**Sygn. akt: KIO 1191/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER" Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie Jeziornie

przy udziale wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 223 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 253 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiekwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w części w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

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.

Przewodnicząca:……..……

**Sygn. akt: KIO 1191/24**

**U z a s a d n i e n i e**

Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER" Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie Jeziornie(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych do wykonywania badań metodami immunochemicznymi i biochemicznymi wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz urządzeń dodatkowych. Dostawa odczynników immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora immunochemicznego „back up" (do analizatora głównego)", nr referencyjny PN 4/2024 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem OJ S 23/2024 w dniu 1 lutego 2024 r.

W dniu 28 marca 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej

„Abbott” lub „przystępujący”) oraz odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Roche” lub „odwołujący”).

W dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Roche zostało wniesione odwołanie na niezgodne z ustawą czynności i zaniechania zamawiającego dotyczące pakietu pierwszego, a polegające na: (1) wyborze oferty Abbott w postępowaniu, (2) odrzuceniu oferty odwołującego, (3) zaniechaniu odrzucenia oferty Abbott.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1.art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania i brak podania uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty odwołującego;
2.art. 223 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie jako powód odrzucenia oferty odwołującego;

z ostrożności:

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego (ewentualne, domyślne) błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z dokumentami zamówienia;
4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Abbott, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku odrzucenie oferty Abbott.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał, że pismem z dnia 28 marca 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Abbott i odrzuceniu oferty Roche na podstawie art. 223 ust. 3 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na podstawie sugestii Abbott, które zamawiający bezkrytycznie przyjął, podobnie zresztą jak twierdzenia Abbott pokrętnie tłumaczące ewidentne błędy w jego ofercie, które powinny skutkować jej odrzuceniem.

Odnosząc się do tych czynności i zaniechań odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że art. 223 ust. 3 ustawy Pzp niewątpliwie nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Przepis dotyczy bowiem poprawienia w ofertach omyłek. Jego zastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy jest błędne. Jednocześnie zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej spośród przesłanek odrzucenia wymienionych enumeratywnie w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 253 ust.1 in fine ustawy Pzp. W rezultacie doszło do naruszenia wskazanego przepisu.

Odnosząc się natomiast do podanych w piśmie z 28 marca 2024 r. podstaw faktycznych rzekomej sprzeczności oferty Roche z SWZ stwierdził, że argumentacja tam wskazana nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności odwołujący odniósł się do wymagań opisanych w pkt 45 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), który to w ocenie zamawiającego nie został przez Roche spełniony. Treść tego wymagania brzmiała: „Stabilność kalibracji oznaczeń minimum 30 dni dla wszystkich parametrów”.

Jak wskazał zamawiający, jego zdaniem z ulotki metodycznej wynika, że gwarantowana przez producenta stabilność kalibracji oznaczeń wynosi 28 dni, co nie polega na prawdzie i wynika z wybiórczego i tendencyjnego czytania zapisów ulotki Producenta. Z żadnego postanowienia instrukcji zaoferowanych testów nie wynika, aby stabilność kalibracji była krótsza niż 30 dni. Producent wymaga bowiem jej wykonania jedynie dla nowej serii odczynnika, które to serie są wprowadzane w znacznie dłuższych odstępach czasu (co kilka miesięcy). Owe 28 dni wskazane przez zamawiającego stanowi wyłącznie sugestię rekalibracji (a nie kalibracji) i nie jest obowiązkowe. Nie zastosowanie się do niej pozostaje bez wpływu na jakość i wiarygodność wyników badań, wykonanych z użyciem danego odczynnika. Wymóg ponownej rekalibracji (przed skorzystaniem z nowej serii) pojawia się dopiero wówczas gdy wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy. To jednak są okoliczności związane z pracą laboratorium, a nie jakością odczynników.

Brak wykonania opcjonalnej kalibracji nie spowoduje braku możliwości wykonania oznaczeń w badanych próbkach, ani nie będzie raportowany na wydrukach z analizatora. Aparat w dalszym ciągu będzie rutynowo pracował. Kalibracja co 28 dni nie jest sugerowana ze względu na brak stabilności odczynników lub konieczność ich monitorowania. Wynika

z asekuracji producenta w hipotetycznie zakładanej sytuacji zaniechania wykonywania przez użytkownika systematycznej wewnętrznej kontroli jakości.

Oferowane odczynniki są więc zgodne z SWZ i zamawiający nie miał podstaw aby odrzucać ofertę odwołującego.

Kolejną przyczyną niezgodności z SWZ miało być odstępstwo od wymogu pkt 51 OPZ: „Dla testów HIV, HBsAg HCV, SARS CoV-2 - wyniki muszą być jednoznacznie interpretowane w oparciu o wyznaczony cut-off bez podawania wartości granicznej tzw. szarej strefy".

Zamawiający podniósł, że wymagał zaoferowania odczynników, przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mają być interpretowane jednoznacznie, co znalazło również potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie nr 66 z dnia 4 marca 2024 r. w następującym brzmieniu: „Pytanie 66: Czy przez zapis w punkcie 51 SWZ zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg, HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane ?". Odpowiedź: „Tak, zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg , HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane". Jak wynika
z powyższego zamawiający nie dopuszczał wyników, które nie nadają się do jednoznacznej interpretacji. Takich wątpliwych wyników w przypadku testów do HIV, HBsAg , HCV, SARS CoV-2 zaoferowanych przez Roche nie ma.

Odwołujący wskazywał, że interpretacja wyników testów: Elecsys anti-HCV II i Elecsys HBsAg jest jednoznaczna i zgodnie z ulotką metodyczną jest następująca: COI < 0.9 próbka niereaktywna; COI ≥ 0.9 <1 niejednoznaczna i COI ≥ 1.0 próbka reaktywna, przy czym sposób postępowania z próbkami dla których uzyskano wartości niejednoznaczne jest taki sam jak
z próbkami reaktywnymi. Punktem odcięcia tzw. Cut-off oddzielającym próbki ujemne
od próbek wymagających dalszej weryfikacji jest wartość = 0,9. Procedura oznaczenia jest automatyczna, dzięki funkcjonalności analizatora określanej jako e-flow. Wszystkie próbki
o wartościach ≥ 0.9 oznaczane są ponownie, automatycznie w dublecie. W przypadku gdy dla jednego lub obu powtórzonych wyników oznaczenia uzyskamy wynik ≥ 0.9 zostanie on ostatecznie zinterpretowany jako powtórnie reaktywny i taka informacja pojawi się na wyniku. Procedura nie wiąże się z dodatkowymi czynnościami manualnymi dla użytkownika. Odwołujący w tabeli zaprezentował fragment ulotki, wskazując na to jaka jest interpretacja wyników i dalsze czynności, w zależności od wyniku numerycznego.

Wywodził dalej, iż zamawiający błędnie utożsamia „Komunikat wyniku" z jego interpretacją. Możliwości ekstrakcji informacji o wartościach granicznych (co istotne bowiem
- nie jest ona zawarta w komunikacie wyniku, a jedynie w pamięci aparatu) przy wyniku niejednoznacznym stanowi dodatkowy atut, gdyż zamawiający otrzymuje dane wskazujące
na uzyskane poziomy numeryczne. Natomiast zasady postępowania z próbką są analogiczne jak dla wyniku reaktywnego. Zatem interpretacja jest jednoznaczna.

Stwierdzenie zamawiającego: „(…) punkt odcięcia tzw. Cut- off oddzielający próbki ujemne od próbek dodatnich przy zaoferowaniu tzw. szarej strefy wiąże się z dodatkową liczbą powtórzeń, większym zużyciem odczynnika i zwiększeniem kosztów, wydłużeniem czasu wydania wyniku (…)" jest zupełnie niezrozumiałe. Zamawiający zdaje się widzieć problem
w konieczności wykonania ponownego oznaczenia z powodu wyniku w przedziale wartości granicznych, co jednocześnie uważa za naturalne w przypadku, gdy powtórzenie byłoby spowodowane komunikatem próbki reaktywnej. Innymi słowy, aparat który interpretuje wynik z przedziału ≥ 0.9 jako reaktywny i automatycznie powtarza oznaczenie, a zarazem umożliwia uzyskanie wyniku liczbowego jest dla zamawiającego gorszy od aparatu który robi dokładnie to samo, ale nie daje zamawiającemu precyzyjnej informacji na temat uzyskanych wskaźników. Trudno zaakceptować takie podejście i wykładnię SWZ.

W związku z powyższym decyzja o odrzuceniu oferty Roche nie powinna się ostać.

Odwołujący argumentował w dalszej części, że to oferta wykonawcy Abbott powinna zostać odrzucona. Przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych do wykonywania badań metodami immunochemicznymi i biochemicznymi wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz urządzeń dodatkowych. W arkuszu asortymentowo - cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, dla pakietu pierwszego obowiązywały tabele, które należało wypełnić

podając wymagane tam informacje dotyczące oferowanego asortymentu. W tabeli nr 4 wyspecyfikowaniu podlegały materiały zużywalne niezbędne
do wykonywania badań z zakresu biochemii. W ofercie Abbott nie ma wyrobów w postaci pustych pojemników do odczynników firm zewnętrznych, a dokładniej poz. 2 Załącznika nr 1, Tabela 1 - Albuminy w PMR.

Abbott zaoferował oznaczanie Albuminy w PMR na otwartym kanale przy użyciu odczynnika firmy zewnętrznej DiaSys Diagnostic Systems GmbH o nr. kat. 102429910930
(4 x 20 ml; 2 x 8 ml). Odczynnik ten jest jednak konfekcjonowany w taki sposób, że nie można go bezpośrednio użyć w analizatorze Architect, na którym mają być wykonywane oznaczenia. Do tego konieczne są kasety Reagent Cartridge, do których należy przelać odczynnik, zanim zostanie wstawiony na pokład analizatora Architect. Bez tych kaset zamawiający nie będzie mógł wykorzystać odczynnika. Mamy więc do czynienia z materiałem ewidentnie niezbędnym do wykonywania badań, który musiał być uwzględniony w ofercie, co zostało przyznane przez Abbott w wyjaśnieniach z dnia 22 marca 2024 r.

Nie ulega wątpliwości, że omawiany materiał nie został wyspecyfikowany w żadnym miejscu oferty. Abbott ten brak usiłuje wytłumaczyć nieodpłatną dostawą wraz z analizatorem (z którym rzekomo stanowią zestaw). Takiej konwalidacji niezgodności oferty nie można zaakceptować. Z oferty nie wynika, aby wraz z analizatorem użytkownik otrzymywał omawiane kasety. Wszystkie materiały zużywalne miały być wymienione w tabeli nr 4.

Nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, że wolą wykonawcy było dostarczanie tego typu asortymentu nieodpłatnie, to należało to wyraźnie wskazać w ofercie. Uzupełnianie oferty
o tego rodzaju deklaracje po jej złożeniu stoi w sprzeczności z zakazem wynikającym z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz podstawowymi zasadami Pzp wyrażonymi w jej art. 16 pkt 1 (równego traktowania i uczciwej konkurencji) oraz 16 pkt 2 (przejrzystości).

Oferta Abbott zasługuje tym samym na odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Kolejną przyczyną, dla której zamawiający powinien stwierdzić brak zgodności treści oferty Abbott z treścią SWZ jest brak skalkulowania w ofercie wystarczającej ilości materiałów kontrolnych.

W tabeli nr 3 załącznika nr 1 do SWZ należało wyszczególnić „Materiały kontrolne
do wykonywania badań z zakresu biochemii". Dobierając ilość materiału należało uwzględnić, że kontrolę jakości zamawiający wykonuje na dwóch poziomach (N i P) codziennie, przez 36 miesięcy. Abbott zaoferował niewystarczającą ilość kontroli dla parametrów Troponin I hs, HBs Antygen, HBc przeciwciała, HCV przeciwciała, HIV, PCT, NT-proBNP anty-CCP, Folate, iPTH. Zamawiający wymagał dostarczenia takiej ilości materiału kontrolnego aby możliwe było wykonywanie codziennej kontroli jakości we wszystkie dni tygodnia. Oznacza to, że na okres 3 lat Abbott powinien zapewnić ilość materiału kontrolnego konieczną do wykonania ilości oznaczeń zgodnie z podanym w SWZ harmonogramem i częstotliwością wykonywania badań kontrolnych dla każdego z tych parametrów. Biorąc pod uwagę niezbędną objętość kontroli do każdego oznaczenia kontrolnego, zgodnie z zapisami w instrukcji metodycznej testów (ilość kropli kontroli, którą trzeba nakropić do naczynek Sample Cups) i fakt, że 1 kropla to objętość 0,05 ml jasno wynika, że konieczne do przeprowadzenia codziennej kontroli ilości ml materiału kontrolnego (i wynikające z tego ilości opakowań kontroli) powinny być o wiele większe niż te zaoferowane. Zaoferowanie zbyt małej ilości opakowań kontroli na czas trwania umowy
(36 miesięcy) powoduje, że zamawiający nie będzie mógł wykonywać określonych w SWZ badań kontrolnych przez cały okres trwania umowy oraz wydawać wyników badań. Odwołujący w tabeli wyszczególnił materiały kontrolne, wyliczając jakie jego zdaniem niedoszacowania mają miejsce w ofercie Abbott.

Stwierdził ponadto, że w kontekście tego zarzutu bardzo ważne jest stanowisko Abbott wyrażone w piśmie z 22 marca 2024 r. Otóż przede wszystkim Abbott przyznał, że ww. kalkulacja jest poprawna matematycznie. Broniąc prawidłowości swojej oferty Abbott twierdzi jedynie, że w praktyce używa się mniej materiału niż nakazuje ulotka, której zapisy traktuje jako „teoretyczne". Z powyższym nie można się zgodzić. Ulotka odczynnikowa stanowi instrukcję wykonywania oznaczenia i skoro przewiduje użycie określonej ilości materiału,
to tylko taka dawka jest prawidłowa. Nawet jeśli zamawiający zechce podjąć ryzyko aplikacji mniejszej ilości, to pozostaje to bez znaczenia dla oceny ofert na okoliczności zgodności
z SWZ, zwłaszcza w kontekście ich porównywalności. Równie dobrze bowiem to odwołujący mógłby sugerować zamawiającemu oszczędne gospodarowanie materiałem i oferować, celem wygrania przetargu, mniejsze ilości poszczególnego asortymentu.

Tak więc, zdaniem odwołującego, również w tym elemencie oferta Abbott zasługuje

na odrzucenie, a zaniechanie tej czynności jest wyrazem naruszenia zarówno art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak i wskazanych wcześniej zasad prymarnych.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Abbott.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 26 kwietnia 2024 r., wnosząc o oddalenie odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do niniejszego pisma na fakty opisane w uzasadnieniu przy danym dowodzie.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 26 kwietnia 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w całości.

Wykonawca Abbott, działając na podstawie art. 523 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 26 kwietnia 2024 r. wniósł, ustnie do protokołu, sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy Pzp, wobec wniesienia przez przystępującego sprzeciwu, skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, argumentacją zawartą w piśmie procesowym wykonawcy Abbott, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu w zakresie pakietu pierwszego i ubiega się o zamówienie, jego oferta została przez zamawiającego odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jego oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby bowiem Izba uznała, że zamawiający niezasadnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego i nakazała też odrzucić ofertę wykonawcy Abbott, to w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, to odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, możliwość uzyskania zamówienia została bowiem odwołującemu odebrana, a co za tym idzie utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego i przystępującego, złożone na rozprawie oraz załączone do pism procesowych, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt III SWZ jestDostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych do wykonywania badań metodami immunochemicznymi i biochemicznymi wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz urządzeń dodatkowych. Dostawa odczynników immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora immunochemicznego „backup" (do analizatora głównego). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ - „Formularz asortymentowo - cenowy". Zamawiający dopuścił składanie ofert na poszczególne pakiety (od 1 do 2), opisane w „Formularzu asortymentowo - cenowym" - Załączniku nr 1 do SWZ. Wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub dwa pakiety według swojego uznania, z tym, że w każdym pakiecie wymagana była oferta na wszystkie wymienione w nim pozycje i ilości.

Ponadto ustalono, że otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce 12 marca 2024 r. Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie prowadzonego postępowania wpłynęły następujące oferty: Oferta 1 BioMérieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pakiet 2

z ceną netto 57.201,00 zł., brutto 62.182,08 zł.; Oferta 2 Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Pakiet 1 z ceną netto 2.525.108,83 zł., brutto 2.748.064,89 zł.; Oferta 3 Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Pakiet 1 z ceną netto 2.274.512,00 zł., brutto 2.463.525,06 zł. Firma Abbott, wraz z ofertą, złożyła oświadczenie
o treści: W imieniu Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. oświadczamy, iż następujące wyroby zostaną dostarczone w ramach dzierżawy wraz z analizatorem, zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego: urządzenie mieszające typu roller mixer, pipety lub końcówki (opcjonalnie), służące do dozowania objętości wyszczególnionych na ekranie zleceń badań pacjenta lub kontroli; pipeta skalibrowana na objętość 222 µl, mikropipeta skalibrowana na objętość 10 µl, oczyszczona lub dejonizowana woda, wytrząsarka typu worteks (opcjonalnie), probówki polipropylenowe o wymiarach 12 x 75 mm ze stożkowym dnem, 01G48-04 c 4000/c 8000 Sample Probe, wszystkie części zużywalne i zamienne oraz niezbędne akcesoria do stacji wody (np. wężyki, przewody odczynnikowe, igły, zawory, elementy mechaniczne i elektryczne analizatora) i inne materiały niewymienione w oświadczeniu, a wymagane do prawidłowej pracy analizatora.

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp, pismem z 20 marca
2024 r., wezwał wykonawcę Roche do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z oferowanymi w ramach postępowania produktami. Poinformował, że jego wątpliwości wynikają z pisma firmy Abbott, załączając kopię tego pisma do wezwania.

Pismem z 22 marca 2024 r. Roche złożył wyjaśnienia, w tym w zakresie zgodności treści oferty z pkt 45 OPZ wyjaśnił, że zgodnie z zapisami w ulotkach metodycznych oferowanych testów, w rozdziale Częstotliwość kalibracji: *Kalibrację należy przeprowadzić zawsze dla nowej serii odczynnika stosując odpowiedni zestaw kalibratorów (...) Jednocześnie w tym samym rozdziale jest zapis: *Odstępy pomiędzy kalibracjami można wydłużyć w oparciu o przeprowadzoną przez laboratorium akceptację kalibracji. Ponowną kalibrację sugeruje się: po 1 miesiącu (28 dni) jeżeli stosowana jest ta sama seria odczynnika, po 7 dniach (jeżeli
w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy), gdy jest to wymagane:
np. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy. Producent wymaga wykonywania kalibracji jedynie dla nowej serii odczynnika. Ponowienie kalibracji jest już opcjonalne, a Producent jedynie wskazuje jakie uwarunkowania mogą być brane fakultatywnie pod uwagę. Zgodnie z Dobrą Praktyką Laboratoryjną powszechnie stosowanym kryterium
w ponowieniu kalibracji są wyniki wewnętrznej kontroli jakości. Użytkownik nie jest zobowiązany do wykonania kalibracji tej samej serii odczynnika co 28 dni, a brak jej wykonania nie spowoduje braku możliwości wykonania oznaczeń w badanych próbkach. Brak wykonania kalibracji co 28 dni nie będzie raportowany na wydrukach z analizatora z wynikami badań pacjentów czy próbek kontrolnych. Kalibracja co 28 dni nie jest sugerowana ze względu
na brak stabilności odczynników i konieczność ich monitorowania, wynika z asekuracji producenta i dbałości o najwyższą jakość wyników w hipotetycznie zakładanej sytuacji zaniechania wykonywania przez użytkownika systematycznej wewnętrznej kontroli jakości.
W związku z powyższym stwierdził, iż przedstawione przez firmę Abbott informacje są nierzetelne i wprowadzają zamawiającego w błąd, poprzez cytowanie wyrwanych z kontekstu fragmentów ulotek metodycznych i używania sformułowań i słów które nie występują
w ww. ulotkach.

Z kolei odnośnie wymagań z pkt 51 OPZ wskazał, że interpretacja wyników testów: Elecsys anti-HCV II i Elecsys HBsAg zgodnie z ulotką metodyczną jest następująca: COI < 0.9 próbka niereaktywna; COI ≥ 0.9 <1 niejednoznaczna i COI ≥ 1.0 próbka reaktywna, przy czym sposób postępowania z próbkami dla których uzyskano wartości niejednoznaczne jest taki sam jak z próbkami reaktywnymi. Punktem odcięcia tzw. Cut-off oddzielającym próbki ujemne od próbek wymagających dalszej weryfikacji jest wartość = 0,9. Procedura oznaczenia jest automatyczna, dzięki funkcjonalności analizatora określanej jako e-flow. Wszystkie próbki
o wartościach ≥ 0.9 oznaczane są ponownie, automatycznie w dublecie. W przypadku gdy dla jednego lub obu powtórzonych wyników oznaczenia uzyskamy wynik ≥ 0.9 zostanie
on ostatecznie zinterpretowany jako powtórnie reaktywny i taka informacja pojawi się
na wyniku. Procedura nie wiąże się z dodatkowymi czynnościami manualnymi dla użytkownika. Firma Abbott błędnie utożsamia „Komunikat wyniku" z jego interpretacją. Informacja o wartościach granicznych przy wyniku niejednoznacznym stanowi dodatkowy atut, gdyż zamawiający otrzymuje komunikat wskazujący na uzyskane poziomy numeryczne. Natomiast zasady postępowania z próbką są analogiczne jak dla wyniku reaktywnego. Zatem interpretacja jest jednoznaczna.

W konsekwencji stwierdził, że jego oferta została złożona prawidłowo, a jej treść odpowiada treści SWZ.

Zamawiający działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp, pismem z 20 marca 2024 r., wezwał także wykonawcę

Abbott do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z oferowanymi w ramach postępowania produktami. Poinformował, że jego wątpliwości wynikają z pisma firmy Roche, załączając kopię tego pisma do wezwania.

W piśmie z 22 marca 2024 r. Abbott złożył wyjaśnienia w tym między innymi w zakresie, w jakim Roche wskazywał na brak zaoferowania przez Abbott pustych pojemników do odczynników firm zewnętrznych - poz. 2 Albuminy w PMR. Załącznika nr 1, Tabela 1. Odnosząc się do powyższego Abbott potwierdził, że puste pojemniki Reagent Cartridge wymagane są do przelania oryginalnego odczynnika Albumina w PMR formy DiaSys w celu następnego umieszczenia Reagent Cartridge z przelanym odczynnikiem na pokładzie oferowanego analizatora, na otwartym kanale odczynnikowym w celu wykonania oznaczenia. Jednocześnie Abbott oświadczył, że wymienione puste Reagent Cartidge dostarczane są standardowo w zestawie wraz z dostarczonym analizatorem, dlatego też nie zostały one wyspecyfikowane w formularzu cenowo - asortymentowym. Tak więc zarzut Roche jest bezzasadny, ponieważ firma Abbott dostarcza ww. Reagent Cartridge w zestawie z oferowanym analizatorem.

Z kolei w zakresie zarzutu, iż zaoferował on zbyt małą ilość kontroli dla parametrów Troponin I hs, HBs Antygen, HBc przeciwciała, HCV przeciwciała, HIV, PCT, NT-proBNP, anty-CCP, Folate, iPTH" w pierwszej kolejności składając wyjaśnienia oświadczył, iż nie zgadza się z kalkulacja przedstawioną przez firmę Roche. W jego ocenia kalkulacja ta jest zawyżona i wynika z czysto matematycznego wyliczenia, nie uwzględniającego praktycznego zużycia materiału kontrolnego, które wynika z oszczędnego gospodarowania materiałem, często niższego niż podają teoretyczne zapisy w ulotkach. Firma Abbott zaoferowała ilość materiału kontrolnego w oparciu o jego praktyczne zużycie na podstawie raportów AbbottLink - systemu służącego do zdalnego nadzoru wykonywanych analiz na aparatach Abbott. Oferując teoretyczną ilość materiałów kontrolnych, firma Abbott spowodowałaby sztuczne zawyżenie oferty, co nie miałoby potwierdzenia w praktycznym wykonaniu badań kontrolnych przez zamawiającego. Tak więc firma Abbott zapewni wykonanie zamówienia w zakresie badań kontrolnych przez okres trwania umowy i zarzut Roche jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający pismem z 28 marca 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w pakiecie 1, oferty wykonawcy Abbott oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Wskazał, jako podstawę prawną odrzucenia art. 223 ust. 3 ustawy Pzp. Podając uzasadnienie faktyczne wskazał, iż po analizie oferty Roche stwierdził, że: ad. pkt. 45 Opis przedmiotu zamówienia dot. stabilność kalibracji oznaczeń minimum 30 dni dla wszystkich parametrów. Według ulotki metodycznej gwarantowana przez producenta stabilność kalibracji oznaczeń wynosi 28 dni, a w wyjaśnieniach do złożonej oferty Firma Roche twierdzi, że kalibracja nie musi być wykonana co 28 dni. Brak wykonania kalibracji nie będzie raportowany na wydrukach z analizatora z wynikami badań pacjentów czy próbek kontrolnych. Zamawiający jednoznacznie określił wymóg, że stabilność kalibracji wynosić ma 30 dni dla wszystkich parametrów. Natomiast zapis zawarty w ulotce nie potwierdza spełnienia tego wymogu. Firma, oferująca odczynniki powinna zadeklarować odczynniki wg terminów stabilności gwarantowanych przez producenta, a nie opierać się na terminach w: „praktyce", gdyż jest to określenie nieprecyzyjne i nie powinno być brane pod uwagę w takiej sytuacji w związku z wymaganiami SWZ. Ponadto odnosząc się do wymagań opisanych wpkt. 51 Opis przedmiotu zamówienia dot. dla testów HIV, HBsAg , HCV, SARS CoV-2 - wyniki muszą być jednoznacznie interpretowane w oparciu o wyznaczony cut-off bez podawania wartości granicznej tzw. szarej strefy. Zamawiający wymaga zaoferowania odczynników, przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mają być interpretowane jednoznacznie, bez tzw. wyników granicznych, co było opisane w warunkach wymaganych oraz odpowiedzi na pytania nr 66 z dnia 4 marca 2024 r. Pytanie 66 Czy przez zapis w punkcie 51 SWZ zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg, HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane ? Odpowiedź: Tak, zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg , HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane. Zamawiający jednoznacznie określił wymaganie zaoferowania odczynników, które dają jednoznaczny wynik reaktywny lub niereaktywny. Roche w swoich wyjaśnieniach napisał „COI < 0.9 próbka niereaktywna; COI ≥ 0.9 <1 niejednoznaczna i COI ≥ 1.0 próbka reaktywna, przy czym sposób postępowania z próbkami dla których uzyskano wartości niejednoznaczne jest taki sam jak z próbkami reaktywnymi", i potwierdził że dostarcza wyniki które są graniczne. Dodatkowo w ulotce załączonej do oferty Roche widnieje zapis „Wyniki podawane są jako reaktywne, graniczne lub niereaktywne jak również w postaci wskaźnika punktu odcięcia (sygnał próbki/ wartości odcięcia)." Zamawiający jest świadomy dzięki praktyce, doświadczeniu i wiedzy laboratoryjnej,

że punkt odcięcia tzw. Cut- off oddzielający próbki ujemne od próbek dodatnich przy zaoferowaniu tzw. szarej strefy wiąże się z dodatkową liczbą powtórzeń, większym zużyciem odczynnika i zwiększeniem kosztów, wydłużeniem czasu wydania wyniku - mimo, że procedura jak podaje firma nie wiążę się z dodatkowymi czynnościami dla użytkownika. W związku z powyższym zamawiający umieścił taki wymóg
w SWZ. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że firma Roche nie spełniła wymogów SWZ.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 8 kwietnia 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie naruszenia art. 223 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 253 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego.
W konsekwencji odwołanie uwzględniono w tej części, o czym orzeczono w punkcie 1 sentencji, i nakazano zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Roche oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za niepotwierdzone, w konsekwencji odwołanie w tej części podlegało oddaleniu, co znalazło wyraz w punkcie 2 sentencji.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu podlega oferta której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie prawne i faktyczne tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku istotna jest zatem argumentacja zamawiającego wskazana w piśmie z 28 marca 2024 r., w którym poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Abbott. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty,
o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne
i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z tym przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej,
a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować
ze stanowiskiem zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem podanie uzasadnienia prawnego i faktycznego w przekazanym wykonawcy piśmie, to zawiadomienie o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw takiej decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (podobnie w Wyroku KIO z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt KIO 593/23).

W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty jest przez Izbę oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające

odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Za zasadny należało uznać zarzut odwołującego, polegający na naruszeniu art. 253 ust.1 ustawy Pzp. Jak trafnie bowiem zwrócił uwagę odwołujący art. 223 ust. 3 ustawy Pzp nie stanowi samodzielnej podstawy odrzucenia oferty, gdyż dotyczy kwestii poprawiania
w ofertach omyłek. Jednocześnie zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej spośród przesłanek odrzucenia wymienionych enumeratywnie w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, wbrew obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu. W rezultacie odwołujący nie został poinformowany na jakiej podstawie zamawiający uznał, że jego oferta podlega odrzuceniu.

Dopiero z podanego w piśmie uzasadnienia faktycznego wynika, iż zamawiający doszedł do wniosku, że oferta Roche jest sprzeczna z SWZ. Tym niemniej zauważyć należy, że wskazana tam argumentacja jest lakoniczna, niepełna i nie pozwala na stwierdzenie z jakich powodów zamawiający uznał, że wymagania opisane w pkt 45 i 51 OPZ nie zostały przez Roche spełnione. I tak w zakresie opisania przyczyn odrzucenia z powodu braku spełnienia wymagań opisanych w punkcie 45 OPZ zamawiający ogranicza się do przywołania jednego
z zapisów zamieszczonych w ulotce złożonej przez Roche, pomijając przy tym okoliczność,
że zwracał się do odwołującego, prosząc o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Pomimo, że wyjaśnienia takie zostały w postępowaniu złożone, zamawiający do tej kwestii w ogóle się nie odniósł, nie wyjaśnił w szczególności z jakich powodów argumentacja ta nie zyskała akceptacji. Z kolei w zakresie wymagań z pkt 51 OPZ zamawiający przywołuje zapisy zawarte w jednej z ulotek złożonych przez odwołującego i na tej podstawie wywodzi, że wymaganie nie zostało spełnione. W swojej argumentacji nie tyle wskazuje który zapis świadczy
o sprzeczności treści oferty z SWZ, ile odnosi się do swojej praktyki i wiedzy laboratoryjnej wywodząc, że oferowany produkt nie spełnia jego wymagań.

Oceniając z kolei zasadność zarzutów odwołania, kwestionujących czynność odrzucenia oferty Roche w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie jego oferty Izba uznała, że rację ma odwołujący wskazując, iż zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności konieczne jest odniesienie się do wymagań, które zostały sformułowane w punkcie 45 Opisu przedmiotu zamówienia dla aparatu immunochemicznego w zintegrowanym systemie, który to wymóg brzmiał: stabilność kalibracji oznaczeń minimum 30 dni dla wszystkich parametrów. Z literalnego brzmienia tego zapisu wynika więc,
że zamawiający oczekiwał, aby stabilność kalibracji została zachowana przez okres minimum 30 dni.

Zamawiający uznał, że powyższy wymóg nie został przez Roche spełniony gdyż,
co wynika z informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, zamawiający na podstawie informacji zawartych w ulotkach metodycznych producenta wywiódł, że gwarantowana przez producenta stabilność kalibracji oznaczeń wynosi 28 dni. Nie uwzględnił przy tym i nie odniósł się w przedmiotowym piśmie do składanych przez odwołującego w toku postępowania wyjaśnień, w których ten z kolei wywodził, że z treści ulotki nie wynika obowiązek wykonania kalibracji tej samej serii odczynnika co 28 dni, zaś brak jej wykonania nie spowoduje braku możliwości wykonania oznaczeń. Argumentował również, że producent wymaga takiej kalibracji jedynie dla nowej serii odczynnika, które to serie są wprowadzane w znacznie dłuższych odstępach czasu (co kilka miesięcy).

Izba, po zapoznaniu się z informacjami zawartymi w ulotkach, argumentacją przedstawioną na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania oraz dowodami przedłożonymi przez odwołującego na rozprawie doszła do przekonania, że wykonawca Roche spełnia sporne wymaganie.

W pierwszej kolejności należy bowiem podkreślić, że postanowienia instrukcji zaoferowanych testów nie wskazują, że stabilność kalibracji będzie krótsza niż 30 dni. Nie budzi wątpliwości, że producent wprowadza wymóg jej przeprowadzenia w przypadku wprowadzenia nowej serii odczynnika (używając sformułowania „należy wykonać"), a jak wyjaśnił odwołujący serie takie są wprowadzane co kilka miesięcy. Dalej z treści ulotki wynika, że odstępy miedzy kalibracjami można wydłużyć, w oparciu o przeprowadzoną przez laboratorium akceptację kalibracji. W końcu wymieniane są okresy, w jakich producent sugeruje przeprowadzenie ponownej kalibracji: 8 tyg. w przypadku jeśli używana jest ta sama seria odczynnika, po 28 dniach, jeśli w analizatorze stosowany jest ten sam zestaw odczynnikowy cobas e pack i jeśli jest to konieczne tj. wyniki kontroli jakości wykraczają poza ustalone zakresy. Sformułowanie użyte w tym miejscu, w odróżnieniu jednak od kategorycznego wymagania przeprowadzenia kalibracji dla nowej serii, winno być odczytywane wyłącznie jako zalecenie, czy też rekomendacja, nie zaś jako kategoryczny wymóg przeprowadzenia takiej kalibracji w określonym odstępie czasu.

Przy tym, co istotne w kontekście literalnego brzmienia wymagania opisanego w SWZ, z treści ulotki nie wynika, że po wskazanych w niej 28 dniach od przeprowadzenia poprzedniej kalibracji, poprzednia kalibracja przestaje być

stabilna. Ponowna kalibracja musi mieć zatem miejsce zawsze w przypadku zmiany serii, a kolejne powtórzenia są przez producenta sugerowane, jeśli nie wykonuje się codziennej kontroli jakości. Kalibracja, zgodnie z tym co wynika z informacji zamieszczonej w ulotce będzie więc ważna, dopóki wyniki wykonywanej kontroli jakości mieszczą się w określonych zakresach. Podkreślić w tym miejscu należy, że instrukcję producenta należy czytać i dokonywać analizy zawartych tam zapisów w sposób całościowy i kompleksowy, biorąc pod uwagę użyte sformułowania, odróżniając te, które nakazują coś w sposób kategoryczny, od tych, które pozostawiają pewną dowolność użytkownikowi.

Dodatkowo Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie w postaci opinii pozyskanej od dwóch użytkowników (laboratoriów) korzystających z systemu wykonawcy Roche (Laboratorium Analiz Lekarskich s.c. 34-400 Nowy Targ, ul. Orkana 19 oraz Synevo Sp. z o.o. 04-138 Warszawa, ul. Zamieniecka 80/401), którzy potwierdzili stabilność kalibracji oznaczeń wynoszącą powyżej 30 dni. Z kolei firma Abbot nie przedstawiła w tym zakresie żadnych dowodów, które wobec sformułowania użytego w ulotce o charakterze zalecenia, wskazywałoby, iż nie wykonanie kalibracji po 28 dniach powoduje utratę stabilności.

Odnosząc się z kolei do argumentacji przystępującego, a dotyczącej tego, że w przypadku niektórych parametrów (jak opisywany w piśmie procesowym przystępującego z 26 kwietnia 2024 r. odczynnik Elecsys FT4 IV) zamawiający w takim czasie nie wykorzysta zaoferowanego odczynnika w 28 dni (ponieważ odczynnik jest konfekcjonowany w kasetach zawierających ilość odczynnika do wykonania 300 oznaczeń z jej użyciem), w konsekwencji stosując ten sam odczynnik będzie musiał, zgodnie z ulotką, przeprowadzić ponowną kalibrację - Izba zwraca uwagę w pierwszej kolejności, że taka argumentacja w ogóle nie pojawiła się w informacji o odrzuceniu oferty Roche. Zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy nie opisał i nie wskazał, iż powodem dla którego ten właśnie wymóg nie został spełniony był sposób wykorzystania odczynnika czy też częstotliwość wykonywania badań. Wyłącznie na podstawie argumentacji przystępującego wiadomo zatem w jaki sposób zamawiający będzie zużywał wymienione odczynniki i, że ten aspekt powinien być brany pod uwagę przy ocenie wskazanego wymagania. Jednakże z uwagi na to, że argumentacja taka nie pojawiła się w piśmie o odrzuceniu oferty, nie może zostać przez Izbę wzięta pod uwagę przy orzekaniu.

W tym miejscu po raz kolejny należy przypomnieć, że granicę rozpoznania przez Izbę zarzutów dotyczących odrzucenia oferty danego wykonawcy wyznaczają te podstawy
i okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. W przypadku oferty Roche, zamawiający ograniczył się do ogólnego wyjaśnienia, że zapisy zawarte w ulotce nie potwierdzają spełnienia wymogu stabilności kalibracji oznaczeń minimum 30 dni dla wszystkich parametrów. Stąd należy uznać, że jedynie zapisy samej ulotki i sformułowania w niej użyte skłoniły zamawiającego do podjęcia decyzji
w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że firma Roche spełniła wymóg w brzmieniu jak opisany w pkt 45 OPZ, należy zatem uznać, że oferowane odczynniki są zgodne z SWZ i zamawiający nie miał podstaw aby odrzucić ofertę odwołującego.

Kolejną przyczyną niezgodności z SWZ, jaką wskazał zamawiający informując wykonawcę Roche o odrzuceniu jego oferty, było odstępstwo od wymogu z punktu 51 OPZ
w brzmieniu: Dla testów HIV, HBsAg, HCV, SARS CoV-2 - wyniki muszą być jednoznacznie interpretowane w oparciu o wyznaczony cut-off bez podawania wartości granicznej tzw. szarej strefy. Wymaganie to było również przedmiotem wyjaśnień zamawiającego w piśmie z 4 marca 2024 r., w którym na pytanie 66, zadane przez jednego z wykonawców: Czy przez zapis
w punkcie 51 SWZ zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg, HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane ?, zamawiający potwierdził
i wyjaśnił dodatkowo: zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do HIV, HBsAg , HCV, SARS CoV-2 przy zastosowaniu których wyniki pacjentów mogą być jednoznacznie interpretowane jako reaktywne lub niereaktywne, bez tzw. szarej strefy czyli wyników granicznych, które nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane.

Odnosząc się do treści powyższego wymagania, w związku z cytowaną wyżej odpowiedzią należy stwierdzić, że powyższe wymaganie winno być interpretowane w taki sposób, że nie zostały dopuszczone takie odczynniki, przy zastosowaniu których uzyskuje się wyniki nie nadające się do jednoznacznej interpretacji.

Rację ma zatem odwołujący, iż zamawiający w treści wymagania odwołuje się do pojęcia „interpretacji". Z kolei analiza treści ulotek dla zaoferowanych przez odwołującego odczynników wskazuje, iż w przypadku oferowanych przez niego testów interpretacja wyników jest jednoznaczna. Opisując powyższe na przykładzie ulotki dla testu HBsAg (który to przykład również wskazał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego) wskazać należy, że wynik dla tego testu w przypadku, gdy wynik numeryczny jest mniejszy niż 0,9 opisany jest w następujący sposób: „ujemna dla

przeciwciał HBsAg, nie ma potrzeby dalszego oznaczania". Z kolei zarówno w przypadku, gdy wartość jest większa lub równa 0,9 i mniejsza od 1,0, jak też gdy wynik jest większy lub równy 1,0 interpretacja w każdym tym przypadku jest jedna: „wszystkie próbki wstępnie reaktywne lub o wartościach granicznych powinno się ponownie oznaczyć w duplikacie testem Elecsys HBsAg II". Tym samym należy stwierdzić, że w każdym przypadku, niezależnie od wartości, otrzymany wynik jest jednoznaczny w tym znaczeniu, że nie ma wątpliwości jak należy postępować z daną próbką.

Kwestię interpretacji należy oddzielić od uzyskiwanego w wyniku przeprowadzenia testu komunikatu, który rzeczywiście, co wynika z treści wyżej opisywanej ulotki, w przypadku wartości pomiędzy 0,9 a 1,0 opisywany jest jako „niejednoznaczne (graniczne)", co nie przekłada się jednak na jego interpretację. Ponownie w tym miejscu należy odwołać się do odpowiedzi zamawiającego, udzielonej na pytanie 66, w którym wyjaśnił, że nie dopuszcza tylko takich wyników granicznych (szarej strefy), które to nie mogą być jednoznacznie zinterpretowane. Treść wyjaśnienia rozwiewa zatem wątpliwości jaki produkt mógł w tym postępowaniu zaoferować wykonawca, a więc taki, który pozwala na jednoznaczną interpretację. To z kolei należy oddzielić od kwestii komunikatu dotyczącego tego, że mamy do czynienia z wartością graniczną (komunikat wyniku).

Jak wynika z dowodu przedłożonego przez odwołującego na rozprawie - Opracowanie własne prezentujące porównanie zapisów w ulotkach testów firmy Roche i Abbot) jedyna różnica pomiędzy testami sprowadza się do tego, iż w przypadku firmy Abbot nie uzyskujemy komunikatu o tym, że mamy do czynienia z wynikiem granicznym, z kolei w przypadku firmy Roche użytkownik dodatkowo wie czy jest blisko wyniku granicznego, czy też nie. Ponadto, jak trafnie zauważył odwołujący również w przypadku testu HBsAg - Architect, oferowanego przez Abbot w ulotce znajduje się informacja o „szarej strefie" (Uwaga: szczegółowe informacje na temat konfiguracji analizatora ARCHITECT iSystem w celu wykorzystania interpretacji wyników w szarej strefie oraz wysoce reaktywnych, patrz Instrukcja obsługi systemu ARCHITECT, Rozdział 2. Parametry interpretacji wyników w szarej strefie oraz wyników wysoce reaktywnych są edytowalne i powinny być stosowane zgodnie z potrzebami użytkownika). Powyższe potwierdza stanowisko odwołującego, że w każdym przypadku mamy do czynienia z wynikami (wartościami) granicznymi tzw. szarą strefą, jest to kwestia konfiguracji analizatora. Kluczowe, w świetle wymagania zamawiającego, jest jednak wyłącznie to czy w przypadku ich uzyskania jednoznaczna będzie interpretacja uzyskanego
w ten sposób wyniku a ta, w przypadku Roche - jest jednoznaczna.

Należy zaznaczyć, że jeśli zamawiający jak twierdził zarówno w informacji o odrzuceniu oferty, jak też na rozprawie, powołując się na dotychczasową praktykę, doświadczenie
i wiedzę laboratoryjną oczekiwał dodatkowo, że w przypadku zamawianych testów nie będzie wyświetlany komunikat o tym, że uzyskiwany wynik jest wynikiem granicznym, to powinien takie wymagania jednoznacznie wyartykułować w treści SWZ. Podobnie, jeśli uważał, że wystarczającym dla niego z uwagi na specyfikę prowadzonej działalności, będzie ustalenie punktu odcięcia (tzw. cut-off) na określonym poziomie, to również powinien to jednoznacznie zapisać w dokumentacji postępowania. Jeśli tego nie uczynił, a w swoich wymaganiach, potwierdzając to dodatkowo w udzielając wyjaśnień do treści SWZ, referował wyłącznie do kwestii uzyskiwanej interpretacji, nie może następnie wyciągać w stosunku do wykonawcy Roche konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty oczekując spełnienia przez niego takich wymagań, które nie zostały wprost wyartykułowane w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze, że zaoferowane przez Roche odczynniki dla testów do HIV, HBsAg, HCV, SARS CoV-2 dają zawsze wyniki, które są interpretowane jednoznacznie, Izba uznała,
że zamawiający niezasadnie uznał, iż oferta odwołującego jest niezgodna z punktem 51 OPZ
i odrzucił jego ofertę.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Abbott. Na podstawie akt sprawy nie sposób uznać, że oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, że należało ją odrzucić.

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że Abbott w swojej ofercie nie uwzględnił materiałów zużywalnych. Wskazywał, że dla pakietu nr 1, w arkuszu asortymentowo
- cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, należało wypełnić tabele, podając wymagane tam informacje dotyczące oferowanego asortymentu. I tak w tabeli nr 4 wyspecyfikowaniu podlegały materiały zużywalne, niezbędne do wykonywania badań z zakresu biochemii.

Nie było między stronami sporne, że do wykonania zamówienia wymagane będą kasety Reagent Cartridge, gdyż bez nich zamawiający nie będzie mógł wykonać oznaczania Albuminy w PMR na otwartym kanale przy użyciu odczynnika firmy zewnętrznej DiaSys Diagnostic Systems GmbH. Tym samym nie budzi wątpliwości, że jest to materiał niezbędny do wykonywania badań, który musiał być uwzględniony w ofercie, co zostało przyznane przez Abbott w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu z 22 marca 2024 r.

Spór między stronami sprowadzał się zatem do tego czy przystępujący zaoferował

go w swojej ofercie i czy złożenie deklaracji w zakresie dotyczącym tego, w którym miejscu swojej oferty wykonawca skalkulował cenę wymaganych materiałów, stoi w sprzeczności
z zakazem wynikającym z treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasadami udzielania zamówień publicznych, wyrażonymi w przepisach art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

Analiza akt niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są nietrafione.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że aby odrzucić ofertę wykonawcy
na podstawie cytowanego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy jednoznacznie ustalić, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia
z kolei to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych
z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 29 ustawy Pzp).

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c.,
tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z treścią SWZ.

Zwrócić należy także uwagę, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest również wyjaśnienie treści oferty (223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp). Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nieusuwalny i nie jest możliwe wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie.

Odnosząc powyższe rozważania do realiów rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Abbott w swojej ofercie nie wyspecyfikował wprawdzie
i nie wymienił materiałów w postaci kartridży jednakże złożył, wraz z ofertą, oświadczenie
o treści: „następujące wyroby zostaną dostarczone w ramach dzierżawy wraz z analizatorem, zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego: (…) Wszystkie części zużywalne i zamienne oraz niezbędne akcesoria do stacji wody (np. wężyki, przewody odczynnikowe, igły, zawory, elementy mechaniczne i elektryczne analizatora) i inne materiały niewymienione
w oświadczeniu, a wymagane do prawidłowej pracy analizatora”.

Wykonawca Abbott, wezwany przez zamawiającego do wyjaśnień w tym zakresie przyznał, że kartridże są niezbędne do realizacji zamówienia i zadeklarował, że zaoferował
je wraz z pakietem startowym, w ilości 3 opakowań (w każdym opakowaniu po 20 kartridży), co daje 60 sztuk kartridży. Wyjaśnił także, że ponieważ produkt ten wchodzi w skład zestawu startowego analizatora, to jego cena została skalkulowana w czynszu dzierżawnym. Ponadto, w swoim piśmie procesowym z 26 kwietnia 2024 r. Abbott wyjaśnia także, że jedno opakowanie kartridży wchodzi w skład produktu: „Roczny zestaw materiałów zużywalnych dla Architect c4000”. Jak wynika z kolei z tabeli nr 4 - Materiały zużywalne niezbędne
do wykonania badań z zakresu biochemii, poz. 12 firma Abbott zaoferowała produkt „Zestaw materiałów zużywalnych Architect c4000”. W tym to właśnie zestawie ma mieścić się produkt w liczbie 3 kartridży.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że niezasadne są zastrzeżenia odwołującego w zakresie, w jakim podnosi, że Abbott w drodze składanych wyjaśnień nie mógł doprecyzować w którym miejscu w ofercie skalkulował żądane materiały i, że powinien już wraz z ofertą szczegółowo wyspecyfikować co wchodzi w skład zestawu startowego oraz co wchodzi w skład zestawu materiałów zużywalnych. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, że deklaracja złożona w treści oświadczenia stanowi wystarczające zapewnienie co do tego, że wszelkie niezbędne materiały zużywalne, a wymagane do pracy analizatora zostaną dostarczone wraz z analizatorem. Dodatkowo, Abbott wezwany do wyjaśnień przyznaje, że te są wymagane i, że zostały skalkulowane w ofercie w ramach pakietu startowego. Zauważyć przy tym należy, że udzielane w toku postępowania stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest związany na równi ze złożoną ofertą (tak też KIO
w Wyroku z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 607/18).

Izba nie zgadza się z twierdzeniami odwołującego, że Abbott dopiero odpowiadając
na wezwanie kształtował treść swojej oferty. Wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie należy uznać za wiarygodne i spójne, wskazuje bowiem, że chociaż zawartość pakietu startowego jest zmienna i zależy od producenta, to każdorazowo w terminie składania ofert wykonawca ma pełną wiedzę co wchodzi w skład takiego pakietu, posiada jego specyfikację, a ta z kolei zależy od przedmiotu danego zamówienia. W konsekwencji dowody przedłożone przez

odwołującego na rozprawie w postaci Formularzy asortymentowo-cenowych składanych w innych postępowaniach (dla szpitala Powiatowego w Sulęcinie oraz Centrum Chorób Serca w Zabrzu), w których Abbott deklarował odrębnie dostawę kartridży lub też wskazywał, że są w zestawie, należy uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze nie są znane zapisy SWZ w przywołanych postępowaniach, nie wiadomo także jaki był skład zestawu startowego w omawianych przypadkach. W szczególności na tej tylko podstawie, że w innych postępowaniach materiały te zostały wyspecyfikowane jako oddzielna pozycja, nie sposób przesądzić, że oferta Abbott złożona w tym postępowaniu nie uwzględnia niezbędnych kartridży. To z kolei, że te zostały uwzględnione wynika z treści przywołanego wcześniej oświadczenia Abbott, złożonego wraz z ofertą. Tym samym nie sposób stwierdzić, aby oferta tego wykonawcy była sprzeczna z którymś z wymagań opisanych w SWZ.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, że Abbott w sposób zbyt ogólny opisał w tabeli nr 4 - Materiały zużywalne niezbędne do wykonania badań z zakresu biochemii co wchodzi w skład poz. 12, oferując produkt pn. „Zestaw materiałów zużywalnych Architect c4000". Twierdził przy tym, że to właśnie w tym zestawie mieści się produkt w liczbie 3 kartridży. Zgodzić się należy, że treść tabeli przygotowanej przez zamawiającego wskazuje, iż wymagał on podania następujących informacji: nazwy materiału, wielkości i ilości opakowań i te informacje mogły stanowić podstawę do oceny czy wykonawca zaoferował wszystkie, niezbędne materiały zużywalne. Nie sposób jednak stwierdzić, że skoro zamawiający wymagał danych o wskazanej tam szczegółowości, to za niewystarczające należy uznać opisanie tej pozycji jako „zestaw materiałów zużywalnych", bez wyszczególnienia co wchodzi w jego skład. Deklaracja w tym zakresie jest wystraczająca a tabela została wypełniona w całości, zgodnie z instrukcją zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe w tym przypadku, wobec złożonego wraz z ofertą oświadczenia, iż wraz z analizatorem zostaną dostarczone wszystkie części zużywalne i zamienne, nie można jednoznacznie stwierdzić, aby złożona przez Abbott oferta była niezgodna z SWZ. Z kolei w drodze składanych wyjaśnień przystępujący wskazał i opisał w którym miejscu swojej oferty zakres ten przewidział. Jak z kolei wcześniej zaznaczono złożone w ten sposób oświadczenie wiąże wykonawcę w tym samym stopniu jak to, które zostało złożone wraz z ofertą.

Nie sposób też podzielić argumentacji odwołującego, że doszło w tym przypadku do niedozwolonych negocjacji treści oferty i, że w drodze składanych wyjaśnień, oferta została uzupełniona. Zgodnie bowiem z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, a w niektórych przypadkach ma taki obowiązek, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Ma to miejsce między innymi w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń oraz co do sposobu ich rozumienia. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których zamawiający wymaga opisania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, a zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości lub też wymaga potwierdzenia czy doprecyzowania złożonych wraz z ofertą oświadczeń, które to wątpliwości udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień. Izba pragnie podkreślić, że zamawiający może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień w sytuacji, gdy poweźmie jakiekolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty. Wówczas wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty. Zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w ust. 2 i 3 przepisu art. 223 ustawy Pzp, jednakże dotyczy to sytuacji kiedy składane wyjaśnienia prowadzą w sposób oczywisty do zmiany deklaracji zawartych w ofercie np. zmiany parametrów oferowanych urządzeń czy też zakresu oferowanego świadczenia. Jeśli natomiast, jak w tym przypadku, składane przez wykonawcę wyjaśnienia mieszczą się w granicach złożonej oferty i służą wyłącznie do wyjaśnienia w którym miejscu w ofercie został skalkulowany deklarowany zakres, to powyższe mieści się w dyspozycji tego przepisu.

W konsekwencji zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp - są w tym przypadku niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Abbott z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę niewystarczającej ilości kontroli dla parametrów Troponin I hs, HBs Antygen, HBc przeciwciała, HCV przeciwciała, HIV, PCT, NT-proBNP, anty-CCP, Folate, iPTH - Izba ten zarzu uznała za niewykazany.

Nie budzi wątpliwości, że w tabeli nr 3 załącznika nr 1 do SWZ należało wyszczególnić „Materiały kontrolne do wykonywania badań z zakresu biochemii", zaś przy doborze ilości materiału należało uwzględnić, że kontrolę jakości zamawiający wykonuje na dwóch poziomach (N i P) codziennie, przez okres 36 miesięcy.

Odwołujący, uzasadniając przedmiotowy zarzut przedstawiał własne wyliczenia, wykazując braki w ofercie

Abbott. Brał przy tym pod uwagę niezbędną objętość kontroli do każdego oznaczenia kontrolnego, zgodnie z zapisami w instrukcji metodycznej testów (ilość kropli kontroli, którą trzeba nakropić do naczynek Sample Cups), przyjmując że 1 kropla to objętość 0,05 ml. Z tego wywodził, że konieczne do przeprowadzenia codziennej kontroli ilości ml materiału kontrolnego (i wynikające z tego ilości opakowań kontroli) powinny być o wiele większe niż te zaoferowane. Zaoferowanie z kolei zbyt małej ilości opakowań kontroli na czas trwania umowy (36 miesięcy) powoduje, że zamawiający nie będzie mógł wykonywać określonych w SWZ badań kontrolnych przez cały okres trwania umowy oraz wydawać wyników badań.

Trafnie w tym zakresie Abbott powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO 775/18, w którym Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia jednego z wykonawców w zakresie niedoszacowania ilości oferowanych produktów dla oznaczeń kontrolnych. W omawianej sprawie, podobnie jak w tym przypadku, odwołujący wywodził, że mając na uwadze ilość preparatu, która zgodnie z odpowiadającą mu ulotką potrzebna była dla przeprowadzenia oznaczeń kontrolnych, w ofercie konkurencyjnej zaoferowano ilość produktów niewystarczającą dla zaplanowanych przez zamawiającego oznaczeń kontrolnych. Przy tym wyliczenia odnosiły się do ilości kropli produktu wskazanych w ulotce, przy założeniu, że pojemność kropli wynosi 50 ml.

Izba podziela stanowisko zawarte w uzasadnieniu tego orzeczenia, że nie sposób stwierdzić z pewnością, iż przyjęta dla rzeczonych wyliczeń pojemność kropli - 50 ml, jest również pojemnością, którą przyjęli autorzy ww. ulotek. Jak wskazała Izba: „Kropla nie stanowi miary pojemności należącej do Międzynarodowego Układu Jednostek Miar (SI) i nie ma znormalizowanej wielkości". Podobnie w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że obliczenia odwołującego oparte są na przyjętych przez niego założeniach, że minimalna wielkość kropli to 50 ml.

Powyższe nie wynika jednak ani z treści ulotek, stanowiących podstawę do wyliczeń, ani też z dowodu przedłożonego przez odwołującego - wydruk z Wikipedii, def. „kropla".
W części, w której opisywana jest kropla, jako jednostka objętości zauważono, że jej wielkość zależy od przyrządu lub obiektu służącego do otrzymania. Rzeczywiście przyjmuje się wielkość kropli w przedziale od 50 do 100 ml, jednakże dotyczy to gospodarstw domowych.
W przypadku badań laboratoryjnych nie można jednoznacznie stwierdzić jaka będzie minimalna objętość kropli, gdyż jak trafnie zauważył Abbott odczynniki nie są roztworami wodnymi, a zatem ich objętość może być dowolna.

Ponadto Abbott przedstawił w tym zakresie swoje szczegółowe wyliczenia, oparte na załączonym do pisma procesowego materiale dowodowym, opisał szczegółowo w jaki sposób należy obliczać potrzebną ilość materiału kontrolnego, aby umożliwić zamawiającemu wykonanie wszystkich oznaczeń kontrolnych, przewidzianych harmonogramem kontroli.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia odwołującego, oparte o przedstawione przez niego obliczenia. W konsekwencji zarzut niezgodności oferty Abbott z SIWZ w tym zakresie podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……