Sygn. akt: KIO 2094/16

WYROK
z dnia 21 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**
Protokolant: Aneta Górniak
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 listopada 2016 r.** przez wykonawcę: **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice,** przy udziale wykonawcy:
Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 6** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II ul. Medyków 16, 40-752 Katowice:**
   1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.,** oraz unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o.,**
   1.2. dokonanie powtórnej czynności badania, oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II ul. Medyków 16, 40-752 Katowice,**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Beckman**

Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 6** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II ul. Medyków 16, 40-752 Katowice** na rzecz odwołującego: **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2094/16

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawy odczynników wraz dzierżawą analizatora

biochemicznego” (ogłoszenie z dnia 15 lipca 2016 r. w Dz. Urz. UE 2016/S 135-243156), w dniu 4 listopada 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także: „odwołujący”), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 26 października 2016 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r. drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom w dniu 7 listopada 2016 r. zgłosił wykonawca wybrany Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który powołał się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego i utrzymania w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania, uznając, ze przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwaną „ustawą Pzp” lub „Pzp” tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Roche”) pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ;

---

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego i ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta złożona przez odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś oferta złożona przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zostałaby odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący utrzymywał, że w wyniku nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty utracił możliwość uzyskania zamówienia, przez co został narażony na poniesienie szkody.

I. Zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

W przekazanym przez zamawiającego w dniu 26 października 2016 r. zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazano, że oferta złożona przez odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący uznał czynność odrzucenia jego oferty za nieuzasadnioną, gdyż jej treść

odpowiada treści SIWZ, z czego wywodził brak podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pierwszej kolejności zauważył, że w uzasadnieniu odrzucenia zamawiający nie wskazał punktu SIWZ, z którym miałaby być niezgodna oferta odwołującego. Wskazał jedynie, że odrzucił ofertę firmy Beckman Coulter, ze względu na niedoszacowanie ilości odczynników. Zamawiający uznał, że zaoferowana przez wykonawcę Beckman ilość opakowań odczynników do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny, nie

uwzględnia trwałości odczynników po otwarciu, nawet biorąc pod uwagę udzieloną uprzednio zgodę zamawiającego na dzielenie opakowań na porcje. Zamawiający nie zarzucał jednak, że zaoferowana przez odwołującego ilość odczynników jest niewystarczająca na wykonanie wyspecyfikowanej ilości badań łącznie z doliczonymi, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 32, ilościami odczynników niezbędnych na wykonanie kalibracji i badań kontrolnych zarówno w surowicy jak i w moczu. Zamawiający w informacji o odrzuceniu nie podał chociażby, o jaką liczbę opakowań odczynników została niedoszacowana oferta odwołującego. W tym zakresie, zamawiający wskazał jedynie, że nie można mówić o ekonomicznym wykorzystaniu odczynników. Odnosząc się do powyższego odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest zapewnienie możliwości wykonania przez zamawiającego określonej liczby badań, kwestia ekonomicznego wykorzystania odczynników, która ma wpływ na cenę zaoferowanej oferty, w opinii odwołującego nie może mieć wpływu na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ.

Zaznaczał, że zamawiający nie kwestionował, iż w trakcie postępowania przetargowego odpowiadając na pytanie nr 29 w brzmieniu: *„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w przypadku niektórych odczynników zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań? Takie rozwiązanie umożliwiałoby bardziej ekonomiczne wykorzystanie odczynników w okresie ich gwarantowanej stabilności na pokładzie analizatora i pozwoliłoby na bardziej ekonomiczną kalkulację oferty przetargowej,”* wyraził zgodę na możliwość porcjowania odczynników do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań. Odczynniki wykorzystywane w analizatorach Beckman Coulter konfekcjonowane są w opakowaniach, które umożliwiają ich porcjowanie, czyli podział do wtórnych opakowań.

Odwołujący wyjaśniał, że w ulotkach odczynnikowych wszystkich producentów podana jest trwałość odczynników. W przypadku odczynników Beckman Coulter podana jest informacja o trwałości otwartych odczynników przechowywanych w analizatorze. Do analizatorów wstawiane są otwarte odczynniki i w tej formie przechowywane są w aparacie. Otwarte odczynniki przechowywane w analizatorze narażone są na parowanie i permanentny kontakt z powietrzem i zawartym w nim dwutlenkiem węgla, czy tlenem. W związku z tym producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników przechowywanych na pokładzie aparatu. Nie ograniczył natomiast trwałości odczynników, które są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki nawet po ich chwilowym otwarciu w celu porcjowania odczynnika, z uwagi na to, że ich kontakt z powietrzem ograniczony jest w tym wypadku do niezbędnego kilkunastosekundowego minimum w czasie którego, odczynnik jest porcjowany.

W związku z powyższym, aby nie doprowadzić do strat odczynnikowych i zapewnić ekonomiczne wykorzystanie odczynników odwołujący Beckman Coulter zadał w toku postępowania przetargowego standardowe pytanie: *„czy Zamawiający dopuszcza możliwość porcjowania odczynników.”* Jak już wyżej podano, zamawiający wyraził zgodę na takie rozwiązanie.

Odwołujący wyjaśniał, że w trakcie szkolenia aplikacyjnego użytkownik, jeśli wyraził zgodę na porcjowanie odczynników, zostaje pouczony jak należy porcjować odczynniki i jak przechowywać je poza analizatorem, aby można je było używać zgodnie z zaleceniami producenta. Odwołujący potwierdził, że zaoferowane przez niego odczynniki można porcjować bez straty ich właściwości, z zachowaniem stabilności każdej porcji odczynników przechowywanych w analizatorze zgodnie z informacjami zawartymi w ulotkach.

Wyjaśniał dalej, że odczynniki do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny

są odczynnikami dwuskładnikowymi i wymagają rekonstytucji. W ulotkach dołączonych do każdego z tych zestawów odczynnikowych zawarty jest szczegółowy opis procesu rekonstytucji liofilizowanych odczynników. Ponadto, wskazywał że zgodnie z ulotkami odczynnikowymi brak jest jakiegokolwiek ograniczenia mówiącego o terminie stabilności sporządzonych roboczych mieszanin reakcyjnych. Powoływał się na swoją najlepszą wiedzę, praktykę oraz informacje przekazywane w czasie szkolenia aplikacyjnego, że robocze mieszaniny reakcyjne, po rekonstytucji, przechowywane w zamkniętych opakowaniach w lodówce zewnętrznej zachowują stabilność do daty ważności. W ulotkach odczynnikowych podana jest konkretna informacja mówiąca o stabilności odczynników połączonych i przechowywanych w otwartych butelkach w analizatorze.

Odczynnik: Informacja o przechowywaniu i stabilności odczynnika

Fenytoina -połączone odczynniki przechowywane w analizatorze zachowują trwałość przez 60 dni.

Karbamazepina -połączone odczynniki przechowywane w analizatorze zachowują trwałość przez 60 dni.

Gentamycyna -połączone odczynniki przechowywane w analizatorze zachowują trwałość przez 30 dni.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku odczynników do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny ze względu na niewielką ilość oznaczeń w skali 3 lat (odpowiednio - 400, 600 i 500) porcjowanie odczynników zapobiegnie stratom odczynnikowym i pozwoli uniknąć dodatkowych kosztów.

W przypadku odczynników do oznaczenia kreatyniny i ALP ze względu na ich stosunkowo krótki okres przechowywania w analizatorze (odpowiednio 7 i 14 dni) odwołujący

---

także zaoferował porcjowanie odczynników, co umożliwi ekonomiczne zużycie tych odczynników i uniknięcie strat odczynnikowych.

Nie budziło wątpliwości odwołującego, że zaoferował wystarczającą ilość kwestionowanych przez zamawiającego odczynników, gdyż porcjowanie odczynników umożliwia ich całkowite wykorzystanie. Podtrzymał, że przewidziane przez niego porcjowanie odczynników umożliwia wykorzystanie odczynników i zapobieganie ich marnotrawieniu. Stwierdził, że zamawiający, jako długoletni użytkownik analizatorów Beckman Coulter nigdy nie został narażony na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych ze stratami odczynnikowymi, a poprzednie składane zamawiającemu oferty przetargowe również zakładały porcjowanie odczynników.

Stwierdził, że dodatkowo, jakość odczynników zarówno nieporcjowanych jak i porcjowanych, potwierdzana jest każdorazowo w wynikach codziennej kontroli jakości.

Powołał się na ulotkę producenta do oznaczania ALP, w której szczegółowo wyjaśniono przyczynę krótszego okresu stabilności odczynnika na pokładzie aparatu, mimo przechowywania odczynników w aparacie także w temperaturze lodówki. Zgodnie z informacją zawartą w ulotce: *„Wchłanianie CO2 pochodzącego z atmosfery przez reagent znajdujący się w analizatorze może mieć negatywny wpływ na jego trwałość. Efekt ten będzie zróżnicowany, w zależności od częstości używania. Zaleca się wymianę butelki w przypadku wystąpienia jednej z następujących sytuacji: upłynięcie 14 dni przechowywania we wnętrzu analizatora...”.* Powyższa informacja w przekonaniu odwołującego - jednoznacznie pokazuje, że trwałość tego, i innych odczynników dotyczą czasu ich przechowania w aparacie, a nie, jak sugeruje zamawiający, czasu od momentu otwarcia odczynnika. Odwołujący utrzymywał, że rozstrzygnięcie zamawiającego bazuje w tym zakresie na błędnym założeniu, że informacje dotyczące trwałości odczynnika zawarte w ulotkach dotyczą czasu od momentu otwarcia opakowania odczynnika, podczas gdy w ulotkach podawane są dane dotyczące trwałości odczynnika na pokładzie analizatora.

Odwołujący powoływał się na swoją wiedzę przy konstruowaniu oferty - na temat oferowanych odczynników, sposobu ich konfekcjonowania oraz możliwości porcjowania. Podtrzymał, że zaoferował ilości odczynników, które bez utraty ich właściwości można będzie stosować przez cały okres trwania umowy, a tym samym oferta firmy Beckman Coulter odpowiada treści SIWZ i brak było podstaw do jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający dokonał arbitralnego odrzucenia jego oferty bez należytego wyjaśnienia jej treści. Tym uzasadniał zarzut wobec zamawiającego - naruszenia również art. 87 ust. 1 Pzp. Zaznaczał, że zamawiający zobowiązany jest prowadzić

postępowanie z należytą starannością. Tym samym, przed odrzuceniem oferty wykonawcy,

7

zdaniem odwołującego - powinien był podjąć wszelkie działania zmierzające do wyjaśnienia wszystkich ewentualnych wątpliwości. Utrzymywał, że zwrócenie się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień pozwoliłoby zamawiającemu uzyskać informacje o stabilności i możliwości porcjowania odczynników. Na gruncie niniejszej sprawy, odrzucenie złożonej oferty z pominięciem procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp, w opinii odwołującego jest co najmniej przedwczesne.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący postawił taki sam zarzut ofercie konkurenta firmie Roche, że została zaoferowana zbyt mała ilości odczynników.

Odwołujący utrzymywał, że ilość odczynników zaoferowanych przez Roche jest niewystarczająca do wykonania wszystkich niezbędnych testów oraz kalibracji i badań kontrolnych. Niedoszacowanie ilości opakowań odczynników potrzebnej do wykonania wymaganej w SIWZ liczby oznaczeń powoduje, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jako uzasadnienie dla stawianych zarzutów odwołujący powołał się na specyfikację asortymentowo-cenową w kolumnie E (Załącznik nr 2), w której zamawiający podał ilość testów na okres 36 miesięcy. Jednocześnie pod tabelą specyfikacji asortymentowo-cenowej (Załącznik nr 2 w pakiecie 1), zamawiający podał niezbędną informację: *„w kolumnie F należy wpisać ilość opakowań/sztuk wymaganych do wykonania zamawianej ilości testów w ciągu 36 miesięcy z uwzględnieniem niezbędnej ilości odczynnika użytego do kalibracji i wykonania kontroli jakości na dwóch poziomach przez 6 dni w tygodniu."*

Ponadto, pod tą samą tabelą znajduje się druga kluczowa informacja, że: *„Podane wyżej ilości badań nie uwzględniają kalibracji i kontroli. Kontrola prowadzona jest na dwóch poziomach przez 6 dni w tygodniu. Dla parametrów oznaczonych*, badania kontrolne przynajmniej na dwóch poziomach przeprowadza się wraz z próbą badania w dniu wykonania badania. Ilość testów potrzebną do przeprowadzenia kalibracji z zachowaniem ich ważności i kontroli oblicza Wykonawca (ilości zaoferowane winny uwzględniać kalibrację).*

Odwołujący stwierdził, że w związku z powyższymi wymaganiami do podanej ilości testów należało doliczyć testy na kontrolę w ilości:

8

3 lata x 52 tygodnie w roku x 6 dni w tygodniu x 2 poziomy kontroli = 1872 oraz testy na kalibracje zgodnie z zapisami w ulotkach odczynnikowych.

Odwołujący stwierdził, że w SIWZ nie było informacji szczegółowych jakie badania zamawiający będzie wykonywał w moczu oraz czy wymaga zaoferowania materiałów kontrolnych do badań w moczu, dlatego w toku postępowania zostało zadane pytanie precyzujące tę kwestię oraz kolejne pytanie o harmonogram kontroli badań w moczu i pytanie czy należy doliczyć odpowiednią ilość testów na wykonanie badań kontrolnych i kalibracyjnych w moczu.

Odwołujący powołał się na odpowiedzi na pytanie nr 31 i 32 do SIWZ, gdzie zamawiający określił swoje wymagania dotyczące prowadzenia badań w moczu z uwzględnieniem koniecznych kontroli i kalibracji i doliczeniem ich do oferty.

Odwołujący utrzymywał, że w związku z odpowiedziami, dla parametrów wykonywanych w moczu należało dodatkowo doliczyć testy na wykonanie badań kontrolnych w ilości: 3 lata x 52 tygodnie x 5 dni w tygodniu x 2 poziomy = 1560

Odwołujący zaznaczał, że wymogiem zamawiającego było, aby kontrole i kalibracje zostały także doliczone do oferty i nie było tu mowy jedynie o materiałach kontrolnych, bo te już pierwotnie były wyspecyfikowane w tabeli (zał. nr 2), a mówi się o testach na wykonanie kalibracji i kontroli, gdyż bez tych dodatkowych testów ani materiał kontrolny, ani kalibracyjny

nie może być wykorzystany i żadne z badań pacjentów nie może być wykonane.

Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że łącznie należało zatem, w przypadku testów wykonywanych zarówno w surowicy jak i w moczu, zaoferować materiał kontrolny oraz testy na wykonanie badań kontrolnych w ilości: 1872 + 1560 = 3432

Zdaniem odwołującego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie zastosował się do powyższych wymagań, i nie zaoferował wymaganej ilości testów na powyższe kontrole i kalibracje. Tym samym, podtrzymał zarzut, że oferta Roche nie pozwala na zrealizowanie wymagań zamawiającego, czyli jest niezgodna z SIWZ i powinna być odrzucona.

Wyliczone niedoszacowania ilości odczynników w ofercie konkurenta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. odwołujący przedstawił w tabeli na stronie 7 odwołania, podając: Nazwa badania; Ilość badań; Testy- kontrole surowica i mocz zgodnie z odp. na pyt. 31 i 32; Suma testów; Zaoferowana ilość testów; Zaoferowane opakowania (ilość); niedoszacowanie (ilość op.) odczynników do oznaczeń:
1 Mocznik UREA - 50000 3432 53432 52500 105 2
2 Kreatynina - 58000 3432 61432 60200 86 2
3 6 Fosfor nieorganiczny - 28000 3432 31432 30000 120
9

---

4 Ca całkowity - 38000 3432 41432 40200 134 5
5 Magnez - 30000 3432 33432 32000 128 6
7 Glukoza - 30000 3432 33432 32000 40 2
8 Amylaza - 9400 3432 12832 11400 38 5
9 Kwas moczowy - 10000 3432 12832 12000 30 4
10 Mikroalbumina - 1100456 1556 1400 14 2

Odwołujący podsumował, że Ilości zaoferowanego odczynnika w ofercie Roche dla poz. 7, 8, 12, 13, 17, 24, 27, 29, 41 nie uwzględniają dodatkowej ilości 1560 testów dla każdego badania niezbędnych do wykonania kontroli w okresie 36 miesięcy. Zarzucał, że Roche nie uwzględnił ponadto testów koniecznych do przeprowadzenia kalibracji, co dodatkowo zwiększa niedoszacowanie.

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, że ilości odczynników zaoferowanych przez Roche nie wystarczą na zabezpieczenie badań i wykonywanie kalibracji i kontroli przez zamawiającego -tym samym podtrzymał, że zamawiający dokonał wyboru oferty Roche, która jest niezgodna z wymaganiami i nie uwzględnia warunków doprecyzowanych odpowiedziami na pytania 31 i 32 - zaoferowana ilość odczynników nie jest wystarczająca do wykonania wszystkich badań kontrolnych. Podtrzymał, że zamawiający wymagał zarówno dodatkowych kontroli do badań w moczu, jak i doliczenia testów na kontrolę do badań w moczu, gdyż w przeciwnym wypadku wykonanie badań kontrolnych jest niemożliwe. Zaoferowane kontrole nie będą mogły być wykorzystane, a badania w moczu nie będą kontrolowane, co zgodnie z Dobrą Praktyką Laboratoryjną, uniemożliwi wydawanie wyników badań w moczu.

Po raz kolejny powołał się na odpowiedzi na pytania nr 31 i 32 do SIWZ - rozróżniające fakt zaoferowania dodatkowego materiału kontrolnego od dodatkowych testów na kontrolę, czego Roche nie uwzględnił w swoich obliczeniach.

Zdaniem odwołującego, w wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Roche próbował wyjaśnić niedoszacowanie, informując że zaoferowano materiał kontrolny, ale zdaniem odwołującego nie zaoferowano odpowiedniej ilości testów, gdyż Roche manipulował w swoich wyjaśnieniach tym, co zamawiający miał na myśli odpowiadając: „Kontrole i kalibracje należy doliczyć, a nie „testy na kontrole i kalibracje należy doliczyć".

Poza tym, odwołujący utrzymywał, że nie ma innej możliwości doliczenia kontroli i kalibracji, jak tylko przez zaoferowanie odpowiedniej ilości kalibratorów i kontroli oraz testów na ich wykonanie. Wyjaśniał, że w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie podał informacji, że wyspecyfikowana ilość badań zawiera ilości niezbędne do wykonania testów na kalibracje

10

---

i kontrole. Stwierdził, że Roche potraktował badania w moczu i surowicy rozdzielnie i doliczył testy na wykonanie kontroli w surowicy, a nie doliczył testów na wykonanie kontroli w moczu.

Roche, aby wyjaśnić niedoszacowanie odczynników w ofercie, zdaniem odwołującego - błędnie ujednolica pojęcia kalibrator i kalibracja oraz kontrola i materiał kontrolny.
Odwołujący zdefiniował pojęcia:
- kalibracja to proces ustalający relację między stężeniem wzorca dla każdego oznaczanego parametru, a sygnałem układu pomiarowego analizatora. Żeby proces ten mógł być przeprowadzony potrzebne są: odczynnik i kalibrator (wzorzec). Analizator dozuje kalibrator do odczynnika i mierzy powstały sygnał. Proces ten zużywa zarówno odczynnik, jak i kalibrator, a na jego podstawie powstaje krzywa kalibracyjna, na podstawie której odczytywane i wydawane są wyniki badań pacjentów zarówno w surowicy jak i moczu i płynie mózgowo rdzeniowym. Częstotliwości kalibracji określone są w ulotkach odczynnikowych. Pojęcie kalibracja i kalibrator nie jest więc równoznaczne, jak sugeruje Roche
- kontrola jakości to proces polegający na oznaczeniu materiału kontrolnego i porównaniu wyników z określonymi limitami, gwarantujący wiarygodność wyników pacjentów. Poprawne wykonanie badań kontrolnych jest niezbędne do oceny poprawności całego procesu analitycznego i stanowi podstawę dopuszczenia do użytkowania odczynnika i wydania wyników badań. Do oznaczenia kontroli potrzebny jest materiał kontrolny (pytanie nr 31), jak i odczynnik (pytanie o testy na kontrolę nr 32). Materiał kontrolny jest adekwatny do materiału, w którym oznaczane są próbki pacjentów, oddzielny do surowicy, moczu i PMR. Częstotliwość oznaczeń kontrolnych określa zamawiający. Bez doliczenia dodatkowych testów (czyli dodatkowych porcji odczynnika) nie da się przeprowadzić oznaczeń kontrolnych, jak to ma miejsce w przypadku oferty Roche, co zarzucał odwołujący, wskazując, iż niedoszacowanie w ofercie Roche skutkuje wydawaniem wyników, które mogą być niewiarygodne, gdyż ze względu na brak odczynnika nie zostaną wykonane odpowiednie ilości badań kontrolnych. Pojęcie kontrola nie odnosił wbrew sugestii Roche, wyłącznie do materiału kontrolnego.

Odwołujący stwierdził, że pojęcia: kalibrator, kalibracja, kontrola jakości, materiał kontrolny są bardzo dobrze znane zamawiającemu, który jako profesjonalista i dydaktyk doskonale zdaje sobie sprawę z wagi rozróżniania tych pojęć i procesów. Zaznaczał, że sam zamawiający używa określeń „kalibracja i kontrola" na całość procesu kalibracji i kontroli, co zawarł pod tabelą asortymentowo-cenową, opisując sposób kalkulacji ilości testów do oferty: *„Podane wyżej ilości badań nie uwzględniają kalibracji i kontroli. Kontrola prowadzona jest na dwóch poziomach przez 6 dni w tygodniu. Dla parametrów oznaczonych (...) badania*

kontrolne przynajmniej na dwóch poziomach przeprowadza się wraz z próbą badania w dniu wykonania badania. Ilość testów potrzebną do przeprowadzenia kalibracji z zachowaniem ich ważności i kontroli oblicza Wykonawca (ilości zaoferowane winny uwzględniać kalibrację)".

Odwołujący ponowił twierdzenia, że ww. sformułowanie dowodzi, że należało do podanej ilości badań doliczyć kalibracje i kontrole, które zwiększą ilość oferowanego odczynnika. Wykluczył możliwość doliczenia do ilości badań materiału kontrolnego i kalibracyjnego - jak w przekonaniu odwołującego próbował tłumaczyć Roche.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien w świetle stawianych w postępowaniu wymagań odrzucić ofertę Roche, gdyż niedoszacowanie w tej ofercie dotyczy ilości testów i nie pozwoli na wykonanie wymaganej przez zamawiającego ilości badań, kalibracji i kontroli jakości. Zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Roche, w sytuacji gdy z powodu rzekomego niedoszacowania oferta złożona przez odwołującego została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, stanowi w przekonaniu odwołującego naruszenie podstawowej dla prawa zamówień publicznych zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy stwierdził, że nie zgadza się z odwołującym, że zmieszane składniki preparatu dwuskładnikowego porcjowane do mniejszych opakowań, mogą być używane przez okres trwałości składników preparatu podanych na opakowaniu producenta - o ile są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w lodówce zewnętrznej, a nie na pokładzie aparatu. Zdaniem zamawiającego zarówno na pokładzie aparatu, jak i w lodówce zewnętrznej odczynnik 2-składnikowy po zmieszaniu może być przechowywane tylko do okresu trwałości oznaczonego tak, jak dla

przechowywania preparatu na pokładzie analizatora, ponieważ producent wyznaczył termin ważności preparatu tyko dla opakowań nienaruszonych, to znaczy nie otwartych co dodatkowo potwierdza okoliczność, że preparat ma postać dwuskładnikową, czyli jeżeli nie miałoby to wpływu na okres jego ważności to od razu mógłby zostać on zmieszany. Zaznaczał, że odwołujący stosuje duże opakowania. Do przetargu mogą przystąpić wykonawcy, którzy oferują oznaczenia na aparatach gdzie opakowania mogą być mniejsze. Zamawiający nie przeczy, że dopuścił porcjowanie, ale żeby móc porcjować musi być odrębne oświadczenie producenta odczynnika. Przywołał wyrok Izby z dnia 04.02.2009 r. KIO/UZP/1815/09, w którym Izba stwierdziła, że: *„informacja o możliwości porcjowania odczynnika sposobie jego przechowywania oraz okresie ważności po otwarciu winna wynikać wprost z metodyk wystawianych przez producenta a nie pochodzić z informacji czy wyjaśnień dystrybutora jakim jest odwołujący."*

Zamawiający nie zaprzeczał okolicznościom, funkcjonowania pomiędzy nim a odwołującym poprzedniej umowy o dostawę odczynników wraz z dostawą tego samego typu analizatora. Powołuje się na okoliczność, że po piśmie wykonawcy Roche wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie: „że ze względu na wielkość zaoferowanych opakowań nie będzie możliwe przeprowadzenie zakładanej ilości oznaczeń w terminie realizacji z uwagi na trwałość odczynników." Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powołał się na możliwość porcjowania odczynników, którą przedstawił w taki sam sposób jak w odwołaniu oraz dzisiaj do protokołu, i wywodził to zarówno z doświadczenia praktycznego, jak i z instrukcji analizatora. Zamawiający stwierdził, że nawet mógł nie mieć ulotek producenta odczynników, ponieważ dysponował nośnikiem elektronicznym, zawierającym opis parametrów analizatora wraz z podaniem metodyk badań. Potwierdził, że materiały producenta aparatu i odczynników nie wypowiadają się w kwestii możliwości porcjowania czy przechowywania substancji roboczej po otwarciu oryginalnego opakowania - w zewnętrznej lodówce. Zamawiający oświadczył, że kierował się przytoczoną tezą wyroku Izby i dlatego uznał, że nie ma podstaw do dopuszczenia takiego porcjowania, jakie założył odwołujący. Zamawiający nie zaprzeczał dowodom przedstawionym przez odwołującego, że w okresie dotychczasowej realizacji umowy z odwołującym na analogiczny przedmiot zamówienia wykonał zakładane ilości oznaczeń przy użyciu ilości odczynników zaoferowanych w ofercie Beckman, stosując taką metodologię, jaką przywołał odwołujący, jednakże zaznaczał że chce zmienić w tym zakresie swoją praktykę.

Nie zgłaszał odwołującemu reklamacji, co do trwałości dostaw odczynników, w tym fenytoiny, gentamycyny i karbamazepiny, ale zdaniem zamawiającego musiał przeprowadzić większą ilość kalibracji, żeby uzyskać wiarygodne wyniki kontroli jakości. Podnosił, że tylko dwa laboratoria na 83 w przypadku karbamazepiny korzystają z odczynników firmy Beckman Coultre, a w przypadku gentamycyny tylko jedno laboratorium - czyli zamawiającego, które zgłaszają wyniki biorące udział w dalszej kontroli krajowej i międzynarodowej. Większość laboratoriów nie pracuje na odczynnikach odwołującego. Audyt wewnętrzny zamawiającego wskazał, że brak konkretnych zapisów co do możliwości porcjowania odczynników przeczy dobrej praktyce laboratoryjnej. Zamawiający potwierdził, że nie było żadnych incydentów medycznych.

W zakresie końcowego fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego „wielkość opakowań dla kreatyniny i ALP bardzo krótki okres po otwarciu uniemożliwia ekonomiczne zużycie tych odczynników" zamawiający wyjaśniał, że miał na myśli nietrwałość tych odczynników nawet po porcjowaniu, a są to odczynniki 1-składnikowe i z tego względu zamawiający musiał wykonywać kalibracje dużo częściej niż zaleca to metodyka i akurat w tym przypadku firma Beckman dostarczała nieodpłatnie, dodatkowe

ilości odczynników na kalibracje, badania i kontrolne. W lutym b.r. brakło tych odczynników i firma dostarczała je nieodpłatnie do końca umowy, czyli do czerwca bieżącego roku. Zamawiający podnosił to samo co w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, że owszem dopuścił porcjowanie odczynników, ale tylko niektórych - konkretnie jakich nie wskazał. Zamawiający miał na myśli, że porcjowaniu podlegają odczynniki, co do których wytwórca wyraźnie zaznaczył to w ulotce, i dlatego złożył dowód z

ulotki preparatu Randox. Zarówno na pokładzie analizatora odczynnik jest zamknięty przez samą pokrywę analizatora, a dopuszczone jest tylko 60 dni trwałości.

Przystępujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zaznaczał - po pierwsze - fakt, że zamawiający nie żądał ulotek odczynnikowych i metodyk wykonywania testów za pomocą oferowanego analizatora - przy złożeniu oferty, nie zwalnia to jednak zamawiającego z oceny zgodności oferowanego świadczenia z treścią SIWZ. Zamawiający postawił zarzut materialno -prawny niezgodności treści oferty z SIWZ i miał obowiązek przed wyborem oferty i udzieleniem zamówienia weryfikować zgodność ofert wykonawców z SIWZ. Powołał się na opis pod tabelą załącznika 2. Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, sprowadzającym się do tego, że przy kwestionowanych oznaczeniach przy pomocy preparatów dwuskładnikowych okres ważności preparatu po jego zmieszaniu jest taki sam, jak okres ważności umieszczany na opakowaniu producenta. Okres trwałości zaoferowany przez wykonawców był wprost taki sam, jak podany przez wytwórcę. Zgodnie z art. 7 ustawy o wyrobach medycznych zabrania się używania wyrobów, dla których upłynął termin ważności określony przez wytwórcę. Źródłem danych na temat terminu ważności danego odczynnika jest ulotka jego wytwórcy. Powołał się na ulotkę producenta odnośnie preparatu karbamazepiny oraz na instrukcje zastosowania odczynników dwuskładnikowych, że podlegają one zmieszaniu w jedno opakowanie. Nie przeczył iż w każdym z tych zaoferowanych opakowań są zawarte 4 mniejsze opakowania po 2 z każdym z poszczególnych składników. Wskazywał, że odczynnik musi być przechowywany w odpowiedniej temperaturze, jeżeli te warunki nie będą spełnione - to trwałość odczynników nie będzie zgodna z terminem ważności podanym na opakowaniu. W związku z tym twierdzenie odwołującego, że sporządzenie mieszaniny, która będzie przechowywana w zewnętrznej lodówce w opakowaniu zamkniętym nie ma wpływu na termin ważności podany na opakowaniu - przystępujący uznał za nieuprawnione. Jaki jest termin stabilności po połączeniu składników określa ulotka producenta, i w ocenie przystępującego, nie ma na to wpływu czy przechowywania jest w lodówce zewnętrznej czy na pokładzie analizatora. Jest tylko jedne termin stabilności odczynnika 60 dni po tym jak dwa składniki zostaną połączone, pod warunkiem przechowywania w analizatorze. Uznał, że słusznie zamawiający podnosił, iż nie ma różnicy pomiędzy warunkami przechowywana w lodówce zewnętrznej a w

analizatorze. Wytwórca nie przewidział, że roztwór po zmieszaniu będzie zamknięty i że wpływa to na jego trwałość i stabilność, oraz że ulega wydłużeniu w stosunku do danych zapisanych w ulotce. Przystępujący powoływał się na okoliczność zmiany praktyki zamawiającego, o której zamawiający mówił w swojej wypowiedzi, że jeżeli nawet wykonał zakładane ilości testów, to musiał jednocześnie wykonać więcej kontroli przy tych wielkościach opakowań, które zaoferował odwołujący w poprzednim przetargu i które zaoferował obecnie. Przystępujący negował wartość dowodową dokumentów z poprzedniego postępowania, gdyż zamawiający stwierdził, że dotychczasową praktykę postępowania chce zmienić. Zaznaczał, że podstawowe znaczenie mają dokumenty czyli wskazówki wynikające z ulotek wytwórcy odczynników i metodyk dotyczących analizatora.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia, SIWZ z wyjaśnieniami, oferty odwołującego i przystępującego, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Odwołujący wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, jak niżej:
I.1.1. dotyczy karbamazepiny i ma potwierdzać, że z ulotki tej nie wynika iż dany odczynnik zachowuje trwałość przez 60 dni od otwarcia opakowania a wynika z niej, że taka trwałość dotyczy przechowywana w analizatorze. Adnotacja producenta:- *„odczynniki przechowywane w nienaruszonych opakowaniach, w temperaturze 2- 8 stopni Celsjusza zachowują trwałość zgodnie z podanym terminem ważności."* Termin ważności na opakowaniu podany przez producenta - wynosi średnio ok 2 lat. Zamawiający żądał przy dostawie, co najmniej okresu ważności 2/3. I dalej adnotacja -„połączone *odczynniki w analizatorze zachowują trwałość przez 60 dni."* Analogiczne adnotacje znajdują się w ulotkach producenta odczynników przedstawionych jako dowody nr I.1.2, I.1.3, I.1.4, I.1.5. Dowód składany na okoliczność tego, że z ulotek tych nie wynika, że odczynniki zamknięte i przechowywane w lodówce zewnętrznej posiadają okres trwałości 60 dni. Do daty ważności podanej na opakowaniu zachowują swoje właściwość. Zamawiający przed każdym użyciem wykonuje badania kontrolne, które potwierdzają przydatność tego odczynnika.

Izba dopuściła powyższe dowody, na okoliczność treści przywołanych adnotacji.
I.2 i I.3 stanowią umowy zawarte z zamawiającym na wykonywanie tego samego zakresu dostawy dla analiz, m. in. w zakresie kwestionowanym przy użyciu tego samego aparatu Coulter AU680. Odwołujący podnosił, że w zakresie kwestionowanych pozycji ilości testów były analogiczne i ilości oferowanych przez niego opakowań do danego aparatu też były analogiczne, a odwołujący pisał w odwołaniu, że ta umowa została zrealizowana do końca czerwca i jest przedłużana co zamawiający potwierdził. Odwołujący dodał, że nawet w

15

---

zakresie tej ilości preparatów do zakwestionowanych badan zamawiający ich w całości nie wykorzystał w analogicznym okresie 36 miesięcy.
Izba dopuściła powyższe dowody w kontekście sposobu rozumienia wyjaśnień zamawiającego do SIWZ oznaczonych numerem 29.
I.4 jest dowodem przekazania analizatora zamawiającemu w związku z realizacją poprzedniej umowy. Okoliczność, że oznaczenia mają być na tego samego typu urządzeniu, była bezsporna.
I.5 oświadczenie o ilości wykonanych oznaczeń w okresie 24.07.2013 r. do 28.10.2016 r. w zakresie karbamazepiny, gentamycyny i fenytoiny a ilości tych oznaczeń wynikają z dowodu I.6 - raportu generowanego przez analizator.
I.7 stanowią faktury za zakup odczynników karbamazepiny, gentamycyny i fenytoiny w okresie trwania poprzedniej umowy. W tym oświadczeniu w kolumnie ostatniej podano ilość opakowań. Odwołujący dodaje, że są to takie same opakowania jak oferowane w tym przetargu co do zawartości odczynników.
I.8 i I.9 pokazują różnice pomiędzy ilościami zaoferowanymi w ofercie dla zamawiającego w postępowaniu wszczętym w 2013 roku a ilością faktycznie wykorzystaną przez niego w zakresie ilości zakupionych opakowań i wykonanych testów. Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w przetargu wszczętym w 2013 r. zamówił 400 testów dla fenytoiny, dla karbamazepiny 600, dla gentamycyny, były ustalone odrębne zasady. Jeśli chodzi o fenytoinę i karbamazepinę, przy takiej samej ilości testów odwołujący zaoferował 4 opakowania fenytoiny i 8 opakowań karbamazepiny w obecnym przetargu zaoferował 3 opakowania fenytoiny i 6 opakowań karbamazepiny (takich samych). Jeśli nawet odwołujący oferował poprzednio większą ilość opakowań, to zamawiający już tylko z dwóch opakowań fenytoiny przeprowadził 617 testów przy czym opakowanie drugie otworzył 20 czerwca br., a jeśli chodzi karbamazepinę, to z oferowanych ilości opakowań wykorzystał 2 i w oparciu o nie przeprowadził 780 oznaczeń. Zamawiający dla gentamycyny zamówił w tym przetargu 500 testów. Odwołujący zaoferował 6 opakowań, a z 6 opakowań można wykonać 1800 oznaczeń, z jednego opakowania 300, a jedno opakowanie było wykorzystywane w okresie około 1 roku.
Dowody: 1.5 - 1.9 zostały dopuszczone, gdyż potwierdzają wiarygodność twierdzeń odwołującego, że z zaoferowanej liczby opakowań, zamawiający jest w stanie wykonać wyznaczoną ilość oznaczeń.
II.1 stanowi ofertę przetargową Roche

16

II.1 stanowi ulotki odczynnikowe Cobas
II.3 kalkulacja firmy Roche
- dowody bezprzedmiotowe. Strony i uczestnik przyznały, że gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, byłaby ona korzystniejsza od oferty firmy Roche, i byłaby wybrana do realizacji zamówienia w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria.
II.4 stanowiący tabelę wykazującą, że skoro zamawiający będzie płacił za faktycznie wykorzystane odczynniki nawet gdyby zakupił taką ilość jaką uważa za stosowną do zaspokojenia jego potrzeb w zakresie oznaczeń fenytoiny, gentamycyny i karbamazepiny według sposobu podanego przez zamawiającego to i tak oferta odwołującego byłby tańsza niż oferta Roche. Dowód bezprzedmiotowy - dowodzeniu podlegała zgodność treści oferty z SIWZ.

Zamawiający wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów - tych samych co wnioskował odwołujący - z ulotek odczynnikowych producenta w zakresie fenytoiny, gentamecyny i karbamazepiny, ponieważ wywodzi z nich inne wnioski - na okoliczność tego,

że producent odczynników firma Beckman Incorporated w przypadku każdego z tych odczynników, określa termin stabilności odczynnika po jego otwarciu, dużo krótszy niż termin ważności odczynnika, i że w ulotce nie jest zaznaczone, że producent odczynnika dopuszcza możliwość stosowanie odczynnika po otwarciu przez okres odpowiadający terminowi ważności. Izba dopuściła powyższe dowody, na okoliczność treści przywołanych adnotacji.
1. z ulotki odczynnikowej firmy Randox na odczynnik do kwasów żółciowych, i jest to odczynnik dwuskładnikowy, żeby go zastosować trzeba otworzyć obydwa opakowania i nadaje się on do użycia do daty terminu ważności. Na okoliczność, że jeśli producent dopuszcza stosowanie odczynnika po jego otwarciu przez czas do terminu ważności, to wyraźnie zaznacza to w ulotce. Dowód bezprzedmiotowy, nie odnosił się do odczynników kwestionowanych.
2. wydruk z opisu aparatu AU 680, że w tym aparacie temperatura na jego pokładzie wynosi 7,6 stopnia Celsjusza. Zamawiający stwierdził, że regulacja temperatury w tym aparacie jest niemożliwa i jest to temperatura zbliżona do temperatury lodówki od 2 do 8 stopni a w tej temperaturze można używać do 60 dni roztwory fenytoiny itd. - na okoliczność tego, że temperatura na pokładzie analizatora odpowiada temperaturze zewnętrznej lodówki, a co za tym idzie - jeżeli można mówić o przechowywaniu odczynnika w zewnętrznej lodówce, to nie ma podstaw by przyjąć, że można go przechowywać dłużej w lodówce niż na pokładzie analizatora, bo panują te same warunki temperaturowe. Okoliczność co zakresu temperatur, nie była kwestionowana przez odwołującego.
3. przywołał słownikowe znaczenie słowa „nienaruszony" - takie, z którego nic nie zostało ujęte - zdaniem Izby, nie stanowi dowodu, ale mieści się w pojęciu argumentacji.

4. stanowi opis z opakowania odczynników fenytoiny i kwasów żółciowych (w związku z wnioskowanym dowodem nr 1), gdzie na opakowaniu jest zaznaczony okres ważności - na okoliczność tego, że istotnie terminy ważności na opakowaniu są długie w stosunku do okresów stabilności roztworów roboczych. Okoliczność przyznana przez odwołującego, nie wymagająca dowodu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.
Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny - Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana „SIWZ")
Rozdział I.1. SIWZ Przedmiot zamówienia stanowią „Dostawy odczynników wraz dzierżawą analizatora biochemicznego" przez okres 36 miesięcy, w ilości wyszczególnionej w specyfikacji asortymentowo cenowej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ.
3. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.
12. Wykonawca zobowiązany jest w specyfikacji asortymentowo-cenowej zał. 2 wypełnić kolumnę numer katalogowy/ w przypadku braku n-ru podać producenta.
14. Wielkość zaoferowanych opakowań odczynników ma zabezpieczyć pełne ich wykorzystanie w okresie ważności.
15. Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa zobowiązany będzie wraz z pierwszą dostawą dostarczyć wydrukowane karty charakterystyki dla odczynników, dla których karty charakterystyki są wymagane (…).
16. Cały asortyment objęty przedmiotem zamówienia powinien mieć w chwili dostawy do zamawiającego termin ważności: odczynniki min 2/3 okresu do końca jego ważności.
Rozdział VII Zawartość oferty.

1. Wypełniony i podpisany formularz oferty przetargowej, zał. nr 1,
2. Specyfikacja asortymentowo-cenowa, zał. nr 2, (…)
3. Specyfikacja analizatora

6. Dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji asortymentowo-cenowej- zał. 2, do oferty należy dołączyć:

a) oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia (zał. 2) posiada wszystkie wymagane przepisami ustawy o wyrobach medycznych (…) dokumenty, dopuszczające oferowany przedmiot zamówienia do obrotu i stosowania w podmiotach leczniczych.
Rozdział X Termin składania ofert do 29.08.2016 r.
Rozdział XII. Sposób obliczenia ceny.

4. Wykonawca zobowiązany jest w specyfikacji asortymentowo-cenowej podać cenę jednostkową netto za sztukę/opakowanie.
5. Wykonawca zobowiązany jest do wyliczenia wartości netto oferty (zamawiana ilość x cena jednostkowa netto)
6. Kryteria oceny ofert.
   Cena - waga 90%
   Parametry techniczne - waga 10%

2.2. Kryterium parametry techniczne - będzie podlegać ocenie w skali od 0 do 100 na podstawie charakterystyki parametrów technicznych oferowanego analizatora (zał. 3). Brak któregokolwiek parametru wymaganego skutkować będzie odrzuceniem oferty. Sposób przyznawania punktacji w danym kryterium zamawiający ustanowił poprzez podanie, że wykonawca, który zaoferuje najmniejszą objętość martwą próbki otrzyma 100 punktów, pozostali wykonawcy - 0 punktów.
Nie spełnienie parametrów dodatkowych nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.
Rozdział XVI. Zawarcie umowy
4. Zgodnie z art. 144 Pzp zamawiający dopuszcza zmianę umowy: (dotyczące)

c) zmiany konfekcjonowania przy założeniu, że cena proponowanego opakowania w przeliczeniu na ilości (składu chemicznego i dawki) z oferty nie będzie wyższa niż dotychczasowa,
d) zmiany terminu obowiązywania umowy w przypadku nie wykorzystania przez zamawiającego pełnej ilości dostarczanego przedmiotu umowy - przy zachowaniu dotychczasowej ceny.

Zał. nr 1.1 stanowi Formularz ogólny oferty przetargowej i zawiera między innymi oświadczenia:

3. że w przypadku wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej, po podpisaniu umowy wraz z pierwszą dostawą dostarczę wydrukowane karty charakterystyki dla odczynników, dla których karty charakterystyki są wymagane (…),

---

7. zapewniamy, że oferowany cały asortyment objęty przedmiotem zamówienia będzie miał w chwili dostawy do zamawiającego termin ważności: odczynniki min 2/3 okresu do końca jego ważności,
10. bez zastrzeżeń przyjmujemy warunki zawarcia umowy.

Specyfikacja asortymentowo-cenowa, zał. nr 2, obejmuje 48 pozycji - odczynniki.
Kolumna B- nazwa towaru; kolumna C numer katalogowy; kolumna D „testy"; kolumna E podaje ilość testów na okres 36 m-cy; kolumna F łączna ilość opakowań przeznaczonych na wykonanie badań oraz na QC i kalibracje**; cena jednostkowa netto za opakowanie (…) w tym między innymi:
Poz. 15 - fenytoina testy, ilość 400
Poz. 35 - karbamazepina testy, ilość 600
Poz. 44 - gentamycyna testy, ilość 500
Poz. 7 Mocznik UREA testy, ilość 50 000
Poz. 8 - Kreatynina testy, ilość 58 000
Poz. 12 Fosfor nieorganiczny testy, ilość 28 000
Poz. 13 Ca całkowity testy, ilość 38 000
Poz. 17 Magnez testy, ilość 30 000
Poz. 24 Glukoza testy, ilość 30 000
Poz. 27 Amylaza testy, ilość 9 400
Poz. 29 Kwas moczowy testy, ilość 10 000
Poz.41 Mikroalbumina testy, ilość 1 100
Poz. 48. Kalibratory, surowice kontrolne, akcesoria i materiały zużywalne wymagane do wykonania zakładanej ilości oznaczeń (podać: jakie, ilość, cena jednostkowa netto, vat, wartość netto, wartość brutto)
Pod tabelą widnieje objaśnienie:

Dla oznaczeń opatrzonych [*] wymagane ekonomiczne opakowania - możliwość wykonania pojedynczych oznaczeń
Dla oznaczeń opatrzonych [**] w kol. F należy wpisać ilość opakowań/sztuk wymaganych do wykonania zamawianej ilości testów w ciągu 36 miesięcy z uwzględnieniem niezbędnej ilości odczynnika użytego do kalibracji i wykonania kontroli jakości na dwóch poziomach przez 6 dni w tygodniu, jak również trwałości odczynnika oraz sposobu jego konfekcjonowania. Podane wyżej ilości badań nie uwzględniają kalibracji i kontroli. Kontrola prowadzona jest na dwóch poziomach przez 6 dni w tygodniu. Dla parametrów oznaczonych*, badania kontrolne przynajmniej na dwóch poziomach przeprowadza się wraz z próbą badania w dniu

---

wykonania badania. Ilość testów potrzebną do przeprowadzenia kalibracji z zachowaniem ich ważności i kontroli oblicza Wykonawca (ilości zaoferowane winny uwzględniać kalibracje) Wielkość zaoferowanych opakowań odczynników ma zabezpieczyć pełne wykorzystanie w okresie ich ważności
Dla oznaczeń opatrzonych [***] Dla tych oznaczeń należy wpisać ilość opakowań niezbędnych na badania i kalibracje oraz kontrole jakości na dwóch poziomach w dniu wykonania analiz (2 x w miesiącu).
Parametry techniczne - analizatora biochemicznego (pełna nazwa urządzenia/model/typ, rok produkcji/ producent/kraj pochodzenia.
1. Fabrycznie nowy automatyczny analizator biochemiczny pracujący w systemie otwartym, wolnostojący bez możliwości ustawienia na stole laboratoryjnym. Rok produkcji 2016.
4. Wydajność biochemicznych analiz fotometrycznych min. 800 oznaczeń na godzinę.
5. Wbudowana przystawka ISE. Wydajność modułu jonoselektywnego min. 400/h
6. Identyfikacja wszystkich kalibratorów i surowic kontrolnych przy użyciu kodów paskowych. Identyfikacja wszystkich probówek badanych przy pomocy kodu kreskowego.
7. Analizator wykonujący badania w surowicy, moczu, płynie mózgowo-rdzeniowym, osoczu i innych płynach ustrojowych
8. Identyfikacja probówek za pomocą wewnętrznego czytnika kodów paskowych oraz zastosowanie różnego rodzaju probówek pierwotnych różnej wielkości (0,2 ml, 0,5 ml, 2 ml, 5 ml, 7 ml, 10 ml) identyfikowanych za pomocą kodów kreskowych, z możliwością podawania probówek w systemie ciągłego dostawiania. Ilość miejsc na próbki min 50.
9. Wykonywanie analiz w fazie ciekłej.
10. Możliwość wykonywania oznaczeń białek specyficznych w każdym rodzaju materiału: surowica, osocze, mocz, pmr.
11. Objętość martwa próbki max 50 µl.
12. Możliwość oznaczania enzymów, substratów, jonów, leków i białek specyficznych.
13. Zastosowanie różnych technik pomiarowych: reakcje punktu końcowego, reakcje kinetyczne, reakcje turbidymetryczne, elektrody jonoselektywne.
14. Chłodzenie odczynników we wbudowanej lodówce min. 80 pozycji zapewniających miejsce na ponad 45 testów równoczasowo, utrzymującej stałą niezależną od otoczenia temperaturę, monitorowaną w określonym zakresie.
15. Inwentaryzacja odczynników na pokładzie analizatora z możliwością określenia dokładnej liczby możliwych do wykonania testów.
16. Praca w trybie próbka po próbce i cito bez przerwania pracy aparatu.
17. Praca całodobowa.
18. Natychmiastowe przejście z trybu czuwania do trybu pracy max 5 min.

---

19. Termostat komory reakcyjnej, dostosowany do wymogów odczynnikowych
20. Skonfigurowanie i podłączenie analizatora do poprawnej współpracy z systemem informatycznym Zamawiającego.
21. Automatyczne rozcieńczanie próbek poza zakresem liniowości.
22. Załadowanie do analizatora dwóch serii odczynnika jednej metody oraz możliwość ich jednoczesnego skalibrowania i używania.
23. (…)
24. Przechowywanie wyników kontroli jakości w pamięci analizatora w postaci wykresów Levy-Jenigsa.

27. Metodyki badań, karty charakterystyk substancji niebezpiecznych i autoryzowane przez producenta aparatu aplikacje (dołączyć obowiązkowo z pierwszą dostawą analizatora).
28. Monitorowanie zużycia odczynników.
Parametry dodatkowo oceniane: wykonawca, który zaoferuje najmniejszą objętość martwą próbki otrzyma 100 punktów, pozostali wykonawcy - 0 punktów. Kolumnę 3 parametry oferowane należało wypełnić.
Wzór umowy -2 zał. nr 4 do SIWZ
W § 2 ust. 1 cena przedmiotu umowy.
Zgodnie z ofertą przetargową, stanowiącą zał. nr 1 oraz specyfikacją asortymentowo-cenową, zał. nr 2 do umowy za dostarczony przedmiot umowy zamawiający zapłaci maksymalną łączną kwotę: ….
W § 8 ust. 3. W sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy K.c., w tym o gwarancji na towar i o rękojmi.
Zamawiający udzielał wyjaśnień postanowień SIWZ.
Na pytanie 5 odpowiedział, że dopuszcza zaoferowanie analizatora posiadającego chłodzone miejsca odczynnikowe dla 60 różnych testów.
Na pytanie 10. Prosimy o podanie harmonogramu kontroli dla parametrów oznaczanych w moczu i PMR. Odpowiedź: białko, glukoza, kreatynina, mocznik kwas moczowy, magnez, Ca, P, amylaza, NA, K, Cl, na dwóch poziomach 5 razy w tygodniu. Mkroalbumina, lgG-PMR w dniu wykonywania oznaczenia na dwóch poziomach x1 dzień w tygodniu.
Na pytanie nr 29 w brzmieniu: *„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w przypadku niektórych odczynników zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań? Takie rozwiązanie umożliwiałoby bardziej ekonomiczne wykorzystanie odczynników w okresie ich gwarantowanej stabilności na pokładzie analizatora i pozwoliłoby na bardziej ekonomiczną kalkulację oferty przetargowej,”* -

---

zamawiający wyraził zgodę na możliwość porcjowania odczynników do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań.
Na pytanie nr 31 czy zamawiający wymaga dedykowanych kontroli do badań w moczu - odpowiedź - zamawiający wymaga dodatkowych kontroli do badań moczu.
Na pytanie nr 32 Prosimy o podanie harmonogramu kontroli dla parametrów oznaczanych w moczu i płynie mózgowo-rdzeniowym i czy testy potrzebne na kalibracje i kontrole należy także doliczyć do oferty - zamawiający potwierdził, że testy potrzebne na kalibracje i kontrole należy także doliczyć do oferty.
Oferty złożyli:

1. Odwołujący Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, cena - 738 908,41 PLN
   Parametry dodatkowo oceniane - *„Wykonawca, który zaoferuje najmniejszą objętość martwą próbki otrzyma 100 punktów, pozostali wykonawcy - 0 punktów”*
   Najmniejsza objętość martwa próbki - 30 µl - zaoferowana w ofercie odwołującego.
   Wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. w pozycjach od 1 do 47 formularza asortymentowo cenowego pozostawił ilości odczynników wpisane przez zamawiającego we wzorze formularza asortymentowo cenowego (bez doliczenia w tym miejscu odczynników na kalibracje i kontrole)
   Wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. w pozycjach od 48.01 do 48.63 formularza asortymentowo cenowego wyszczególnił ilości opakowań odczynników i materiałów kontrolnych na kalibracje i kontrole i innych materiałów zużywalnych; konkretnych ilości testów i materiałów kontrolnych zużywanych na kalibracje i kontrole nie podał - oferta odrzucona.
   Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., cena - 797 871,83 zł, Parametry dodatkowo oceniane - *„Wykonawca, który zaoferuje najmniejszą objętość martwą próbki otrzyma 100 punktów, pozostali wykonawcy - 0 punktów”.*
   Najmniejsza objętość martwa próbki - 50µl - zaoferowana w ofercie przystępującego.
   Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w pozycjach od 1 do 47 formularza asortymentowo cenowego pozostawił ilości odczynników wpisane przez zamawiającego we wzorze formularza asortymentowo cenowego (bez doliczenia w tym miejscu odczynników na kalibracje i kontrole)
   Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w pozycjach od 48.01 do 48.51

formularza asortymentowo cenowego wyszczególnił ilości opakowań odczynników i materiałów kontrolnych na kalibracje i kontrole i innych materiałów zużywalnych;

23

---

konkretnych ilości testów i materiałów kontrolnych zużywanych na kalibracje i kontrole nie podał - oferta wybrana.

Pismem z dnia 1.09.2016 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zawiadomił zamawiającego: „o niezgodności oferty firmy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o.", której zarzucił między innymi niedoszacowanie ilości odczynników (testów) potrzebnych do przeprowadzenia kalibracji, z powodu nieuwzględnienia trwałości odczynników.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. udzielił w dniu 8 września 2016 r. wyjaśnień, odnośnie zarzutu niedoszacowania ilości odczynników powołał się na wyjaśnienia do SIWZ na pytanie 29 i zgodę zamawiającego na możliwość porcjowania odczynników do mniejszych opakowań.

Dodatkowo udzielił wyjaśnień pismem z dnia 12.09.2016 r. na wezwanie z dnia 7 września 2016 r. w zakresie oznaczania kalprotektyny, *„wykonawca informuje, że odczynnik zaoferowany w postępowaniu nr PN/53/16 przez firmę Roche jak i Beckman Coulter, do oznaczania Kalprotektyny jest produktem firmy Buhlmann. W przypadku obu wykonawców odczynnik wstawiany jest na pokład analizatorów w tzw. kanały otwarte i wykorzystuje aplikację producenta odczynnika na oferowany w postępowaniu przetargowym analizator. Aplikacje określają parametry kalibracji oraz jej stabilność. Aplikacje na różne analizatory różnią się w zależności -od parametrów technicznych analizatorów, a tym samym z tego samego odczynnika, można wykonać różną ilość oznaczeń. Także stabilność kalibracji może się różnić w zależności od zastosowanego do oznaczeń analizatora i również ten parametr w sposób jednoznaczny określa producent odczynnika, przedstawiając aplikację do zastosowania na danym analizatorze. Odpowiadając na Państwa pytanie pragniemy przedstawić kalkulacje (załącznik nr 1 do wyjaśnień), które wyjaśniają przyczynę różnicy w ilości poprawnie zaoferowanego odczynnika w zależności od tego, na jakim analizatorze będą wykonywane oznaczenia. Większa ilość odczynnika, jaką powinna zaoferować firma Roche wykorzystując odczynnik firmy Buhlmann na analizatorze Cobas 501, wynika z następujących przesłanek: Mimo, iż oba analizatory wykorzystują ten sam odczynnik, to istnieje szereg różnic, wynikających ze: I. sposobu konfekcjonowania odczynnika roboczego do bezpośredniego wstawienia na analizator: W analizatorze firmy Beckman Coulter AU680 wykorzystane są oryginalne opakowania odczynnika, które można umieszczać bezpośrednio na pokładzie analizatora, a co za tym idzie pozwala to na wykorzystanie maksymalnej objętości płynu z opakowania i dlatego ilość testów możliwych do wykonania z 1 opakowania to 253.*

W analizatorze firmy Roche Cobas 501 odczynnik nie jest wstawiany na pokład w oryginalnych opakowaniach, a umieszczany w dedykowanych kasetach, które charakteryzują

24

---

się inną specyfiką i dlatego na analizatorze Cobas można z użyciem tego samego odczynnika wykonać jedynie 200 oznaczeń z opakowania.

II. Stabilności kalibracji:

Określana przez producenta odczynnika stabilność kalibracji, w przypadku zastosowania go na analizatorze firmy Roche Cobas 501 wynosi 30 dni, a przypadku zastosowania go na analizatorze firmy Beckman Coulter AU680 wynosi 60 dni. Krótsza stabilność kalibracji wymusza większe zużycie testów na kalibrację, a tym samym skutkuje koniecznością zaoferowania większej ilości odczynnika:

AU680 - 1095 (dni kontraktu)/60 (stabilność kalibracji) = 19 kalibracji x 12 testów = 228 testów na 3 lata.

Cobas 501-1095 (dni kontraktu)/30 dni (stabilność kalibracji)= 37 kalibracji x 12 testów = 444 testy na 3 lata.

Podsumowując, mimo iż oba zaoferowane analizatory wykonują badanie Kalprotektyny w oparciu o ten sam odczynnik, to wykorzystanie tego odczynnika uwarunkowane jest specyficznymi cechami analizatora, zastosowanych opakowań roboczych oraz aplikacji dostarczonej przez producenta odczynnika. Wynikają stąd różnice w ilości koniecznych do zaoferowania opakowań odczynnika w celu zapewnienia pracy w okresie 36 miesięcy.

Dlatego też wykonując oznaczenie kalprotektyny na analizatorze AU680 wystarczą 4 opakowania odczynnika w skali 3 lat a wykonując te same oznaczenia na analizatorze Cobas 501 potrzeba dla tej samej ilości badań 6 opakowań odczynnika. Zwrócenie uwagi na zbyt małą ilość opakowań oznaczenia Kalprotektyny w ofercie Roche wynika z bardzo dobrej znajomości tego badania przez naszą Firmę."
Wyjaśnienie ww. zawiera adnotację mgr M. G. Diagnosty laboratoryjnego z dnia 4.10.2016 r. „Akceptuję *złożone wyjaśnienia."*
Z kolei odwołujący Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 6.09.2016 r. powiadomił zamawiającego, że firma Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zaniżyła wymaganą ilość testów na kontrole i kalibracje dla badań w moczu i przez niedoliczenie odczynnika.
Zamawiający wzywał Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 7.09.2016 r. do wyjaśnienia, między innymi w sprawie dotyczącej niedoszacowania ilości odczynników. Pismem z dnia 12.09.2016 r. przystępujący przedstawił swoją interpretację wymagań SIWZ, że zamawiający nie zmienił warunku, a jedynie ustalił harmonogram wykonania kontroli dla parametrów w moczu. Nie zostało użyte stwierdzenie TESTY na kontrole ale „kontrole i kalibracje" należy także doliczyć do oferty." Przystępujący zawarł wyliczenia odczynników dla każdej kwestionowanej pozycji i podsumował, że jego oferta spełnia wymogi SIWZ.

25

W dniu 26 października 2016 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, podając następujące uzasadnienie:
„Zamawiający odrzucił ofertę nr 1 złożony przez firmę Beckman Coulter Polska Sp. z. o.o. (…), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Wyjaśnienia firmy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. dotyczące niedoszacowania odczynników są nieścisłe, gdyż ilość zaoferowanych opakowań nie uwzględnia trwałości odczynników po otwarciu, nawet biorąc pod uwagę zgodę Zamawiającego na dzielenie opakowań na porcje. Należy jednak podkreślić, że Zamawiający wyraził zgodę na porcjowanie NIEKTÓRYCH odczynników, bo tak właśnie brzmiało pytanie Wykonawcy. Wykonawca, jako profesjonalista, zadając pytanie, posiadał wiedzę w zakresie tego, które odczynniki mogą być porcjowane bez utraty swoich właściwości/daty ważności, a które porcjowane być nie powinny.
Ponadto, Wykonawca zadając pytanie w brzmieniu "Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w przypadku niektórych odczynników zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań? Takie rozwiązanie umożliwiałoby bardziej ekonomiczne wykorzystanie odczynników w okresie ich gwarantowanej stabilności na pokładzie analizatora i pozwalało na bardziej ekonomiczną kalkulację oferty odczynnikowej" - zasugerował Zamawiającemu, że tylko takie odczynniki zostaną skalkulowane z uwzględnieniem porcjowania, które nie tylko mogą, ale i przyjmując takie rozwiązanie umożliwią, bardziej ekonomiczne wykorzystanie odczynnika.
Zatem w sytuacji, w której odczynniki do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny będącymi odczynnikami dwukomponentowymi, z których jeden komponent jest liofilizowany, wykluczona jest: możliwość ich dzielenia i porcjowania. Zamawiający w takiej sytuacji po otwarciu opakowań, poniesie stratę, wobec faktu,
że stabilność produktu i termin ważności liczy się od momentu otwarcia opakowania, stąd nie można w tych przypadkach mówić o ekonomicznym wykorzystaniu odczynników, ale wręcz o ich marnotrawieniu.
Co istotne, że odczynniki na pokładzie analizatora znajdują się w miejscach chłodzonych, stąd ich trwałość jest porównywalna z trwałością porcji przechowywanych w lodówce od 30-90 dni, zgodnie z ulotkami informacyjnymi firmy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. Wielkość opakowań dla kreatyniny i ALP (bardzo krótki okres stabilności po otwarciu - około 14 dni uniemożliwia ekonomiczne zużycie tych odczynników."

26

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wykazywania, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, a byłaby ona najkorzystniejsza według wyznaczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego - wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zabrakło po stronie odwołującego wykazania legitymacji do skarżenia zaniechania odrzucenia oferty konkurenta - firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., gdyż w świetle wyznaczonych kryteriów oceny, oferta przystępującego, w sytuacji gdyby odwołujący obronił swoją ofertę, zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego i oferty firmy Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., przypomnienia wymagała definicja treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w ilości, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, przybiera postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, wyznaczają zatem według Rozdziału VII SIWZ.

1. Wypełniony i podpisany formularz oferty przetargowej, zał. nr 1,
2. Specyfikacja asortymentowo-cenowa, zał. nr 2 (…)
3. Zał. 3 parametry analizatora.

Jako dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji asortymentowo-cenowej- zał. 2, zamawiający wymagał dołączenia: a) oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia posiada wszystkie wymagane przepisami ustawy o wyrobach medycznych (…) dokumenty, dopuszczające oferowany przedmiot zamówienia do obrotu i stosowania w podmiotach leczniczych.

Z kolei Zał. nr 1.1 stanowiący Formularz ogólny oferty przetargowej i zawiera między innymi oświadczenia:

4. że w przypadku wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej, po podpisaniu umowy wraz z pierwszą dostawą dostarczę wydrukowane karty charakterystyki dla odczynników, dla których karty charakterystyki są wymagane (…),

---

8. zapewniamy, że oferowany cały asortyment objęty przedmiotem zamówienia będzie miał w chwili dostawy do zamawiającego termin ważności: odczynniki min 2/3 okresu do końca jego ważności.

Opisu metodyki i aplikacji stosowanych w oferowanym analizatorze zamawiający wymagał wraz z jego dostawą.

Wprawdzie obaj wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, tj. Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. i Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. dla tej samej ilości testów do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny wyszczególnionych przez zamawiającego, podali różne ilości opakowań odczynników, jednak samo przez się, nie stanowi to o zaniżeniu ilości odczynników przez odwołującego.

Po pierwsze, nie ma pewności, czy podany numer katalogowy produktu obejmuje jego konfekcjonowanie wyłącznie w oznaczonej zawartości opakowaniu. Pojemność opakowań w ofercie obydwu wykonawców może być różna, jako że zasadniczo mogą to być odczynniki wielu producentów, dostosowane do współpracy z oferowanym analizatorem.

Po drugie, należało uwzględnić wyjaśnienia zamawiającego, który na pytanie nr 29 w brzmieniu: *„Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w przypadku niektórych odczynników zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań? Takie rozwiązanie umożliwiałoby bardziej ekonomiczne wykorzystanie odczynników w okresie ich gwarantowanej stabilności na pokładzie analizatora i pozwoliłoby na bardziej ekonomiczną kalkulację oferty przetargowej”* - dopuścił możliwość porcjowania odczynników do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że „w *sytuacji, w której odczynniki do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny będącymi odczynnikami dwukomponentowymi, z których jeden komponent jest liofilizowany, wykluczona jest:*

możliwość ich dzielenia i porcjowania."

Zamawiający był bowiem zobowiązany, i w tym przypadku było to możliwe - udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie wykonawcy do postanowień SIWZ, które stają się dla wykonawców wiążące. Zamawiający powinien w samym wyjaśnieniu zaznaczyć, iż opcja dzielenia i porcjowania nie dotyczy odczynników dwukomponentowych, z których jeden składnik jest liofilizowany. Z zaistniałej sytuacji można było wyciągnąć wyłącznie taki wniosek, iż powyższe wskazanie nie było jasne i jednoznaczne. Wykonawca nie musi uwzględniać w swojej ofercie niewyrażonych wprost intencji zamawiającego. Wątpliwości powinny bowiem być interpretowane na korzyść wykonawcy.

Zamawiający dopuścił ogólnie i bez zastrzeżeń porcjowanie odczynników z opakowań oryginalnych do mniejszych, nie może więc na etapie oceny ofert twierdzić, że w

stosunku do niektórych z odczynników takiej możliwości nie przewidział. Gdyby zamawiający wprost odpowiedział, że w zakresie odczynników 2-składnikowych tego nie dozwala - to odwołujący musiałby się do tego dostosować.

Skoro odwołujący realizował umowę na te same odczynniki od 2013 roku, i w oparciu o ten sam analizator, to zarówno odwołujący jak i zamawiający mieli wiedzę empiryczną, że odwołujący zaoferował ilość kwestionowanych odczynników przy założeniu ich porcjowania do mniejszych opakowań, które będą przechowywane przez pewien okres w lodówce zewnętrznej, zgodnie z dotychczasową praktyką - akceptowaną przez zamawiającego. Odwołujący mógł zatem interpretować odpowiedź na pytanie 29 - właśnie w ten sposób. Tłumaczenie zamawiającego, że po zawarciu nowej umowy, chce zmienić swoją praktykę w omawianym zakresie, gdyż dotychczas musiał wykonywać zwiększoną ilość kalibracji i kontroli i zgłaszać je do kontroli laboratoriów zewnętrznych, zgodnie z odrębnymi wymaganiami - nie mogło mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i potwierdza, że rzeczywistym powodem odrzucenia oferty odwołującego - nie była zbyt mała ilość oferowanych odczynników, przy uwzględnieniu ich trwałości, ale inne względy pozamerytoryczne. Odczynniki oferowane przez odwołującego wykorzystywane są przez niewielką ilość laboratoriów, a zamawiający wolałby pracować na odczynnikach powszechnie stosowanych.

Po trzecie, ilość odczynników zużywanych na wykonanie takiej samej liczby testów, zależy od właściwości używanego analizatora.

W sposób dostateczny obrazuje to wyjaśnienie odwołującego z dnia 12 września 2016 r., udzielone na wezwanie zamawiającego z dnia 7 września 2016 r. w zakresie oznaczania kalprotektyny, mające również walor bardzie ogólny: *„wykonawca informuje, że odczynnik zaoferowany w postępowaniu nr PN/53/16 przez firmę Roche jak i Beckman Coulter, do oznaczania Kalprotektyny jest produktem firmy Buhlmann. W przypadku obu wykonawców odczynnik wstawiany jest na pokład analizatorów w tzw. kanały otwarte i wykorzystuje aplikację producenta odczynnika na oferowany w postępowaniu przetargowym analizator. Aplikacje określają parametry kalibracji oraz jej stabilność. Aplikacje na różne analizatory różnią się w zależności -od parametrów technicznych analizatorów, a tym samym z tego samego odczynnika, można wykonać różną ilość oznaczeń. Także stabilność kalibracji może się różnić w zależności od zastosowanego do oznaczeń analizatora i również ten parametr w sposób jednoznaczny określa producent odczynnika, przedstawiając aplikację do zastosowania na danym analizatorze. Odpowiadając na Państwa pytanie pragniemy przedstawić kalkulacje (załącznik nr 1 do wyjaśnień), które wyjaśniają przyczynę różnicy w ilości poprawnie zaoferowanego odczynnika w zależności od tego, na jakim analizatorze będą wykonywane oznaczenia. Większa ilość odczynnika, jaką powinna*

zaoferować firma Roche wykorzystując odczynnik firmy Buhlmann na analizatorze Cobas 501, wynika z następujących przesłanek: Mimo, iż oba analizatory wykorzystują ten sam odczynnik, to istnieje szereg różnic, wynikających ze: I. sposobu konfekcjonowania odczynnika roboczego do bezpośredniego wstawienia na analizator:
W analizatorze firmy Beckman Coulter AU680 wykorzystane są oryginalne opakowania odczynnika, które można umieszczać bezpośrednio na pokładzie analizatora, a co za tym idzie pozwala to na wykorzystanie maksymalnej objętości płynu z opakowania i dlatego ilość

testów możliwych do wykonania z 1 opakowania to 253.
W analizatorze firmy Roche Cobas 501 odczynnik nie jest wstawiany na pokład w oryginalnych opakowaniach, a umieszczany w dedykowanych kasetach, które charakteryzują się inną specyfiką i dlatego na analizatorze Cobas można z użyciem tego samego odczynnika wykonać jedynie 200 oznaczeń z opakowania.
II. Stabilności kalibracji:
Określana przez producenta odczynnika stabilność kalibracji, w przypadku zastosowania go na analizatorze firmy Roche Cobas 501 wynosi 30 dni, a przypadku zastosowania go na analizatorze firmy Beckman Coulter AU680 wynosi 60 dni. Krótsza stabilność kalibracji wymusza większe zużycie testów na kalibrację, a tym samym skutkuje koniecznością zaoferowania większej ilości odczynnika:
AU680 - 1095 (dni kontraktu)/60 (stabilność kalibracji) = 19 kalibracji x 12 testów = 228 testów na 3 lata.
Cobas 501-1095 (dni kontraktu)/30 dni (stabilność kalibracji)= 37 kalibracji x 12 testów = 444 testy na 3 lata.
Podsumowując, mimo iż oba zaoferowane analizatory wykonują badanie Kalprotektyny w oparciu o ten sam odczynnik, to wykorzystanie tego odczynnika uwarunkowane jest specyficznymi cechami analizatora, zastosowanych opakowań roboczych oraz aplikacji dostarczonej przez producenta odczynnika. Wynikają stąd różnice w ilości koniecznych do zaoferowania opakowań odczynnika w celu zapewnienia pracy w okresie 36 miesięcy. Dlatego też wykonując oznaczenie kalprotektyny na analizatorze AU680 wystarczą 4 opakowania odczynnika w skali 3 lat a wykonując te same oznaczenia na analizatorze Cobas 501 potrzeba dla tej samej ilości badań 6 opakowań odczynnika."

W tych okolicznościach Izba uznała za wiarygodne stanowisko odwołującego, że wykorzystanie odczynników uwarunkowane jest specyficznymi cechami analizatora, zastosowanych opakowań roboczych oraz aplikacji dostarczonej przez producenta odczynnika (stosowanej metodologii). Z przedstawionych dowodów (ulotek odczynnikowych) wynika, że producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników

przechowywanych na pokładzie aparatu. Nie wypowiedział się, a więc nie ograniczył wprost trwałości odczynników, które są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki nawet po ich chwilowym otwarciu w celu porcjowania odczynnika. Zamawiający dopuścił możliwość porcjowania odczynników. Zaoferowane przez odwołującego odczynniki można porcjować bez straty ich właściwości, z zachowaniem stabilności każdej porcji odczynników przechowywanych w analizatorze zgodnie z informacjami zawartymi w ulotkach. Nawet jeżeli odczynniki do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny są dwuskładnikowe i wymagają rekonstytucjii liofilizowanych składników, to w ulotkach dołączonych do każdego z tych zestawów odczynnikowych zawarty jest szczegółowy opis procesu rekonstytucji liofilizowanych odczynników i brak jest jakiegokolwiek ograniczenia mówiącego o terminie stabilności sporządzonych roboczych mieszanin reakcyjnych, jeżeli przechowywane są one w zamkniętych opakowaniach w lodówce zewnętrznej - to zachowują stabilność do daty ważności odczynnika.

Wytwórca odczynnika wypowiada się w dwóch kwestiach:
- trwałości odczynników w zamkniętych opakowaniach,
- i trwałości połączonych komponentów odczynników, ale tylko przechowywanych na pokładzie analizatora, a nie w innych warunkach, w lodówce zewnętrznej.

W końcu należało też uwzględnić niekwestionowaną okoliczność, że w opakowaniu fabrycznym kwestionowanych odczynników: *do oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny* - jest po 2 butelki, każdego ze składników mieszaniny roboczej, co umożliwia przynajmniej w połowie, ich dalsze nienaruszone przechowywanie - do momentu wystąpienia potrzeby użycia w całym okresie realizacji umowy.

W ulotkach odczynnikowych podana jest konkretna informacja mówiąca o stabilności odczynników połączonych i przechowywanych w otwartych butelkach w analizatorze. Z tym, że wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa zobowiązany będzie dopiero wraz z pierwszą dostawą dostarczyć wydrukowane karty charakterystyki dla odczynników, dla których karty charakterystyki są wymagane (…) oraz wraz z dostawą analizatora dostarczyć opis stosowanych aplikacji. Dokumenty nie wymagane przy złożeniu oferty - nie powinny co do zasady, stanowić podstawy oceny.

Zamawiający nie zarzucał, że odwołujący podał w ofercie (w swoim oświadczeniu) nieprawdziwe informacje, co powodowałby konieczność konfrontacji tych oświadczeń z dokumentami wprost nie żądanymi w ofercie.

Zamawiający nie wykluczył z góry podania ilości odczynników z uwzględnieniem faktu, iż będą one częściowo przechowywane w lodówce zewnętrznej laboratoryjnej, co pozwala na wydłużenie okresu trwałości odczynników od czasu ich otwarcia do upływu

31

---

oznaczonego na opakowaniu terminu ważności, co pozostaje bieżąco kontrolowane, a w przypadku stwierdzenia niestabilności i braku przydatności, zamawiającemu służą roszczenia o wymianę wadliwego towaru. Nie został ustanowiony wymóg skalkulowania ilość odczynników uwzględniający ich stabilność oraz stały pobyt na pokładzie analizatora. Obowiązkiem wykonawcy, będzie dostarczenie w cenie oferty ilości odczynników do ilości oznaczeń podanych w ofercie, gdyż do tego celu sprowadzało się, zdaniem Izby, podanie przez zamawiającego w SIWZ ilości oznaczeń i ich powtórzenie w treści oferty. Gdyby sytuacja taka nie zachodziła, zamawiającemu służą roszczenia reklamacyjne, czego nie kwestionował.

Skoro zamawiający ustanowił wymóg, że wielkość zaoferowanych opakowań odczynników ma zabezpieczyć pełne ich wykorzystanie w okresie ważności, racjonalnie postąpił odwołujący i zgodnie z tą dyspozycją, że dla stosunkowo małej ilości oznaczeń w okresie 36 miesięcy dla fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny uzyskał potwierdzenie, że zamawiający ogólnie dopuścił porcjowanie odczynników do mniejszych opakowań. Robocze mieszaniny reakcyjne, po rekonstytucji, przechowywane w zamkniętych opakowaniach w lodówce zewnętrznej zachowują stabilność do daty ważności. W ulotkach odczynnikowych podana jest natomiast konkretna informacja mówiąca o stabilności odczynników połączonych i przechowywanych w analizatorze.

Zamawiający nie zarzucał nawet, że zaoferowana przez odwołującego ilość odczynników jest niewystarczająca na wykonanie wyspecyfikowanej ilości badań łącznie z doliczonymi, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 32, ilościami odczynników niezbędnych na wykonanie kalibracji i badań kontrolnych zarówno w surowicy jak i w moczu, wywodził to pośrednio z okresu trwałości odczynników fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny.

Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że w przypadku odczynników Beckman Coulter podana jest informacja o trwałości otwartych odczynników przechowywanych w analizatorze i dotyczy to formy przechowywania otwartych odczynników w aparacie. Otwarte odczynniki przechowywane w analizatorze narażone są na parowanie i permanentny kontakt z powietrzem i zawartym w nim dwutlenkiem węgla czy tlenem. W związku z tym producent odczynników ograniczył trwałość otwartych odczynników przechowywanych na pokładzie aparatu. Nie ograniczył natomiast trwałości odczynników, które są przechowywane w zamkniętych opakowaniach w temperaturze lodówki. Taka procedura zapewnia wykonanie wyznaczonych przez zamawiającego w Formularzu asortymentowo-cenowym ilość oznaczeń w skali 3 lat, co potwierdza dotychczasowa realizacja umowy na rzecz zamawiającego i niekwestionowane dowody przedstawione przez odwołującego, dotyczące ilości wykonanych oznaczeń fenytoiny, karbamazepiny i gentamycyny, generowane automatycznie przez analizator.

32

Zarzut dotyczący kreatyniny i ALP został postawiony ogólnikowo, a zamawiający dopiero w trakcie rozprawy starał się go uzasadnić, co nie mogło przynieść zamierzonego skutku.

Z powyższych względów Izba uznała, że potwierdził się zarzut odwołującego, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ - w zakresie podanego uzasadnienia faktycznego podjętej czynności.

Odrębną kwestię stanowiły wymogi w odniesieniu do Poz. 48 Formularza asortymentowo-cenowego - *„Kalibratory, surowice kontrolne, akcesoria i materiały zużywalne wymagane do wykonania zakładanej ilości oznaczeń (podać: jakie, ilość, cena jednostkowa netto, vat, wartość netto, wartość brutto).”*

Zdaniem Izby w oparciu o powyższe dyspozycje, wykonawcy znając oferowany

analizator, winni byli podać konkretne ilości testów i oznaczeń w odniesieniu do niezbędnych badań w zakresie kalibracji oraz kontroli jakości na wyznaczonych poziomach i według wskazanego przez zamawiającego harmonogramu.

Obydwaj wykonawcy w Formularzu asortymentowo- cenowym w zakresie odczynników na: kontrole, kalibratory i materiały zużywalne nie podali ich konkretnych ilości, ograniczyli się jedynie do podania nazwy, numeru katalogowego produktu oraz ilości opakowań, które mogą zawierać różne ilości materiałów, i z których według sposobu obsługi oferowanego analizatora można byłoby uzyskać różne ilości oznaczeń.

Zdaniem Izby uzupełnianie obligatoryjnych danych, które pierwotnie powinny być zamieszczone w ofercie - jako jej istotna treść - w drodze udzielanych przez wykonawcą wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadzi do niedozwolonej zmiany treści oferty po wyznaczonym czasie na składanie ofert, a ponadto świadczyłoby o niedozwolonych negocjacjach między zamawiającym a wykonawcami.

Wyjaśnień wykonawcy mogliby udzielić, jedynie wówczas, gdyby podali konkretnie oferowane ilości oznaczeń z odczynników, dla kontroli, kalibratorów i innych materiałów zużywalnych. Wówczas mogliby wyjaśniać, tylko i wyłącznie - w jaki sposób wyliczyli podane pierwotnie w ofercie ilość, i czy uczynili to zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Wymóg: *„kalibratory, surowice kontrolne, akcesoria i materiały zużywalne wymagane do wykonania zakładanej ilości oznaczeń (podać: jakie, ilość)”* stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy, taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu Formularza asortymentowo- cenowego, jej istotny element - *essentialia negotii* - definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty.

Ewentualne wezwanie Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. do wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie treści oferty (ilości oznaczeń koniecznych ze względu na kalibracje i kontrole) - prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie.

Zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśniania treści oferty, która *de facto* nie została przez odwołującego podana. Jednakże zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z tej przyczyny, że w ofercie tej brak konkretnie oferowanych ilości oznaczeń z odczynników, dla kontroli, kalibratorów i innych materiałów zużywalnych. Taki zarzut braku ilości oznaczeń odczynników dla kontroli, kalibratorów i innych materiałów zużywalnych nie był ofercie odwołującego wprost stawiany, i nie została ona odrzucona z omawianej przyczyny, stąd powyższe ustalenia Izby pozostawały bez wpływu na wynik sprawy.

Zarówno odwołujący, jak i przystępujący byli przez zamawiającego wzywani do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do pism, które wzajemnie na siebie złożyli, zarzucających konkurentowi niedoszacowania ilości odczynników - i takie wyjaśnienia wykonawcy złożyli, których zamawiający nie kwestionował w powiadomieniu o wyniku przetargu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ - nie mógł podlegać rozpoznaniu, gdyż tym zakresie brak było po stronie odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona i podlegała ocenie, uzyskałaby wyższą ocenę punktową niż oferta złożona przez przystępującego Roche. Zatem interes odwołującego zmierzający do uzyskania zamówienia, stanowiący przesłankę uprawniającą do skorzystania ze środków ochrony prawnej, wyczerpuje się w zarzutach dotyczących odrzucenia własnej oferty. Również w zakresie drugiej z przesłanek - możliwości lub faktu poniesienia szkody - ocena oferty uczestnika postępowania pozostaje irrelewantna dla sytuacji odwołującego w tym postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał w przedstawianiu zarzutów dotyczących oferty uczestnika postępowania występowania przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczność odwołania. Odwołującemu nie sposób bowiem w tym zakresie przyznać ani posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia, szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 24 maja 2012 r. (sygn. KIO 956/12) *„Wskazany*

34

interes oraz możliwość poniesienia szkody - w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego, a w konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się poprzez posiadanie bądź utrzymanie statusu wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (tu: droższą), nie rzutują na sytuacją Odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody - wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty Odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez Zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec Odwołującego i potwierdzenia prawidłowość czynności Zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany - droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Także okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania, nie przesądza o istnieniu po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, W świetle *brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status Odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia."*

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ - już tylko ze względu na fakt braku wykazania legitymacji przez odwołującego - nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn podanych w powiadomieniu z dnia dniu 26 października 2016 r. i przez wybór oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w zaistniałych okolicznościach - znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

35

Żądanie odwołującego wykonawcy, aby Izba nakazała zamawiającemu dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, z reguły należy uznać za bezprzedmiotowe. Zamawiający jest uprawniony aż do zawarcia umowy korygować błędnie podjęte czynności, zatem oferta odwołującego zostanie wybrana, jeżeli zamawiający podejmie taką decyzję w toku ponownej oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

W oparciu o § 3 pkt 1; § 5 ust. 2 pkt 1 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), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów wpisu i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:

……