

WYROK
z dnia 23 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Zieleńkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez wykonawcę: **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie (01-531), ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie (04-749), ul. Bursztynowa 2**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 21C, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie (03-699), ul. Wolińska 4 oraz „Pointe Scientific Polska” sp. z o.o. w Warszawie (02-956), ul. Rumiana 76** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** i 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. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa odczynników do badań laboratoryjnych wraz z dzierżawą analizatorów do wykonywania badań oraz testów laboratoryjnych i bakteriologicznych na okres 36 miesięcy*” zostało wszczęte przez zamawiającego: Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 5 listopada 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 141-259283) w dniu 24 lipca 2014 r.

W dniu 2 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie pakietu I zadania 1, wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej tak przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska sp. z o.o. w Warszawie,

Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz „Pointe Scientific Polska” sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej łącznie konsorcjum Beckman, jak i przez wykonawcę: Abbott Laboratories sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Abbott, a w konsekwencji również wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wobec zaniechania uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Tak zakrojone przez Odwołującego działania i zaniechania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty odnoszące się do oferty złożonej przez konsorcjum Beckman Odwołujący zawarł w pkt I.1-I.7 uzasadnienia odwołania, zaś zarzuty odnoszące się do oferty złożonej przez Abbott zamknięte zostały w pkt II.1-II.6 uzasadnienia odwołania, i tak twierdził on co następuje:

I. w odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum Beckman:

- I.1. Konsorcjum Beckman zaoferowało analizator AU680, w przypadku którego wymagana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wydajność modułu biochemicznego nie mniejsza niż 1000 oznaczeń/godzinę z ISE (warunek graniczny nr 1) zostanie osiągnięta jedynie przy braku jednoczesnego wykonywania oznaczeń testu HbA1c. Twierdził on, że „w przypadku oznaczania HbA1c wydajność AU680 spada drastycznie, nawet do 100 oznaczeń/godzinę”. Z deklarowanej przez Zamawiającego liczby oznaczeń (9000 oznaczeń w okresie 36 miesięcy), Odwołujący wywiódł, że będzie ich wykonywane co najmniej 8 każdego dnia.
- I.2. „Wbrew wymaganiom Zamawiającego odczynniki do oznaczania prokalcytoniny (poz. 62 formularza cenowego - Diazyme Procalcitonin Assay, nr kat. DZ558A-K) zaoferowane przez BECKMAN COULTER na opakowaniu fiolek odczynnika zarówno R1 jak i R2 nie posiadają kodów kreskowych wraz z informacją o dacie ważności.”, co miało oznaczać niespełnienie warunku granicznego nr 2.
- I.3. Niespełniony miał być również warunek graniczny nr 4 – w przypadku analizatora DXL600 w ofercie konsorcjum Beckman miało nie znajdować się potwierdzenie spełnienia tego warunku. Odwołujący podnosił ponadto, że „jak wynika z Instrukcji Obsługi (Reference Manual DxI) analizator ten nie może pracować całodobowo (po ok. 3 godzinach pracy konieczna jest interwencja operatora i uzupełnienie materiałów zużywalnych i płynów po zatrzymaniu pracy aparatu)”.
- I.4. Zgodnie z treścią „instrukcji metodycznej testu Access 25(OH) Vitamin D Total do wykonania oznaczeń witaminy D konieczne jest użycie specjalnej wytrząsarki (opis na str. 3,4 i 7 ulotki metodycznej testu). W ofercie BECKMAN COULTER brak jest ww. wytrząsarki koniecznej do przeprowadzenia oznaczeń Vit.D, a w konsekwencji Zamawiający nie będzie miał możliwości wykonywania oznaczeń tego testu”. Stanowić to miało niespełnienie warunku granicznego nr 20.
- I.5. Odwołujący oświadczył co następuje: „Zgodnie z ulotką producenta firmy Diazyme do wykonania 1 oznaczenia konieczne jest zużycie 180 µl odczynnika R1 oraz 60 µl odczynnika R2. Ponieważ zawartość buteleczki R1 wynosi 44 ml odczynnika, a buteleczki R2 14 ml, łatwo wyliczyć, że ilość możliwych testów do wykonania, uwzględniając tzw. martwą objętość odczynnika w buteleczkach, wynosi 220, a nie 300 oznaczeń. Biorąc pod uwagę ten fakt, a także konieczność wykonania pełnej kalibracji 6-punktowej w dublecie (12 oznaczeń) co 14 dni (w sumie 940 oznaczeń kalibracyjnych w okresie trwania umowy) oraz 2190 oznaczeń kontrolnych w okresie trwania umowy, konsorcjum BECKMAN COULTER powinno było zaoferować

2

co najmniej 87 opakowań testu prokalcytonina, podczas gdy w jego ofercie uwzględniono jedynie 65 opakowań.” Zdaniem Odwołującego konsorcjum Beckman nie zawarło w swej ofercie „żadnych instrukcji metodycznych testu Diazyme Procalcitonin Assay (wymaganych w punkcie 14 w rozdziale V SIWZ) ani oficjalnych aplikacji BECKMAN COULTER do analizatora AU680 dla tego testu.”

- I.6. Zdaniem Odwołującego konsorcjum Beckman zaoferowało „za mało kontroli i

kalibratorów. Dla przykładu kontrola do PCT (pozycja 37 formularza oferty, w część Kalibratory, materiały kontrolne) została zaoferowana w dwukrotnie mniejszej ilości, niż wymaga tego należyte wykonanie zamówienia. Aparat pobiera 15 µl próbki / kalibratora / kontroli, objętość martwa w naczynku BECKMAN COULTER 0,5 ml wynosi 80 µl, czyli łącznie do jednego oznaczenia próbki / kalibratora / kontroli potrzeba 95 ml. Ilość oznaczeń kontrolnych w okresie realizacji zamówienia, zgodnie z SIWZ, wynosi 2190 oznaczeń. Zamawiający będzie więc potrzebował: $95 \mu\text{l} \times 2190 = 208,05 \text{ ml}$ materiału kontrolnego (czyli 34,69 opakowań kontroli pakowanej po 2 x 3,0 ml. W ofercie BECKMAN COULTER uwzględniono jedynie 18 opakowań kontroli, co oznacza, że przez ponad połowę okresu trwania umowy Zamawiający pozbawiony będzie możliwości wykonywania kontroli jakości badań dla PCT." Podobnie braki Odwołujący dostrzegł w przypadku innych kontroli i kalibratorów.

- I.7. Odwołujący dostrzegł również w ofercie złożonej przez konsorcjum Beckman błąd w obliczeniu jej ceny. Jego zdaniem powołany wykonawca „zastosował błędną stawkę podatku od towarów i usług na towar z poz. 134 formularza cenowego, tj. Sample cups 0,5 ml. Jako że jest to wyrób medyczny (czego dowodzi deklaracja CE) obowiązującą jest stawką VAT 8%, którą notabene prawidłowo wskazał wspomniany wykonawca dla „siostrzanych” produktów Sample cups 2 ml (jedyna różnica to pojemność)”. Uważał on, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach konsorcjum Beckman nie uzasadniło przekonująco zastosowania w odniesieniu do powołanego produktu stawki podstawowej podatku VAT.

II. do oferty złożonej przez Abbott:

zaoferowało analizator Architect i1000SR, którego wydajność (modułu II.1. Abbott immunochemicznego) jest niższa niż wymagana w SIWZ wartość (warunek graniczny nr 1). W ocenie Odwołującego: „Urządzenie Architect i1000SR osiąga wydajność teoretyczną 100 oznaczeń na godzinę jedynie przy oznaczaniu testów jednostopniowych w trybie STAT (protokół 11). Dotyczy to jednak tylko nielicznych testów do oznaczania leków (digoksyna, fenobarbital, fenytoina, teofilina, kwas walproinowy, wankomycyna).

3

Tymczasem w niniejszym postępowaniu, przeważająca większość zamawianych parametrów są to testy oznaczane na analizatorze Architect i1000 w reakcji dwustopniowej. W konsekwencji, praktyczna wydajność analizatora drastycznie spada do poziomu maksymalnie 41-48 oznaczeń na godzinę”. W tym kontekście Odwołujący przywoływał udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie 3.i) w piśmie z dnia 19 sierpnia 2015 r., w którym ten miał wyrazić zgody „na zaoferowanie analizatora zapasowego immunochemicznego o wydajności do 100 oznaczeń na godzinę dla reakcji jednostopniowej w trybie STAT”.

- II.2. Wbrew wymaganiom Zamawiającego (warunek graniczny nr 2) „odczynniki do oznaczania prokalcytoniny (poz. 62 formularza cenowego - Diazyme Procalcitonin Assay, nr kat. DZ558A-K) zaoferowane przez Abbott nie posiadają na opakowaniu fiolek odczynnika zarówno R1 jak i R2 kodów kreskowych wraz z informacją o dacie ważności.”.
- II.3. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Abbott nie spełniała też warunku granicznego nr 3: „Zaoferowany przez ABBOTT analizator zapasowy Architect i1000SR nie ma możliwości stosowania odczynników konfekcjonowanych po 500 oznaczeń w opakowaniu (zaoferowanych dla analizatora podstawowego). Takie odczynniki mogą być używane wyłącznie w analizatorze Architect i2000. Tymczasem z treści formularza cenowego wynika, że wykonawca ABBOTT zaoferował odczynniki konfekcjonowane po 500 oznaczeń dla parametrów: Witamina D całkowita (poz. 54 formularza cenowego), PSA całkowite (poz. 56 formularza cenowego), CK-MB masa (poz. 71 formularza cenowego) oraz Przeciwciała anty-HCV (poz. 76 formularza cenowego). Wyżej wymienione odczynniki mogą być stosowane jedynie w module immunochemicznym i2000 analizatora głównego ci8200, który obsługuje odczynniki konfekcjonowane po 500 oznaczeń w jednym opakowaniu. Z kolei takie same odczynniki nie mogą być

stosowane w analizatorze zapasowym i1000SR.”

- II.4. Zdaniem Odwołującego Abbott zaferowało „za mało kontroli i kalibratorów. Dla przykładu kontrola do PCT (pozycja 2 formularza oferty, w części Kalibratory, materiały kontrolne) została zaferowana w ponad dwukrotnie mniejszej ilości, niż wymaga tego należyte wykonanie zamówienia. Aparat pobiera 15 µl próbki / kalibratora / kontroli, objętość martwa w naczynku ABBOTT wynosi 50 µl, czyli łącznie do jednego oznaczenia próbki / kalibratora / kontroli potrzeba 65 mL. Ilość oznaczeń kontrolnych w okresie realizacji zamówienia, zgodnie z SIWZ, wynosi 2190 oznaczeń (codzienna kontrola na dwóch poziomach). Zamawiający będzie więc potrzebował: 65 µl x 2190 = 142,35 ml materiału kontrolnego (tj. 24 opakowania kontroli pakowanej

4

po 2 x 3,0 ml. Tymczasem w ofercie ABBOTT ujęto jedynie 9 opakowań kontroli, co oznacza, że Zamawiający przez prawie dwa lata trwania umowy pozbawiony będzie możliwości wykonywania kontroli jakości badań dla PCT.” Nadto zdaniem Odwołującego „w ofercie ABBOTT nie uwzględniono kalibratora do oznaczania PSA wolnego, a jest to konieczna pozycja do wykonania tego oznaczenia.”

- II.5. „Analiza treści oferty ABBOTT prowadzi do wniosku, że ww. wykonawca zaniżył ilości opakowań oferowanych materiałów kontrolnych dla szeregu testów, w tym testów Troponin I hs, BNP, HBsAg, anty-HCV, a-HBs, Treponema Pallidum, Toxo IgG, Toxo IgM. Oznacza to, że przez znaczną część trwania umowy Zamawiający pozbawiony będzie możliwości wykonywania oznaczeń kontrolnych dla ww. testów.” Odwołujący zawarł w odwołaniu następującą tabelę, która miała zawierać stosowne wyliczenia:

	Ilość oznaczeń	Ilość min 1 opak. ilość	Konieczna ilość	Konieczna Brakująca	Ilość kontrolnych w oznaczenie				
	ilość ml	ilość	Wielkość	traktuje umowy	kontrolne	Ilość mi opakowań			
L kontroli kontroli w opakowań p Nazwa Kontroli	ć 1 (2 lata) zgodnie	(zgodnie z w 1 op. kontroli w w okresie kontroli w opak. % podanym w ulotką kontroli	okresie	oferty SIWZ	trwania	oferty metodyczną trwania Abbott umowy Abbott harmonogramem Abbott) * umowy			
1	2	4	5	6	7	8 = 6x7	9=4	10= 8 / 9	11= 10 - 5
1 hs Troponin I Control	3x8ml	14	2190	0,50	1095,00	24,00	46	32	
2 BNP Control	3x8ml	14	2190	0,25	547,50	24,00	23	9	
3 anti-HCV Control	2x8ml	14	2190	0,30	657,00	16,00	42	28	
4 HbsAg Qnalit II Contr	2x8ml	14	2190	0,30	657,00	16,00	42	28	
5 anti-I Bhs AU SAB Cont	3x8ml	2	318	0,25	79,50	24,00	4	2	
6 Toxo IgG Control	3x8ml	2	318	0,20	63,60	24,00	3	1	
7 Toxo IgM Control	2x4ml	4	318	0,20	63,60	8,00	8	4	

- II.6. Odwołujący podnosił, że „Wśród badań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia w punkcie 71 formularza ofertowego (w części dotyczącej odczynników) Zamawiający wymienił CK-MB masa (32000 oznaczeń w okresie 36 miesięcy). Oznaczanie CK-MB masa odbywa się na analizatorze immunochemicznym. Zamawiający wyraźnie wymagał zaferowania odczynników do oznaczania CK-MB masa (takie odczynniki służą wykrywania białka enzymu CK-MB, nie aktywności enzymu). Badanie CK-MB masa

5

wykonywane jest przy wykorzystaniu modułu immunochemicznego, podczas gdy CK-MB oznaczane jest na części biochemicznej analizatora. Wyniki badania CK-MB masa wyrażane są w jednostkach ng/ml, a wyniki badania CK-MB masa wyrażane są w jednostkach aktywności enzymatycznej U/L. W ofercie ABBOTT nie ujęto odczynników immunochemicznych do oznaczania CK-MB masa. Odczynnik do oznaczania CK-MB masa uwzględniony w ofercie ABBOTT (poz. 71 formularza cenowego) o numerze katalogowym 06K25-30 jest odczynnikiem biochemicznym, a nie immunochemicznym. Zaferowany przez ABBOTT odczynnik o numerze katalogowym 06K25-30 służy

do oznaczania aktywności enzymu CK-MB, a nie białka CK-MB, czyli tzw. masy tego enzymu. Dodatkowo w poz. 21 formularza ofertowego z kalibratorami wykonawca ABBOTT zaofertował kalibrator Multigen CK-MB Calibrator o numerze kat. 06K25-10, który jest kalibratorem do odczytnika 06K25-30 oznaczającego aktywność CK-MB, a nie masę.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum Beckman oraz Abbott oraz powtórzenie czynności badania i oceny, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 5 listopada 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska sp. z o.o. w Warszawie, Werfen Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz „Pointe Scientific Polska” sp. z o.o. w Warszawie.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty, które zostały przedstawione przez Strony i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

6

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z ll. 2 i 4 SIWZ „Przedmiot zamówienia został podzielony na Pakiety i zadania: *Pakiet I składający z 9 zadań oraz Pakiet II składający się z 26 zadań (...) Oferta może dotyczyć wszystkich lub wybranych zadań. Nie dopuszcza się składania ofert częściowych w obrębie poszczególnych zadań.”*

Zgodnie z pkt V.1 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć „Wypełniony Formularz Ofertowy stanowiący Załącznik Nr 4 do niniejszej specyfikacji wraz z wypełnionymi Załącznikami dla poszczególnych Pakietów i Zadań”. Zgodnie z pkt V.14 wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą: „Prospekty, foldery, materiały informacyjne producenta w języku polskim w ramach oferowanego asortymentu potwierdzające wymagane i oceniane przez Zamawiającego parametry.”

W pkt XV.1 SIWZ Zamawiający w odniesieniu do ceny postanowił, że:

1.1. „Cena oferty winna być obliczona w następujący sposób:

- a) Wykonawca określi ceny jednostkowe netto na wszystkie pozycje wymienione w Formularzu Cenowym,
- b) Wykonawca obliczy wartość poszczególnych pozycji poprzez przemnożenie ceny jednostkowej przez ilość jednostek, następnie wycyzy i doda podatek VAT.
- c) Wykonawca zliczy i poda cenę za całość zamówionych dostaw w stosunku rocznym netto, a następnie doda podatek VAT. Tak wyliczona kwota będzie stanowić cenę oferty.

1.2. W cenach jednostkowych zawierają się wszystkie koszty związane z dostawą towaru do bezpośredniego odbiorcy tj. czynności związane z przygotowaniem dostawy, transportu itp.

1.3. Cena całkowita oferty określona przez Wykonawcę zostanie ustalona na okres obowiązywania umowy i nie będzie podlegała zmianom z wyjątkiem odpowiednich zapisów umowy.

1.4. Ceny jednostkowe oraz cena całkowita winny być określone przez Wykonawcę z uwzględnieniem ewentualnych upustów, jakie Wykonawca oferuje.”

W odniesieniu do Pakietu I zadania 1 Zamawiający sporządził, zamknięte w formie tabeli w jej kolejnych 23 pozycjach, „zestawienie parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych”. W tabeli tej Zamawiający zapisał m.in.:

w pozycji 1: „rok produkcji analizator główny – nowy fabrycznie 2012-2015 CE; – analizatory zapasowe 2011-2015 CE; analizator umożliwiający wykonanie badań z tej samej próbki, przechodzenie próbki z modułu biochemicznego do immunochemicznego bez ingerencji operatora, w sposób automatyczny. wydajność modułu biochemicznego

7

nie mniejsza niż 1000 oznaczeń/godzinę z ISE, wydajność modułu immunochemicznego nie mniejsza niż 100 oznaczeń na godzinę”,

w pozycji 2: „odczynniki płynne, gotowe do użycia, bez konieczności dzielenia – opakowań. odczynniki chłodzone na pokładzie aparatu, opatrzone kodem kreskowym z datą ważności”,

w pozycji 3: „odczynniki, płyny i materiały zużywalne takie same dla analizatora – głównego i zapasowych”,

w pozycji 4: „analizator pracujący całodobowo random access”, –

w pozycji 20: „analizator ma być dostarczony z odpowiednim UPS, komputerami, – drukarkami i innym sprzętem niezbędnym do jego pracy”.

W przypadku każdej z pozycji powołanej tabeli, jej trzecia kolumna została pozostawiona przez Zamawiającego pustą i opatrzona nagłówkiem: „treść oferty”. Pod tabelą zawarte zostało oświadczenie: „Oświadczamy, że oferowane powyżej wyspecyfikowane analizatory są kompletne i będą gotowe do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji”.

W odniesieniu do pakietu I zadania 1 Zamawiający skonstruował również formularz cenowy. Podobnie, jak powołane zestawienie także ten formularz został on sporządzony w formie tabeli, w której kolejne nagłówki otrzymały następujące tytuły: „Lp.”, „Nazwa odczynnika”, „Ilość badań w okresie 36 miesięcy”, „Cena za jedno badanie + koszty”, „Ilość oznaczeń w opakowaniu”, „Ilość pełnych opakowań”, „Cena netto za 1 opakowanie (PLZ)”, „Wartość ogólna netto (6 x 7)”, „Podatek VAT % Kwota”, „Wartość ogólna brutto (8 + 10)”, „Producent i nr katalogowy”. Zamawiający wypełnił jedynie pierwsze trzy kolumny: „Lp.”, „Nazwa odczynnika”, „Ilość badań w okresie 36 miesięcy”, pozostałe pozostały puste – uzupełnić je miał wykonawca składający ofertę.

W piśmie z dnia 19 sierpnia 2015 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 3.i):

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie analizatorów zapasowych, gdzie analizator immunochemiczny posiada wydajność do 100 ozn/godz dla reakcji jednostopniowej w trybie STAT, a analizator biochemiczny – do 800 ozn/godz (400 testów fotometrycznych i 600 testów ISE)?” wyjaśnił: „Zamawiający wymaga zgodnie z SIWZ”.

W odpowiedzi na pytanie 96.c): „Pkt. 2 parametrów granicznych: czy Zamawiający dopuści dwa testy (kwasy żółciowe oraz fosfataza kwaśna), które nie będą opatrzone kodem kreskowym? Będą jednak zdefiniowane na pokładzie na ściśle określonej pozycji wybranej przez Operatora. Takie rozwiązanie daje również możliwość zdefiniowania terminu ważności

8

oraz stabilności na pokładzie tak umieszczonego odczynnika” Zamawiający wyjaśnił: „Tak, Zamawiający dopuszcza”.

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania w zakresie pakietu I zadania 1 Zamawiającemu zostały złożone cztery oferty, w tym m.in. oferty Odwołującego, konsorcjum Beckman oraz Abbott.

Zamawiający w toku badania ofert dwukrotnie wzywał konsorcjum Beckman do złożenia

wyjaśnień odnoszących się do treści oferty (pisma z dnia 28 września i 2 października 2015 r.), na każde z tych wezwań uzyskując odpowiedź (pisma z dnia 1 i 6 października 2015 r.). Podobnie dwukrotnie od złożenia takich wyjaśnień wzywał Abbot (pisma z dnia 28 września i 2 października 2015 r.), uzyskując na każde z tych wezwań odpowiedź (pisma z dnia 30 września i 6 października 2015 r.)

Pismem z dnia 22 października 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców, m.in. o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej w pakiecie I zadaniu 1 przez konsorcjum Beckman – oferta złożona przez Abbott sklasyfikowana została na pozycji 2 w rankingu ofert, zaś oferta Odwołującego na pozycji trzeciej.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący wniósł rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty, w zakresie, w jakim miałyby to przemawiać za uwzględnieniem odwołania, nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być

niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez wszystkich elementów w odwołaniu Odwołującego tych zawartych (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 964), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskazuje na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one

do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

10

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności poszczególnych zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu.

Drugą generalną uwagę, znajdującą zastosowanie do wszystkich zarzutów, odnieść należało do zagadnienia rozkładu ciężaru dowodu.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: *„Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla faktów, z wywodzą skutki prawne. dowodu, stwierdzenia których Ciężar zgodnie z art. 6 k.c. w zwz. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słusności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia*

11

7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).” W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy,

a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione.

Mając na uwadze fakt, że większość zarzutów postawionych przez Odwołującego opierała się na założeniu, że treść kwestionowanych przez niego ofert nie odpowiadała treści SIWZ, a zatem na twierdzeniu o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było również dostrzeżenie istoty powołanego przepisu. Koniecznym w takim przypadku było ustalenie rzeczywistej treści ofert przez Odwołującego kwestionowanych, jak również odpowiedniej treści SIWZ, z którą treść tychże ofert należałoby zestawić, a następnie rozważenie, czy można stwierdzić zaistnienie rozbieżności między tymi dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił ich zaistnienie Odwołujący. Pamiętać przy tym należy, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodził on korzystny dla siebie skutek prawny.

Mając powyższe na uwadze, Izba rozpoznała każdy z zarzutów postawionych w odwołaniu – ustaliła i zważyła co następuje:

I. w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty złożonej przez konsorcjum Beckman:

I.1. Zarzut ten oparty został na wyrażonym przez Odwołującego przekonaniu, że zaferowany przez konsorcjum Beckman analizator AU680, wbrew oświadczeniu zawartemu w złożonej przez konsorcjum ofercie, nie charakteryzuje się odpowiednią wydajnością modułu biochemicznego. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagał fakt, że nawet w świetle twierdzeń zawartych w odwołaniu, oczywistym było to, że treść przez literalnie odpowiadała treści SIWZ kwestionowanej Odwołującego oferty Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami konsorcjum Beckman zawartymi w piśmie z dnia 2015 i 315 zawarta ulotka, 1 października r. na 314 stronie została zgodnie z którą oferowany Zamawiającemu analizator charakteryzuje się wydajnością „800 oznaczeń na godzinę (1200 z ISE)”. Tym samym proste zestawienie treści oferty

12

z treścią SIWZ nie pozwalało stwierdzić rozbieżności między nimi, czemu nie przeczył sam Odwołujący.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga to, że Odwołujący nie przeprowadził dowodu mającego potwierdzać prezentowane przez niego rozumienie wymogu SIWZ, zgodnie z którym analizator miał posiadać „wydajność modułu biochemicznego nie mniejsza niż 1000 oznaczeń/godzinę z ISE”. Pojęcia użyte w tym opisie nie są pojęciami języka potocznego – niewiadomym, w świetle przywoływanych przez Odwołującego zapisów przedstawionych Izbie dokumentów, pozostaje znaczenie akronimu „ISE” i jego znaczenia i wpływu na wydajność wskazywanego tam modułu. Już sam ten element wykluczał uznanie przez Izbę treści SIWZ za dostatecznie wyjaśnioną przez Odwołującego, a prezentowane przez tego wykonawcę rozumienie spornego zapisu SIWZ za należyście udokumentowane, tak aby możliwym było przyjęcie, że odpowiednia treść oferty złożonej przez konsorcjum Beckman tejże treści SIWZ nie odpowiada, a tym samym, że zachodzi między nimi niezgodność przemawiająca za odrzuceniem tak skonstruowanej oferty.

Dostrzeżenia wymaga też to, że przywoływany zapis SIWZ rozumieć można w sposób generalny, tj. jako taki, który nie został odniesiony indywidualnie, do każdego z rodzajów badań, jakie Zamawiający w świetle SIWZ ma zamiar przeprowadzać. Możliwym jest przyjęcie, że wartość progowa określona przez Zamawiającego odpowiadać ma generalnej wielkości deklarowanej przez producenta, bez konieczności wykazywania przekroczenia tejże wartości progowej w przypadku każdego z rodzajów testów wskazanych w SIWZ (określenia wielkości rzeczywistych dla każdego z rodzajów testów). Z faktu braku wyraźnego odniesienia do każdej, bez wyjątku, pozycji formularza cenowego, można również wywodzić, że wartość progowa odnosić się może do wielkości średniej z łącznej ilości wszystkich testów wskazanych przez Zamawiającego w całym

okresie obowiązywania umowy. W tym kontekście zauważenia wymaga to, że Odwołujący nie podjął nawet próby podważenia prawidłowości wyliczeń średniej ilości oznaczeń dokonanych przez Przystępującego – co istotne, w odwołaniu sam twierdził, że Zamawiający będzie wykonywał 8 oznaczeń testu HbA1c na dzień, a zatem taką samą ilość, jaką do swych obliczeń przyjął Przystępujący.

Z przedstawionego przez Odwołującego wydruku mającego stanowić 22 stronę podręcznika użytkownika analizatora AU680 wynika, że w przypadku przeprowadzania jedynie analizy HHbA1c wydajność wynosi maksymalnie 100 testów na godzinę. Informacja ta opatrzona jest jednak adnotacją, zgodnie z którą „gdy analizator AU680 jest podłączony do systemu automatyzacji laboratoryjnej, wydajność zależy od LAS”. Akronim

13

LAS nie został przez Odwołującego rozkodowany. Nie przedstawił Odwołujący żadnych dowodów, zgodnie z którymi powołana adnotacja mogła zostać uznana za nieistotną w kontekście stawianych Zamawiającemu zarzutów, czy też jaki wpływ („in minus” czy „in plus”) dla spornej wydajności może mieć fakt podłączenia analizatora do systemu określonego w teście adnotacji.

Wszystkie przywołane wątpliwości co do rzeczywistej treści SIWZ przemawiały przeciw uwzględnieniu stawianego przez Odwołującego zarzutu. To on wszak miał obowiązek udowodnić słuszność swoich twierdzeń i w ocenie Izby z obowiązku tego się nie wywiązał w takim stopniu, aby treść wymagań opisanych przez Zamawiającego jawiła się jako taka, która nie pozostawia żadnych wątpliwości co do ich rzeczywistego zakresu. Skoro zatem nie została należycie udokumentowana treść wymagań Zamawiającego (ich faktyczne znaczenie i zakres oczywiste dla specjalistów, a nie będące powszechną wiedzą o tych faktach), niemożliwym było tym samym w toku postępowania odwoławczego odnoszenie do takich, niewyjaśnionych w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości, zapisów SIWZ, treści oferty złożonej przez Przystępującego. Szczególnie, że w rozpoznawanej sytuacji, oferta ta, nawet w świetle odwołania, literalnie odpowiadała i potwierdzała wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Za wykraczające poza zarzuty odwołania – ich podstawę faktyczną – uznała Izba zawarte w piśmie z dnia 16 listopada 2015 r. stwierdzenie, że sporny analizator gwarantuje wydajność do 1200 oznaczeń/godzinę, nie zaś nie mniej niż 1000 oznaczeń/godzinę, co z uwagi na brak jednoznaczności takiego zapisu miało nie potwierdzać spełnienia wymogu z SIWZ. W odwołaniu brak jakichkolwiek twierdzeń odnoszących się do tego właśnie aspektu oferty konsorcjum Beckman i załączonych do niej dokumentów, stąd powoływanie tych okoliczności faktycznych po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogło zostać uznane za skuteczne.

- I.2. Niewątpliwym jest, że zgodnie z treścią oferty (tabela „zestawienie parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych”, pozycja 2, w części uzupełnionej przez wykonawcę) konsorcjum Beckman zadeklarowało dostarczenie odpowiedniego asortymentu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. „opatrzonych kodami kreskowymi z datą ważności”. Oświadczenie to zostało potwierdzone w piśmie z dnia 6 października 2015 r., a ponadto dodatkowo wzmocnione oświadczeniem jednego z konsorcjantów w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. Zestawiając tak skonstruowaną treść badanej oferty z odpowiednią treścią SIWZ, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby treści te sobie nie odpowiadały, a zatem, aby zostało wykazane, że oferta złożona

14

przez konsorcjum Beckman powinna zostać odrzucona. Wykonawca ten w sposób wyraźny zadeklarował w swojej ofercie, że dostarczone przez niego opakowania odczynników będą oznaczone odpowiednimi kodami kreskowymi.

Za wykraczające poza zarzuty odwołania – ich podstawę faktyczną – uznała Izba zawarte w piśmie z dnia 16 listopada 2015 r. twierdzenia o przelewaniu odczynników

do odpowiednich naczynek oraz o konieczności wyceny w formularzu cenowym odpowiednich kodów kreskowych. W odwołaniu brak jakichkolwiek twierdzeń odnoszących się do tego właśnie aspektu oferty konsorcjum Beckman i załączonych do niej dokumentów, stąd powoływanie tych okoliczności faktycznych po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogło zostać uznane za skuteczne.

- I.3. W ocenie Izby, Odwołujący w kontekście tego zarzutu nie przedstawił odpowiednich dowodów, które potwierdzałyby słuszność dokonanej przez niego interpretacji warunku granicznego nr 4 („analyzer *pracujący całodobowo random access*”). Prezentowaną przez siebie wykładnię treści SIWZ oparł jedynie na własnym stanowisku, nie odwołując się dla wykazania jej słuszności do żadnych zewnętrznych źródeł. Nie bez znaczenia jest też to, że w opisie spornego wymagania pojawia się obcojęzyczny zwrot, tymczasem zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza wyjątków. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, że uzasadnionym jest jego przekonanie co do rzeczywistej treści wymagań wynikających z przywoływanego przez niego zapisu SIWZ. Nie została zatem istota udokumentowana wymagania Zamawiającego, która przemawiać miała, zdaniem Odwołującego za odrzuceniem oferty złożonej przez Przystępującego. Sporne pozostało faktyczne znaczenie i zakres wymagań wypływających z treści warunku granicznego nr 4. Uwzględniając fakt, że wiedza o znaczeniu użytych tam pojęć nie jest powszechna, a nadto pojęcia te zostały opisane w języku innym niż polski, Izba uznać musiała, że negatywne konsekwencje zaniechania przedstawienia odpowiednich dowodów w tym zakresie ponieść musiał Odwołujący. W takim stanie sprawy, niemożliwym było w toku postępowania odwoławczego odnoszenie treści oferty złożonej przez Przystępującego do niewyjaśnionych w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości zapisów SIWZ.

15

Co równie istotne dla rozstrzygnięcia, to stanowisko Odwołującego prezentowane w odwołaniu nie było spójne z tym, które zawarł w piśmie z dnia 16 listopada 2015 r., a następnie przedstawiał w toku rozprawy przed Izbą. W odwołaniu twierdził on, że po upływie trzech godzin pracy „konieczna jest interwencja operatora i uzupełnienie materiałów zużywalnych i płynów po zatrzymaniu pracy aparatu”. Mowa zatem była o zatrzymaniu pracy aparatu, co rozumieć można było jako całkowite jego wyłączenie (przy czym przyznać trzeba, że brak w odwołaniu jednoznacznego twierdzenia w tym zakresie), a konieczne miało to być jedynie na potrzeby uzupełnienia materiałów zużywalnych i płynów. Tymczasem już w piśmie z dnia 16 listopada 2015 r. i później w toku rozprawy przed Izbą, Odwołujący opierał swe zarzuty na twierdzeniu, że z uwagi na wybrane czynności czyszczenia (pojemnik na stałe odpady, odrębna procedura po przeprowadzeniu oznaczania poziomu witaminy B₁₂) niemożliwe jest zlecenie nowych badań. Dostrzegając różnicę pomiędzy czynnością uzupełniania materiałów zużywalnych i płynów a czynnością czyszczenia poszczególnych pojemników, czy nawet całego analizatora, Izba uznała, że wykraczające poza zarzuty odwołania – ich podstawę faktyczną – twierdzenia odnoszące się do poszczególnych czynności czyszczenia (tymczasem gros dowodów przywołanych przez Odwołującego odnosił się właśnie do czynności czyszczenia, a nie uzupełniania materiałów zużywalnych i płynów). W odwołaniu brak jakichkolwiek twierdzeń odnoszących się do tego właśnie aspektu oferty konsorcjum Beckman i załączonych do niej dokumentów, stąd powoływanie tych okoliczności faktycznych po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogło zostać uznane za skuteczne. Na marginesie jedynie zauważyć należało, że nawet w kontekście tych czynności Odwołujący nie udokumentował znaczenia komunikatu „READY” mającego opisywać jeden z trybów pracy systemu, do którego to trybu odwoływał się w kontekście twierdzeń o konieczności przeprowadzania odrębnej procedury po przeprowadzeniu oznaczania poziomu witaminy B₁₂.

I.4. W pozycji 20 „Zestawienia parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych” konsorcjum Beckman zadeklarowało, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, że dostarczy „analizator (...) z odpowiednim UPS, komputerami, drukarkami i innym sprzętem niezbędnym do jego pracy”, oświadczenie to wzmacniając, zawartym pod powołanym zestawieniem, kolejnym oświadczeniem, zgodnie z którym „oferowane powyżej wyspecyfikowane analizatory są kompletne i będą gotowe do użytkowania bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji”. Nadto zapytany o to dodatkowo przez Zamawiającego, w piśmie z dnia 6 października 2015 r. wyjaśnił, że koszty niezbędnej zgodnie z odpowiednimi dokumentami wytrząsarki zostały uwzględnione w złożonej mu ofercie. W takim kontekście Odwołujący twierdził,

16

że konsorcjum Beckman nie objęło swą ofertą rzeczony wytrząsarki. Nie przedstawił przy tym żadnego zapisu SIWZ, z którego wynikać miałby wyraźny obowiązek wyraźnego wyróżnienia w ofercie takiego urządzenia. Jest to szczególnie istotne w kontekście brzmienia pełnej treści pkt 20, gdzie mowa jest o dostarczeniu nie tylko innego sprzętu niezbędnego do pracy analizatora, ale również dostawie odpowiednich UPS-ów, komputerów czy drukarek, a jak podnosił to Zamawiający, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, te właśnie urządzenia nie zostały wyszczególnione w sposób wyraźny w żadnej ze złożonych mu ofert. Mając to na uwadze, wobec niewskazania przez Odwołującego odrębnej podstawy zobowiązującej wykonawców do wyraźnego wskazania w swojej ofercie na odpowiednią wytrząsarkę, Izba nie znalazła powodów, dla których urządzenie to winno być objęte w treści oferty odrębnym wyraźnym oświadczeniem, a zatem aby miało ono zostać potraktowane inaczej, niż przywołane w tym samym punkcie zestawienia odpowiednie UPS-y, komputery czy drukarki.

We wniesionym do Prezesa Izby odwołaniu brak było twierdzeń o nieuwzględnieniu kosztu dostarczenia wytrząsarki jako odrębnej pozycji w formularzu wyceny – mowa tam była jedynie, o nieobjęciu ofertą zobowiązania dostarczenia tegoż urządzenia. Tym samym twierdzenia o konieczności nie tylko wyraźnego oświadczenia o objęciu ofertą dostawy wytrząsarki, ale również o odrębnym wycenieniu takiej dostawy, Izba uznała za wykraczającego poza granice zarzutów zakreślone w odwołaniu.

I.5. W ramach tego punktu odwołania Odwołujący twierdził m.in., że konsorcjum Beckman „nie zawarło w swej ofercie „żadnych instrukcji metodycznych testu *Diazyme Procaldonin Assay* (wymaganych w punkcie 14 w rozdziale V SIWZ) ani oficjalnych aplikacji BECKMAN COULTER do analizatora AU680 dla tego testu”. Zgodnie z powołanym pkt V.14 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą: „Prospekty, foldery, materiały informacyjne producenta w języku polskim w ramach oferowanego asortymentu potwierdzające wymagane i oceniane przez Zamawiającego parametry.” Istotny był zatem cel, w jakim dokumenty te miały być Zamawiającemu przedstawione.

Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zakreślony w SIWZ cel

folderów lub materiałów informacyjnych składania Zamawiającemu

prospektów,

producenta nie został w przypadku kwestionowanej przez niego oferty osiągnięty.

Nie wykazał on też, jakie to wymagane przez Zamawiającego parametry wskazanego przez niego testu nie mogły zostać przez Zamawiającego ustalone, na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów. Mając to na uwadze, Izba uznała, że tak zakrojony zarzut nie zasługiwał na uznanie.

17

Niejako obok, w tym samym punkcie uzasadnienia odwołania, Odwołujący formułował twierdzenia o zaoferowaniu przez konsorcjum Beckman zbyt małej ilości testu prokalcytonina. Twierdzeń tych nie poparł jednak odpowiednimi dowodami. Przedstawił Izbie dwie ulotki (jedną sporządzoną w języku polskim, drugą w angielskim – z powodów wskazanych powyżej, Izba uwzględnić mogła jedynie dokument sporządzony w języku polskim). Nie przywołał jednak konkretnych zapisów, czy to tych ulotek, czy to innych dokumentów postępowania, w szczególności SIWZ, z których wynikać miałyby wartości

przyjęte przez niego do zaprezentowanych Izbie wyliczeń. Tak jak w innych przypadkach, wiedza o sposobie pracy analizatora, czy też o zużyciu poszczególnych odczynników, czy też liczby każdego z rodzajów oznaczeń (w tym kalibracyjnych i kontrolnych), nie jest wiedzą powszechną, stąd też wymaga przeprowadzenia odpowiedniego dowodu. Odwołujący nie udokumentował wszystkich podstaw przyjętych do przeprowadzenia przedstawionych Izbie wyliczeń. Nie podjął też w toku rozprawy, czy we wcześniejszym piśmie z dnia 16 listopada 2015 r., rzeczowej polemiki z twierdzeniami Przystępującego o zastosowaniu odpowiedniej dla oferowanego przez niego analizatora aplikacji, która zapewni mniejsze zużycie odczynnika.

Mając to na uwadze, Izba uznała tak zakrojony w odwołaniu zarzut za niezasługujący na uwzględnienie.

- I.6. W kontekście zarzutu postawionego w tym punkcie uzasadnienia odwołania, Izba w pierwszej kolejności uznała, że odwołanie swym zakresem odnosiło się jedynie do kontroli ujętej w pozycji 37 formularza wyceny – w odwołaniu brak wskazania na jakiegokolwiek okoliczności faktyczne (nie mogło za takie zostać uznane ogólne stwierdzenie, o zaoferowaniu zbyt małej ich ilości, bez żadnego doprecyzowania tej tezy i odniesienia do szczegółowych zapisów oferty) odnoszące się do zaoferowanej przez konsorcjum Beckman ilości kalibratorów. Podobnie, jak choćby w przypadku pkt I.5 odwołania, Odwołujący także w tym przypadku nie przedstawił konkretnych zapisów, czy to złożonych przez siebie ulotek, czy to innych dokumentów postępowania, w szczególności SIWZ, z których wynikać miałyby wartości przyjęte przez niego do zaprezentowanych Izbie wyliczeń, a tym samym nie wykazał on, że wyliczenia te były uzasadnione i miały oparcie w faktach. Nie zostało m.in. udokumentowane twierdzenie o wykorzystaniu w module biochemicznym tego samego rodzaju naczynek co w module immunochemicznym, a jak przyznał to sam Odwołujący przedstawiony przez niego schemat naczynek wraz z opisem ich właściwości był właściwy dla modułu immunochemicznego. Tymczasem, jak podnosił to Przystępujący, czemu Odwołujący

18

nie zaprzeczył, istotne w kontekście rozpoznawanego zarzutu badanie przeprowadzane być miało w module biochemicznym.

- I.7. Zarzut ten w odwołaniu oparty został na przekonaniu, że asortyment wskazany w pozycji 134 formularza cenowego („Sample cups 0,5 ml”) jest wyrobem medycznym, stąd winien zostać objęty ośmioprocentową stawką podatku VAT, podobnie, jak inny, podobny produkt („Sample cups 2 ml”). W ocenie Odwołującego konsorcjum Beckman nie uzasadniło przekonująco zastosowania w odniesieniu do powołanego produktu stawki podstawowej podatku VAT. W toku rozprawy powołane konsorcjum wyjaśniało, że w dniu składania ofert nie dysponowało odpowiednią deklaracją zgodności pochodzącą od producenta spornego produktu, która potwierdzałaby to, że produkt ten jest wyrobem medycznym. Przywoływało treść deklaracji zgodności złożonej wraz z jego ofertą (Odwołujący nie przeczył temu, że taka właśnie deklaracja została złożona wraz z tą ofertą), która nie odnosiła się do spornego produktu, a obejmowała m.in. produkt „Sample cups 2 ml”. Nadto konsorcjum przedstawiło kopie zgłoszenia produktu „Sample cups 0,5 ml” i „Sample cups 2 ml” do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dokonane w dniu 25 września 2015 r. Wszystko to świadczyło miało, zgodnie z twierdzeniami Przystępującego, o istniejących po jego stronie wątpliwościach co do możliwości zastosowania w odniesieniu do powołanego produktu preferencyjnej stawki podatku VAT. Na marginesie podnosił on, że różnica w cenie oferty, wynikająca z zastosowania przez niego stawki podstawowej to 37 zł w całym okresie realizacji (cena oferty przekraczała kwotę 3 mln 600 tys. zł brutto). Nie było sporne między Stronami to, że wyroby medyczne winny być objęte stawką 8%.

Niezależnie od oceny tego, czy rzeczywiście po stronie Przystępującego mogły istnieć uzasadnione wątpliwości co do wysokości stawki podatku VAT w przypadku spornego produktu (w ocenie Izby, w świetle całego przedmiotu zamówienia, charakteru oferowanego asortymentu i jego przeznaczenia, mało prawdopodobnym jest, aby Przystępujący nie umiał prawidłowo ocenić charakteru oferowanego produktu,

a nadto wprowadzając go do obrotu, aby nie był on w posiadaniu odpowiednich, odnoszących się do niego, deklaracji zgodności – brak tu odpowiednich dowodów z jego strony na potwierdzenie podnoszonych przez niego okoliczności), Izba, kierując się poglądem wyrażonym w orzecznictwie uznała, że zastosowanie stawki podstawowej podatku VAT, w przypadku, gdy właściwym mogłoby być uznane zastosowanie stawki preferencyjnej, nie może przemawiać za odrzuceniem oferty. I tak, tytułem przykładu, Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 430/14 stwierdziła co następuje: „Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r.,

19

Nr 177, poz. 1054 ze zm.) podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Pogląd, że pozostałe stawki podatku VAT, w tym 8%, można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, jest już dobrze ugruntowany na gruncie prawopodatkowym. «Towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka» («VAT. Komentarz» Lex 2010 r. A. Bartosiewicz, R. Kubacki). Teza ta znajduje również zastosowanie w obszarze zamówień publicznych. «Jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem» (wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13). (...) Izba uznała zatem, że odwołujący miał prawo przyjąć stawkę podstawową podatku VAT do obliczenia ceny wyposażenia. Skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odmiennego poglądu prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego nie wspierają uchwały SN z 20 października 2011 r. wydane w sprawach III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11. Dostrzec trzeba bowiem, że przywołane uchwały SN zostały wydane na kanwie sporu o zastosowanie stawki preferencyjnej (vide: stan faktyczny - wyroki KIO z dnia 1 i 2 marca 2011 r. odpowiednio w sprawach o sygn. akt KIO 313/11 i KIO 314/11). Tymczasem okoliczności niniejszego sporu są diametralnie inne, gdyż nie tylko inny jest przedmiot zamówienia, ale przede wszystkim odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło, nie z powodu nieuprawnionego zastosowania stawki preferencyjnej, lecz – błędnego zdaniem zamawiającego - przyjęcia stawki podstawowej. Niewątpliwie uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Rezultatem takiego działania jest przecież uzyskanie przez takiego wykonawcę wyższej (mniej korzystnej) oceny własnej oferty w obligatoryjnym kryterium ceny, co nie ma znaczenia dla oceny pozostałych ofert, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców konkurujących o dane zamówienie publiczne (podobnie: wyrok KIO z 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2138/11). Izba, również w tym składzie orzekającym, podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z 6 listopada 2012 r.

20

(sygn. akt KIO 2294/12), że w ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną. Pogląd przeciwny jest nie do pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3

pkt 1a ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.”

Z tych też powodów, Izba uznała, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

II. w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty złożonej przez Abbott:

II.1. Jak twierdził Odwołujący: „Urządzenie *Architect i1000SR* osiąga wydajność teoretyczną 100 oznaczeń na godzinę jedynie przy oznaczaniu testów jednostopniowych w trybie STAT (protokół 11). Dotyczy to jednak tylko nielicznych testów do oznaczania leków (digoksyna, fenobarbital, fenytoina, teofilina, kwas walproinowy, wankomycyna). Tymczasem w niniejszym postępowaniu, przeważająca większość zamawianych parametrów są to testy oznaczane na analizatorze *Architect i1000* w reakcji dwustopniowej. W konsekwencji, praktyczna wydajność analizatora drastycznie spada do poziomu maksymalnie 41-48 oznaczeń na godzinę”. W ocenie Izby twierdzenie to nie zostało należycie udowodnione. Jedynym dowodem jaki przedłożył w tym kontekście Odwołujący była jedna strona mająca pochodzić z instrukcji obsługi systemu *Architect*, zgodnie z którą wydajność ogólna wolnostojącego *i1000SR* wynosić miała „Do 100 testów na godzinę dla protokołu reakcji jednostopniowej nr 11 w trybie STAT”. Tymczasem w pkt 1 „Zestawienia parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych”, do którego odnosił się Odwołujący zapisano: „wydajność modułu immunochemicznego nie mniejsza niż 100 oznaczeń na godzinę”. Nie zostało przez Odwołującego wykazane, że przytoczone przez niego zapisy instrukcji obsługi systemu *Architect* odnoszą się do modułu immunochemicznego, o którym mowa w opisie przytoczonego wymagania zawartego w SIWZ. Nie zostało również udokumentowane znaczenie pojęć „protokół reakcji jednostopniowej nr 11”, czy też „tryb STAT”. Mając to na uwadze Izba uznała, że nie zostało jej wykazane, aby zestawiane przez Odwołującego ze sobą zapisy SIWZ oraz instrukcji traktowały o tej samej materii,

21

a tym samym, aby mogły potwierdzać słuszność stawianego przez Odwołującego zarzutu. Odwołujący nie podnosił też, aby którykolwiek z dokumentów złożonych przez Abbott wraz z jego ofertą potwierdzał zasadność jego twierdzeń – w ogóle do takich dokumentów się nie odwoływał. Mając na uwadze, że literalna treść oferty odpowiada minimalnym wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ, a późniejsze wyjaśnienia nie przeczą oświadczeniom tam zawartym wprost, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby kwestionowana przez Odwołującego oferta, z powodów przytoczonych powyżej, winna zostać odrzucona, albowiem wszystkie przywołane wątpliwości co do rzeczywistej treści SIWZ przemawiały przeciw uwzględnieniu stawianego przez Odwołującego zarzutu. To on wszak miał obowiązek udowodnić słuszność swoich twierdzeń i w ocenie Izby z obowiązku tego się nie wywiązał w takim stopniu, aby treść wymagań opisanych przez Zamawiającego jawiła się jako taka, która nie pozostawia żadnych wątpliwości co do ich rzeczywistego zakresu. Skoro zatem nie została należycie udokumentowana treść wymagań Zamawiającego (ich faktyczne znaczenie i zakres oczywiste dla specjalistów, a nie będące powszechną wiedzą o tych faktach) – podobnie nie zostały należycie udokumentowane pojęcia użyte w złożonym przez Odwołującego wyciągu z instrukcji obsługi systemu *Architect* – niemożliwym było w toku postępowania odwoławczego odwołanie do takich, niewyjaśnionych w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości, zapisów SIWZ, treści oferty złożonej przez Przystępującego, a nadto konfrontowanie ich z przedłożonym Izbie wyciągiem z instrukcji. Szczególnie, że w rozpoznawanej sytuacji, oferta ta, nawet w świetle odwołania, literalnie odpowiadała i potwierdzała wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ.

II.2. Niewątpliwym jest, że zgodnie z treścią oferty (tabela „zestawienie parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych”, pozycja 2, w części uzupełnionej przez wykonawcę) Abbott zadeklarowało dostarczenie odpowiedniego asortymentu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. „opatrzonego kodami kreskowymi z datą ważności”. Oświadczenie to zostało potwierdzone w piśmie z dnia

6 października 2015 r., a ponadto dodatkowo wzmocnione oświadczeniem jednego z konsorcjantów w piśmie z dnia 9 listopada 2015 r. Zestawiając tak skonstruowaną treść badanej oferty z odpowiednią treścią SIWZ, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby treści te sobie nie odpowiadały, a zatem, aby zostało wykazane, że oferta złożona przez Abbott powinna zostać odrzucona. Wykonawca ten w sposób wyraźny zadeklarował w treści oferty, że dostarczone przez niego będą oznaczone odpowiednimi kodami kreskowymi.

22

II.3. W ocenie Izby zarzut ten się potwierdził. Zgodnie z pkt 3 „Zestawienia parametrów granicznych analizatora głównego i analizatorów zapasowych” wykonawca był zobowiązany zapewnić, aby „odczynniki, płyny i materiały zużywalne [były] takie same dla analizatora głównego i zapasowych”. Tymczasem jak to podnosił Odwołujący, a potwierdził sam wykonawca w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 30 września 2015 r., zaoferowane Zamawiającemu odczynniki nie mogą zostać uznane za takie same – są one bowiem inaczej konfekcjonowane, z uwagi na inną wydajność modułu roboczego analizatorów podstawowego i zapasowego. Jak przyznał to sam Abbott w powołanym piśmie, opakowania o zawartości 500 testów dedykowane są do zastosowania w analizatorze głównych, zaś te po 100 testów są przeznaczone do analizatora zapasowego. Stąd też niemożliwym było uznanie, że w tym przypadku odczynniki do obu rodzajów analizatorów są takie same. Tym samym rzeczywista treść oferty, uwzględniająca zapisy poszczególnych pozycji formularza cenowego, przytoczone przez Odwołującego (pozycje 54, 56 i 76, nie dotyczy to pozycji 71, w przewidziano jeden rodzaj o zawartości 500 testów) której opakowania nie odpowiadała przytoczonej treści SIWZ.

II.4. Argumenty, dla których Izba nie uznała zarzutów zakreślonych w tym punkcie uzasadnienia odwołania pokrywać się muszą w znacznej mierze w tymi, które przytoczone zostały w pkt I.5.

Za nieudowodnione Izba uznała twierdzenie, że Abbott nie zaoferował w ogóle „kalibratora do oznaczania PSA wolnego, a jest to konieczna pozycja do wykonania tego oznaczenia”. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało to, że nie zostało wykazane, aby koniecznym było zaoferowanie takiego kalibratora – nie zostały wskazane zapisy SIWZ, które rodziłyby taki obowiązek. Nadto nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby za produkt, którego brak zarzucał, nie mógł zostać uznany ten, na który wskazywało Abbott w wyjaśnieniach odnoszących się do pozycji 57 formularza cenowego w piśmie z dnia 30 września 2015 r.

Niejako obok, w tym samym punkcie uzasadnienia odwołania, Odwołujący formułował twierdzenia o zaoferowaniu przez Abbott zbyt małej ilości kontroli dla PCT. Twierdzeń tych nie poparł jednak odpowiednimi dowodami. Przedstawił Izbie jedynie wydruki ulotek. Nie powołał jednak Odwołujący konkretnych zapisów, czy to złożonych Izbie ulotek, czy to innych dokumentów postępowania, w szczególności SIWZ, z których wynikać miały by wartości przyjęte przez niego do zaprezentowanych Izbie wyliczeń. Tak jak w innych przypadkach, wiedza o sposobie pracy analizatora, czy też o zużyciu poszczególnych odczynników, czy też liczby każdego z rodzajów

23

oznaczeń (w tym kalibracyjnych i kontrolnych), nie jest wiedzą powszechną, stąd też wymaga przeprowadzenia odpowiedniego dowodu. Odwołujący nie wszystkich przyjętych do udokumentował podstaw przeprowadzenia przedstawionych Izbie wyliczeń.

Mając to na uwadze, Izba uznała tak zakrojony w odwołaniu zarzut za niezasługujący na uwzględnienie.

II.5. Z analogicznych powodów, jak w przypadku zarzutów omówionych w pkt II.4, także w tym przypadku Izba uznała twierdzenia sformułowane w tym punkcie

uzasadnienia odwołania za nieudowodnione należycie. Także w tym przypadku Odwołujący przedstawił Izbie jedynie zbiór ulotek, nie powołał jednak przy tym konkretnych zapisów, czy to złożonych Izbie ulotek, czy to innych dokumentów postępowania, w szczególności SIWZ, z których wynikać miały by wartości przyjęte przez niego do zaprezentowanych Izbie wyliczeń. Wobec braku takiego wyraźnego wskazania w poszczególnych dokumentach konkretnych zapisów, które Odwołujący uznał za istotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała tak zakrojony zarzut za nieudowodniony.

II.6. W ocenie Izby zarzut ten się potwierdził, a o jego uwzględnieniu przesądziło pytanie zadane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 września 2015 r.: „poz. 71 CKMB masa – czy oferowany czynnik o numerze katalogowym 06K25-30 służy do oznaczania CKMB masa” i udzielona na nie przez Abbott odpowiedź w piśmie z dnia 30 września 2015 r., które zdają się potwierdzać, że wykonawca ten dostrzegł zarzucany w jego ofercie brak, albowiem oświadczył, że „za zgodą Zamawiającego możemy w trakcie trwania umowy wymiennie zaferować” inny odczynnik, podając przy tym jego numery katalogowe, ilość opakowań i wycenę.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów uznając ofertę złożoną przez konsorcjum Beckman za najkorzystniejszą. Nie zostało bowiem wykazane, w granicach zarzutów podlegających rozpoznaniu przez Izbę, aby Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez to konsorcjum.

W świetle powyższego, Izba uznała także, że wykazane zostało naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Abbott. Fakt ten, w ocenie Izby nie mógł zostać jednak uznany za naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania. Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 2605/14: „Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim i zarzutów kierowanych wobec czynności zaniechań zamawiającego,

24

jest więc stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. [w spr. o sygn. akt: V Ca 3270/12]”. Tymczasem w rozpoznawanym odwołaniu, uwzględnienie zarzutów podnoszonych wobec oferty Abbott, przy jednoczesnym uznaniu za niezasadne zarzutów podnoszonych wobec oferty konsorcjum Beckman, nie umożliwiłoby uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Podobnie Izba w sprawie KIO 1606/14, KIO 175/14, KIO 179/14, czy też KIO 2464/10.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

25