Sygn. akt: KIO 232/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Bobrowieckiej 8 (00-728 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą
w Katowicach przy ul. Raciborskiej 26 (40-074 Katowice)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Abbott Laboratories Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21b (02-676 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 232/24

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

Katowickie Centrum Onkologii z siedzibą w Katowicach zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, na *zakup i dostarczanie odczynników biochemicznych i immunochemicznych, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej oraz biochemicznego analizatora beck-up a także ich serwisem* o numerze referencyjnym: KCO/PN/ 69 /2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2023 r. pod numerem 2023/S 209-659739.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 22 stycznia 2024 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie (zwanego dalej jako: „Abbott”) w postępowaniu;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Abbott w postępowaniu;

względnie, z ostrożności:

- zaniechaniu poprawienia omyłki w ofercie Abbott, skutkującej koniecznością zwiększenia ceny oferty Abbott;
- błędnej ocenie oferty Abbott i przyznanie jej zawyżonej liczby punktów w kryterium cena,

a w konsekwencji łącznej liczby punktów w całym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez jego niezastosowanie
i zaniechanie odrzucenia oferty Abbott gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

z ostrożności:

2) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez jego niezastosowanie

i zaniechanie poprawienia w ofercie Abbott innej omyłki polegającej na niedoszacowaniu liczby opakowań odczynników koniecznych do wykonania zamówienia, co powinno zostać poprawione przez zamawiającego jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty
z dokumentami zamówienia;
3) art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez wybranie w postępowaniu oferty Abbott, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku odrzucenie oferty Abbott;
z ostrożności:
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłek w ofercie Abbott w zakresie ilości opakowań odczynników formularza asortymentowo - cenowego poprzez doliczenie nieuwzględnionej przez Abbott ilości opakowań zgodnie z uzasadnieniem odwołania, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy, a w konsekwencji obniżenie ofercie Abbott liczby punktów w kryterium ceny do 75,02 pkt i obniżenie łącznej liczby punktów do 85,02 pkt.

Odwołujący wyjaśnił, że dokonane przez zamawiającego uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że firma Abbot nie doszacowała znacznej ilości opakowań odczynników niezbędnych do zrealizowania przedmiotowego zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia, a w konsekwencji cena oferty tej firmy została znacznie zaniżona, aż o kwotę 446 906,16 zł. Aktualnie zatem oferty Abbott i odwołującego są nieporównywalne. W konsekwencji, zachwiania doznaje zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż mając na uwadze tak ogromne rozbieżności cenowe, trudno jest mówić o równym traktowaniu wykonawców.
W szczególności Abbott zaoferował zbyt małe ilości odczynników nieuwzględniające terminów trwałości po otwarciu na pokładzie analizatorów. Zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji nie zwolnił wykonawców z prawidłowego oszacowania oferty i nie wyraził zgody na zaoferowania jedynie minimalnych ilości. Niedoszacowanie dotyczy odczynników – Załącznik Nr 2B pozycje 15, 22, 23, 24, 27, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38 i 41 oraz Załącznik Nr 2C pozycje 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33 i 34 – ze względu na ich trwałość po otwarciu w okresie 36 miesięcy.
Odwołujący wyjaśnił, że wartość oferty firmy Abbot w tym postępowaniu wynosiła 3 297 367,67 zł brutto, a uwzględniając niedoszacowanie w kwocie 446 906,16 zł powinna wynosić 3 744 273,83 zł brutto. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2023 r. wezwał Abbott do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający powziął bowiem wątpliwość czy Abbott zaoferował wystarczającą ilość opakowań oznaczeń koniecznych do wykonania zamówienia. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Abbot podtrzymał, że powyższe nie jest żadną omyłką. W ocenie Abbott ilość zaoferowanych odczynników została skalkulowana prawidłowo i wystarczająco na okres trwania umowy zgodnie z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SWZ. Abbott przywołał przy tym zapisy w instrukcji obsługi Alinity ci-series (str. 637) oraz w ulotkach oferowanych odczynników (Rozdział - Przechowywanie odczynników), odczynniki w momencie ich nie używania można przechowywać w lodówce zewnętrznej w temp. 2 do 8 ^{O}C, co rzekomo „pozwala na wydłużenie stabilności danego odczynnika aż do jego daty ważności". Abbot podniósł przy tym, że zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wymagał by oferowane odczynniki były przechowywane „ciągle" na pokładzie analizatora i rzekomo Abbott nie miał obowiązku skalkulować ilości według stabilności przechowywania odczynników na pokładzie analizatora. Również i z powyższą argumentacją odwołujący się nie zgodził. Po pierwsze jest to zapis dotyczący samego urządzenia i nie odnosi się do stabilności samego testu. Po drugie firma Abbott niesłusznie założyła, że wyspecyfikowane odczynniki zapewniające wykonywanie analiz w jakimś momencie będą „nieużywane". Zamawiający w UWAGACH, Załącznik Nr 2D do SWZ jednoznacznie opisał sposób pracy Laboratorium:
pkt. 1 „Laboratorium pracuje 24 h/dobę, 7 dni w tygodniu,
pkt. 2 80% badań jest wykonywanych w godz. 7:00-15:00
pkt. 3 w soboty, niedziele i święta wykonywanych jest o ok. 60% mniej badań niż w dni robocze". Oznacza to, że w systemie całodobowej pracy wieloprofilowego szpitala zamawiającego i konieczności zabezpieczenia badań zwłaszcza dla stanów nagłych pacjentów przez 24 godz./ dobę, nie będzie można wystawiać odczynników i przestawiać ich do lodówki jak sugeruje Abbott. Poza tym, w praktyce laboratorium zamawiającego nie ma możliwości zagwarantowania zakresu temperatur zalecanych przez producenta Abbott dla odczynników po otwarciu, czyli od 2 do 8 °C. Zakres temperatur w typowych chłodziarkach laboratoryjnych do przechowywania odczynników ma górny gwarantowany zakres

do 12 lub do 15 °C, czyli nie spełniający zaleceń producenta Abbott do 8 °C. A więc jedynym sposobem zapewnienia trwałości odczynników po otwarciu jest ich ciągłe przechowywanie na pokładzie analizatora, gdzie producent precyzyjnie ocenił termin stabilności. Jest to też powszechna praktyka stosowana przez firmy diagnostyczne, aby zagwarantować kontrolowaną temperaturę przechowywania odczynników po otwarciu, zgodnie z zaleceniami producenta. Z powyższych zapisów wynika także, że w przypadku większości odczynników, które zostały niedoszacowane, nie ma możliwości ich „nieużywania" np. dla poz. 15 Załącznika 2B – Cholesterol całkowity – zamawiający wyspecyfikował ilość 14 559 ozn. na 3 lata. Dla tego oznaczenia zamawiający określił również harmonogram kontroli – 7 dni
w tygodniu na 2 poziomach (praca na jednym aparacie). Oznacza to, że każdego dnia będzie wykonywana kontrola na dwóch poziomach oraz w przybliżeniu 13 ozn. pacjentów (14559 ozn./1095 dni= 13,29 ozn.). Drugi przykład, poz. 14 Załącznika 2C – Witamina D3, metabolit 25(OH) – zamawiający wyspecyfikował 4 398 ozn. na 3 lata. Dla tego oznaczenia określił harmonogram kontroli – codziennie 1 poziom naprzemiennie. Oznacza to, że każdego dnia będzie wykonywane 1 oznaczenie kontrolne oraz 4 oznaczenia pacjentów (4398/1095= 4 ozn.). Zatem „nieużywanie" odczynnika jest wykluczone a jego przekładanie do zewnętrznej lodówki w momencie kiedy laboratorium pracuje 24 h/dobę i wykonuje chociaż jedno oznaczenie dziennie, nie ma żadnego uzasadnienia. Po drugie, zamawiający oprócz wspomnianych wymogów, UWAGI pkt. 1-3, nie określił, że któreś
z wyspecyfikowanych oznaczeń będzie wykonywał w ściśle określonym harmonogramie np. raz w tygodniu. Harmonogram kontroli odnosi się jedynie do wykonywania badań kontroli jakości a nie wykonywania badań pacjentów. Następnie nie sposób zgodzić się
z twierdzeniem firmy Abbott, jakoby przełożenie odczynników do lodówki zewnętrznej pozwalało „na wydłużenie stabilności danego odczynnika aż do jego daty ważności" oraz, że „stabilność zatrzymuje się". Prawdą jest, że w ulotkach produktowych odczynników Abbott zawarta jest informacja o terminie przechowywania:
- przed pierwszym otwarciem,
- na pokładzie analizatora,
- po otwarciu (w domyśle poza analizatorem).
Zrozumiałe jest także to, że jeśli wyjmie się odczynnik z pokładu analizatora „zegar stabilności na pokładzie zatrzyma się". Jednak, to nie stabilność odczynnika zatrzymuje się tylko zegar w analizatorze nie będzie już „śledził stabilności" bo odczynnik został wyjęty. Zatem po otwarciu odczynnika zaczyna biec okres jego stabilności i to operator musi pilnować czy nadal można go używać. Pamiętać należy również, że odczynniki służą do oznaczania próbek pacjentów i na podstawie uzyskanych wyników lekarz podejmuje decyzje kliniczne. Zatem niewiarygodny wynik będzie miał bezpośrednie przełożenie na zdrowie lub utratę zdrowia pacjenta. Dodatkowego zaakcentowania wymaga fakt, że zgodnie z pkt. 4 pod tabelą w Załączniku Nr 2B i 2C do SWZ, zamawiający zawarł wymóg zrobienia doliczeń do wykonania kalibracji z uwzględnieniem powyższych pkt.1-4. Firma Abbott nie doliczyła oznaczeń na wykonanie kontroli zgodnie z podanym harmonogramem. Co więcej, jeśli twierdzi, że odczynnik można używać poza okresem stabilności, to wręcz powinna doliczyć takie oznaczenia kontrolne aby potwierdzić możliwość stosowania danego odczynnika (gdyż „ciągłość śledzenia stabilności została przerwana").
Odnosząc się do stwierdzenia Abbott zawartego w jego wyjaśnieniach, iż: „Zamawiający
w żadnym punkcie SWZ nie wymagał by oferowane odczynniki były przechowywane "ciągle" na pokładzie analizatora", odwołujący zwrócił uwagę na następujące zapisy SWZ. W punkcie 2 minimalnych wymagań granicznych koniecznych do spełnienia przez oferowane aparaty, Załącznik nr 2A do SWZ, zamawiający zawarł wymóg: „Jeśli część immunochemiczna oferowanej platformy nie posiada wystarczającej ilości miejsc odczynnikowych, zapewniających możliwość jednoczasowego wykonywania całego panelu badań (zgodnie ze specyfikacja wykazu badań immunochemicznych - Załącznik nr 2C do SWZ), Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie dwóch platform biochemiczno-immunochemicznych (...)" oraz pkt. 14: "Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych na pokładzie aparatów zapewniająca możliwość jednoczasowego wykonywania całego panelu badań zgodnie
z wykazem w Załączniku nr 2B do SWZ i Załączniku nr 2C do SWZ". Z powyższych zapisów wynika, że zamawiający wymagał dostępu do takiej ilości miejsc aby mógł „jednoczasowo" wykonywać wyspecyfikowany panel badań. Warunek ten był ważny dla zamawiającego skoro powtórzył go dwa razy (zapis w dwóch punktach granicznych). Zaoferowana ilość odczynników jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia i uniemożliwia zamawiającemu wykonanie założonej przez zamawiającego liczby oznaczeń, co jawi się jako niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Sam również Abbott stwierdził, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z żadną omyłką. Skoro ww. uchybień nie można potraktować jako omyłki nie prowadzącej do istotnych zmian w treści oferty, oczywistym jest zatem, że należało odrzucić ofertę Abbott na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, iż ww. uchybienia nie stanowią istotnej zmiany treści oferty, odwołujący postawił zarzuty dotyczące zaniechania poprawienia oferty Abbott na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji niewłaściwej ocenie oferty Abbott. Powyższe niedoszacowanie ma bowiem wpływ na ranking ofert,

ponieważ firma Abbot powinna uzyskać zamiast 85,19 pkt w kryterium ceny (którego waga została określona na 90 %), tylko 75,02 pkt, co zmienia ranking ofert na korzyść odwołującego. Łączna liczba punktów oferty Abbott powinna wynieść 85,02 pkt, natomiast oferta odwołującego uzyskała 90 pkt.
Mając na uwadze powyższe zamawiający, w ocenie odwołującego, naruszył art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia
w ofercie Abbott innej omyłki polegającej na niedoszacowaniu liczby opakowań odczynników koniecznych do wykonania zamówienia, co powinno zostać poprawione przez zamawiającego jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.
Odwołujący zaakcentował, że zamawiający w przypadku istnienia obowiązku doliczenia do oferty ilości testów był zobligowany poprawić w ofercie wykonawcy taki mankament na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przypadku gdyby nie można było potraktować ww. omyłki jako prowadzącej do istotnych zmian w treści oferty, to już bez żadnego wątpienia ww. mankamenty mają charakter innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp
i podlegają obligatoryjnemu poprawieniu poprzez uwzględnienie brakującej ilości testów.
W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył przepisy art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez wybranie w postępowaniu oferty Abbott, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 6 lutego 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie
w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Tego samego dnia tj. 6 lutego 2024 r. również wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym zawarł argumentację dla wniosku
o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp.
z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału
w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD oraz częściowo w postaci papierowej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 lutego 2024 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami (zwaną dalej nadal: „SWZ”);
- wyjaśnienia treści SWZ z dnia 22 listopada 2023 r.;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- pismo z dnia 20 grudnia 2023 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2023 r.;
- ogłoszenie wyników postępowania z dnia 10 stycznia 2024 r.;
2)dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego:
- fragment z instrukcji obsługi Alinity ci-series, str. 637;
- ulotkę odczynnika FT3;
- certyfikaty analizy przykładowego dostępnego lotu;

3)przeprowadzony na rozprawie dowód z oględzin dwóch filmów, o łącznej długości ok. 4 minut dotyczących ładowania i wyładowywania odczynników z analizatora Alinity.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w części SWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w pkt II, III, IV i V wskazał, że:

II. *Minimalne wymagania graniczne zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej oraz biochemicznego analizatora beck-up zostały określone szczegółowo w* ***Załączniku nr 2A do SWZ***

III. *Odczynniki biochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej oraz biochemicznego analizatora beck-up zostały określone w* ***Załączniku nr 2B do SWZ.***

IV. *Odczynniki immunochemiczne, materiały kontrolne i kalibratory do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej zostały określone w* ***Załączniku nr 2C do SWZ.***

V. *Materiały zużywalne do zintegrowanej platformy biochemiczno-immunochemicznej oraz biochemicznego analizatora beck-up zostały określone w* ***Załączniku nr 2D do SWZ.***

Część SWZ dotycząca przedmiotowych środków dowodowych zakresie pkt 3 posiadała m. in. następującą treść:

Dla uznania formalnej poprawności oferta musi zawierać następujące dokumenty:

1)Wypełniony i podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy ***Formularz Oferty*** *stanowiący* ***Załącznik Nr 1 do SWZ****.*

2)Wypełnioną i podpisaną przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy ***Ofertę Cenową,*** *stanowiącą* ***Załącznik Nr 2 do SWZ.***

3)Wypełniony i podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy ***Załącznik Nr 2A do SWZ****.*

4)Wypełniony i podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy ***Załącznik Nr 2B do SWZ.***

5)Wypełniony i podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy ***Załącznik Nr 2C do SWZ.***

Pkt 14 załącznika nr 2A do SWZ posiadał następującą treść:*Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych na pokładzie aparatów zapewniająca możliwość jednoczasowego wykonywania całego panelu badań zgodnie z wykazem w Załączniku nr 2B do SWZ*
i Załączniku nr 2C do SWZ.

W dniu 22 listopada 2023 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ. Pytanie i odpowiedź nr 25 posiadały następujące brzmienie:

Zapytanie nr 25

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby do wykonywania oznaczeń jonów Na, K można było zaoferować moduł ISE z uwzględnieniem jego praktycznego zużycia oraz trwałości, nie zaś według podanej stabilności w ulotce? Prośbę uzasadniamy naszą wiedzą praktyczną jako producenta oraz w oparciu o opinie użytkowników oferowanych przez nas systemów."

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na powyższe pod warunkiem wskazania możliwości monitorowania parametrów do oceny stabilności modułu ISE.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnione załączniki nr 2A, 2B, 2C i 2D do SWZ. W ramach pkt 14 załącznika 2A przystępujący zaznaczył TAK w kolumnie Parametr oferowany, natomiast w uwagach dla tej pozycji wskazał: *Wystarczająca ilość miejsc odczynnikowych w karuzeli aparatu immunochemicznego - 47 miejsc. Instrukcja obsługi str 130.*

Pismem z dnia 13 grudnia 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. W pkt 1 wezwania zamawiający wskazał, że:

Abbott zaoferował zbyt małe ilości odczynników nieuwzględniające terminów trwałości po otwarciu na pokładzie analizatorów. Zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji nie zwolnił Wykonawców z prawidłowego oszacowania oferty i nie wyraził zgody na zaoferowania jedynie minimalnych ilości.

Stwierdzamy, że oferta firmy Abbott zawiera zbyt małą ilość asortymentu. Niedoszacowanie dotyczy odczynników – Załącznik Nr 2B pozycje 15, 22, 23, 24, 27, 30, 32, 34, 35, 36, 37, 38 i 41 oraz Załącznik Nr 2C pozycje 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33 i 34 - ze względu na ich trwałość po otwarciu w okresie 36 m-cy.

W dalszej części wezwania została zamieszczona tabela mająca przedstawiać pełne zestawienie niedoszacowanych odczynników.

Pkt 1 wezwania kończył się następującym stwierdzeniem – *Wartość oferty firmy Abbot Laboratories w tym postępowaniu wynosiła 3 297 367,67 zł brutto, a uwzględniając niedoszacowanie w kwocie 446 906,16 zł powinna wynosić 3 744 273,83 zł brutto.*

Pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13

grudnia 2023 r. W pkt 1 wyjaśnień przystępujący wskazał m. in.:
Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. potwierdza, że ilość zaoferowanych odczynników została skalkulowana prawidłowo i wystarczająco na okres trwania umowy zgodnie
z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SWZ. Zgodnie z zapisem w instrukcji obsługi Alinity ci-series (str. 637) oraz w ulotkach oferowanych odczynników (Rozdział - Przechowywanie odczynników), odczynniki w momencie ich nie używania można przechowywać w lodówce zewnętrznej w tem. 2 do 8 ^{o}C, co pozwala na wydłużenie stabilności danego odczynnika aż do jego daty ważności.
Następnie przystępujący zacytował fragment z instrukcji obsługi Alinity ci-series
Dalszy część wyjaśnień z pkt 1:
Wbrew twierdzeniom Roche, Zmawiający w żadnym punkcie SWZ nie wymagał by oferowane odczynniki były przechowywane „ciągle" na pokładzie analizatora. Abbott nie miał obowiązku sztucznie zawyżać wartości swojej oferty, poprzez kalkulację ilości w sposób który proponuje firma Roche tj. według stabilności przechowywania odczynników na pokładzie analizatora. Abbott skalkulował ofertę w sposób staranny, zgodnie z warunkami na które pozwala mu oferowana technologia (sic!) i wymogi SWZ.
Następnie przystępujący zamieścił tabelę odnoszącą się do wskazanych w wezwaniu pozycji z załączników 2B i 2C.
Wyjaśnienia w tej części przystępujący skonstatował następującym oświadczeniem: *Firma Abbott oświadcza, że podała właściwe ilości testów, co nie stanowi niedoszacowania wartości oferty*.
W dniu 10 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna*
z warunkami zamówienia;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp – *Zamawiający poprawia w ofercie:*
(…)
3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.;
- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający rozstrzygając przedmiotową sprawę w znacznej mierze oparł się na argumentacji przystępującego uznając ją za zasadną.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że przystępujący zaoferował niewystarczającą ilość odczynników
w stosunku do tego co wynikało z SWZ. W tym kontekście Izba zwróciła uwagę, że przystępujący w złożonym piśmie procesowym zawarł tabelkę, w której zestawił liczbę zaoferowanych przez niego opakowań odczynników z minimalną liczbą opakowań, niezbędną do zapewniania terminu ważności przez cały okres obowiązywania umowy. Jak wynikało z tej tabelki liczba zaoferowanych przez przystępującego odczynników była większa od minimalnej, niezbędnej do zapewnienia okresu ważności liczby odczynników przez cały czas trwania umowy. Tym samym dla każdego z wykonywanych przez zamawiającego oznaczeń zaoferowaną przez przystępującego liczbę opakowań odczynników można było uznać za wystarczającą do zapewnienia obowiązywania terminu ważności przez cały okres trwania umowy. Przykładowo odczynnik nr 23 – Cholesterol HDL – został oznaczony jako zachowujący ważność przez 22 miesiące. W związku z tym aby zapewnić okres ważności odczynnika przez cały czas trwania umowy wystarczało zapewnić 1,6 opakowania. Przystępujący zaoferował 8 opakowań tego odczynnika, czyli ponad 4 razy tyle, ile jest niezbędne biorąc pod uwagę termin ważności odczynnika.
W tym miejscu warto było dodać, że tabela wymieniona powyżej została opracowana

w oparciu o certyfikaty analizy przykładowej dostępnej serii (LOTu) danego odczynnika,
w których podana została data produkcji oferowanego odczynnika oraz data ważności. Przystępujący dołączył do pisma wydruki tych certyfikatów. Zamawiający wymagał ponadto, aby do podanej przez niego liczby testów doliczyć testy na kalibrację. Przygotowane zestawienie miało uwzględniać wszystkie te wymagania i wskazywać na liczbę opakowań rzeczywiście zaoferowanych przez przystępującego.
Mając powyższe na uwadze Izba doszła do przekonania, że argumentacja odwołującego odnosząca się do zaoferowania przez przystępującego niewystarczającej liczby odczynników okazała się ogólnikowa oraz nie została poparta żadnymi dowodami. Tymczasem przystępujący przedstawił tabelkę, która została oparta na załączonych do pisma dowodach w postaci certyfikatów. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do informacji wynikających z tabelki czy też do złożonych certyfikatów. W wyniku tego odwołujący nie zakwestionował ani powodów złożenia tej tabelki, ani prawidłowości informacji w niej zawartych, ani zasadności powiązania informacji z niej wynikających ze złożonymi dowodami. Tym samym mając na uwadze zasadę kontradyktoryjności postępowania odwoławczego Izbie nie pozostało właściwie nic innego jak tylko przyjąć zasadność stanowiska przystępującego, które było silniejsze dowodowo.
W dalszej kolejności skład orzekający uznał, że odczynniki przystępującego należy przechowywać w lodówce przed ich otwarciem oraz można przechowywać w lodówce po otwarciu, co pozwala zachować ich stabilność.
Kluczowe zagadnienie w tej kwestii było związane z technologią odczynników przystępującego i rozróżnieniem w tym kontekście pojęć „daty ważności" oraz „stabilności" tych odczynników. Jak wynikało ze stanowiska przystępującego każdy z odczynników tego wykonawcy ma określoną datę ważności – co potwierdzała tabelka zawarta w piśmie procesowym przystępującego, o której była mowa powyżej – z reguły jest to kilkanaście miesięcy. Data ważności jest umieszczona na opakowaniach odczynników (także w sposób, który umożliwia analizatorowi odczyt daty ważności danego odczynnika). Każdy
z odczynników przystępującego ma też określony okres stabilności na pokładzie analizatora, który zaczyna biec po załadunku danego odczynnika na pokład analizatora i biegnie tylko
w czasie, gdy odczynnik na tym pokładzie się znajduje. Wyjęcie odczynnika i jego powrót do lodówki zewnętrznej zatrzymuje upływ biegu jego stabilności. Okresy stabilności na pokładzie analizatora są różne, wynoszą nawet do 56 dni i są wskazane w ulotkach danych odczynników. Ponadto przystępujący wskazał, że gwarantuje, iż charakterystyka odczynnika zostaje utrzymana jeśli przestrzegane są postanowienia z ulotek dotyczące stabilności
(w tym sposobu przechowywania odczynnika przed i po jego otwarciu) oraz daty ważności. Istotna jest zależność pomiędzy „datą ważności", a „stabilnością" odczynników przystępującego, a także zależność pomiędzy sposobem przechowywania jego odczynników po ich otwarciu, a upływem okresu stabilności. Przystępujący wyjaśnił, że zależności te można przeanalizować na przykładzie odczynnika, którego data ważności to np. 31 grudnia 2025 roku, zaś okres stabilności na pokładzie analizatora to 30 dni. Jeżeli taki odczynnik zostanie otwarty 1 marca 2024 roku, umieszczony w tym dniu na pokładzie analizatora,
a następnie będzie cały czas przechowywany na pokładzie analizatora, to – o ile nie zostanie on w całości zużyty wcześniej – jego okres stabilności upłynie 31 marca 2024 roku. Jeżeli natomiast ten sam odczynnik (otwarty i załadowany na pokład analizatora w dniu 1 marca 2024 roku o godzinie 8:00) zostanie wyjęty z pokładu analizatora, w tym samym dniu
o godzinie 12:00 (w związku z tym, że na dany moment laboratorium zakończyło wykonywanie oznaczeń z jego użyciem i nie jest konieczne przechowywanie go na pokładzie analizatora) i umieszczony w znajdującej się w laboratorium lodówce w odpowiedniej temperaturze (wskazanej w ulotce odczynnika), to upływ biegu okresu jego stabilności się zatrzyma. W takiej sytuacji z 30 dni okresu stabilności tego odczynnika zostaną „zużyte" jedynie 4 godziny. Odliczanie upływu okresu stabilności rozpocznie się dopiero po ponownym załadowaniu tego odczynnika na pokład analizatora. W przypadku jego ponownego wyjęcia – upływ tego okresu ponownie ulegnie „zawieszeniu". Gdyby ten sam odczynnik nie był następnie w ogóle używany przez zamawiającego, a jedynie przechowywany w lodówce, to mógłby jeszcze zostać ponownie użyty w ostatnim dniu jego daty ważności, tj. 31 grudnia 2025 roku. Jak wynika z powyższego, technologia odczynników przystępującego umożliwia zachowanie tej samej charakterystyki i jakości odczynników przez cały okres ich ważności i stabilności – z uwzględnieniem faktu, iż okres stabilności upływa jedynie w czasie, gdy dany odczynnik znajduje się na pokładzie analizatora. Racjonalne gospodarowanie odczynnikami przez zamawiającego, polegające na okresowym wyjmowaniu kaset odczynnikowych z analizatora i przekładaniu ich do zewnętrznej lodówki, pozwala na maksymalnie długie korzystanie z danego odczynnika bez ryzyka utraty jego właściwości gwarantowanych przez producenta przez cały okres trwania umowy. Dodatkowo przystępujący wskazał, że jego odczynniki można przechowywać w temperaturze określonej przez producenta, do końca daty ważności. Powyższe twierdzenie przystępującego nie pozostało gołosłowne, ponieważ wynikało z instrukcji analizatora Alinity ci-series, która została złożona przez przystępującego jako dowód w sprawie. Z dowodu tego wynikało, że
w przypadku odczynników, które mają zdefiniowaną stabilność na pokładzie, jej śledzenie zachodzi po zeskanowaniu

pojemnika za pomocą czytnika kodów paskowych. Po wyładowaniu pojemnika z karuzeli odczynnikowej oraz usunięciu z podajnika, zegar stabilności na pokładzie analizatora zatrzymuje się.
Ponadto proces ładowania i wyładowywania odczynnika na pokład analizatora był widoczny na dwóch filmikach zaprezentowanych na laptopie przez przystępującego podczas rozprawy. Z filmików tych wynikało, że odczynniki można wyjmować z analizatora i wkładać do zewnętrznej lodówki. Wtedy ich stabilność liczona na pokładzie analizatora zatrzymuje się. Zegar analizatora nie zeruje się ani nie blokuje po wyładowaniu odczynnika z pokładu, tylko zatrzymuje się. Rusza znowu, gdy odczynnik zostaje ponownie załadowany na pokład.
Z kolejnego dowodu złożonego przez przystępującego tj. z ulotki odczynnika FT3 (fragment – „Przechowywanie odczynników", str. 2) wprost wynikało, że po otwarciu i zdjęciu z pokładu analizatora odczynniki można przechowywać w temperaturze od 2 do 8 stopni Celsjusza aż do daty ważności. Przy czym w przypadku odczynników przechowywanych poza analizatorem zaleca się je przechowywać na oryginalnych tackach lub w pudełkach w celu zapewnienia, że pozostaną one w pozycji pionowej.
Izba uznała za zasadne powyżej opisane stanowisko przystępującego, które dodatkowo zostało poparte adekwatnym materiałem dowodowym, czego nie można było stwierdzić
w stosunki do stanowiska odwołującego. W konsekwencji, skład orzekający stwierdził, że ilość zaoferowanych odczynników przez przystępującego została skalkulowana prawidłowo
i w sposób wystarczający mając na uwadze okres trwania umowy. Warto przy tym dodać, że powyższe okoliczności zostały wyjaśnione przez przystępującego przy okazji wyjaśnień przedstawionych w piśmie z dnia 20 grudnia 2023 r. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie tylko odwołał się do instrukcji analizatora oraz ulotek odczynników, ale także opisał dodatkowo metodę przechowywania odczynników w lodówce. Wyjaśnienia te zostały przyjęte przez zamawiającego czego efektem był wybór oferty przystępującego.
Reasumując Izba stwierdziła, że przystępujący zaoferował odpowiednią liczbę odczynników tak, by wypełnić wymogi z SWZ i zapewnić wykonanie wymaganej ilości badań
w wyznaczonym przez zamawiającego czasie.
Ostatnim argumentem przemawiającym za rozstrzygnięciem odwołania na niekorzyść odwołującego było przyjęcie przez Izbę argumentacji przystępującego wskazującej, że wbrew twierdzeniom odwołującego, SWZ nie wymagał, aby odczynniki były ciągle przechowywane wyłącznie na pokładzie analizatora przez cały okres trwania umowy.
Jak słusznie wyjaśnił przystępujący, zamawiający odróżnił czas pracy laboratorium od czynności wykonywania badań. Okoliczność wskazująca, że laboratorium jest czynne 24 godziny na dobę, nie oznacza, że oznaczenia są wykonywane bez przerwy i to wszystkie na raz, non stop, przez 3 lata. Naturalnym wydaje się stwierdzenie, że są okresy, kiedy badania na danym odczynniku nie są wykonywane i wtedy powinien on – w zgodzie z SWZ
i w zgodzie z zasadą gospodarności – być umieszczony w zewnętrznej lodówce. W razie nagłego przypadku w bardzo krótkim czasie odczynniki mogą zostać załadowane na pokład analizatora. Przystępujący zatem nie miał podstaw do przyjęcia, że badania są wykonywane non-stop na każdym odczynniku, 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu przez okres 3 lat. Było to założenie nie tylko niewynikające z SWZ, ale także nieracjonalne. Gdyby badania były wykonywane non-stop, to odczynniki zostałyby bardzo szybko wyczerpane, na długo przed końcem terminu umowy. Zaoferowane odczynniki pozwalają bowiem na przeprowadzenie ograniczonej liczby testów. Gdyby używać ich non-stop liczba ta wyczerpałaby się przed upływem okresu stabilności. Co więcej, zamawiający nie wskazał, które badania będą wykonywane codziennie.
Ponadto zgodnie z SWZ, ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych na pokładzie aparatów ma zapewniać możliwość jednoczasowego wykonywania całego panelu badań zgodnie
z wykazem z SWZ. Zaoferowany przez przystępującego analizator zapewnia możliwość jednoczasowego wykonywania całego panelu badań zgodnie z wykazem z SWZ. Natomiast po zakończeniu danych badań zamawiający może umieścić nieużywany odczynnik
w lodówce.
Podsumowując, SWZ nie zawierała postanowień zakazujących wyładowywania odczynników z analizatora i umieszczania ich w lodówce. Z żadnego z postanowień SWZ nie wynikało też, aby zamiarem zamawiającego było przechowywanie otwartych kaset odczynnikowych jedynie na pokładzie analizatora. Nawet gdyby w powyższym zakresie występowały różne możliwe interpretacje, to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby i sądów powszechnych, przystępujący miał prawo wybrać interpretację korzystną dla niego. Postanowienie SWZ muszą mieć precyzyjny i jednoznaczny charakter, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (to jest w tym przypadku na korzyść przystępującego). W przedmiotowej sprawie w postanowieniach SWZ nie określono, by otwarte odczynniki musiały być umieszczone przez cały czas fizycznie na pokładzie analizatora, nawet gdy badania nie są wykonywane. W związku z tym przystępujący mógł przyjąć interpretację, zgodnie z którą mogą one zostać przeniesione do lodówki, w której przytrzymywane są nieotwarte jeszcze odczynniki.

W konsekwencji, żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..