziłaby de facto do wytworzenia w tym elemencie całkowicie nowej oferty, co nastąpiłoby już po otwarciu ofert i dokonane zostało bez jakiegokolwiek oparcia w danych zawartych w ofercie pierwotnej. Zmiana polegałaby bowiem na zastąpieniu nieprawidłowego, istniejącego na rynku produktu, produktem nowym, całkowicie odrębnym.

Izba wzięła także pod uwagę, że przystępujący nie popełnił omyłki. Konsekwentnie zaoferował produkt niewłaściwy, podał jego nazwę, opisał jego numer katalogowy, następnie samodzielnie opisał jego metodę, poczynił wyliczenia ilości testów z uwzględnieniem wielkości i ilości opakowań błędnego produktu, a następnie obliczył cenę dla tej liczby opakowań. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący nie wycofywał się ze swego błędu także wtedy, gdy zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał go do złożenia ulotek dotyczących oferowanego asortymentu. Reagując na wezwanie wykonawca złożył ulotkę dla nieprawidłowego produktu OSR 6128. Ewidentnie stan ten oznaczał zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, który nie podlegał poprawie. Zarzut zasługiwał zatem na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut nr 5.

Zamawiający w pkt 32 załącznika nr 1b do SIWZ wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania glukozy w hemolizacie.

Przystępujący zaoferował odczynnik OSR 6121 „Glucose” (poz. 32 formularza cenowego, załącznik nr 1b). Dostrzeżenia wymagało, że w ulotce dotyczącej tego odczynnika, we fragmencie procedury testowej znajdowała się informacja, zgodnie z którą „w przypadku oznaczeń w hemolizacie należy używać jednego z następujących odczynników.

R. G., nr kat. ..., albo H., nr kat. ..." (ulotka, załącznik do pisma przystępującego z 21 czerwca 2017 r.).

Z powyższego wynikało, że aby wykonać tym odczytnikiem oznaczenie w hemolizacji należało użyć dodatkowych odczynników, wymienionych w ulotce. Odczynniki takie nie zostały jednak zamawiającemu zaofertowane, gdyż nie zostały wymienione w załączniku nr 1d do oferty. Jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający we wzorze załącznika nr 1d do SIWZ wymagał od wykonawców podania wszystkich materiałów zużywalnych do zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego, w tym odczynników, diluentów, płynów płuczających i innych. Analiza wypełnionego przez przystępującego załącznika nr 1d prowadziła do wniosku, że próżno było w nim szukać ww. brakujących odczynników.

Treść SIWZ była precyzyjna i wynikało z niej, że jeżeli są konieczne jakieś elementy zużywalne to należy je wymienić w załączniku nr 1d do oferty. Skoro przystępujący omawianych odczynników nie wymienił to należało uznać, że ich nie zaofertował, a co za tym idzie jego oferta z uwagi na ten brak jest niezgodna z SIWZ.

Przy takim kształcie SIWZ przystępujący nie może się bronić twierdząc, że zaofertował te elementy niejako domyślnie, w pozycji dotyczącej odczynnika glukozy w hemolizacji. Niezasadne jest powoływanie się na treść SIWZ i treść ofert składanych przez przystępującego w innych postępowaniach. Za istotną należy uznać niekwestionowaną przez

15

przystępującego treść SIWZ w tym postępowaniu, która w sposób jednoznaczny nakazywała ujawniać wszystkie potrzebne materiały zużywalne, w tym odczynniki, w załączniku 1d do oferty. Przy takim znaczeniu wzoru załącznika 1d do SIWZ nieujawnienie tych elementów musiało być uznane za ich niezaofertowanie, co oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przeciwnie stanowisko oznaczałoby, że – wbrew intencjom zamawiającego wyrażonym wyraźnie w SIWZ – załącznik nr 1d jest w ogóle zbędny, gdyż wystarczyłoby wypełnić jedynie załącznik 1b i 1c do oferty i utrzymywać, że materiały zużywalne, choć nieujawnione w ofercie, to jednak zostały zaofertowane przy odpowiednich odczynnikach z załącznika nr 1a i 1b. Nie taka była jednak treść SIWZ. Wobec powyższego zarzut podlegał uwzględnieniu.

Oferta przystępującego podlegała także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z pkt 6 załącznika nr 1a do SIWZ.

W postanowieniu tym zamawiający wskazał, że oferowany system musi się charakteryzować wydajnością „powyżej 100” oznaczeń immunochemicznych na godzinę. Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego powyższy wymóg nie doznawał ograniczeń. W braku dalszego doprecyzowania oznaczał, że system ma osiągnąć tę wydajność w odniesieniu do wszystkich oznaczeń immunochemicznych, a przynajmniej takich, które są przedmiotem oferty, a więc nie tylko przy testach (oznaczeniach) jednostopniowych, ale także i dwustopniowych.

Tymczasem, jak wynikało z dowodu VI. 1 złożonego przez odwołującego, to jest fragmentu instrukcji analizatora UniCel DxI 600, jego maksymalna wydajność została określona następująco:

200 oznaczeń na godzinę dla testów 1 - stopniowych,

100 oznaczeń na godzinę dla testów 2 - stopniowych.

Przystępujący złożył wprawdzie ulotkę, z której wynikała informacja o wydajności analizatora „do 200 oznaczeń na godzinę”, jednakże instrukcja obsługi pochodząca zresztą również od producenta, okazała się dokumentem opisującym sporną właściwość w sposób obszerniejszy i bardziej szczegółowy.

Nie było także sporne, że spośród 20 rodzajów testów, jakie będzie wykonywał analizator aż 15 rodzajów to testy dwustopniowe, a jedynie 5 typów to testy jednostopniowe. W ocenie Izby nie można się bronić twierdząc, że pomimo iż wymóg wydajności jest niespełniony przy testach dwustopniowych, to jednak z uwagi na to, że przy testach jednostopniowych wydajność przewyższa wymagane minimum, to cały wymóg jest potwierdzony. Testy dwustopniowe są również „oznaczeniami immunochemicznymi” w rozumieniu wymogu i dla nich wydajność systemu także miała być zapewniona. Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

16

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

17

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy

rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w G. z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów

18

postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w W. z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we W. z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we W. z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się 4 zarzuty, zaś za niezasadne należało uznać 2 zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 2/3, zaś niezasadne w stosunku 1/3. Kosztami postępowania w wysokości 2/3 obciążono zatem zamawiającego, zaś kosztami w wysokości 1/3 - odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł. Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, gdyż jak wynika 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 ze zm.) warunkiem uwzględnienia tych kosztów jest złożenie do akt sprawy stosownego rachunku, co nie nastąpiło. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.200 zł (18.600 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 12.400,00 zł (18.600,00 – 6.200,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący:

19