

WYROK

z dnia 26 stycznia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza - w

składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa Protokolant: Sylwia

Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu, ul. Jeleniogórska 4, 59-700 Bolesławiec**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdynskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

1. Oddala odwołanie

orzeka

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

3. Zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego wykonawcy, zgłaszającego sprzeciw - **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdynskie 6B, 01-531 Warszawa**, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Jelenia Góra**

Przewodniczący.....

Sygn.. akt KIO 105/17

UZASADNIENIE

Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu ul. Jeleniogórska 4; 59-700 Bolesławiec, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „Sukcesywne dostawy odczynników laboratoryjnych wg potrzeb Zamawiającego wraz z dzierżawą analizatorów oraz laboratoryjnego systemu informatycznego.” numer referencyjny: 14/laboratorium/16. Odwołanie dotyczy **Pakietu IV**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 207-374377.

W dniu 5 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej z której wynikało, że za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu została uznana oferta złożona przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdynskie 6B, 01-531 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej:

„Roche”) ilości zaoferowanych opakowań kalibratorów oraz wycień w Formularzu cenowym w Pakiecie IV, w zadaniu nr 1, od poz. 38.1 do poz. 38.27 oraz pozycji razem Pakiet IV, podczas gdy brak było podstaw do dokonania przez Zamawiającego przedmiotowej czynności z uwagi na fakt, że niezgodność oferty Roche z treścią SIWZ nie ma charakteru omyłki, jej poprawienie doprowadziło do dokonania istotnych zmian w treści oferty, oraz że Zamawiający dokonał poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ po przeprowadzeniu u niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą[^]

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Roche pomimo, że jej treść jest

niezgodna z treścią SIWZ;

3.art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego z Roche niedopuszczalnych, po upływie terminu składania ofert, negocjacji treści oferty i niedozwolonej zmiany jej treści;

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, którego oferta jest niekorzystna cenowo, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3.unieważnienia czynności poprawienia oferty Roche;
- 4.odrzucenia oferty złożonej przez Roche na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego poprawienia oferty oraz udzielonych przez Roche wyjaśnień podał, że w świetle przedstawionych przez Roche wyjaśnień, w których wykonawca ten jednoznacznie przyznał, że zaoferowana przez niego ilość opakowań kalibratorów jest ilością adekwatną dla 1 roku wykonywania oznaczeń, podczas gdy zamówienie obejmuje okres 4 lat, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że w ofercie Roche występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność ta nie spełnia przesłanek do usunięcia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu, dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki wymaga łącznego wystąpienia poniższych okoliczności:

-do niezgodności oferty z treścią SIWZ doszło w sposób omyłkowy;

-jej poprawienie nie będzie prowadzić do istotnej zmiany treści oferty;

-Zamawiający ma możliwość i podstawy do samodzielnego dokonania poprawienia treści oferty, bez konieczności prowadzenia negocjacji tych zmian z wykonawcą.

Natomiast w przedmiotowej sprawie nie została spełniona żadna z w/w przesłanek, co oznacza, że występująca w ofercie Roche niezgodność powinna skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wymaga jednoznacznie, aby niezgodność z SIWZ podlegająca poprawieniu miała charakter omyłkowy. Procedury tej nie stosuje się bowiem do każdej niezgodności treści oferty, ale tylko takiej, która jest możliwa do zakwalifikowania jako omyłka.

Natomiast poprawienie przez Zamawiającego tej niezgodności oferty Roche z treścią SIWZ prowadzi również do niedopuszczalnej istotnej zmiany treści tej oferty. Ilość oferowanych opakowań kalibratora, jest istotna dla treści przyszłego świadczenia wykonawcy, do którego zobowiązuje się on w składanej ofercie.

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa analizatora immunochemicznego wraz z dostawami odczynników, którego pozyskanie ma umożliwić Zamawiającego wykonanie określonej ilości oznaczeń w trakcie trwania umowy. Zaoferowanie zbyt małej liczby opakowań kalibratora uniemożliwia Zamawiającemu wykonanie oznaczeń, gdyż jego brak powoduje, że nie jest możliwym skalibrowanie analizatora i przygotowanie go do przeprowadzenia kolejnych oznaczeń. W wyniku dokonania przez Zamawiającego

poprawienia omyłki zmienia się ilość zaoferowanych przez Roche opakowań kalibratorów z 2 na 8 opakowań i to w aż 27 pozycjach Formularza cenowego. Zmianie ulega również łączna wartość samej oferty z 984 970,32 zł brutto na 1 014 713,52 zł brutto, czyli o prawie 30 000 zł. Co oznacza, że Zamawiający musiałby zapłacić za realizację przedmiotu zamówienia o prawie 30 000 zł więcej niż pierwotnie wyliczono w ofercie Roche i o ponad 15 000 zł więcej niż cena zaoferowana przez Odwołującego, który pomimo zaoferowanej niższej ceny uzyskał niższą liczbę punktów niż Roche w ramach drugiego z kryteriów oceny ofert. Konieczność zapłacenia wyższej kwoty za realizację zamówienia z pewnością nie jest dla Zamawiającego okolicznością nieistotną ani korzystną. Nie budzi, zatem wątpliwości fakt, że rodzaj, waga i zakres uchybień w ofercie Roche nie pozwalają na ocenę ich, jako nieistotne lub niemające znaczenia dla świadczenia Wykonawcy.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Roche podkreślił, że wykonawca ten przyznał w nich, iż nie wycenił całości przedmiotu zamówienia. Powyższe powoduje, że zaoferowana przez Roche cena ma charakter rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zatem złożona przez Roche oferta powinna również podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Roche z treścią SIWZ - ilość zaoferowanych opakowań - kontroli, kalibratorów oraz materiałów dodatkowych podał, że niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji dotyczącej braku podstaw od poprawienia w ofercie Roche omówionej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w

zakresie **kalibratorów**, że nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający był uprawniony do dokonania tej czynności to i tak ustalona w wyniku poprawienia omyłki zaoferowana przez Roche liczba opakowań kalibratorów jest nieprawidłowa, gdyż jest niedoszacowana i to powinno skutkować odrzuceniem oferty Roche jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Nadto oferta złożona przez Roche powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że Wykonawca nie zaoferował niezbędnej do przeprowadzenia wymaganej liczby oznaczeń ilości materiału kontrolnego. W wyliczeniach dotyczących pozycji od 38.1 do poz. 38.27 wskazał na niewłaściwe wyliczenia zaoferowanych kalibratorów i tym samym na niezgodność zaoferowanej w ofercie ilości z wymaganiami Zamawiającego w SIWZ. Podał także, iż Roche oprócz niedoszacowań ilości kalibratorów nie uwzględnił w ofercie także wszystkich niezbędnych materiałów zużywalnych potrzebnych Zamawiającemu do wykonania Zamówienia. W ulotkach do następujących kontroli: PreciControl Cardiac 04917049190, PreciControl TM 11776452122, PreciControl ThyroAB 05042666191, PreciControl Universal 11731416190, Troponin PC 05095107190 znajduje się zastrzeżenie o następującej treści „*Niezbędne materiały dodatkowe (niedostarczone w zestawie): 03142949122, QmtrolSet Vials, 2 x 56 pustych fiolek zamykanych korkiem*”. Analiza

formularza cenowego~Roche prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie uwzględnił w ofercie w/w materiałów dodatkowych.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania postanowił uwzględnić zarzuty odwołania w całości. Uzasadniając swoją czynność poinformował iż należy zgodzić się z zarzutami odwołania, że brak było podstaw do uznania, iż w ofercie Roche nastąpiła omyłka podlegająca poprawie w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie/rozprawę przed KIO i tym samym należy uznać, że zaniechał obrony swojego stanowiska co do podjętych w postępowaniu czynności. Wskazać należy iż w sytuacji wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od czynności uwzględnienia zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze jest kontynuowane, a fakt wniesienia sprzeciwu nie zmienia zasad rozkładu ciężaru dowodowego, który nadal obciąża Zamawiającego. Dlatego też obecność pełnomocnika Zamawiającego jest nader pożądana.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o, który od uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów odwołania wniósł sprzeciw. W przedstawionym na piśmie stanowisku wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, pism procesowych oraz oświadczeń Odwołującego i uczestnika postępowania podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zostało uwzględnione, gdyż nie została wykazana zasadność podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania, a Przystępujący poprzez zgłoszenie przystąpienia wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie.

Podstawowym zarzutem odwołania jest kwestia, czy w przedstawionym stanie faktycznym była możliwość poprawienia w ofercie Przystępującego treści oferty z powodu zaistnienia omyłki o której mowa w art 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W tym zakresie Izba zauważa, że istnieje bogate orzecznictwo zarówno sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji

wystąpienia omyłki w ofercie, kwestia ta podlega ocenie w aspekcie, czy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki, która nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, czy też przesłanki te nie zachodzą i ofertę wykonawcy należy odrzucić. Ocenie przed ewentualnym odrzuceniem podlega także kwestia, czy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ powoduje sytuację, że oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w zakresie merytorycznym w takim zakresie, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ. Postępowanie przetargowe służy wyłonieniu oferty najkorzystniejszej spośród tych, które na starcie będą spełniały podstawowe wymogi z SIW. Jednakże przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 warunkuje możliwość odrzucenia oferty, wykonaniem weryfikacji jej treści pod kątem możliwości jej poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Dlatego też każdorazowo Zamawiający zanim dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ winien dokonać rozważenia instrumentów sanacyjnych przewidzianych w ustawie. Ustawa przewiduje szereg regulacji, które nakładają na Zamawiającego obowiązek naprawienia oferty poczynając od obowiązku wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego poprzez nakaz jej wyjaśnienia, a finalnie poprzez obowiązek poprawienia

niezgodności oferty z treścią SIWZ, jeśli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „w tym miejscu, za Izbą powtórzyć należy, że czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ” (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r.. o sygn. akt II Ca 803/10). Wskazane regulacje wyrażają obowiązek Zamawiającego do zastosowania trybu z art. 87 ust.2 pkt 3Pzp, jeśli zajądą opisane w tym przepisie sytuacje.

Wskazać należy także, że intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty i nie zmieniało istoty przedmiotu zamówienia.

Głównym argumentem Odwołującego przeciwko możliwości poprawienia przez Zamawiającego oferty Przystępującego było stanowisko, iż Zamawiający w oparciu o posiadane w ofercie informacje nie był w stanie samodzielnie poprawić oferty Roche i w tym

zakresie nastąpiły niedozwolone negocjacje Zamawiającego z Przystępującym co do zakresu poprawienia treści oferty.

Odnosząc się do tej kwestii wskazać należy, iż to sam Zamawiający dostrzegł niezgodności w treści oferty i w sporządzonej przez kierownika laboratorium notatce stwierdzono, że „ilość zaoferowanych kalibratorów w ofercie firmy Roche Diagnostics Polska w Formularzu cenowym w Pakiecie nr IV w zadaniu nr 1 w pozycji od nr 38.1 do nr 38.27 w ilości po 2 opakowania jest za mała. Prawidłowa ilość opakowań w każdej z ww. pozycji powinna wynosić 8 op.(...)”. Jednocześnie niewątpliwym jest, że w tejże notatce zawarto informację, iż wyliczeń w tym zakresie dokonano „na podstawie ulotek odczynnikowych, które są powszechnie dostępne oraz znajdują się w moim posiadaniu z uwagi na wykonywanie oznaczeń na w/w aparacie”.

Powyższe obala twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający nie mógł samodzielnie wyliczyć odpowiedniej ilości kalibratorów i, że nastąpiło to w wyniku negocjacji z Przystępującym Roche. Dlatego też zasadnym jest przyjęcie, argumentacji Roche w tym zakresie, gdzie wskazuje, iż „Zgodnie z załącznikiem nr 7a do SIWZ ilości kontroli, kalibratorów i materiałów zużywalnych należało określić samodzielnie, na okres 4 lat. Zamawiający wyspecyfikował jedynie rodzaj i ilości wymaganych do oznaczenia parametrów w poz. 1-36 formularza cenowego, natomiast w odniesieniu do kalibratorów (także kontroli i materiałów zużywalnych) pozostawił wskazanie „wg Wykonawcy”. Przystępujący kalkulując odpowiednią ilość kalibratorów omyłkowo przedstawił wartość dla jednego roku, co ma związek ze specyfiką procesu kalibracji. Mianowicie, w odróżnieniu od kontroli czy materiałów zużywalnych zapotrzebowanie na kalibratory jest zasadniczo niezależne od ilości wykonywanych oznaczeń danych parametrów. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych konkretnych wymagań dotyczących wykonywania kalibracji, toteż konieczną ilość kalibratorów determinowała częstotliwość kalibracji wynikająca z charakterystyki danego odczynnika (sposobu konfekcjonowania) oraz okresu realizacji badań. Ponadto, jak zauważył sam Odwołujący (aczkolwiek nie wiedząc czemu nie wyciągnął z tego żadnych wniosków) wiele kalibratorów jest sprzedawanych w zestawach z testami. W zakresie tych pozycji nie było potrzeby osobnego wyspecyfikowania kalibratorów, gdyż pod określonym numerem katalogowym znajduje się zarówno odczynnik jak i kalibrator. W rezultacie w poz. 37 tabeli formularza cenowego wystarczyło podać odpowiednią liczbę opakowań kalibratorów dla tych oznaczeń, które nie są sprzedawane w zestawach. Przystępujący doskonale zna oferowane przez siebie wyroby i w swoim systemie kalkulacyjnym ma wprowadzone formuły odpowiednie dla całorocznej (dwunastomiesięcznej) kalibracji. Jest to narzędzie uniwersalne, gdyż nie wszyscy zamawiający ogłaszają przetargi na okresy 4 letnie. Co najmniej tak samo częste są postępowania na 2 lub trzy lata. W wyniku przeoczenia do formularza cenowego

przeniesiono wartości domyślne z wewnętrznego formularza kalkulacyjnego - czyli właściwe dla 1 roku”.

Również z wyżej cyt. treści notatki Zamawiającego z 8 grudnia 2016 r wynika, iż nieścisłości w zakresie zaoferowanych kalibratorów zostały zauważone przez Zamawiającego jeszcze przed wysłaniem wezwania do wyjaśnień, tym samym nie było żadnych negocjacji między Zamawiającym i Przystępującym w tym zakresie, ponieważ w chwili, gdy Zamawiający formułował pismo, wiedział, iż zaoferowane ilości 2 opakowań są ilością za małą i zaoferowana ilość wystarcza na okres jednego roku, a prawidłowa ilość opakowań powinna wynosić 8 opakowań.

Brak jest również podstaw do uznania iż dokonana zmiana w ofercie powoduje istotną zmianę treści oferty. Otóż dokonana poprawa- co wynika także z treści odwołania zwiększa wartość oferty z 984 970,32 zł brutto na 1 014

713,52 zł brutto, czyli o prawie 30 000 zł, a to stanowi niecałe 3% ceny oferty przed poprawą.

Dlatego też zarzut ten jest niezasadny.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Roche został przez Odwołującego *de facto* cofnięty na rozprawie. Odwołujący wyjaśnił, że przywołuje w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 98 ust.1 pkt 4Pzp, lecz zarzutu rażąco niskiej ceny nie stawia, gdyż to oferta Odwołującego jest tańsza niż Przystępującego. Przywołanie powyższego przepisu Ustawy miało na celu zasygnalizować niedoszacowanie oferty Roche przy braku wyceny całości wymagań SIWZ.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający winien był odrzucić ofertę Roche ponieważ jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. W tym zakresie zwrócił uwagę, że nawet gdyby przyjąć iż Zamawiający był uprawniony do dokonania poprawy treści oferty w ten sposób iż zaoferowana liczbę kalibratorów pomnożyć przez 4 to i tak zaoferowana przez Roche ilość opakowań kalibratorów jest niedoszacowana. W tym zakresie załączył dowód w postaci wyliczeń ile zdaniem Odwołującego należało zaoferować opakowań, aby zostały spełnione wymagania Zamawiającego. Podał iż aby ustalić ilości niezbędnych kalibratorów należy oprzeć się na następujących danych: tj. stabilność kalibracji, czyli jak często należy kalibrować dany test; stabilności samego kalibratora – czyli jak długo dany kalibrator może być używany po jego pierwszym użyciu, czy konkretnego kalibratora można użyć do kilku kalibracji czy po wykonaniu jednego testu nadaje się do wyrzucenia oraz sposobu konfekcjonowania, tzn. ile opakowań danego kalibratora jest w opakowaniu zbiorczym, oraz pojemności jednego kalibratora w opakowaniu.

Przystępujący zakwestionował poprawność prezentowanego przez Odwołującego stanowiska i wskazał, że został wywiedziony z nieistniejących zapisów SIWZ, a ponadto dane o stabilności kalibracji są nieadekwatne do stanu rzeczywistego. Odwołujący dokonując symulacji kosztowej przyjął założenia nie mające odbicia w wymaganiach SIWZ, co

zaowocowało zawyżeniem koniecznej liczby opakowań. Podał, że po pierwsze, Odwołujący w swoich wyliczeniach wziął pod uwagę stabilności kalibratorów po otwarciu, co nie stanowiło kryterium doboru ilości kalibratorów. Zamawiający określił okres ważności asortymentu na 9 miesięcy. Nie żądał nigdzie aby do ilości odpowiedniej dla liczby oznaczeń dodać dodatkowe opakowania w związku z ewentualnymi stratami wynikającymi ze stabilności w analizatorze.

Po drugie, Odwołujący skupił się na zapisach w ulotkach metodycznych dotyczących stabilności i trwałości materiału z pominięciem akapitów mówiących o możliwości porcjowania / rozlewania materiału z fiolek macierzystych do naczynek CalSet vials, i po trzecie Odwołujący przyjął interwały kalibracji dla każdego testu wynoszące 28 dni (z nielicznymi wyjątkami), podczas gdy zgodnie z ulotkami Roche dla poszczególnych testów

„Kalibrację należy wykonywać zawsze dla nowej serii odczynnika (...)”, a w przypadku kilku testów także dla „nowego odczynnika” (Toxo IgG, Toxo IgM, Anty-HIV Combo, CMV IgG, CMV IgM). Dodatkowo Roche wyłącznie sugeruje przeprowadzenie dodatkowych kalibracji częściej, zależnie od testu co 12 tyg., co 8 tyg. lub co miesiąc (28 dni), pozostawiając ostateczną decyzję o ich wykonaniu Użytkownikowi. Analizator nie narzuca ani nie wymaga wykonywania kalibracji w ścisłych, stałych odstępach czasowych, to Użytkownik decyduje o tym na podstawie wyników bieżącej kontroli jakości.

Mając powyższe na uwadze podał, iż zestawienie tabelaryczne stanowiące załącznik. Jednakże odnosząc się do tego załącznika podał, że jego zdaniem, informacje zawarte w tym załączniku wyjaśniają wątpliwości Odwołującego w tym zakresie. Otóż przy szeregu pozycji dotyczących kalibratora, dodany jest opis „kalibrator w zestawie”, oznacza to, że tam gdzie wskazany jest kalibrator w zestawie, to tego kalibratora już Przystępujący nie oferował osobno – dodatkowo, gdyż brak było takiej potrzeby. Dodał, że błąd Odwołującego w zakresie wyliczenia niezbędnych ilości kalibratorów polega na przyjęciu do obliczenia stabilności materiału kalibracyjnego, która zgodnie z SIWZ nie była kryterium oceny ilości kalibratorów, natomiast z pkt widzenia objętości każdego kalibratora podana ilość (po poprawie oferty) jest wystarczająca. Natomiast w zakresie kwestionowanych ilości zaoferowanych kontroli podał, że błąd w wyliczeniach Odwołującego wynika z kwestii założenia ich stabilności, co nie było wymagane w SIWZ. Nadto błędem Odwołującego było to, iż pominął możliwość porcjowania kontroli, do czego służą naczynka ControlSet Vials.

W zakresie zarzut braku materiałów zużywalnych Odwołujący podniósł, że Roche nie uwzględnił także w ofercie niezbędnych materiałów zużywalnych potrzebnych Zamawiającemu do wykonania Zamówienia. W tym zakresie Przystępujący podał iż zaoferował wymagane fiołki, lecz były to fiołki równoważne występujące pod innym numerem katalogowym.

Izba po analizie przedłożonych przez Odwołującego dowodów oraz stanowisk Odwołującego i Przystępującego uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż zasadnym byłoby odrzucenie oferty Przystępującego z powodu niezgodności z SIWZ w zakresie podniesionym w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący.....