

WYROK

Warszawa, dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

Grifols Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 102 zł 00 gr (słownie: sto dwa złote zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz poniesione przez zamawiającego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów DNA, HBV, RNA HCV, RNA HIV pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem. Numer referencyjny: ZP-17/23 (dalej: Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 20 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący lub Grifols) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 27 grudnia 2023 r. złożonym w związku z wezwaniem Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia i udostępnieniem kopii odwołania, co miało miejsce 22 grudnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Przystępujący lub Roche). Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że:

1. Dokonał niezgodnej z przepisami Pzp czynności w postaci wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

2. Dokonał niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania czynności odrzucenia oferty Roche jako niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego.

3. Dokonał niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny ofert poprzez przyznanie ofercie Roche 7 punktów częściowych za odczynniki gotowe do użycia niewymagające rozmrażania, przelewania czy mieszania oraz 5 punktów częściowych za możliwość wykonania badań na oferowanym systemie diagnostycznym w kierunku RNA HAV i DNA Parvo.

4. Dokonał niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Roche, podczas gdy treść oferty Roche jest niezgodna z warunkami Zamówienia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Roche jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;

3)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Roche, która to oferta podlega odrzuceniu i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach Zamówienia;

4)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Roche, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach Zamówienia;

5)art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

c)odrzucenia oferty Roche,

d)ewentualnie, o ustalenie prawidłowej liczby punktów w kryteriach oceny ofert, według której to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający żądał oddalenia odwołania w całości. Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Odwołujący powoływał się na dokumentację postępowania oraz złożył dowody dokumentowe w postaci:

1.Analiza/ Opinia rzeczoznawcy do spraw budowlanych dotycząca ekspertyzy konstrukcyjnej Roche wraz z jej aktualizacją; na okoliczność ograniczeń w montażu urządzenia Roche, nie objęcia ekspertyzą Roche sposobu montażu, w tym także z uwzględnieniem braku możliwości jego przesuwania po stropie oraz rozmontowywania urządzenia na elementy a także bez konieczności demontażu okna; nie ujęcia w ekspertyzie Roche stołu do urządzenia będącego przedmiotem zamówienia oraz innych urządzeń znajdujących się w pomieszczeniu; nie spełniania przez ekspertyzę Roche wymagań BHP i przepisów przeciwpożarowych wobec ulokowania jednego z analizatorów w ten sposób, że jego przestrzeń robocza (przebieg pracy osoby obsługującej) koliduje z drogą ewakuacyjną, a w szczególności z drzwiami do pomieszczenia, jest niezgodna z przepisami przeciwpożarowymi i zasadami bezpieczeństwa i higieny pracy;

2.wycinek z ulotki urządzenia Cobas 5800 zawierający zapis wskazujący na to, że test obejmujący badania w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 posiadający w dokumentach Roche oznaczenie DPX jest „w opracowaniu” na okoliczność braku możliwości wykonania na Cobas 5800 testów oraz braku dokumentów, które potwierdzałyby taką możliwość zgodnie z obowiązującymi przepisami (certyfikaty lub deklaracje zgodności obejmujące cały zakres wykonywanych na urządzeniu badań).

Zamawiający.

Izba dopuściła wnioskowane dowody, z tym, że w zakresie opinii pominęła jej wnioski jako nierелеwantne dla rozstrzygnięcia istoty sporu i stanowiące wyłącznie dowód wyrażenia oceny treści dokumentów postępowania przez podmiot trzeci. Oddaliła również wniosek dowodowy odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, o czym niżej w uzasadnieniu. Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: SWZ, pytań i odpowiedzi do SWZ, oferty Przystępującego i Odwołującego w tym także przedmiotowych środków dowodowych, wezwań i wyjaśnień Przystępującego oraz dodatkowo przedłożonych dowodów dokumentowych z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3)

proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 12 pkt. 10) Pzp jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu wobec wprowadzenia w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa poprzez przedstawienie informacji mogących wprowadzać w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarówno w świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp jak i art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 10) zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Dla odrzucenia oferty niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty lub oświadczenia / informacji przedstawionej przez wykonawcę z określonymi warunkami zamówienia lub przepisem, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Analogiczne zasady dotyczą kwestii oceny spełnienia kryterium oceny ofert.

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Niezgodność z warunkiem postępowania polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanym SWZ. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami udziału. Równe traktowanie nie jest zaś celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmierne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów poddając jedynie pod wątpliwość wybrane okoliczności świadczące o zgodności z warunkami zamówienia oferowanego produktu oraz spełniania kryteriów oceny ofert, co przesądziło o oddaleniu odwołania. Zarzuty odnoszące się do podstawy wykluczenia wykonawcy stanowią zaś konsekwencje ustaleń zarzutów powyższych i dzielą ich los.

Izba stoi na stanowisku, że ciężar dowodowy spoczywający na odwołującym nie zwalnia wykonawcy, którego oferta jest kontestowana z obowiązku wykazania braku zasadności zarzutów. Pasywność może bowiem wiązać się w określonych okolicznościach z poniesieniem procesowych konsekwencji.

Izba stwierdziła, że w tej sprawie okoliczności, na których co do zasady opierały się oświadczenia i twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego znajdowały oparcie w dokumentach postępowania. Fakty poddane pod wątpliwość odwołaniem opierały się zaś na twierdzeniach Odwołującego lub dowodach, które nie stanowiły w ocenie izby wystarczającego dowodu dla uznania twierdzenia odwołującego za wykazane.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe Przystępującego i Zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach Postępowania i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem Zamawiającego wobec tego, że okoliczności na których opierały się zarzuty wbrew twierdzeniom odwołania nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a Odwołujący nie przedłożył dowodów dla ich wykazania.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ wraz z pytaniami i odpowiedziami, oferty, w tym także ofertę Przystępującego wraz z podmiotowymi i przedmiotowymi środkami dowodowymi w tym ekspertyzę budowlaną nr 953 (dalej również Ekspertyza) oraz opinię i opinię aktualizacyjną Ekspertyzy, biorąc pod uwagę stanowiska procesowe i oświadczenia złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa odczynników do przeprowadzania badań genetycznych (wykrywania wirusów HBV, HCV, HIV) wraz z niezbędnymi materiałami, oraz dzierżawa aparatury do przeprowadzania badań genetycznych, co oznacza, że w ramach Zamówienia wykonawca dostarcza: 1) odczynniki do przeprowadzania badań oraz 2) sprzęt (aparaturę) niezbędny do przeprowadzenia badań z wykorzystaniem dostarczanych odczynników;
2. Zamawiający w punkcie 1.3 Załącznika nr 3 do SWZ określił wymagania co do oferowanej aparatury: Zamawiający wymaga, by masa każdego z gotowych do pracy analizatorów/systemów wraz z maksymalnym dopuszczalnym załadunkiem nie przekraczała dopuszczalnego obciążenia stropów (200kg/m²). Zamawiający dopuszcza zaoferowanie systemu diagnostycznego (analizatora) o masie przekraczającej dopuszczalne obciążenie użytkowe stropów jedynie w przypadku złożenia wraz z ofertą ekspertyzy konstrukcyjnej, wykonanej przez

podmiot wskazany przez Zamawiającego, potwierdzającej możliwość posadowienia **wszystkich** oferowanych przez Wykonawcę urządzeń w pomieszczeniu wskazanym przez Zamawiającego (pomieszczenie nr 3.6 położone na III piętrze budynku Zamawiającego) **bez konieczności wykonywania jakichkolwiek przeróbek wskazanych wyżej pomieszczeń bądź innych pomieszczeń lub elementów konstrukcyjnych znajdujących się w budynku** stanowiącym siedzibę Zamawiającego. **Treść ekspertyzy musi wskazywać na możliwość posadowienia systemu diagnostycznego (analizatora) we wskazanym pomieszczeniu.** Ekspertyza **nie może mieć charakteru warunkowego, wariantowego czy wprowadzać jakichkolwiek warunków co do okoliczności przyszłych i niepewnych.** Zamawiający udostępni potencjalnym wykonawcom odpowiednie konieczne dane i plany pomieszczeń, w których mają zostać posadowione systemy/analizatory. **Maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg.**”

3. Zamawiający wskazał jeden podmiot uprawniony do wykonania ekspertyzy opisanej powyżej dla wszystkich wykonawców.
4. Zamawiający nie wprowadził dodatkowych ograniczeń co do sposobu czy metody dostarczenia lub montażu urządzeń w dedykowanym pomieszczeniu.
5. Izba uznając oświadczenie Zamawiającego, wobec niekwestionowania go przez Odwołującego, w oparciu o Ekspertyzę i biorąc uwagę doświadczenie życiowe i logikę ustaliła, że podmiot uprawniony do wykonania ekspertyzy posiada doświadczenie i kompetencję do wykonania ekspertyzy, zna budynek i pomieszczenie wskazane w SWZ, w którym posadowiona ma być aparatura, projekty architektoniczno – budowlane remontu budynku Zamawiającego, dostępne fragmenty projektu archiwalnego tego budynku, obliczenia statyczne tego budynku, materiały dotyczące oferowanych przez wykonawców urządzeń (w tym przypadku przez Przystępującego urządzenia Cobas 5800) otrzymane od Zamawiającego, uzgodnienia z Zamawiającym co do usytuowania oferowanych urządzeń i wykonana została po przeprowadzeniu wizji lokalnej;

W oparciu o Ekspertyzę Izba ustaliła, że:

6. Wykonana ona została w związku z tym, że oferowane urządzenia przez Przystępującego przekraczają 200 kg/m² i dotyczy ona „możliwości posadowienia dwóch analizatorów Cobas 5800 na stropie trzeciego piętra w pomieszczeniu 3.6 w budynku Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie przy ul. Rzeźniczej 11” i obejmuje analizę posadowienia **wszystkich** oferowanych przez Przystępującego urządzeń w Pomieszczeniu tj. **dwóch kompletów (podstawowego i tzw back-up) systemów analizatorów w tym również z dwoma dedykowanymi stołami** i dwoma urządzeniami Hamilton Microlab Star IVD (których możliwość posadowienia nie jest przedmiotem analizy wobec niższej od 200kg/m³ wagi) i zawiera w załączniku nr 2 rzut uwzględniający rozmieszczenie kompletu wszystkich oferowanych przez Przystępującego w Pomieszczeniu urządzeń (podstawowego i tzw back-up);
7. Zakres Ekspertyzy obejmuje wyłącznie zagadnień konstrukcyjno – budowlanych;
8. Ekspertyza wykonana została dla trzech wariantów usytuowania oferowanych urządzeń, z których dwa spełniają warunki stanu granicznego nośności i użytkowania;
9. Ekspertyza potwierdziła we wnioskach, że „ Stan obiektu jest dobry (...) **możliwe jest usytuowanie 2 analizatorów Cobas 5800 w pomieszczeniu numer 3.6 według lokalizacji przedstawionej w załączniku numer 2. Dodatkowe obciążenie nie spowoduje przekroczenia stanów granicznych nośności i użytkowania istniejących elementów konstrukcyjnych.**„
10. a w wymaganiach i zaleceniach stwierdzono, że: „- Należy zwrócić uwagę na prawidłowe usytuowanie urządzeń zgodne z niniejszą dokumentacją. **Wymagania dotyczące lokalizacji urządzeń w pomieszczeniu przedstawiono graficznie w załączniku numer 2: - Analizatorów o pełnym ciężarze 623 kg nie można przesuwac po stropie. Montaż analizatorów należy przeprowadzić w miejscu docelowym - W paśmie stropu pomiędzy osiami CD, na którym usytuowany jest analizator Cobas 5800 (pasma o szerokości urządzenia) nie można sytuować oraz przemieszczać urządzeń o ciężarze przekraczającym 200 kg/m³.** Dla kierunków wzdłuż osi C należy zachować minimalny odstęp 75 cm dla urządzeń stałych oraz urządzeń przemieszczanych (przekraczających 200 kg/m³*) od Cobas 5800; - Kolejność i sposób zmiany urządzeń Panther na Cobas 5800 należy opracować kierując się wyżej wymienionymi zaleceniami; - Pod nóżkami urządzenia zaleca się podłożenie podkładek o większej średnicy niż nóżki urządzenia, aby uniknąć lokalnych wgnieceń w posadzce; - W ciągu dalszej eksploatacji budynku należy obserwować konstrukcję budynku zwracając uwagę na pojawiające się zarysowania i ugięcia stropów i belek żelbetowych w szczególności w rejonach silnie obciążonych urządzeniami”
11. Ekspertyza wskazuje, że prześwity w otworach drzwiowych „po wyjęciu drzwi” mają po 94 i 104 cm;
12. Ekspertyza wskazuje, że urządzenie Cobas 5800 ma wymiary 1340 mm szerokości, 1750 mm wysokości i 792 mm głębokości oraz, że urządzenie Hamilton Microlab Star IVD ma wymiary 166 cm szerokości, 80 cm głębokości bez statywu a ze statywem 101 cm i 120 ze statywem na pokładzie oraz wysokość 90 cm;

lżba ustaliła w oparciu o treść opinii wraz z opinia aktualizacyjną Ekspertyzy, że:

- 13.opinia obejmująca Ekspertyzę wykonana została jako opinia prywatna na zlecenie Odwołującego bez wizji lokalnej pomieszczenia i budynku, bez zapoznania się z dokumentacją projektową w tym również archiwalną i sprowadza się do analizy dokumentu Ekspertyza i:
- 14.potwierdza, że „Możliwe jest usytuowanie dwóch analizatorów Cobas 5800 wraz z niezbędnymi do realizacji wyspecyfikowanych wszystkich rodzajów badań urządzeniami dodatkowymi w tym pomieszczeniu, bez przekroczenia nośności stropu.”
- 15.Opinia wskazuje, że „aby przesuwać przedmiotowe urządzenie po stropie konieczne jest wykonanie projektu technicznego na potrzeby przeprowadzenia transportu poziomego analizatora.” a także, że
- 16.„Zapisy w pkt. 8, str. 6 oraz 7 nowej Ekspertyzy narzucają określone zalecenia, związane z wymianą tych urządzeń diagnostycznych, łącznie z transportem poziomym. Zapisy na stronach 27 oraz 37 nowej Ekspertyzy, iż „Sprawdzenie nośności stropu obciążonego urządzeniem Cobas 5800 przeprowadzone jest dla ściśle określonego usytuowania urządzenia w pomieszczeniu” wskazują na warunkowy charakter nowej Ekspertyzy - jest to warunek konieczny i niezbędny dla wymiany urządzeń Panther na Cobas 5800. Nowa Ekspertyza określa dwa warianty umiejscowienia urządzeń Cobas 5800 w pomieszczeniu, które to warianty spełniają warunek nośności stropu - co formalnie potwierdza wariantowy charakter rozwiązania umiejscowienia urządzeń Cobas 5800.”
- 17.„Informacje o potrzebie spełnienia dodatkowych warunków uzyskuje się na podstawie opracowanej ekspertyzy technicznej, przy czym nowa Ekspertyza budowlana nr 953 wskazuje możliwości posadowienia analizatorów Cobas 5800 wraz z niezbędnymi do realizacji wyspecyfikowanych wszystkich rodzajów badań urządzeniami dodatkowymi w tym pomieszczeniu przy spełnieniu dodatkowych warunków dotyczących bezpiecznego posadowienia analizatorów Cobas 5800. **Pierwszym wymaganiem/ograniczeniem jest ściśle wyznaczona lokalizacja każdego analizatora. Kolejnym zaleceniem jest umieszczenie pod nóżkami urządzenia podkładek o większej średnicy niż średnica tych nóżek, aby uniknąć lokalnych wgniecień w posadzce.** Stąd konieczne jest określenie minimalnych średnic podkładek i sposobu ich umocowania w posadzce pomieszczenia, aby uniemożliwić ewentualne przesuwanie się analizatora w trakcie jego pracy.Tych wymagań i zaleceń brak jest w nowej Ekspertyzie, z tym, że **te zalecenia nie stanowią przeróbek pomieszczeń, ani elementów konstrukcyjnych budynku.**
- 18.W procesie analizy należy wziąć pod uwagę okoliczności niejednoznaczne w kontekście NSWZ, wymagające doprecyzowania przez Zamawiającego. Według Zamawiającego, nośność stropu powinna uwzględniać tylko system diagnostyczny, który w różnych miejscach w NSWZ jest analizatorem lub analizatorem ze wszystkimi urządzeniami dodatkowymi (bez dodatkowych mebli, urządzeń już tam pracujących, typu chłodziarko-zamrażarka). Uwarunkowania te mogą mieć wpływ na negatywną weryfikację nowej Ekspertyzy, z uwagi na alternatywne warianty odpowiedzi. Ocena nowej Ekspertyzy oraz odpowiedź na pytania określone w pkt 1.2, powinny więc uwzględniać poniższe nieścisłości: czy system back-up będzie zlokalizowany w tym samym pomieszczeniu? **Nowa Ekspertyza określa, że wszystkie niezbędne urządzenia (kompletne systemy diagnostyczne) będą znajdować się w pomieszczeniu 3.6, więc system back-up również.**
- 19.czy wnioski opracowania eksperckiego będą aktualne w przypadku ustalenia, że przez system diagnostyczny należy rozumieć analizatory oraz urządzenia dodatkowe, takie jak: system pulujący komputery, UPSy lodówki, etc.? Przez system diagnostyczny należy rozumieć analizatory oraz urządzenia dodatkowe. **Nowa Ekspertyza określa, że wszystkie niezbędne urządzenia (kompletne systemy diagnostyczne) będą znajdować się w pomieszczeniu 3.6. Wnioski opracowania eksperckiego są aktualne.**
- 20.czy nowa Ekspertyza dotycząca możliwości umieszczenia analizatorów, których waga (nacisk) przekracza dopuszczalne 200 kg/m², powinna w swoich wnioskach obejmować możliwość umieszczenia całości systemu diagnostycznego, tj. wszystkich urządzeń dostarczanych przez wykonawcę?
- 21.Nowa Ekspertyza powinna dotyczyć umieszczenia całego systemu diagnostycznego z uwagi na wymagania Zamawiającego zawarte w zał. 3 do NSWZ cz. II, pkt. 1.3, w tym, że maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg. Oznacza to, że wnioski nowej Ekspertyzy powinny obejmować możliwość umieszczenia całości systemu diagnostycznego, tj. wszystkich urządzeń dostarczanych przez oferenta. Należy podkreślić, że **nowa Ekspertyza szczegółowo przedstawia urządzenia wchodzące w system diagnostyczny oraz miejsca ich ustawienia w pomieszczeniu, z tym, że jeden zestaw oferowanego systemu diagnostycznego ma średnią masę 1026,55 kg, co istotnie przekracza narzuconą w zamówieniu maksymalną wagę wynoszącą 700 kg.**
- 22.czy nowa Ekspertyza powinna uwzględniać lokalizację urządzeń zgodną z przepisami ppoż. i BHP? Czy nowa Ekspertyza jest z tymi przepisami zgodna? Nowa Ekspertyza budowlana Nr 953 w zakresie lokalizacji urządzeń

powinna być zgodna z przepisami ppoż. i BHP, zarówno powszechnie obowiązującymi (ogólnymi i szczegółowymi) jak i zawartymi w dokumentacjach techniczno-ruchowych/instrukcjach montażu/obsługi opracowanych producentów urządzeń systemu diagnostycznego. **Nowa Ekspertyza w tym zakresie jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami ppoż. i BHP oraz z dostępną specyfikacją techniczną tych urządzeń, w szczególności uwzględnia pola robocze niezbędne do pracy analizatorów.**

23. „Posadowienie w pomieszczeniu nr 3.6 dwóch zestawów analizatorów Cobas 5800 (wraz z urządzeniami towarzyszącymi, każdy zestaw o masie 976,2 kg oraz ze sprzętem komputerowym masie 100,7 kg) o średniej masie każdego zestawu 1026,55 kg istotnie przekracza (o prawie 50%) narzuconą w zamówieniu jego maksymalną wagę wynoszącą 700 kg, co jest niezgodne z NSWZ zał. 3 tej specyfikacji.
24. Wariantowe posadowienie w pomieszczeniu nr 3.6 dwóch zestawów analizatorów Cobas 5800 o średniej masie każdego zestawu 1026,55 kg nie powoduje zagrożenia bezpieczeństwa konstrukcji nośnej stropu międzykondygnacyjnego pod tym pomieszczeniem: warianty 2 i 3. Nowa Ekspertyza nie analizuje zagrożenia bezpieczeństwa konstrukcji ścian nośnych, zwłaszcza pod tym pomieszczeniem, a także zagrożenia bezpieczeństwa posadowienia budynku w podłożu gruntowym - jest tylko zalecenie podane na stronie 7 aby „w ciągu dalszej eksploatacji budynku obserwować konstrukcję budynku, zwracając uwagę na pojawiające się zarysowania i ugięcia stropów i belek żelbetonowych w szczególności w rejonach silnie obciążonych urządzeniami”.
25. Posadowienie w pomieszczeniu nr 3.6 dwóch zestawów analizatorów Cobas 5800 (wraz z urządzeniami towarzyszącymi i sprzętem komputerowym) w zakresie lokalizacji tych urządzeń jest zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami ppoż. i BHP oraz z dostępną specyfikacją techniczną tych urządzeń, w szczególności uwzględnia pola robocze niezbędne do pracy analizatorów.
26. Posadowienie w pomieszczeniu nr 3.6 dwóch zestawów analizatorów Cobas 5800 (wraz z urządzeniami towarzyszącymi i sprzętem komputerowym) w zakresie użytkowania tego pomieszczenia jest zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami ppoż. i BHP pod warunkiem zdemontowania obu drzwi do pomieszczenia, łącznie ze skrzydłami drzwiowymi i ościeżnicami dla zapewnienia minimalnej szerokości przejścia ewakuacyjnego. Wówczas docelowo to pomieszczenie będzie posiadało dwa otwory drzwiowe pozbawione drzwi służących oddzieleniu jego wnętrza od korytarza. Stanowi to istotne naruszenie warunku NSWZ - konieczność wykonania dodatkowej przeróbki pomieszczenia: vide zał. 3 do NSWZ, pkt. 1.3.
27. Reasumując, nowa Ekspertyza nie jest definitywna w zakresie końcowych wniosków, ponieważ posiada dodatkowe warunki do spełnienia wynikające zarówno z powszechnie obowiązujących przepisów ppoż. i BHP (demontaż dwóch drzwi dla zapewnienia minimalnej szerokości przejścia ewakuacyjnego) jak z NSWZ (przekroczenie maksymalnej wagi analizatora Cobas 5800 wraz z urządzeniami towarzyszącymi oraz wykonania dodatkowej przeróbki pomieszczenia - demontaż dwóch drzwi) tak aby posadowienie urządzeń było możliwe. Oznacza to, że nowa Ekspertyza nie jest wystarczająco precyzyjna, żeby stwierdzić jej definitywność.
28. „Nowa Ekspertyza podaje dwa warianty umiejscowienia urządzeń Cobas 5800 w pomieszczeniu, które to warianty spełniają warunek nośności stropu - wskazuje to na wariantowy charakter rozwiązania umiejscowienia urządzeń Cobas 5800. Oznacza to, że opracowanie eksperckie formułuje stanowcze wnioski dotyczące lokalizacji posadowienia urządzeń Cobas 5800, czyli że posadowienie urządzeń w innym miejscu niż narzucone w Ekspertyzie nie jest możliwe ze względu na przekroczenie granicznego warunku nośności stropu.”
29. „W nowej Ekspertyzie (pkt 8, str. 6 oraz 7) postawiono wymaganie: „Analizatorowo pełnym ciężarze 623 kg nie można przesuwac po stropie. Montaż analizatorów należy przeprowadzić w miejscu docelowym.” Jeżeli dokumentacja techniczno-ruchowa/instrukcja montażu/obsługi opracowana przez producenta analizatorów umożliwi dostawę tych urządzeń w postaci podzespołów/elementów o dopuszczalnych ciężarach jednostkowych do 200 kg/m² to możliwe jest ich zamontowanie w miejscach docelowych określonych Wariantami 2 i 3 nowej Ekspertyzy. W przeciwnym przypadku konieczne jest dostarczenie analizatorów w miejsca docelowe w sposób inny niż przesuwanie po stropie, np. za pomocą żurawia budowlanego przez otwór okienny (o ile jest to możliwe ze względu na wymiary otworów okiennych i analizatorów oraz zasięgu żurawia).”
30. „Szczegółowe odpowiedzi na pytania dotyczące BHP i ppoż. związane z eksploatacją analizatorów dostarcza dokumentacja techniczno-ruchowa/instrukcja montażu/obsługi sporządzona przez producenta tych urządzeń. W nowej Ekspertyzie podano warunek BHP związany z minimalną szerokością przejść pomiędzy urządzeniami wynoszącą 75 cm. Z kolei zabronione jest przeciążenie stropu zarówno na etapie transportu poziomego urządzeń, jak i ich posadowienia. Nowa Ekspertyza wskazała miejsca docelowe, które zapewniają bezpieczeństwo konstrukcji nośnej budynku wraz z miejscami, gdzie zostały określone warunki posadowienia: W paśmie stropu pomiędzy osiami C-D, na którym usytuowany jest analizator Cobas 5800 (pasma o szerokości urządzenia) nie można sytuować oraz przemieszczać urządzeń o ciężarze przekraczającym 200 kg/m². Dla

kierunku wzdłuż osi C należy zachować minimalny odstęp 75 cm dla urządzeń stałych oraz urządzeń przemieszczanych (przekraczających 200 kg/m²) od Cobas 5800. W nowej Ekspertyzie nie podano maksymalnej liczby osób pracujących w tym pomieszczeniu - liczba ta determinuje powierzchnię przypadającą na jednego pracownika, która zgodnie z ogólnymi przepisami BHP ma minimalną wartość wynoszącą co najmniej 2 m² wolnej powierzchni podłogi (posadzki) nie zajętej przez urządzenia techniczne, sprzęt itp. - vide § 19 ust. 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. 1997 nr 129 poz. 844).”

31. „Pole powierzchni pomieszczenia równa się: 11,90 m x 5,32 m = 63,31 m² (dane odczytano z rzutu z nowej Ekspertyzy str. 15). Każdy m² może być obciążony maksymalną masą 200 kg. Oznacza to, że w pomieszczeniu dopuszcza się umieszczenie urządzeń o łącznej masie do 12 662 kg (63,31 m² x 200 kg/m² = 12 662 kg = 12,622 t) przy nieprzekroczeniu obciążenia jednostkowego 200 kg/m². Wyłączając, z całkowitej powierzchni pomieszczenia, powierzchnie zajmowane przez dwa analizatory Cobas 5800 oraz pola pracy wokół analizatorów dla obsługi tych urządzeń, powierzchnia pozostała równa się około 56,5 m² - umożliwiałoby to umieszczenie dodatkowych urządzeń w tym pomieszczeniu łącznej masie do 11 300 kg (56,5 m² x 200 kg/m²).”

32. „W obliczeniach nośności stropu uwzględnione są obciążenia stałe oraz obciążenia zmienne, dla założonego przeznaczenia pomieszczenia i sposobu jego użytkowania jako grupy pomieszczeń wyróżnionych w Tabeli 1, A.4 PN-82/B-02003 Obciążenie budowli. Obciążenie zmienne technologicznie (wszelkie pokoje biurowe, gabinety lekarskie, naukowe, sale lekcyjne szkolne, szatnie i łaźnie zakładów przemysłowych, pływalnie oraz poddasza użytkowane jako magazyny lub kondygnacje techniczne). Tym samym w obciążeniach zmiennych (obciążeniach użytkowych) zawiera się normalne użytkowanie przez ludzi oraz meble i przedmioty przestawne.”

Izba stwierdza, że pierwszy zarzut odwołania sprowadzał się, do wskazania, że Ekspertyza nie jest bezwarunkowa i jest wariantowa. Odwołujący wskazywał, że Ekspertyza zawiera wymagania i zalecenia i w tiret drugie i czwarte wskazuje, „na ograniczenie dotyczące montażu urządzenia - „Analizatorów o pełnym ciężarze 623 kg nie można przesuwać po stropie. Montaż analizatorów należy przeprowadzić w miejscu docelowym.” Ekspertyza nie określa szczegółowego sposobu montażu analizatorów. Nie wskazuje w jaki sposób analizatory Cobas 5800 mają zostać zamontowane w miejscu docelowym, bez przesuwania ich po stropie. Nie wskazuje nawet czy w takiej sytuacji montaż analizatorów Cobas 5800 jest w ogóle możliwy. Jak wskazuje sporządzona na zamówienie Odwołującego opinia rzeczoznawcy z uprawnieniami budowlanymi, jedyną możliwością montażu analizatorów Roche jest ich dostarczenie w częściach, których masa jednostkowa nie przekracza 200 kg/m². Jednak z dostarczonej przez Roche dokumentacji nie wynika, czy jest to w ogóle możliwe. Tym samym ekspertyza konstrukcyjna złożona przez Roche jest warunkowa, gdyż formułuje zastrzeżenia co do sposobu montażu dostarczanych analizatorów. Posadowienie analizatorów możliwe jest pod warunkiem „montażu w miejscu docelowym, bez przesuwania po stropie”. Posadowienie analizatorów Cobas 5800 jest możliwe tylko przy spełnieniu wskazanego w ekspertyzie warunku, jednak ani z ekspertyzy, ani z innego dokumentu złożonego przez Roche nie wynika czy ten warunek jest spełniony. Należy zauważyć, że posadowienie urządzenia w miejscu docelowym (bez przesuwania po stropie) możliwe jest w bardzo ograniczony sposób. Jak wskazano wyżej, konieczne byłoby jego rozłożenie na części o ciężarze jednostkowym mniejszym niż obciążenie graniczne stropu. Jednakże analizator stanowi całość (w odróżnieniu od innych analizatorów Roche o budowie modułowej) i brak jest potwierdzenia, że może zostać podzielony na mniejsze elementy. Innym sposobem jest montaż w miejscu docelowym całego urządzenia przy pomocy dźwigu. Jednakże w takiej sytuacji musiałaby istnieć możliwość dostarczenia urządzenia w całości poprzez otwór okienny budynku Zamawiającego. Jednakże wymiary okien uniemożliwiają dostarczenie analizatora w całości, bez demontażu okna. Konstrukcja okna posiada bowiem słupek, który dzieli okno na otwory o szerokości mniejszej niż najmniejszy wymiar dostarczanego analizatora. Nie jest też możliwy demontaż okna, gdyż Zamawiający we wspomnianym Załączniku 3 do SWZ, punkt 1.3 wskazał, że „Zamawiający dopuszcza zaoferowanie systemu diagnostycznego (analizatora) o masie przekraczającej dopuszczalne obciążenie użytkowe stropów jedynie w przypadku złożenia wraz z ofertą ekspertyzy konstrukcyjnej, wykonanej przez podmiot wskazany przez Zamawiającego, potwierdzającej możliwość posadowienia wszystkich oferowanych przez Wykonawcę urządzeń w pomieszczeniu wskazanym przez Zamawiającego (pomieszczenie nr 3.6 położone na III piętrze budynku Zamawiającego) bez konieczności wykonywania jakichkolwiek przeróbek wskazanych wyżej pomieszczeń bądź innych pomieszczeń lub elementów konstrukcyjnych znajdujących się w budynku stanowiącym siedzibę Zamawiającego.”

Dla wykazania powyższego powołał się na opinię prywatną wraz z jej aktualizacją.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie wymagał, by oferta ani Ekspertyza zawierała sposób montażu oferowanego systemu a jedynie potwierdzała możliwość posadowienia systemu diagnostycznego (analizatora) we wskazanym pomieszczeniu – przy czym analizie podlegała nośność elementów konstrukcyjnych pomieszczenia. Izba stwierdza też, że Ekspertyza w sposób jednoznaczny i kategorię potwierdziła możliwość posadowienia systemu

oferowanego przez Roche w przewidzianym pomieszczeniu, nie formułując w tym zakresie żadnych warunków ani wariantów. Ekspertyza nie wprowadziła także żadnych wymagań co do przeróbek pomieszczenia. Zalecenia Ekspertyzy dotyczą wyłącznie możliwości przesuwania urządzenia po stropie i możliwości montażu w miejscu docelowym a więc kwestii odnoszących się do instalacji urządzenia oraz jego późniejszej eksploatacji (wyłączającej jego przestawianie). Zalecenie nie odnosi się do samej dopuszczalności posadowienia urządzenia w skonkretyzowanym Ekspertyzą miejscu (dla dwóch z trzech wariantów) z konstrukcyjnego punktu widzenia, która to możliwość jest jednoznacznie potwierdzona Ekspertyzą. Zalecenie dotyczą sposobu montażu, który, zgodnie z brzmieniem SWZ, nie był przedmiotem oferty ani analizy Ekspertyzy. Sposób montażu nie został także opisany jako warunek w SWZ. Treść SWZ nie pozwala również, w ocenie Izby, na wykluczenie uznania za zgodną z SWZ instalację urządzenia po tymczasowym zdemontowaniu i zamontowaniu po dostarczeniu słupka dzielącego okno. SWZ wprowadza bowiem ograniczenia wyłącznie, co do posadowienia bez konieczności wprowadzania przeróbek a potrzeba dokonania takowych nie wynika z Ekspertyzy ani żadnego dowodu Odwołującego. Dodatkowo wg Izby nieuprawnionym byłaby wykładnia pojęcia przeróbki pomieszczenia lub elementu konstrukcyjnego budynku obejmująca także tymczasowe – na czas montażu - zdemontowanie z ponownym montażem słupka w oknie pomieszczenia. SWZ ani Ustawa nie zawiera definicji „przeróbki”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN „przeróbka” to pot. «powtórne opracowanie czegoś, przerobienie, przerabianie czegoś poprzez wprowadzenie pewnych zmian mających daną rzecz ulepszyć, dostosować do określonych potrzeb», pot. «przekształcenie jednej rzeczy na inną», pot. «rzecz przerobiona, powtórnie opracowana ze zmienioną formą», 4. «przetworzenie surowca lub półproduktu na produkt”.

Odwołujący nie wykazał więc, by instalacja a następnie eksploatacja z zachowaniem wskazówek z Ekspertyzy nie była możliwa, ani by Ekspertyza nie spełniała wymagań SWZ a jej wnioski nie potwierdzały spełnienia warunku postępowania w zakresie dopuszczalności posadowienia dwóch egzemplarzy podstawowego i back up oferowanego systemu.

Odwołujący zarzucał także nieuwzględnienie w Ekspertyzie dedykowanego oferowanemu systemowi stołu. Twierdzenie Odwołującego w tym zakresie jest bezzasadne. Treść Ekspertyzy, w tym również rysunki analizowanych wariantów wskazują jednoznacznie, że analizą objęte były wszystkie elementy oferowanego systemu, w tym także stoły. Wskazuje na to bezpośrednio porównanie wagi oferowanych urządzeń z opisem wagi w Ekspertyzie a także rysunki Ekspertyzy.

Dalej Odwołujący zarzucał, że Zamawiający w trakcie Postępowania udzielając odpowiedzi na pytanie nr 15 wymagał, aby ekspertyza uwzględniła stan faktyczny w pomieszczeniu nr 3.6 na III piętrze budynku a Ekspertyza w części opisowej, jak i graficznej nie wskazuje innych urządzeń niż te, które zamierza dostarczyć Wykonawca. Izba stwierdza, że część opisowa Ekspertyzy wykonana została po przeprowadzeniu wizji lokalnej i w części opisowej odnosi się zarówno do wyposażenia podstawowego (w postaci podlegających wymianie analizatorów) jak i pozostałego wyposażenia (pkt 4 strona 3 i 4 Ekspertyzy). Jednocześnie SWZ nie przewidział obowiązku uwzględnienia w ekspertyzie innych urządzeń, poza dostarczonymi. Odwołujący nie wykazał, by obowiązek taki wynikał z przepisów wiążących wykonawców. SWZ nie wprowadza również ograniczeń ani wymagań w zakresie pozostawienia urządzeń lub wyposażenia pomieszczenia. W ocenie Izby zapis referujący do oczekiwania, by ekspertyza uwzględniła stan faktyczny nie może być rozumiany szeroko, wobec braku jakichkolwiek wskazówek w treści SWZ, jako wymóg pozostawienia w pomieszczeniu wszystkich urządzeń lub tym bardziej wybranych urządzeń lub też jako wymóg ich uwzględnienia w ekspertyzie w ramach wariantów posadowienia urządzeń dostarczanych.

W ocenie Izby, brak w rysunkach Ekspertyzy posadowienia urządzeń innych niż dostarczane w ramach przedmiotu zamówienia, nie przesądza o warunkowości Ekspertyzy. Zamawiający nie przewidział obowiązku uwzględnienia i pozostawienia urządzeń w Pomieszczeniu a jedynie uwzględnienie w ekspertyzie mającej charakter budowlany – konstrukcyjny, istniejącego stanu faktycznego, co pozwalało, w sposób uzasadniony celem analizy przyjąć, że chodzi tutaj o kwestie wymiarów, odległości, istniejących elementów konstrukcyjnych, otworów drzwiowych i okiennych i ich wytrzymałości.

Dalej Odwołujący zarzucał, że Ekspertyza nie spełnia wymagań BHP i przepisów przeciwpożarowych, bo sposób ulokowania jednego z analizatorów jest taki, że jego przestrzeń robocza (przestrzeń pracy osoby obsługującej) koliduje z drogą ewakuacyjną, a w szczególności z drzwiami do pomieszczenia i jest niezgodny z przepisami przeciwpożarowymi i zasadami bezpieczeństwa i higieny pracy. Odwołanie w tym zakresie jest ogólnikowe i gołosłowne. Izba wskazuje także, że SWZ nie przewidywał w zakresie ekspertyzy dodatkowych warunków w zakresie przepisów BHP czy przeciwpożarowych zaś Ekspertyza zawiera dwa warianty dopuszczalnego posadowienia urządzeń dostarczanych przez Przystępującego, z których jedynie posadowienie jednego urządzenia jest kwestionowane. Izba oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem potwierdzenia czy lokalizacja pola roboczego jednego z analizatorów przystępującego w świetle przejścia i drogi ewakuacyjnej jest zgodna czy niezgodna z przepisami

dotyczącymi bezpieczeństwa pracy uznając, że wykracza on poza okoliczności, dla których ustalenia niezbędne jest posiadanie wiedzy specjalnej a nadto nieprzydatny jest on do rozstrzygnięcia istoty sporu a nadto nie jest funkcją opinii biegłego sądowego zastępowanie roli strony, na której spoczywa obowiązek wskazania okoliczności faktycznych których wystąpienie w tym przypadku przemawiać miało za niezgodnością posadowienia jednego z urządzeń z przepisami BHP, czego zabrakło w odwołaniu.

Odwołanie nie pozwoliło na przyjęcie, że środek dowodowy załączony do oferty w postaci Ekspertyzy nie potwierdził okoliczności, dla których stwierdzenia Zamawiający oczekiwał jego złożenia. W tym zakresie Odwołujący nie przedłożył dowodów skutecznie podważających wnioski Ekspertyzy. Izba stwierdziła również, że sama Ekspertyza uwzględniała posadowienie dwóch kompletnych egzemplarzy oferowanego systemu zarówno podstawowego i jego back-up'u.

Izba stwierdza, że zarzut dotyczący zaoferowania funkcjonalności oprogramowania analizatora sprowadzał się do wskazania, że Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ pkt 1.11 wymagał, aby elektroniczna transmisja danych do laboratoryjnego systemu informatycznego (LIS) Zamawiającego (aktualnie Bank Krwi Firmy Asseco Poland S.A.) obejmowała między innymi poprzez rejestrację i archiwizację następujących danych: numery donacji przebadanych próbek, numery pul, podczas gdy Cobas 5800 nie zapewniał rejestracji i archiwizacji wszystkich wymaganych warunkiem danych.

Dla udowodnienia powyższego twierdzenia Odwołujący powołał się na nieprecyzyzowane powszechnie dostępne informacje, że urządzenie Cobas 5800 nie spełnia tego wymagania oraz, że Zamawiający posiada wiedzę, że oprogramowanie Roche nie dysponuje wskazaną funkcjonalnością, bo w uprzednio prowadzonym postępowaniu (ZP-09/23), które obejmowało tożsamy przedmiot zamówienia, to samo wymaganie zawarte było w pkt 1.14 a w dniu 11.05.2023 r. Roche skierował pismo do Zamawiającego, w którym twierdził, że przedmiotowe wymaganie uniemożliwia mu złożenie oferty. Okoliczność brzmienia warunku w aktualnym i unieważnionym postępowaniu oraz fakt zakwestionowania warunku w postępowaniu unieważnionym były bezsporne.

Izba ustaliła, że w aktualnym Postępowaniu Przystępujący nie zgłaszał obiekcji do tożsamesgo zapisu SWZ a spełnienie tego wymogu zostało potwierdzone wyraźnym oświadczeniem Przystępującego w ofercie. Izba na marginesie wskazuje, że sam fakt nie kontaktowania się przez Przystępującego z podmiotem będącym licencjodawcą oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego nie przesądza o braku funkcjonalności oprogramowania a okoliczności przywołane powyżej przemawiają za uznaniem za wiarygodne twierdzeń Przystępującego o posiadaniu wymaganej warunkiem funkcjonalności oprogramowania.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego sprowadziło się do poddania pod wątpliwość okoliczności oświadczonej przez Przystępującego. Odwołujący nie wykazał, że oferowane urządzenie nie spełnia warunku.

Izba stwierdza, że zarzut niezgodności oferty z wymaganiami dotyczącymi funkcjonalności analizatora sprowadzał się do stwierdzenia, że „Roche w załączniku do oferty obejmującym Wymagania funkcjonalno-użytkowe, w pozycji 1.6 wskazał, że oferuje system przystosowany do pracy ciągłej 24h na dobę, z możliwością ciągłego podawania próbek bez przerywania pracy analizatora oraz badania próbek pilnych (CITO).” Zaś „Instrukcja urządzenia Cobas 5800 na stronach 77 i 31 zawiera opis sposobu pracy w trybie priorytetowym = CITO. Kluczowe jest zdanie ze strony 31, które wskazuje, że szuflady, nośniki próbek, materiały, odczynniki są dostępne, ale z pewnymi wyjątkami, czyli nie w każdej chwili. Istotą pracy w trybie CITO jest najszybszy możliwy dostęp do wszelkich zasobów po to, żeby wykonać badanie i otrzymać wynik w najkrótszym możliwym czasie. W przypadku urządzenia zaoferowanego przez Roche, w skrajnym przypadku może zaistnieć sytuacja, gdzie przez „cały przebieg”, czyli proces badania, brak jest dostępu do trybu CITO.” Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania, SWZ wraz z pytaniami i odpowiedziami oraz ofertę Przystępującego wraz środkami dowodowymi, że:

- Zamawiający postawił warunek zapewnienia możliwości ciągłego podawania próbek bez przerywania próbek pracy analizatora oraz badania próbek pilnych (w trybie CITO);
- SWZ nie definiował pojęcia trybu pilnego – CITO;
- możliwość ciągłego podawania próbek potwierdza informacja zawarta w ofercie – strona str. 64 Przewodnika użytkownika oferowanego systemu („Aparat umożliwia ciągłe ładowanie próbek. Nośniki można załadować na dowolny wolny tor. Po każdym załadowaniu i ponownym załadowaniu próbek aparat zaplanuje przetworzenie załadowanych próbek. Załadowane próbki zostaną przetworzone zgodnie z harmonogramem przebiegów. Możesz załadować do 8 nośników. Pojemność ładunkowa aparatu zależy od rodzaju nośnika.”); Procedura wykonania próbek pilnych (priorytetowych, tzw. CITO) została opisana na stronach 77 i nast. Ww. instrukcji („Możesz nadać priorytet próbkom z oczekującymi zleceniami poprzez priorytet nośnika i poprzez priorytet testu. Próbkę z priorytetowymi zleceniami zostaną przetworzone tak szybko, jak to możliwe i przed zleceniami nieposiadającymi priorytetu.”);
- Zamawiający nie stawiał wymogu, by możliwe było przerwanie wykonywania badania w celu podania innej próbki na tym

samym torze.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdza, że warunek opisany w pkt 1.6 Załącznika nr 3 do SWZ jest spełniony a ograniczenie polegające na braku dostępności szuflad, nośników próbek, materiałów i odczynników w sytuacji, gdy są używane w trakcie przebiegu nie oznacza, że wymóg ten został naruszony, ponieważ oferowane urządzenie dysponuje kilkoma torami, które umożliwiają badanie w czasie, gdy inne tory są zajęte. Odwołujący nie wykazał, by było inaczej.

Zarzut dotyczący treści oferty sprowadzał się do stwierdzenia, że Zamawiający w pkt 5.4 Załącznika nr 3 do SWZ wskazał, że wykonawca zobowiązany jest zapewnić dodatkowy analizator oraz dodatkowe urządzenie back-up do pulowania o tych samych parametrach i takiej samej wydajności wraz z niezbędnym oprogramowaniem i wyposażeniem. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 29 wskazał, że urządzenie back-up winno być na koszt wykonawcy (co było bezsporne) oraz, że „Roche wskazał w swojej ofercie (poz. 1 i 3 tabeli kalkulacji cenowej) po 2 sztuki każdego z analizatorów, jak i urządzeń dodatkowych stanowiących ciąg procesu technologicznego wykonywanych badań. Sytuację tę można rozpatrywać na dwa różne sposoby. 1) Roche wskazał w swojej ofercie zestaw urządzeń obejmujący zestaw podstawowy i back-up. Tym samym oferta ta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, gdyż zestaw back-up jest dzierżawiony Zamawiającemu. Nie jest zatem dostarczany na koszt Wykonawcy, a na koszt Zamawiającego. 2) Roche wskazał w swojej ofercie tylko zestaw podstawowy, gdyż zestaw back-up jest dostarczany na jego koszt. Jednak w takiej sytuacji należałoby przyjąć, że zestaw podstawowy składa się z 2 sztuk każdego z oferowanych urządzeń. Zatem zestaw podstawowy i back-up stanowiłoby 4 sztuki każdego z urządzeń. Jednak takiej opcji nie przewiduje złożona ekspertyza konstrukcyjna, która winna obejmować urządzenia podstawowe i back-up.”

Izba ustaliła, że w oparciu o dokumenty Postępowania, SWZ i ofertę, że:

- Przystępujący zaoferował dwa kompletne i tożsame systemy tzw. podstawowy i back- up, czemu dał wyraz w ofercie wymieniając również system dodatkowy;
- Przystępujący nie domagał się dodatkowego wynagrodzenia za dostawę systemu back-up.

W ocenie Izby założenie, że intencja Przystępującego była inna i wolą było złożenie oferty sprzecznej z SWZ, nie znajduje uzasadnienia w treści oferty i SWZ i nie została wykazana przez Odwołującego.

Zarzut dotyczący nieprawidłowości oceny spełniania kryterium oceny ofert sprowadzał się do przywołania niespornej treści Rozdziału XVII ust. 1 SWZ: Pkt 5 tabeli – wskazującej na kryterium: „Możliwość wykonania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza na oferowanym systemie diagnostycznym TAK - 5 punktów; NIE - 0 punktów.” oraz faktu oznaczenia przez Przystępującego potwierdzenia spełnienia kryterium, pomimo, że oferowany system nie posiada takiej możliwości a twierdzenie Przystępującego nie zostało potwierdzone żadnym podmiotowym środkiem dowodowym poza twierdzeniem wykonawcy wskazanym w pkt 5.5 kalkulacji cenowej złożonej wraz z ofertą.

Izba ustaliła, że w oparciu o dokumenty postępowania, z uwzględnieniem oświadczeń i twierdzeń stron, bezsporne pomiędzy stronami okoliczności, że:

- Test obejmujący badania w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 posiada w dokumentach dla Cobas 5800 Roche oznaczenie DPX;
- Test ten wskazany jest w katalogu urządzenia Cobas 5800 jako „w opracowaniu”; przedmiot zamówienia nie obejmuje dostawy testów RNA HAV i DNA Parvo B19;
- Zamawiający ma planach wykonywanie testów RNA HAV i DNA Parvo B19;
- Analizatory Cobas 6800/8800 posiadają możliwość wykonania badań RNA HAV i DNA Parvo B19;
- Na rynku dostępne są testy Przystępującego RNA HAV i DNA Parvo B19, które wykorzystywane są do wykonywania badań RNA HAV i DNA Parvo B19 na analizatorach Cobas 6800/8800.

Izba ustaliła również, mając na uwadze wyjaśnienia Przystępującego oraz Zamawiającego, spójne z danymi z oferty, także zapisem na stronie 26 pliku pn. „OFERTA ROCHE dla Kraków RCKiK_2107-sig-sig” – w folderze systemu cobas 5800 „System cobas® 5800 oferuje takie samo menu testów jak systemy cobas® 6800/8800, w tym cobas omni Utility Channel, co umożliwi przeprowadzenie testów opracowanych w laboratorium (LDT) w tym samym systemie co testy IVD.” że urządzenie Cobas 5800 posiada techniczną zdolność wykonywania badań RNA HAV i DNA Parvo B19, a status odnoszący się do testów RNA HAV i DNA Parvo B19 „w przygotowaniu” oznacza etap opracowania instrukcji badania z wykorzystaniem istniejących i dostępnych na rynku testów na Cobas 5800.

Odwołujący nie wykazał, że urządzenie nie jest zdolne wykonywać badań RNA HAV i DNA Parvo B19, co stanowiło kryterium oceny ofert. Okoliczność braku testów lub niemożności ich wykorzystania np. ze względu na brak opracowania instrukcji nie była kryterium oceny ofert i nie jest równoznaczna z funkcjonalnością oferowanego urządzenia. Izba stwierdza, że użyte w SWZ pojęcie „możliwości” nie jest pojęciem ostrym i w ocenie Izby nie może być interpretowane rozszerzająco jako wprowadzające kryterium dotyczące dostępności testów lub oceny możliwości urządzenia w świetle dostępności danego testu. Zapis referuje wyłącznie do urządzenia – zdolności do wykonania danego rodzaju badania. Odniesienie kryterium wyłącznie do funkcjonalności urządzenia uzasadniona jest treścią zapisu,

faktem nie objęcia przedmiotem zamówienia dostawy tychże testów i nie oczekiwania zapewnienia ich wykonania przez wykonawcę w ramach Postępowania. Taka interpretacja znalazła także wyraz w decyzji Zamawiającego. Także fakt ewentualnej niemożności wykonania testów, wobec podlegania przez nie opracowywaniu przez cały okres realizacji zamówienia nie był też w ogóle kwestionowany przez odwołującego. Czas zakończenia procesu, który pozwoli na wykorzystanie testu producenta może nastąpić również w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że testy do wymaganych badań nie są dostępne. Odwołaniem kwestionowana była możliwość wykonania badań na oferowanym systemie diagnostycznym wobec faktu, że dedykowane tym badaniom testy producenta w jego ulotce oznaczone zostały jako „w opracowaniu”. Zakres wymagania kryterium nie został doprecyzowany SWZ, nie był kwestionowany ani nie został doprecyzowany w drodze pytań do SWZ. Zamawiający nie przyznawał punktów za właściwości dostarczanych odczynników, lecz za właściwości urządzenia. Odczynniki do wykonywania tego typu badań nie były bowiem przedmiotem zamówienia.

Izba stwierdza, że zarzut odnoszący się do nie spełniania kryterium oceny ofert z Pkt 6 tabeli - Odczynniki gotowe do użycia, nie wymagają rozmrażania, przelewania czy mieszania. TAK – 7, NIE – 0 punktów sprowadzał się do wskazania, że Przystępujący wskazał, że oferowane przez niego odczynniki są gotowe do użycia, nie wymagają rozmrażania, przelewania czy mieszania, podczas gdy „w dniu 11.07.2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2, które brzmiało: „Dotyczy XVII.KRYTERIA OCENY OFERT KALKULACJA CENOWA - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA punkt 3.1. Czy zamawiający przez «gotowe do użycia» rozumie odczynniki, kontrole i kalibratory nie wymagają rozmrażania, mieszania i przelewania poza analizatorem i tylko takie rozwiązanie dostanie 7 punktów?”. Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Tym samym, aby uzyskać 7 punktów w ramach tego kryterium wykonawca winien zaoferować wszystkie odczynniki, kontrole i kalibratory gotowe do użycia bez rozmrażania, mieszania czy przelewania. Roche nie posiada uprawnień do przyznania 7 punktów za zaoferowanie odczynników, kontroli i kalibratorów gotowych do użycia, pomimo oświadczenia, iż posiada w swojej ofercie kontrolę, która jest gotowa do użycia. W zakresie przedmiotu zamówienia znajdują się również kontrole zewnętrzne, które nie są produktem Roche i nie są one gotowe do użycia bez dodatkowych czynności. Każdy wykonawca składający ofertę w Postępowaniu musi w swojej ofercie uwzględnić również zewnętrzne kontrole jakości, kontrolujące jakość pracy w laboratorium. Jedynym obecnie dystrybutorem tych kontroli dla wszystkich wykonawców w Polsce jest firma Copernicus. Kontrole te dostarczane są do klientów w formie zamrożonej. Odmraża się je bezpośrednio przed użyciem, a zatem wymagają dodatkowej czynności. Takie kontrole muszą zostać dostarczone w ramach przedmiotu zamówienia, jednak nie spełniają one wskazanego wyżej parametru ocenianego. Zamawiający nie ograniczył treści kryterium do wybranych odczynników, kontroli czy kalibratorów. Oznacza to, że wszystkie te elementy dostarczane przez wykonawcę winny spełniać warunek w celu przyznania punktów w kryterium „

W zakresie oceny treści kryterium Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego, znajdujące oparcie w treści SWZ oraz pytań i odpowiedzi, zgodnie z którym „Kryterium powyższe pozostawało w związku z przedmiotem zamówienia, tj. treścią świadczenia wykonawcy (dostawą odczynników). Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w skład przedmiotu Zamówienia nie wchodzi dostarczenie tzw. kontroli zewnętrznych, których wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest odrębny podmiot (Copernicus Diagnostics). W tym zakresie Zamawiający wymagał jedynie, by Wykonawca pokrył koszt zakupu i dostarczenia paneli próbek koniecznych do kontroli (por. pkt. 3.12 Załącznika nr 3 do SWZ). Przedmiotem oceny Zamawiającego były właściwości odczynników dostarczanych przez wykonawcę. Kontrole dystrybuowane przez podmiot zewnętrzny nie wchodzi w skład pojęcia „odczynników”, o których mowa w tym kryterium, a tym samym ich właściwości nie mogą decydować o przyznaniu punktów w ramach wyżej opisanego kryterium. Pytanie nr 2, na które odpowiedział Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia 11.07.2023 r. dotyczyło tego, co należy rozumieć pod pojęciem „gotowe do użycia” użytym w ramach opisu kryterium. Odpowiedź na to pytanie nie rozszerzała zakresu stosowania kryterium na kontrole zewnętrzne, które nie są dostarczane przez Wykonawcę i tym samym pozostają poza zakresem przedmiotu zamówienia.” Izba stwierdza także, że Odwołujący nie wykazał, że odczynniki, czy dodatkowo kontrole i kalibratory objęte przedmiotem zamówienia nie posiadają punktowanej cechy, kontrole stosowane w ramach zewnętrznej kontroli jakości nieposiadające tej cechy nie mogą zaś stanowić podstawy dla uznania, że kryterium nie jest spełnione. Kryterium zrelatywizowane było do przedmiotu zamówienia i odczynników dostarczanych przez wykonawcę, a nie jedynie tych, których zapewnienie i sfinansowanie leży po jego stronie, pochodzących od podmiotu zewnętrznego.

W zakresie zarzutu wprowadzenia w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, w celu wpłynięcia na wynik Postępowania Odwołujący twierdził, że Roche wskazał w ofercie, że należy mu przyznać punkty w dwóch kryteriach oceny ofert, pomimo że winien mieć pełną świadomość, iż nie spełnia określonych w kryteriach wymagań; zaoferował funkcjonalności oprogramowania analizatora, w zakresie jego współpracy z oprogramowaniem LIS - Bank Krwi firmy Asseco, którego faktycznie nie posiada. Izba stwierdza, że wobec oddalenia zarzutów odnoszących się do wskazanych powyżej okoliczności zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego dzieli ich los, podobnie jak pozostałe

zarzuty odwołania.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał twierdzeń odwołania. Izba wskazuje, że art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny oferty i wyjaśnień było niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił ofertę czy wyjaśnienia złożone w ramach Postępowania. Podobnie jak na tym ostatnim ciąży obowiązek wykazania, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji

W niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny oferty a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek odrzucenia ofert wobec ich niezgodności z warunkami zamówienia. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”.

Wobec niewykazania niezgodności ofert z warunkami Izba stwierdziła, że również zachowaniu Zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia innych przepisów. Pozostałe podlegające oddaleniu zarzuty stanowiły konsekwencje zachowania Zamawiającego polegające na pominięciu nie wykazanej niezgodności ofert z SWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :.....