

Sygn. akt: KIO/23/11

Sygn. akt: KIO/43/11

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2011 r. w Warszawie wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 5 stycznia 2011 r. przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa (sygn. akt KIO/23/11)**

B. w dniu 7 stycznia 2011 r. przez **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B (sygn. akt KIO/43/11)**

odwołań, skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 r. do łącznego rozpoznania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **sygn. akt KIO/23/11** oraz wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **sygn. akt KIO/43/11**

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże**

**Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** oraz **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa;**
  - B koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 111 zł 50 gr (słownie: sto jednaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A. kwoty 55 zł 75 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu,
  - B. kwoty 55 zł 75 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) przez **Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** na rzecz zamawiającego - **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO/23/11**

**Sygn. akt: KIO/43/11**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa odczynników, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych, dzierżawa wirówek laboratoryjnych, lodówko-zamrażarki i analizatorów łącznie z Laboratoryjnym Systemem Informatycznym (LSI), do wykonywania oznaczeń biochemicznych / immunologicznych oraz szkolenie (sygnatura sprawy: ZP-LK-271-164/2010). Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 września 2010 r. pod nr 2010/S 174-265819.

W dniu 29 grudnia 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu ofert wykonawców Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (dalej „Roche Diagnostics”) oraz Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. (dalej Abbott Laboratories”) w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i unieważnieniu części 1 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt. KIO/23/11**

W dniu 5 stycznia 2011 roku wykonawca Roche Diagnostics wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) zamawiającego podjętych w ww postępowaniu, a polegających na:

1. bezpodstawnym odrzuceniu oferty Roche Diagnostics;
2. zaniechaniu dokonania odrzucenia oferty Abbott Laboratories z dodatkowych przyczyn opisanych w uzasadnieniu odwołania, tj. bezpodstawnym nieuwzględnieniu w uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia oferty Abbott Laboratories również innych okoliczności świadczących o obowiązku odrzucenia tej oferty;
3. bezpodstawnym unieważnieniu postępowania;
4. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego Roche Diagnostics jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp uszczerbku doznał interes odwołującego Roche Diagnostics w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (utracił on możliwość uznania złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 przedmiotowego zamówienia), a tym samym został narażony na znaczną szkodę.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu w zakresie części 1:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Roche Diagnostics;
3. dokonania czynności odrzucenia oferty Abbott Laboratories z uwzględnieniem dodatkowych okoliczności opisanych w odwołaniu (względnie uzupełnienia uzasadnienia faktycznego i prawnego o dodatkowe argumenty przytoczone w niniejszym odwołaniu);
4. powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego Roche Diagnostics.

W uzasadnieniu odwołujący Roche Diagnostics wskazywał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucając, że zaoferowana klawiatura z czytnikiem kart inteligentnych nie spełnia parametru „obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8V”, a monitor posiada różną od wymaganej przez zamawiającego rozdzielczość nominalną.

Odwołujący Roche Diagnostics podnosił, że zgodnie z treścią oferty złożonej przez niego w niniejszym postępowaniu zaoferowana klawiatura z czytnikiem kart inteligentnych (obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8V) oraz monitor (Monitor LCD 19" - rozdzielczość nominalna 1280 x 1024) spełniają wymagania wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), co znalazło odzwierciedlenie w treści „załącznika nr 3 do wzoru umowy” (formularz parametrów oferowanych m.in. w zakresie stacji roboczych). Pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego Roche Diagnostics w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty poprzez podanie modelu lub dokładnej specyfikacji oferowanej stacji roboczej (załącznik nr 3 do wzoru umowy, tabela 3) oraz oferowanych drukarek (załącznik nr 3 do wzoru umowy, tabela 4 i 5). Zgodnie z powyższym, wyjaśnienia zostały przesłane w dniu 15 grudnia 2010 roku. Następnie, w dniu 17 grudnia 2010 r. zamawiający ponownie wezwał odwołującego Roche Diagnostics do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wskazania konkretnego modelu monitora, wyznaczając równocześnie termin 17 grudnia 2010 roku. Jeszcze tego samego

dnia odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie. Kwestionując podstawy odrzucenia oferty, odwołujący Roche Diagnostics wskazywał, co następuje. Zdaniem odwołującego klawiatura HP USB SmartCard ED707AA została zaoferowana w niniejszym postępowaniu jako zgodna z wymaganiami zamawiającego, co odwołujący potwierdził w załączniku nr 3 do wzoru umowy w tabeli nr 3 (wymagania dotyczące stacji roboczej) w wierszu 9 (Klawiatura z wbudowanym czytnikiem kart inteligentnych, z trwałym, nieścieralnym opisem klawiszy) w kolumnie 3 wpisując „TAK”. Z treści SIWZ wynika, że parametrem wymaganym przez zamawiającego była "obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8V". Powołując się na specyfikację producenta, zamawiający uznał, że ww. klawiatura wyposażona jest w czytnik kart kompatybilny z kartami inteligentnymi, które komunikują się z czytnikiem jedynie w standardzie 5V oraz 3V. Wobec powyższego zamawiający doszedł do błędnego przekonania, że czytnik ten nie pozwala na odczyt kart 1,8V. Specyfikacja techniczna klawiatury HP USB SmartCard ED707AA przewiduje, że urządzenie obsługuje wszystkie karty inteligentne zgodne ze standardem ISO 7816, tj. umożliwia odczyt i zapis wszystkich kart ISO 7816-1, 2, 3, 4 (T=0, T=1). Z informacji, że czytnik jest zgodny z normą ISO 7816 wynika, że klawiatura obsługuje wszystkie karty w standardach 5V, 3V i 1,8V. Skoro zatem czytnik jest zgodny z ISO 7816, to brak jest podstaw do uznania, że zaoferowane urządzenie nie wspiera obsługi kart 1,8V, przez co należy wywieść, że oferta odwołującego Roche Diagnostics została odrzucona bezpodstawnie. Nadto, dodatkowy argument stanowi fakt, iż dostarczony system LSI nie obsługuje kart o zasilaniu 1,8V, zaś odwołujący Roche Diagnostics nie oferuje takich kart w przedmiotowym postępowaniu. Szanując jednak wolę zamawiającego, zaoferowano klawiaturę HP USB SmartCard ED707AA, która jest zgodna z ww. normą, przez co spełnia wymagania zamawiającego, w tym również zapewnia obsługę kart 1,8V zgodnych z ISO 7816.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności zaoferowanego modelu monitora z treścią SIWZ, podkreślał, iż z treści oferty złożonej przez odwołującego wynika, że zobowiązał się do dostarczenia monitora LCD o przekątnej ekranu 19", kontrast min. 8000:1, jasność min. 300cd/m<sup>2</sup>, czas reakcji <=5ms; rozdzielczość nominalna 1280 x 1024, min. D-SUB. Nigdzie w SIWZ nie wymagano podania w treści oferty modelu monitora -wystarczyło poświadczyc, że jego cechy są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że zamieszczenie co do tego elementu oferty wywołało pytanie zamawiającego, zwłaszcza to z 17 grudnia 2010 roku, o podanie modelu oferowanego monitora, w którym zakreślono niespełna kilkugodzinny termin na odpowiedź (miała paść tego samego dnia). W rezultacie doszło do pomyłki w udzielonych wyjaśnieniach, w których błędnie napisano model monitora SAMSUNG SM B1930NW, którego rozdzielczość nominalna jest inna niż sam odwołujący podał w ofercie. Wolą odwołującego, jednoznacznie wyrażoną w treści oferty (załączniku nr 3

do wzoru umowy) było zaoferowanie monitora zgodnego z SIWZ, tj. wyświetlającego obraz w rozdzielczości 1280 x 1024. Wśród samych tylko produktów firmy SAMSUNG dostępnych na rynku wymienić można modele E1920NR, B1940MR, B1940R, które posiadają panel LCD o rozdzielczości 1280 x 1024. Uwzględniając deklarację odwołującego Roche Diagnostics zawartą w ofercie, gdzie zobowiązał się do dostarczenia monitora o rozdzielczości 1280 x 1024, należy uznać, że pojawienie się w wyjaśnieniach z dnia 17 grudnia 2010 roku modelu monitora B1930NW jest wynikiem omyłki. Fakt ten nie może mieć wpływu na ustalenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż wykazano, że oferta w części dotyczącej parametrów monitora jest jednobrzmiąca z fragmentem SIWZ omawiającym kwestię wymagań dla monitora. Nadto zaś w załączniku nr 3 do wzoru umowy w tabeli nr 3 (Wymagania dotyczące stacji roboczych), w wierszu 12 (Monitor LCD 19"), w kolumnie 3 (Parametr wymagany) odwołujący wpisał „TAK”, potwierdzając tym samym treści zobowiązania do dostarczenia monitora zgodnego z wymaganiami SIWZ. Podkreślał, że Zamawiający kierując do odwołującego Roche Diagnostics wezwania z dnia 14 i 17 grudnia 2010 roku wykroczył poza granice unormowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ów stanowi, że można żądać wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Tymczasem zamawiający poprosił odwołującego Roche Diagnostics nie o wytłumaczenie wątpliwości związanych z treścią jego oferty, lecz o podanie dodatkowych informacji, które na gruncie SIWZ nie były wymagane. W rezultacie odwołujący Roche Diagnostics nie był zobowiązany odpowiadać na postawione mu pytania. Powyższe, w jego ocenie, prowadzi do wniosku, że gdyby odwołujący Roche Diagnostics zignorował wezwania z dnia 14 i 17 grudnia 2010 roku, to wówczas nie spotkałaby go żadna sankcja. Zamawiający, na podstawie treści oferty, złożonej zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ, nie miałby bowiem żadnych podstaw do uznania, że nie odpowiada ona postanowieniom SIWZ. W związku z powyższym należy stwierdzić, że skoro wezwania z 14 i 17 grudnia 2010 roku były bezskuteczne (naruszały art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), to i reakcja na nie nie może wywoływać skutków prawnych, w szczególności niekorzystnych dla „nadgorliwego” wykonawcy.

Ponadto, przyjmując nawet że wspomniane wezwania były dopuszczalne i wiązały odwołującego, to w myśl art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp przepis ten nie może być wykorzystywany do dokonywania zmian w treści oferty. Skoro zamawiający uznał, że parametry monitora wskazanego w wyjaśnieniach odwołującego są niezgodne z treścią jego oferty, to nie mógł ich uwzględnić w toku badania i oceny ofert. Ewentualnie powinien żądać dodatkowych wyjaśnień, które by sprecyzowały stan faktyczny. Cytowany art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie bowiem stanowi, że z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Tak więc odwołujący Roche Diagnostics nie mógł w odpowiedziach na pytania zmienić rozdzielczości

oferowanego monitora, którą określił na 1280 x 1024. Treść oferty jest pod rygorem nieważności wyrażana na piśmie, w terminie nie późniejszym niż termin składania ofert, a wszelkie oświadczenia składane później mogą prowadzić do jej wyłumaczenia, ale nigdy do jej zmiany (w przetargu za wyjątkiem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp). Na wypadek niepodzielenia powyższego stanowiska, z ostrożności odwołujący Roche Diagnostics wskazywał na jeszcze inną prawidłowość. Otóż jeśli nawet przyjąć, że stanowisko zawarte zwłaszcza w odpowiedziach z 17 grudnia 2010 roku, z którego wynika, że zaoferowano monitor B1930NW, należy traktować jako treść (element) oferty, to wobec niespójności jaka zachodzi pomiędzy rzeczywistymi parametrami tego urządzenia, a oświadczeniem w tym przedmiocie wynikającym z załącznika nr 3 do wzoru umowy, zamawiający powinien był po raz kolejny wystąpić do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. De facto bowiem dopiero wtedy pojawiły się wątpliwości, co tak naprawdę zaoferował odwołujący. Zdaniem odwołującego, niezrozumiale postępował zamawiający, kiedy to żądał wyjaśnień, gdy treść oferty było wyczerpująca i klarowna, a odstąpił od nich, gdy stała się niejasna i dwuznaczna. Takim postępowaniem zamawiający niewątpliwie, zdaniem odwołującego, naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Realizując swój obowiązek zamawiający z pewnością przekonałby się, że odpowiedzi odwołującego zawierały niezamierzoną omyłkę. Tak więc jeśli zostały poczytane jako treść oferty zamawiający powinien wdrożyć procedurę wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. dokonać poprawki oferty. Nie sposób uznać, że wbrew temu co pierwotnie oświadczył w ofercie odwołujący intencją i wolą odwołującego stało się nagle zaoferowanie innego sprzętu i narażanie się na odrzucenie oferty. Trzeba pamiętać, że monitory nie są towarem produkowanym przez odwołującego (ani innych uczestników tego przetargu), który jest zasadniczo dostawcą wyrobów medycznych. Monitory są nabywane od zewnętrznych kooperantów. Wymagania które wobec nich postawił zamawiający były dość liberalne i łatwo osiągalne dla praktycznie wszystkich znanych producentów monitorów. Nie ma więc absolutnie żadnego powodu, aby oferować zamawiającemu asortyment sprzeczny z SIWZ. Odróżnić należy bowiem sytuację, kiedy firmy niejako „naginają” rzeczywistość, zapewniając o istnieniu właściwości, których dany towar nie posiada, licząc, że zostanie zaakceptowany, od przypadku, kiedy wykonawca bez żadnych niedomówień wskazuje na określone cechy urządzeń i pod groźbą odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy zobowiązuje się je zapewnić. Odwołujący nie miał żadnego powodu, aby proponować monitor niezgodny ze specyfikacją, a rzeczywistą i jedyną przyczyną pojawienia się we wzajemnych relacjach z zamawiającym symbolu monitora B1930NW była omyłka. Powyższe zostałyby wyjaśnione, gdyby zamawiający dał taką szansę odwołującemu. Ponadto w ocenie odwołującego zamawiający złamał zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż monitor zaoferowany przez Abbott Laboratories oceniał na podstawie opisu jego parametrów podanego przez ww. wykonawcę, uznając go za wystarczający. W przypadku zaś odwołującego, który zawarł w

swojej ofercie niemal analogiczny opis, zażądał wyjaśnień, a następnie opierając się na nich bezkrytycznie - odrzucił ofertę.

Popierając decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty firmy Abbott Laboratories, odwołujący osobno podnosił niezgodność treści oferty Abbott Laboratories z wymaganiami SIWZ w zakresie szerszym niż stwierdził to wcześniej zamawiający. Abstrahując zatem od ustaleń poczynionych przez zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty firmy Abbott Laboratories (które całkowicie podzielał), podnosił kolejne uchybienia w ofercie tego wykonawcy, skutkujące obligatoryjnym odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

W szczególności, Zamawiający wymagał aby zaoferowane dostawy w części przeznaczonej dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej spełniały warunek „dostępności materiałów kontrolnych, zapewniających możliwość wykonywania oznaczeń zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej, dla wszystkich wykonywanych testów” (Załącznik nr 4 do wzoru umowy, Zakład Diagnostyki, tabela nr 4). Zaoferowana przez Abbott Laboratories ilość materiałów kontrolnych zdaniem odwołującego jest zdecydowanie niewystarczająca do spełnienia tego warunku, przez co uniemożliwi zamawiającemu prowadzenie regularnej kontroli wewnątrzlaboratoryjnej zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej. Standardy te przewidują codzienną kontrolę każdego poziomu stężeń zgodnie z rekomendacjami producenta odczynników dla testów CA 19-9, CA 15-3, CA 125, C-Peptyd, anty-CCP, PTH, anty-TPO i anty-Tg. Pochodnym zaś skutkiem zaoferowania zbyt małej i niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiałów kontrolnych jest niedoszacowanie i zaniżenie ceny oferty Abbott Laboratories na kwotę 127.533,30 zł (słownie: sto dwadzieścia siedem tysięcy pięćset trzydzieści trzy złote 30/100) brutto. Wyliczenie brakujących materiałów kontrolnych zawarto w załączniku do odwołania.

Nadto odwołujący Roche Diagnostics podnosił, że nie ma dowodów spełnienia warunku „dostępności dla wszystkich wykonywanych testów indywidualnych, dedykowanych materiałów kontrolnych zapewniających możliwość sprawowania kontroli jakości na minimum dwóch poziomach” (Załącznik nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 4, lp. 4). Zaoferowana przez Abbott Laboratories ilość materiałów kontrolnych jest zdecydowanie niewystarczająca do spełnienia tego warunku, przez co uniemożliwi zamawiającemu prowadzenie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na dwóch poziomach. Standardy przewidują codzienną kontrolę każdego poziomu stężeń (co znajduje wyraz w punkcie 8 tabeli nr 4 Załącznika nr 4 dla większości testów oferowanych dla Zakładu Mikrobiologii. Skutkiem zaś zaoferowania zbyt małej, niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiałów kontrolnych jest niedoszacowanie i zaniżenie ceny oferty Abbott Laboratories na kwotę 193.627,20 zł (słownie: sto



dziewięćdziesiąt trzy tysiące sześćset dwadzieścia siedem złotych 20/100) brutto. Wyliczenie brakujących materiałów kontrolnych zawarto w załączniku do odwołania.

Odwołujący wskazywał także na niespełnienie warunku granicznego wynikającego z załącznika nr 4, tabela nr 2, Zakład Mikrobiologii, lp. 1 tj. „Wymagania graniczne dla wirówki laboratoryjnej”. Zamawiający sformułował wymóg: „Wirówka laboratoryjna wyposażona w zamykany na czas wirowania uszczelnianą przezroczystą pokrywą rotor, umożliwiającą równoczesne wirowanie minimum 40 standardowych probówek do pobierania i zabezpieczania krwi (o pojemności ok. 4-5 mL) z zapewnieniem parametrów wirowania zgodnych z wymaganiami producenta testów, lecz z wartością RCF nie mniejszą niż 6000g”. Zaoferowana wirówka MPW 380R nie spełnia tego wymogu. Na potwierdzenie powyższego załączył do odwołania specyfikację techniczną producenta wirówki.

Odwołujący podnosił, że uwadze zamawiającego umknęło również niespełnienie przez ofertę Abbott Laboratories warunku granicznego ujętego w Załączniku nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 4, lp. 7 tj. „Minimalne okresy trwałości zestawów odczynnikowych”. Zamawiający wymagał minimum 8-tygodniowego okresu trwałości po otwarciu zestawu dla oferowanych markerów (poza anty-HCV, HBsAg, anty-HBs, anty-HIV, HIV p24). Zaoferowane przez Abbott Laboratories odczynniki do oznaczania HBeAg, anty-HBe, a-HBc, a-HBc IgM, a-HAV IgG, a-HAV IgM, CMV IgG, CMV IgM, Rubella IgG, Rubella IgM, Toxo IgG i Toxo IgM nie spełniają tego warunku, gdyż ich trwałość po otwarciu wynosi jedynie 30 dni. Producent odczynników Architect wyraźnie zaznacza też w instrukcjach metodycznych odczynników, że po upływie 30 dni zestaw odczynnikowy musi zostać usunięty. Wymóg trwałości 8-tygodniowej zamawiający dodatkowo potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 10 z dnia 27 października 2010 roku, zaznaczając także, że ewentualne wydłużenie trwałości odczynników nie dotyczy analizatora, który posiada system chłodzenia do temperatury lodówki (nawiązanie do pytania nr 8). Konkludując stwierdzał, że oferowany przez Abbott Laboratories analizator Architect i1000 posiada system chłodzenia odczynników do temperatury lodówki. Odczynniki na pokładzie analizatora przebywać będą zatem w temperaturze lodówki, co sprawia, że nie ma możliwości przedłużenia terminu trwałości odczynników Architect ponad 30 dni poprzez przeniesienie ich do zewnętrznej lodówki, gdzie niska temperatura umożliwiłaby wydłużenie trwałości. W warunkach lodówki maksymalny czas trwałości zaoferowanych odczynników wynosi zatem 30 dni. Potwierdzenie tego faktu znajduje się w instrukcjach metodycznych ww. testów załączonych do oferty Abbott Laboratories.

Odwołujący wskazywał także na niespełnienie warunku granicznego ustalonego w załączniku nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 1, lp. 1. tj. „Dwa automatyczne analizatory immunochemiczne o pełnej wzajemnej kompatybilności odczynnikowej i zakresie badań

odpowiadającym liście badań wykonywanych w pracowni, określonych w specyfikacji przetargowej". Zamawiający wymagał pełnej wzajemnej kompatybilności odczynnikowej analizatorów, a więc poprzez to zabezpieczenia analizatora back-up na wypadek awarii jednego z aparatów. W swojej ofercie Abbott Laboratories zaoferował w pozycji 66 cennika szczegółowego odczynnik Vidas HIV p24, brak jednak w ofercie wymaganych w ww. warunku granicznym dwóch analizatorów typu Vidas, które umożliwiłyby oznaczanie tego parametru. Jednocześnie zaś należy podkreślić, że zgoda zamawiającego na oznaczanie HIV p24 na innym analizatorze pracującym w Zakładzie Mikrobiologii obwarowana była zastrzeżeniem, że fakt ten nie może stać w sprzeczności z przepisami prawa polskiego oraz treścią umowy, na podstawie której taki analizator jest obecnie wykorzystywany. Okres dzierżawy analizatora Vidas przez Zakład Mikrobiologii od firmy bioMerieux jest o wiele krótszy niż okres 3-letniej umowy, której zawarcie przewiduje obecne postępowanie. Nadto zaś umowa dotycząca analizatora Vidas przewiduje zakupy odczynników wyłącznie od firmy bioMerieux, a więc zaoferowanie odczynnika Vidas HIV p24 przez Abbott Laboratories pozostaje w sprzeczności z treścią umowy łączącej zamawiającego z bioMerieux. Abbott Laboratories nie zaoferował też żadnych koniecznych materiałów i części zużywalnych do analizatora Vidas, a także nie może świadczyć autoryzowanego serwisu dla tego aparatu w okresie świadczenia dostaw w ramach przedmiotowego zamówienia. Wszystkie powyższe nieprawidłowości w ofercie Abbott Laboratories wpływają zdaniem odwołującego na powstanie dużego ryzyka pracy dla zamawiającego, gdyż pozbawiony zostaje on w ten sposób możliwości wykonywania oznaczeń parametru HIV p24 przez cały 3-letni okres obowiązywania umowy.

Odwołujący podnosił ponadto, iż istnieje możliwość poświadczenia nieprawdy i niespełnienie przez Abbott Laboratories warunku określonego w § 4 punkt 3a umowy. tj. "Termin dostaw na CITO w ciągu 24 godz." Z wiedzy odwołującego Roche Diagnostics wynika, że Abbott Laboratories nie posiada na terytorium Polski magazynów odczynnikowych. W sytuacji zaistnienia nagłej potrzeby, sprowadzanie ww. odczynnika z zagranicy w terminie wymaganym przez zamawiającego może być logistycznie niewykonalne. Wobec powyższego nie ma fizycznej możliwości spełnienia tego warunku. O wątpliwościach w tym zakresie świadczy też zadane przez Abbott Laboratories pytanie (odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 października 2010 roku, pytanie nr 25).

W opinii odwołującego Roche Diagnostics oferta Abbott Laboratories zawiera znacznie więcej sprzeczności z treścią SIWZ niż wskazał zamawiający w uzasadnieniu jej odrzucenia. Zaniechanie wzięcia pod uwagę wszystkich argumentów przeciwko ww. ofercie, pomimo jej odrzucenia, narusza interes odwołującego. W razie wniesienia odwołania przez Abbott Laboratories i jego uwzględnienia (co może uczynić sam zamawiający jak i Krajowa

Izba Odwoławcza) odwołujący nie mógłby już bowiem podnosić powyższych naruszeń, a tym samym mogłoby dojść do wyboru oferty spółki Abbott Laboratories, kosztem ważnej oferty odwołującego Roche Diagnostics. Mając na uwadze zaistniały stan faktyczny odwołanie jego zdaniem jest konieczne i uzasadnione.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 5 stycznia 2011 r.

W dniu 5 stycznia 2011 roku zamawiający wezwał Abbott Laboratories do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 7 stycznia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie Abbott Laboratories przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zamawiający i odwołujący Roche Diagnostics potwierdzili otrzymanie kopii przystąpienia. W zgłoszeniu przystąpienia Abbott Laboratories wnosił o oddalenie odwołania jako merytorycznie niezasadnego. Z ostrożności procesowej wskazywał, że powyższe stwierdzenie należy odczytywać w związku przyczynowo - skutkowym z „samodzielnym odwołaniem” Abbott Laboratories, w którym domaga się on m. in. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a tym samym unieważnienia czynności unieważnienia całego postępowania. Tym samym przystąpienie i odwołanie wykonawcy Roche Diagnostics zbieżne są tylko w tym jednym punkcie, gdyż unieważnienie postępowania przez zamawiającego w całości uniemożliwia jakiegokolwiek czynności dotyczące ofert wykonawców. Swój interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego Abbott Laboratories uzasadniał tym, że odwołujący Roche Diagnostics domaga się odrzucenia oferty przystępującego Abbott Laboratories na podstawie nieprawdziwych, błędnych zarzutów, którym przystępujący zmuszony jest postawić przeciwną argumentację. W razie uwzględnienia odwołania Abbott Laboratories, to jego oferta spełnia walor oferty najkorzystniejszej. Nadto przystępujący popierał wszystkie podstawy odrzucenia oferty Roche Diagnostics podniesione przez zamawiającego, gdyż są one zgodne z prawem oraz prawdziwe merytorycznie, czego, zdaniem przystępującego, nawet nie kwestionuje sam odwołujący Roche Diagnostics, przyznając, że w ofercie popełniono błędy, tyle tylko, iż próbuje deprecjonować ich wagę.

Przystępujący Abbott Laboratories przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów wskazanych w odwołaniu Roche Diagnostics.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku granicznego opisanego w tabeli nr 4, pkt nr 1, załącznika nr 4 („dostępność materiałów kontrolnych, zapewniających możliwość wykonywania oznaczeń zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej, dla wszystkich wykonywanych testów”) uznał, iż jest bezzasadny. W jego ocenie parametr ten mówi, że do wyspecyfikowanych oznaczeń mają być dostępne materiały kontrolne, co jednoznacznie daje zamawiającemu pewność, że zostaną zaoferowane

oznaczenia, do których istnieją odpowiednie materiały kontrolne. Parametr ten w żaden sposób nie precyzuje sposobu przeprowadzania kontroli przez zamawiającego i wykonawca nie może narzucać zamawiającemu sposobu przeprowadzania kontroli. Dodatkowo należy podkreślić, że zamawiający nie zawarł w SIWZ harmonogramu przeprowadzania kontroli i nie określił sposobu przeprowadzenia tych kontroli. Przedstawione przez Roche Diagnostics zestawienie pokazujące sposób przeprowadzania kontroli jest zdaniem Abbott Laboratories nieprawdziwe, a powoływanie się na ulotki metodyczne nie ma zastosowania w dobrej praktyce laboratoryjnej, która jest wypracowywana przez laboratorium i dostosowywana do indywidualnych potrzeb. Ulotka odczynnikowa zawiera jedynie opis dostępnych materiałów kontrolnych i możliwy sposób ich stosowania. Częstotliwość wykonywania kontroli oraz ilość poziomów kontrolowania badań zależy tylko i wyłącznie od zamawiającego i wykonawca nie ma prawa ich narzucać i egzekwować. Kontrole są przeprowadzane w miarę potrzeb i w pełni odpowiada za nie zamawiający. Dodatkowo laboratorium zamawiającego pracuje jedynie 5 dni w tygodniu, a nie 7 jak sugeruje Roche Diagnostics. Taki rozkład badań jest podyktowany istnieniem Laboratorium Cito, które jest osobnym działem i wykonuje badania po południu, w nocy, oraz w dni świąteczne. Zamawiający potwierdza, że zaoferowana ilość materiału kontrolnego jest wystarczająca i w związku z tym, że kontrola laboratoryjna jest procesem tylko i wyłącznie wewnątrzlaboratoryjnym, jedynie laboratorium za proces ten odpowiada i ingerencja wykonawców jest niepotrzebna i bezzasadna, a próba narzucenia sposobu kontroli w przedstawionych tabelach ingeruje znacznie w pracę laboratorium i wybiega poza kompetencje Wykonawców. Przedstawiony zarzut jest bezzasadny i nie ma wpływu na ocenę ofert przetargowych.

W odniesieniu do Zakładu Mikrobiologii Roche Diagnostics zarzucał dodatkowo niespełnienie warunku granicznego zawartego w pkt nr 4 tabeli nr 4 Załącznika nr 4 co jest zdaniem Abbott Laboratories również bezzasadne. Parametr ten brzmi: „Dostępność dla wszystkich wykonywanych testów indywidualnych, dedykowanych materiałów kontrolnych zapewniających możliwość sprawowania kontroli jakości na minimum dwóch poziomach”. Zapis taki zdaniem Abbott Laboratories mówi jedynie o tym, że zamawiający wymaga, aby każdy z oferowanych testów posiadał dedykowany materiał kontrolny, który posiada dwa poziomy oznaczania kontroli (istnieją na rynku testy, dla których kontrole mają różną ilość dostępnych do oznaczania poziomów - od jednego do kilku). Wprowadzając powyższy zapis zamawiający zapewnił sobie dostępność materiałów kontrolnych na minimum dwóch poziomach. Zapis ten zabezpiecza jakość materiału kontrolnego, a nie pokazuje sposób przeprowadzania kontroli. Ponadto Zakład Mikrobiologii pracuje także 5 dni w tygodniu, a nie 7, jak pisze Roche Diagnostics. Zarzuty przedstawione przez Roche Diagnostics są całkowicie bezzasadne w obu przedstawionych punktach. SIWZ nie precyzowała

harmonogramu wykonywania kontroli, a wykonawcy nie mają podstaw i prawa narzucać sposobu wykonywania kontroli. Zaoferowane przez wykonawcę Abbott Laboratories ilości materiałów kontrolnych powinny zostać uznane za poprawne i spełniające wymagania SIWZ. Dodatkowo, zakładając zaproponowany przez wykonawcę Roche Diagnostics sposób przeprowadzania kontroli w wielu przypadkach nie pozwalałby na wykonywanie badań, kalibracji, kontroli zewnątrzlaboratoryjnej, powtórek, rozcieńczeń, ponieważ wyliczona przez wykonawcę Roche Diagnostics rzekoma ilość kontroli prawie nie pozostawia dostępnych testów na badania (w SIWZ określono ilość testów, jaką należy zaoferować w ofercie i ilość ta zawiera już testy dodatkowe potrzebne na wykonanie wszystkich dodatkowych- kalibracji, kontroli, kontroli zewnątrzlaboratoryjnej, powtórek, rozcieńczeń). Zdaniem Abbott Laboratories zamawiający jako profesjonalista nie mógł popełnić tak rażącej omyłki, co jest najlepszym dowodem, że kalkulacja Roche Diagnostics jest błędna, a zarzuty względem Abbott Laboratories bezzasadne. Przedstawił także tabelę, która w jego opinii przedstawia niezasadność zarzutów i wyliczeń Roche Diagnostics.

Odnosnie argumentu Roche Diagnostics na temat niespełniania przez wirówkę MPW 380 R wymagań technicznych wyspecyfikowanych dla Zakładu Mikrobiologii, Abbott Laboratories wskazywał, że sytuacja, o której wspomina Roche Diagnostics, dotyczy standardowego wyposażenia wirówki MPW 380R. Natomiast ze względu na fakt, iż firma MPW jest producentem wirówek, możliwe jest odpowiednie wyposażenie i skonfigurowanie parametrów wirówki pod konkretne wymagania i potrzeby zamawiającego. Dotyczy to wirówki MPW 380R oferowanej także dla Zakładu Mikrobiologii. Wirówka zostanie wyposażona w specjalny wirnik i przezroczystą pokrywę tak, żeby móc spełnić wszystkie wymagania SIWZ.

Zarzut niespełnienia parametru granicznego zawartego w pkt nr 7, tabeli nr 4, Załącznika nr 4 uznał także za bezzasadny. W jego ocenie Roche Diagnostics błędnie interpretuje odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 października 2010 roku. Zaoferowane odczynniki posiadają stabilność i trwałość na pokładzie analizatora przy nieprzerwanym przechowywaniu ich na pokładzie analizatora, która wynosi w takim przypadku 30 dni. Abbott Laboratories zadał pytanie, z prośbą o dopuszczenie odczynników z powyższą stabilnością, doprecyzowując jednocześnie, że oferowane odczynniki mogą być przechowywane czasowo w zewnętrznej lodówce, co wydłuża czas ich stabilności o czas przechowywania (specjalnie zabezpieczonych- kapturkiem) w lodówce zewnętrznej. Zaoferowane analizatory zliczają jedynie rzeczywisty czas przebywania odczynników na pokładzie analizatora, a na czas przechowywania odczynników poza analizatorem zegar zliczający czas ich stabilności na pokładzie zatrzymuje się. Pozwala to na maksymalne wykorzystanie wszystkich zestawów odczynnikowych, także testów wykonywanych rzadko. Odczynniki poza analizatorem w

zewnętrznej lodówce przechowywane są w sposób szczególnie zabezpieczający przez parowaniem i utratą stabilności, ponieważ zabezpieczone są specjalnie do tego celu przeznaczonym kapturkiem. Jako dowód przedstawił wyciąg z ulotki odczynnikowej. Wskazywał, że w przypadku odczynników firmy Abbott Laboratories termin stabilności odczynników jest utrzymany do czasu upłynięcia terminu ważności odczynnika. Jeśli odczynnik zostałby otwarty (ale zabezpieczony odpowiednim kapturkiem) może być przechowywany i używany do czasu upłynięcia terminu ważności. Biorąc pod uwagę sposób pracy Zakładów Diagnostyki i Zakładu Mikrobiologii tzn. 5 dni w tygodniu po 8 godzin, daje to 40 godzin pracy tygodniowo. Wspomniane przez Roche Diagnostics 30 dni stabilności odczynników na pokładzie oznacza w praktyce wyliczenia czasu nieprzerwanego przebywania odczynnika na pokładzie i jest równy  $30 \times 24 \text{ h} = 720$  godzin. Biorąc pod uwagę 40 godzinny tydzień pracy, nawet jeśli odczynnik byłby wstawiany do analizatora codziennie, biorąc pod uwagę stabilność odczynnika na pokładzie, można na nim pracować przez 18 tygodni, czyli 4,5 miesiąca. Jednocześnie wskazywał, że podążając tokiem myślenia Roche Diagnostics można w jednoznaczny sposób stwierdzić, że zaoferowany przez tego wykonawcę odczynnik do oznaczania Anty-HCV nie spełnia podniesionego wyżej parametru. Zamawiający wymagał stabilności po otwarciu dla testu Anty-HCV minimum 2 tygodnie. Ulotka odczynnikowa dla tego oznaczenia jasno mówi, że odczynnik ten jest stabilny po otwarciu jedynie 72 godziny, kiedy jest przechowywany na pokładzie analizatora - a musi na nim być przechowywany w celu wykonania oznaczeń. Jedynie wtedy kiedy zestaw jest zaraz po wykonaniu oznaczeń przekładany do zewnętrznej lodówki jego stabilność może być wydłużona do dwóch tygodni. Fakt ten potwierdza wyciąg z ulotki odczynnikowej do oznaczania Anty-HCV. Tym samym zaoferowany test nie spełnia wymogu o minimum dwutygodniowej stabilności (analizator zaoferowany przez Roche Diagnostics nie posiada lodówki na pokładzie). Zamawiający, odpowiadając na pytania dnia 27 października 2010 roku, dopuścił jednoznacznie odczynniki Abbott Laboratories, toteż zarzut o niespełnieniu powyższego wymogu jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku granicznego ustalonego w załączniku nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 1, lp. 1. tj. „Dwa automatyczne analizatory immunochemiczne o pełnej wzajemnej kompatybilności odczynnikowej i zakresie badań odpowiadającym liście badań wykonywanych w pracowni, określonych w specyfikacji przetargowej” zdanie Abbott Laboratories zamawiający dopuścił zabezpieczenie wykonania oznaczenia HIV p24 na dodatkowym analizatorze pracującym w Laboratorium zamawiającego i takie właśnie rozwiązanie zaoferował Abbott Laboratories, otrzymując twierdzącą odpowiedź na zapytanie. Fakt, iż pracujący w Zakładzie Mikrobiologii analizator Vidas pracuje w oparciu o umowę krótszą niż 36-miesięczny okres obowiązywania umowy

poprzetargowej między wykonawcą a zamawiającym nie ma w przedmiotowej sprawie żadnego znaczenia. Wykonawca ma obowiązek zabezpieczyć możliwość wykonywania oznaczenia HIV p24 na analizatorze pracującym w Zakładzie Mikrobiologii i w chwili gdyby wszelkie umowy między zamawiającym a dostawcą analizatora Vidas wygasły Abbott Laboratories zabezpieczy analizator Vidas dla wykonania oznaczenia HIVp24, ponieważ obliguje go do tego SIWZ, odpowiedzi na zapytania oraz umowa. Zapewnił, że koszt odczynnika zaoferowany w postępowaniu zawiera wszelkie koszty jakimi będzie obciążony zamawiający- zgodnie z SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu braku możliwości spełnienia warunku dostaw na CITO w ciągu 24 godzin, Abbott Laboratories wskazał, iż w razie potrzeby wykorzystuje środek transportu, jakim jest samolot, który w ciągu paru godzin może dostarczyć odczynnik do Polski i w ciągu 24 godzin do zamawiającego, gdy ten w trybie pilnym potrzebuje dostarczenia odczynników. Zarzut, iż wykonawca Abbott Laboratories nie ma możliwości spełnić powyższego parametru jest bezzasadny.

Podkreślał, że Abbott Laboratories konstruując ofertę w sposób prawidłowy wycenił wszystkie elementy oferty zgodnie z ich wartością oraz ceną zakupu.

W dniu 17 stycznia 2011 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutów przemawiających za dodatkowymi przesłankami odrzucenia oferty Abbott Laboratories dotyczącymi zarzutów zaoferowania przez wykonawcę Abbott Laboratories zbyt małej ilości materiałów kontrolnych, skutkującego zaniżeniem kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz zaoferowania wirówki MPV 380R niespełniającej wymogów SIWZ). W pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazywał, że zarzut zaoferowania przez wykonawcę Abbott Laboratories zbyt małej ilości materiałów kontrolnych, skutkujący zaniżeniem kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, jest istotny, ponieważ sygnalizowane niedoszacowanie znacznie przekracza kwotę różnicy pomiędzy ofertami konkurujących ze sobą wykonawców. Po dokonaniu oceny prognozowanego faktycznego zapotrzebowania na materiały kontrolne i porównania wyników analizy z ofertą firmy Abbott Laboratories (szczegółowa analiza załączona została do odpowiedzi na odwołanie), zamawiający stwierdzał, że w przypadku oferty dla Zakładu Mikrobiologii niedoszacowanie mogło spowodować zaniżenie kwoty oferty na przynajmniej 85.000 PLN (nawet do 120.000 PLN). Różnica w ocenie wielkości niedoszacowania wynika z braku szczegółowych danych określających objętość jednej kropli oferowanego materiału kontrolnego (dawki w kroplach). Uwzględniając ten zarzut zamawiający wskazał, iż skłania się do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że zaoferowana ilość odczynników nie wystarcza na wykonanie wymaganej liczby oznaczeń.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania dla Zakładu Mikrobiologii wirówki laboratoryjnej niespełniającej wymagań określonych w SIWZ zamawiający wskazywał, że w ofercie złożonej przez Abbott Laboratories brak było specyfikacji technicznej zaoferowanej wirówki laboratoryjnej MPW 380R. Z informacji uzyskanych na podstawie analizy danych dostępnych w oficjalnych materiałach informacyjnych producenta (MPW Med. instruments) wynika, że nie spełnia ona warunków określonych w wymaganiach granicznych Zamawiającego, tj. „Wirówka laboratoryjna wyposażona w zamykany na czas wirowania uszczelnianą przezroczystą pokrywą rotor, umożliwiającą równoczesne wirowanie minimum 40 standardowych probówek do pobierania i zabezpieczania krwi (o pojemności ok. 4-5 mL) z zapewnieniem parametrów wirowania zgodnych z wymaganiami producenta testów, lecz z wartością RCF nie mniejszą niż 6000 g." Na podstawie uzyskanych informacji stwierdzał, że wirówka MPW 380R nie daje możliwości wirowania opisanych probówek w określonej ilości, z wystarczającą wartością RCF (wynoszącą według wymagań Abbott Laboratories 10 000 x g), w zamykanym na czas wirowania uszczelnianą przezroczystą pokrywą rotorze. Nawet jednak, gdyby doszło do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zamawiający nie wzywałby wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, ponieważ mimo ich uzupełnienia oferta podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Roche Diagnostics, zdaniem zamawiającego klawiatura zaoferowana przez tego wykonawcę nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Z informacji, że czytnik jest zgodny z normą ISO 7816 nie wynika, że klawiatura obsługuje wszystkie karty w standardach 5V, 3V i 1,8V. Norma i obowiązujące standardy ISO, a w szczególności 7816-3 dla kart elektronicznych definiują najważniejsze wymagania dotyczące własności elektrycznych, poziomów napięć w zakresie komunikacji z chipem. Poziomy napięć dla ww. normy definiują klasy A, B i C odpowiednio 5V, 3V i 1,8V, a karty mogą posiadać jedną lub więcej klas. Producent w specyfikacji technicznej nie posługuje się klasami, a konkretnymi wartościami - w przypadku klawiatury USB SmartCard ED707AA są to napięcia 5V i 3V. W związku z tym, że zamawiający wymagał napięcia 5V, 3V i 1,8V należy uznać, że oferowana klawiatura nie spełnia tych wymagań. Zdaniem zamawiającego zaoferowany monitor również nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji. Podnoszone odwołaniu „Zamieszanie co do tego elementu oferty”, nie było spowodowane wystąpieniem zamawiającego z dnia 17 grudnia 2010 roku, ale odpowiedzią odwołującego Roche Diagnostics z dnia 15 grudnia 2010 roku. Odwołujący w odpowiedzi poinformował zamawiającego, że oferowanym monitorem jest Samsung 19WIDE. Jest to niekompletna, a jednocześnie wskazująca na monitor panoramiczny (widescreen) - niezgodny z wymaganiami zamawiającego - informacja dotycząca modelu. Stąd ponowne wystąpienie do odwołującego. Odpowiedź odwołującego z dnia 17 grudnia 2010 roku



potwierdziła przypuszczenia zamawiającego, że oferowany monitor jest panoramiczny, czyli posiadający rozdzielczość nominalną inną od wymaganej. W ocenie zamawiającego trudno uznać, że wystąpienie o wyjaśnienie kwestii oferowanego monitora wymagało wyznaczenia dłuższego terminu udzielenia wyjaśnień. W ocenie zamawiającego zwrócenie się do wykonawcy o podanie nazwy oferowanego urządzenia nie stoi w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wystąpienie do odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty miało na celu upewnienie się, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zawarte w SIWZ, jak również uniknięcie problemów, które mogłyby wyniknąć na etapie dostawy. Zdaniem zamawiającego rezultat przeprowadzonych wyjaśnień pokazuje, że działania zamawiającego były słuszne. Okazało się bowiem, że parametry sprzętu, który wykonawca rzeczywiście oferuje, nie odpowiadają w całości parametrom wpisanym przez wykonawcę w ofercie, a co za tym idzie sprzęt ten nie spełnia wymagań zamawiającego.

Zarzut Roche Diagnostics kwestionujący możliwość uzyskania określonego w specyfikacji okresu trwałości dla niektórych zaoferowanych przez Abbott Laboratories zestawów odczynnikowych, która powinna wynosić minimum 8 tygodni po otwarciu, nie został przez zamawiającego uznany. W instrukcjach metodycznych okres użytkowania zestawu został określony na 30 dni, po upływie których powinien on zostać usunięty. Zamawiający stwierdzał jednak, iż wykonawca Abbott Laboratories zadeklarował, że okres ten można wydłużyć poprzez okresowe przechowywanie w zewnętrznej lodówce. Tego typu wydłużenie okresu przechowywania zostało przez zamawiającego dopuszczone, ponieważ stosuje on tego typu procedury w odniesieniu do niektórych obecnie używanych odczynników.

Podobnie zamawiający nie uznał zasadności zarzutu, w którym kwestionowano możliwość zapewnienia przez Abbott Laboratories dostępności oznaczeń HIV p24 w trakcie całego okresu obowiązywania umowy, która zostałaby zawarta po udzieleniu zamówienia. Zamawiający dopuścił wykonywanie zaoferowanych testów HIVp24 II (REF 30117) na analizatorze Vidas używanym na podstawie odrębnej umowy w Zakładzie Mikrobiologii, o ile wykonywanie ich w ten sposób nie byłoby sprzeczne z przepisami polskiego prawa oraz z treścią umowy, na podstawie której analizator jest obecnie wykorzystywany. Zamawiający przyznał, iż w nadesłanej dokumentacji brak dokumentu, gwarantującego możliwość wykonywania tych badań po upływie okresu na jaki została zawarta umowa, zgodnie z którą jest on obecnie użytkowany (termin upływie wcześniej) oraz że nie jest znana zamawiającemu treść stosownej umowy pomiędzy Abbott Laboratories a właścicielem analizatora (bioMerieux), ale na podstawie deklaracji wykonawcy wyrażonej w treści oferty w ocenie zamawiającego wykonywanie tych oznaczeń byłoby możliwe.

Zamawiający nie znalazł także podstaw do twierdzenia, że wykonawca Abbott

Laboratories nie będzie w stanie dotrzymać wymaganego terminu dostaw na CITO w ciągu 24 godzin. W tym zakresie zamawiający zgodził się z argumentacją tego wykonawcy, zawartą w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

### **Sygn. akt KIO/43/11**

W dniu 7 stycznia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Abbott Laboratories, w którym wykonawca ten zarzucał zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego,
3. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez podstawy prawnej,
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics na podstawie wszystkich jej wad i błędów polegających na tym, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz z tego powodu, że obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, gdyż jest niedoszacowana.

Odwołujący Abbott Laboratories wskazywał, iż jego interes prawny we wniesieniu odwołania polega na tym, że działania zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty odwołującego, która spełnia wszystkie znamiona definicji „oferty najkorzystniejszej” (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp) z jednoczesnym udaremnieniem całego postępowania (oraz kumulatywnie z brakiem odrzucenia ofert pozostałych wykonawców na podstawie wszystkich prawidłowo zbiegających się przyczyn wykonania tej obowiązkowej czynności) uniemożliwia ubieganie się o przedmiotowe zamówienie na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu Abbott Laboratories realnych możliwości uzyskania zamówienia. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, co ma to doprowadzić do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, następnie wyboru oferty odwołującego Abbott Laboratories i udzielenia mu zamówienia. Nadto w wyniku ponownej oceny ofert, oferta wykonawcy Roche Diagnostics winna zostać odrzucona na podstawie wszystkich prawidłowo ustalonych przyczyn zaświadczających, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, gdyż jest niedoszacowana.

W uzasadnieniu wskazywał, że w wymaganiach granicznych dla odczynników i aparatury dla Zakładu Mikrobiologii w tabeli nr 4 w punkcie 2 zamawiający wymagał

„Wszystkie testy muszą być wykonywane w jednym rodzaju osocza krwi spośród: K3EDTA, lub cytrynian sodowy (jeden rodzaj antykoagulantu zabezpieczającego materiał dla wszystkich testów)”. Podnosił, że oferta Abbott Laboratories spełnia ten parametr SIWZ, ponieważ wszystkie testy objęte wykazem (punkt 1 w/w tabeli) można wykonywać w osoczu krwi pobranej na K3EDTA. Brak możliwości wykonywania oznaczeń Toxo IgM (REF 6C20) oraz HIV P24 II (REF 30117) w osoczu krwi pobranej na cytrynian sodu nie dyskredytuje oferty, ponieważ wszystkie wymienione w SIWZ testy łącznie z Anti-HBc II (REF 8L44) mogą być wykonywane w K3EDTA. W przypadku testu anti-HBc w ulotce odczynnikowej wymieniono jeden z rodzajów EDTA potasowego - dwupotasowe EDTA. Natomiast na podstawie przeprowadzonych dodatkowych badań już w aktualnej ulotce z menu testów immunochemicznych (w załączeniu do odwołania) dla testu Anti-HBc (REF8L44) podano informację, że materiałem wykorzystywanym do oznaczenia jest materiał pobrany do próbki z EDTA, bez zawężenia tej informacji do konkretnej wersji antykoagulantu. Daje to możliwość użytkownikowi wyboru antykoagulantu, w tym także K3EDTA.

Zarzut mówiący o „konieczności przenoszenia próbek do probówek wirowniczych w celu właściwego wirowania” wynika zdaniem odwołującego z niezrozumienia przez zamawiającego instrukcji załączonej do testu anti-HCV (ulotka w załączeniu). W instrukcji przewidziano: „Dla uzyskania poprawnych wyników próbki surowicy i osocza powinny być pozbawione fibryny, krwinek czerwonych oraz jakichkolwiek strąków. Oznaczając takie próbki można uzyskać niezgodne wyniki, dlatego też należy przenieść je do próbki wirowniczej i wirować przez 10 minut przy wartości RCF wynoszącej co najmniej 10 000 x g.” Zdaniem odwołującego jest to standardowa informacja mówiąca osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować, w probówce do tego przystosowanej. Gdyby materiał pobrany był do próbki pierwotnej, która nie jest jednocześnie probówką, w której można wirować materiał, zarzut ten byłby zasadny. Jednak zamawiający używa probówek pierwotnych (takie informacje zostały zawarte w SIWZ), które przystosowane są do wirowania i dlatego nie ma konieczności przenoszenia materiału do kolejnej próbki. Ponadto w dalszej części tej samej instrukcji stwierdzono: „Separacja grawitacyjna nie jest wystarczająca do przygotowania próbek. Próbki muszą zostać oddzielone od skrzepu lub krwinek czerwonych poprzez odwirowanie, zgodnie z zaleceniami producenta probówek”. Wskazywał, że oba zdania umieszczono w instrukcji w trosce o właściwe przygotowanie materiału do oznaczenia. Podkreślał, że test stosowany jest od wielu lat w wielu ośrodkach, w tym w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa i badania wykonywane są z probówek pierwotnych, bez konieczności przenoszenia do dodatkowych probówek. Tym samym spełniony jest wymóg zamawiającego mówiący o „możliwości wykonania minimum 10 testów w jednej próbce materiału (...), bez konieczności przenoszenia materiału z

próbówki pierwotnej do innego naczynia".

Odwołujący Abbott Laboratories wskazywał argumenty dotyczące bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics jako niezgodnej z SIWZ oraz obarczonej błędem w obliczeniu ceny z uwagi na jej niedoszacowanie.

Podnosił, że Roche Diagnostics, nie dołączając do oferty prawdziwej i pełnej instrukcji obsługi oferowanych analizatorów, uniemożliwił tym samym pełną ocenę ofert oraz ocenę spełnienia warunków granicznych analizatorów zawartych w SIWZ. Zamawiający zawarł w SIWZ wymóg dostarczenia do oferty instrukcji obsługi oferowanych analizatorów, aby możliwa była ocena spełnienia parametrów oferowanych urządzeń. Wykonawca Roche Diagnostics, oferując wysoce zaawansowany technologicznie analizator Cobas 6000 dołączył do oferty niepełną i niespójną instrukcję obsługi aparatu, która nie zawiera wielu niezbędnych dla użytkownika informacji, m.in. opisu konserwacji czy opisu błędów. Dla porównania dostarczona przez Abbott Laboratories instrukcja obsługi podobnie zaawansowanego technologicznie urządzenia (Architect ci8200) zawiera kilka tysięcy stron opisu wszelkich możliwych czynności związanych z obsługą urządzenia, co dodatkowo pozwala w sposób, który nie budzi wątpliwości określić, czy oferowany analizator spełnia wymagania wyspecyfikowane przez zamawiającego. Dodatkowo wykonawca Roche Diagnostics dołączył do oferty instrukcję obsługi dla oferowanego analizatora Cobas e411, która to instrukcja nie zawiera szeregu niezbędnych informacji, m.in. w jaki sposób odbywa się wymiana odczynników w analizatorze, przygotowanie odczynników do wstawienia do analizatora, itp. Zaoferowana instrukcja jest ogólnym opisem analizatora, a nie profesjonalną instrukcją obsługi, jaka jest konieczna przy codziennej pracy z urządzeniem. Dodatkowo brak jest potwierdzenia spełnienia wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego, ponieważ przedstawiona instrukcja nie zawiera takich informacji.

Odwołujący Abbott Laboratories podnosił ponadto, że parametry graniczne odczynników do oznaczeń wirusologicznych (Zakład Mikrobiologii) precyzowały wymagania dotyczące maksymalnego czasu, w którym odczynniki muszą być gotowe do wstawienia do analizatora po wyjęciu ich z lodówki. Pkt 10 parametrów granicznych (tabela nr 4) przewiduje: „Gotowość do użycia po maks. 45 minutach od momentu wyjęcia zestawu odczynnikowego z lodówki”. Jednocześnie zapis w ulotkach odczynnikowych dla wszystkich zestawów odczynnikowych brzmi: „Przechowywać w temp. 2-8 °C, a po użyciu od razu z powrotem umieścić w powyższej temperaturze. Przed użyciem odczynniki doprowadzić do temperatury pokojowej (20-25 °C)”. Dodatkowo istnieje zapis w instrukcji obsługi systemu Cobas 6000, który brzmi: „Nowe opakowania odczynników muszą zostać doprowadzone do temperatury pokojowej przed użyciem. Należy pozostawić je na co najmniej 3 godz. w celu osiągnięcia temp. pokojowej.” Tym samym Roche Diagnostics wyraźnie i jednoznacznie

określa czas potrzebny do doprowadzenia odczynników do temperatury pokojowej, precyzując ten czas do 3 godzin. Analizator Cobas e411 i Cobas 6000 używają tych samych odczynników, które każdorazowo muszą zostać doprowadzone do temperatury pokojowej przed wstawieniem ich do analizatora. W związku z tym, że są to te same odczynniki, tyle samo trwa ogrzanie ich do temperatury otoczenia i czas ten to min. 3 godziny. Biorąc pod uwagę fakt, iż systemy cobas e411 oraz cobas e601 są systemami kompatybilnymi, a odczynniki używane na obu systemach są tymi samymi, niczym nie różniącymi się zestawami, posiadającymi te same właściwości, te same ulotki, jasno określić można że nie został spełniony wymóg z pkt 10 tabeli nr 4 parametrów granicznych dla odczynników i tym samym oferta nie spełnia SIWZ i podlega odrzuceniu.

Odwołujący stwierdzał, iż Roche Diagnostics dopuścił się niedoszacowania oferty w zakresie diluentów koniecznych do uzyskania wyników przy próbkach przekraczających zakres pomiarowy metody. Oferent nie zaoferował diluentu do rozcieńczeń dla testu Anty-HAV. Roche Diagnostics dołączył do oferty ulotkę metodyczną dla Diluentu Hepatitis A do oznaczenia Anty-HAV, jednak takiego diluentu nie zaoferował w ofercie, mimo iż wg ulotki produktowej taki diluent jest niezbędny. Diluentu nie zaoferowano, a powinien być on dostarczony w ilości zgodnej z stabilnością określoną w wyciągu z ulotki metodycznej powyżej, zakładając 6 tygodniową stabilność po otwarciu. Konieczne jest aby Diluent był dostępny w całym czasie trwania umowy, gdyż nie można przewidzieć kiedy wykonywane będą próbki potrzebujące rozcieńczenia. Brak rozcieńczalnika, który wg ulotki metodycznej jest niezbędny, potwierdza, że oferta nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu.

Analizując ofertę Roche Diagnostics odwołujący Abbott Laboratories stwierdzał, że wykonawca ten nie spełnia wymagań SIWZ, ponieważ w ofercie brakuje potwierdzenia spełnienia parametrów w załączniku nr 3, tabela 1, pkt 23 - brak wpisu „TAK”- który jest na poziomie składania ofert jedynym potwierdzeniem spełnienia wymagań. Ponadto w tabeli 2, pkt 24 tego samego załącznika nr 3 brak jest zapisu dotyczącego okresu gwarancji. Brak wpisu lub zapis „NIE” wskazuje na brak spełnienia wymagań SIWZ i jest powodem odrzucenia oferty.

W tym stanie rzeczy zdaniem odwołującego Abbott Laboratories odwołanie było zasadne i wnosił o uwzględnienie go w całości.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 7 stycznia 2011 r.

W dniu 7 stycznia 2011 roku zamawiający wezwał Roche Diagnostics do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 10 stycznia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez Roche

Diagnostics. Zamawiający i odwołujący Abbott Laboratories potwierdzili otrzymanie kopii przystąpienia. Roche Diagnostics wnosił o oddalenie odwołania (w zakresie zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania przystępujący Roche Diagnostics popierał co prawda żądanie odwołującego Abbott Laboratories, niemniej ze względu na odwołanie wniesione samodzielnie przez Roche Diagnostics dokonanie czynności unieważnienia postępowania będzie możliwe także przy oddaleniu odwołania Abbott Laboratories). Przystępujący Roche Diagnostics wskazywał, iż posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż w przypadku jednoczesnego uwzględnienia jego odwołania, to oferta Roche Diagnostics będzie musiała być uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podnosił, że zarzuty postawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie odrzucenia oferty odwołującego Abbott Laboratories podkreślał, że z załączonych do oferty Abbott Laboratories materiałów i ulotek wyraźnie wynika, że żaden z zaoferowanych testów dla Zakładu Mikrobiologii nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego "Wszystkie testy muszą być wykonywane w jednym rodzaju osocza krwi spośród: K3EDTA, lub cytrynian sodowy (jeden rodzaj antykoagulantu zabezpieczającego materiał dla wszystkich testów)". Zamawiający słusznie wypunktował testy nie spełniające tego warunku: dla EDTA trójpotasowego to test anti-HBc, a dla cytrynianu sodowego to testy anti-Toxoplasma IgM oraz HIV p24 Ag. Argumentacja odwołującego, jakoby na podstawie nowych dodatkowych badań można już używać przy teście anti-HBc antykoagulantu K3EDTA nie znajduje potwierdzenia w faktach i załączonych do oferty dokumentach. Zwracał też uwagę na zapis producenta testu Architect anti-HBc II, gdzie podkreśla się wyraźnie, że dopuszczalne jest jedynie stosowanie antykoagulantów tam wymienionych, w tym EDTA dwupotasowego. Inne antykoagulanty nie posiadają atestacji i dopuszczenia do stosowania. Podnosił, iż powszechnie wiadomo, że producenci próbek do pobierania krwi stosują zawsze oddzielne próbki zawierające albo EDTA dwupotasowe albo EDTA trójpotasowe albo EDTA dwusodowe. Ma to więc duże znaczenie dla zamawiającego, jaki rodzaj próbki ma zakupić i używać i stąd ten oczywisty warunek graniczny, dzięki czemu zamawiający ma możliwość wykonywania wszystkich badań z jednego typu próbki. Dlatego też tłumaczenie odwołującego, że materiałem wykorzystywanym do oznaczenia jest materiał pobrany do próbki EDTA, bez uściślenia tej informacji do konkretnej wersji antykoagulantu jest zdaniem Roche Diagnostics nierzetelne. Zamawiający musi mieć ścisłą informację, gdyż na rynku oferowane są minimum trzy różnego rodzaju próbki z EDTA, różniące się składem chemicznym zastosowanego antykoagulantu - i stąd posiadające różne numery katalogowe. Dlatego też samo określenie "EDTA" jest nieprecyzyjne i należy je także uznać za niespełnienie warunku granicznego, który wyraźnie określił nazwę chemiczną antykoagulantu

(3KEDTA, czyli EDTA trójpotasowy). Należy zwrócić uwagę że przy innym antykoagulancie używanym do niektórych testów - heparynie, znajdują się określenia konkretnego związku chemicznego, czyli albo heparyna litowa albo heparyna sodowa, czego brak jest przy określeniu EDTA w większości oferowanych testów.

Roche Diagnostics wskazywał, że zamawiający słusznie zauważył, że oferta Abbott Laboratories nie spełnia warunku granicznego SIWZ "Możliwość wykonania minimum 10 testów w jednej próbce materiału - standardowej próbce napełnionej krwią w objętości nominalnej (ok. 2,5-3 ml krwi / ok. 1500 µl osocza), bez konieczności przenoszenia materiału z próbki pierwotnej do innego naczynia". Jak wynika z załączonej do oferty ulotki testu Architect a-HCV test ten wymaga specjalnego podejścia ze strony użytkownika polegającego na dodatkowym wirowaniu próbki w nowej próbce zgodnie z zaleceniem producenta testu: „Dla uzyskania poprawnych wyników próbki surowicy i osocza powinny być pozbawione fibryny, krwinek czerwonych oraz jakichkolwiek strąków. Oznaczając takie próbki można uzyskać niezgodne wyniki, dlatego też należy przenieść je do próbki wirowniczej i wirować przez 10 minut przy wartości RCF wynoszącej co najmniej 10 000 x g.” Zdaniem odwołującego Abbott Laboratories w odwołaniu sugerował, że zamawiający nie rozumie tak prostego i jednoznacznego zapisu. Oczywistym jest bowiem że chodzi tu nie o pierwotne wirowanie krwi pełnej w próbkach pierwotnych w celu uzyskania surowicy lub osocza, a o wtórne wirowanie uzyskanej już surowicy lub osocza po przeniesieniu do próbki wirowniczej. Roche Diagnostics zarzucał, iż wyjaśnienia Abbott Laboratories wskazują na elementarną niezajomość podstaw diagnostyki laboratoryjnej, gdyż próbki pierwotne z krwią wiruje się zawsze przy dużo mniejszej sile wirowania (RCF nie może przekraczać 3000 x g), gdyż większe RFC powoduje szybki rozpad krwinek czerwonych i maszyną hemolizę. Tym samym sugestia podana w odwołaniu, że to właśnie próbki pierwotne z krwią należy wirować przy RFC co najmniej 10 000 x g jest merytorycznie niedorzeczna i z gruntu błędna. Oczywiście jest więc że zapis mówiący o konieczności wirowania próbek surowicy i osocza (a nie krwi) przy tak dużym RFC wiąże się z koniecznością przeniesienia uzyskanego w pierwszym wirowaniu materiału z próbek pierwotnych do próbek wtórnych i dodatkowym wirowaniu przy RFC > 10 000 x g. Tym samym nie został spełniony warunek graniczny przytoczony na wstępie.

W zakresie jego własnej oferty Roche Diagnostics wskazywał, że w pełni odpowiada treści SIWZ, a zarzuty Abbott Laboratories co do jej zawartości należy stanowczo odrzucić. Podnosił, że gołosłowny jest zarzut o braku dołączenia do oferty "prawdziwej i pełnej" instrukcji obsługi, gdyż załączył zarówno opis oferowanych urządzeń, jak i instrukcje obsługi do oferowanych urządzeń i systemu informatycznego. Zdaniem Roche Diagnostics dokumenty te pozwoliły zamawiającemu na prawidłową ocenę jego oferty, niezrozumiałe jest

więc wchodzenie odwołującego Abbott Laboratories w kompetencje zamawiającego.

Kolejny zarzut zawiera zdaniem Roche Diagnostics wewnętrzną sprzeczność, albowiem dotyczy zapisów parametrów granicznych odczynników dla Zakładu Mikrobiologii, gdzie oferowane były analizatory cobas e411, a Abbott Laboratories posługuje się wyrwanymi fragmentami z instrukcji obsługi innego analizatora cobas 6000 i dokonuje próby zrównania tych dwóch aparatów. Analizator cobas 6000 oferowany był w części dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, gdzie w warunkach granicznych odczynników nie znajdował się żaden zapis i wymóg gotowości do użycia po 45 minutach od wyjęcia z lodówki. Tymczasem odpowiednie zapisy o postępowaniu z odczynnikami znajdują się w instrukcjach metodycznych samych odczynników, co odwołujący Abbott Laboratories pominał:

„Analizatory MODULAR ANALYTICS E170. Elecsys 2010 i cobas e: Odczynniki wyjęte z lodówki należy doprowadzić do temp. ok. 20 CC i umieścić je w rotorze odczynnikowym analizatora w temp. 20° C. Unikać tworzenia się piany. Analizator automatycznie kontroluje temperaturę odczynników oraz ich otwieranie i zamykanie”.

Ponieważ objętość odczynnika w pojedynczym opakowaniu testu waha się od 5 ml do 7,5 ml, jest to tak mała ilość, że czas potrzebny na jego ogrzanie do temperatury pokojowej przy przebywaniu w pomieszczeniach laboratorium jest o wiele krótszy niż 45 minut. Odwołujący pomija okoliczność, że zamawiający używa już od wielu lat odczynników i pracuje na analizatorach cobas e411, a więc ma najlepszą wiedzę o praktycznym postępowaniu z odczynnikami i ich właściwościach. Z ostrożności zaznaczał, że zapis w instrukcji obsługi analizatora cobas 6000 (aparat ten nie był oferowany w części dla Zakładu Mikrobiologii) odnosi się do sytuacji, gdy odczynnik wyjęty z lodówki trafia prosto do chłodzonego rotora odczynnikowego w analizatorze, gdzie ze względu na brak cyrkulacji powietrza i dużą liczbę zimnych odczynników czas ogrzania może być rzeczywiście dłuższy. Dlatego producent odczynników w każdej ulotce testu zaznacza wyraźnie, że odczynniki należy doprowadzać do temperatury pokojowej poza aparatem i dopiero potem umieścić je w rotorze odczynnikowym. Czas ogrzania wynosi wtedy zdecydowanie krócej niż 45 minut i fakt ten znany jest zamawiającemu z codziennej praktyki.

Zdaniem Roche Diagnostics całkowicie niezasadny jest zarzut o braku diluentu do testu anty-HAV. W warunkach granicznych dla odczynników dla Zakładu Mikrobiologii zamawiający wyraźnie określił, że oferowane testy anty-HAV total (lub IgG) mogą być testami jakościowymi lub ilościowymi. Wskazuje to jednoznacznie na fakt, że dla zamawiającego nie ma znaczenia dokładne określenie stężenia przeciwciał anty-HAV, a wystarczające jest jedynie stwierdzenie ich obecności. Widać to też jasno na tle wymogów dla innych testów, gdzie precyzyjnie określono czy mają to być testy ilościowe czy jakościowe. Diluent Hepatitis A jest odczynnikiem opcjonalnym i pomocniczym stosowanym



niezmiernie rzadko w przypadku ilościowego oznaczania przeciwciał anti-HAV jedynie wtedy, gdy stężenia te przekroczą zakres pomiarowy metody 60 IU/L. Należy wyraźnie podkreślić, że bez użycia tego diluentu zamawiający może oznaczyć wszystkie próbki i wydać wyniki oznaczania przeciwciał anti-HAV, gdyż wartość decyzyjna wynosi 20 IU/L, a więc mieści się w standardowym zakresie pomiarowym testu i nie wymaga użycia rozcieńczalnika Diluent Hepatitis A. Na marginesie przystępujący Roche Diagnostics zaznaczał, że zarówno zamawiający, jak i inni użytkownicy testów Elecsys anti-HAV w Polsce nie zamawiali wcześniej i nie stosowali Diluentu Hepatitis A. W ciągu ostatnich 3 lat nie odnotowano faktu sprzedaży tego diluentu w Polsce, co świadczy też o tym, że nie jest to materiał niezbędny.

Co do braku wpisu „TAK” w punkcie 23 tabeli 1 załącznika nr 3 do wzoru umowy, przystępujący Roche Diagnostics zauważał, iż nie świadczy to o niespełnieniu wymogu SIWZ (w kolumnie obok wyraźnie potwierdzono oferowany parametr zgodnie z wymaganiem granicznym), lecz jest wynikiem tego, że sam zamawiający w tym miejscu SIWZ pominął ten dopisek (co może świadczyć że parametr nie był wymagany). Przede wszystkim jednak kolumna trzecia załącznika nr 3 do wzoru umowy nie podlegała uzupełnieniu przez wykonawców, lecz była wypełniona treścią przez zamawiającego.

W dniu 17 stycznia 2011 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający w zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie wymogu, aby wszystkie testy były wykonywane w jednym rodzaju osocza krwi spośród: K3EDTA, lub cytrynian sodowy (jeden rodzaj antykoagulantu zabezpieczającego materiał dla wszystkich testów) wskazał, że badanie i odrzucenie oferty odwołującego Abbott Laboratories zostały całkowicie oparte na zapisach znajdujących się w dokumentach złożonych w ofercie w formie ulotek odczynnikowych, dołączanych do zestawów odczynnikowych i stanowiących zgodnie z ich treścią dokument od którego zapisów w trakcie wykonywania procedur odstępować nie wolno. Odwołujący stwierdził, że zamawiający „nie zrozumiał” treści instrukcji dołączonej do testu anti-HCV cyt.: „Dla uzyskania poprawnych wyników próbki surowicy i osocza powinny być pozbawione fibryny, krwinek czerwonych oraz jakichkolwiek strąków. Oznaczając takie próbki można uzyskać niezgodne wyniki, dlatego też należy przenieść je do próbki wirowniczej i wirować przez 10 minut przy wartości RCF wynoszącej co najmniej 10 000xg.”, która według odwołującego cyt.: „Jest to standardowa informacja mówiąca osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować, oczywiście w próbce do tego przystosowanej. Gdyby materiał pobrany był do próbki pierwotnej, która nie jest jednocześnie próbką w której można wirować materiał, zarzut ten byłby zasadny. (...)”. Zdaniem zamawiającego oczywistym jest, że gdyby tak było, to w zupełności wystarczyłaby ogólna informacja, która niezależnie od

kwestionowanej przez odwołującego jest zamieszczana w ulotkach cyt.: „Próbki muszą zostać oddzielone od skrzepu lub krwinek czerwonych poprzez wirowanie, zgodnie z zaleceniami wytwórcy próbek. Separacja grawitacyjna nie jest wystarczająca do przygotowania próbek.” Szczegółowy zapis znajdujący się w ulotce odczynnikowej jest jednoznaczny i całkowicie zrozumiały. Nigdzie w ulotce nie występuje zapis upoważniający do innej niż dosłowna i wiążąca dla użytkownika testu interpretacja jej treści. Brak jakiegokolwiek zróżnicowania na próbki pierwotne dopuszczające lub nie dopuszczające wirowanie. Nie ma również podstaw do uznania go jako standardową i ogólną informację, szczególnie w sytuacji wytluszczenia w ulotce tego fragmentu tekstu i w kontekście cytowanego powyżej zastrzeżenia znajdującego się na początku każdej ulotki, nie dopuszczającego jakichkolwiek odstępstw od jej treści. W świetle tego zastrzeżenia zdaniem zamawiającego zaskakującym jest tłumaczenie odwołującego, że w przypadku zamawiającego zapis ten nie ma zastosowania. Zaskakującym jest również tłumaczenie, że wymóg wirowania przez 10 minut w trudnych wręcz do osiągnięcia warunkach bardzo dużego ciężenia co najmniej 10 000xg to dla odwołującego wyłącznie standardowa informacja mówiąca osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować”. Informacja nie może być uznana za standardową również ze względu na fakt zróżnicowania jej brzmienia dla poszczególnych testów, co wybitnie świadczy o szczególnych i różniących się nieco wymaganiach. Dla przykładu w teście HIV Ag/Ab Combo (REF 4J27) cyt.: „W celu uzyskania optymalnych wyników, przed rozpoczęciem wykonywania oznaczeń, próbki zawierające straty lub krwinki czerwone, próbki, które zostały rozmrożone, oraz próbki, które wymagają ponownych oznaczeń, muszą zostać przeniesione do próbki wirowniczej i przed oznaczeniem wirowane przy wartości RCF wynoszącej > 10.000 x g przez 10 minut”, zaś dla testu anti-HBc II (8L44) cyt.: „W celu zapewnienia spójności wyników, przed rozpoczęciem oznaczenia próbki należy przenieść do próbki wirowniczej i wirować przy wartości RCF wynoszącej > 10000 x g przez 10 minut, jeśli: • zawierają one fibrynę, krwinki czerwone lub jakiegokolwiek inne straty, lub • próbki były zamrożone, a następnie rozmrożone. W celu wykonania oznaczenia należy przenieść oczyszczoną próbkę do nowego kubeczka lub dodatkowej próbki”. Sposób postępowania jest tu wyraźnie określony i wymaga nie tylko stosowania przenoszenia materiału do próbek wirowniczych (czemu próbuje zaprzeczać odwołujący), ale również wymaga w celu wykonania oznaczenia kolejnego przenoszenia do nowego kubeczka lub dodatkowej próbki. Wprowadzenie takiego wyjątkowego i szczegółowego zapisu wyraźnie wskazuje, że test może być wrażliwy na niespełnienie postawionych wymagań i dowodzi że zapis w ulotce z całą pewnością nie jest tylko standardową informacją mówiącą osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować”. Zasady opisane w ulotkach (w kontekście wstępnego zastrzeżenia o niedopuszczalności jakichkolwiek odstępstw od instrukcji), nakładają na zamawiającego

obowiązek przenoszenia materiału z próbki pierwotnej w celu wykonania badań w sposób gwarantujący wiarygodność wyników. Brak możliwości wykonywania badań w próbce pierwotnej w sposób gwarantujący ich wiarygodność jest całkowicie sprzeczny z podstawową intencją zamawiającego, która jest zamówienie zestawów odczynnikowych dających możliwość uzyskiwania prawidłowych wyników, których wiarygodność będzie gwarantowana przez spełnienie wszystkich zaleceń producenta testów, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów (kubeczki, próbki, konieczność utylizacji dodatkowych odpadów, dodatkowa praca) oraz - co należy podkreślić - bez zwiększania ryzyka popełnienia błędu (np. kontaminacji) w trakcie przenoszenia materiału pomiędzy próbkami i oznaczania ich przy pomocy niezbędnych identyfikatorów. Drugi z argumentów odwołującego dotyczy posłużenia się w trakcie dokonywania oceny oferty zapisem znajdującym się w ulotce odczynnikowej zestawu anti-HBc II (8L44) mówiącego, że cyt.: „W teście ARCHITECT Anti-HBc II można oznaczać próbki podane poniżej. Inne typy próbek do pobierania próbek nie posiadają atestacji.

- ludzka surowica (w tym: surowica pobrana do próbek z separatorem)
- ludzkie osocze pobrane na:
- heparynę sodową
- heparynę litową (PST)
- EDTA dwupotasowe
- cytrynian sodowy
- szczawian potasu
- CPD
- CPDA-1
- ACD".

Zgodnie z tym zapisem używany przez zamawiającego (na podstawie odrębnej umowy) antykoagulant K3EDTA (EDTA trójpotasowe) nie posiada atestacji do wykonywania tego testu. Zapis ten wyklucza więc stosowanie w przypadku testu anti-HBc II (8L44) używanego przez zamawiającego osocza zawierającego K3EDTA. Dla innych zestawów odczynnikowych zapis brzmi EDTA sól potasowa, oznaczając możliwość stosowania dowolnej soli potasowej EDTA. W każdym przypadku wystąpienia wątpliwości w odniesieniu do wyników badań uzyskiwanych przy zastosowaniu dowolnego odczynnika nadrzędnym i rozstrzygającym dokumentem określającym warunki stosowania zestawu odczynnikowego jest wchodząca w jego skład oficjalna ulotka odczynnikowa, której treść musi być zgodna z dokumentami atestacji i rejestracji produktu (dotyczy to również innych produktów medycznych). Z tego względu dokonywanie oceny przydatności produktu musi pod rygorem nieważności opierać się na jej treści, a stosowanie musi być z tą treścią zgodne (co zresztą

zostało w treści ulotki mocno podkreślone). Niedopuszczalne jest więc rozszerzanie określonego wyrażnie w ulotce odczynnikowej zakresu atestacji antykoagulantów w oparciu o ogólny dokument jakim jest proponowana przez odwołującego w ramach odwołania „ulotka z menu testów immunochemicznych”, będąca jedynie typową ulotką informacyjno-reklamową, w dodatku z datą aktualności określoną na październik 2009 r. (October 2009 więc dającą czas na zaktualizowanie ulotki odczynnikowej, gdyby faktycznie coś się w tym względzie zmieniło. Rozszerzenie w proponowany przez odwołującego sposób zakresu możliwych do stosowania antykoagulantów byłoby oczywistym narażeniem zamawiającego na konsekwencje prawne, w przypadku jakichkolwiek roszczeń dotyczących podejrzenia niezgodności- wyników badań wykonywanych w osoczu niedopuszczonym do stosowania przez ulotkę odczynnikową. Tym bardziej, że ta sama ulotka (analogicznie pozostałe) zawiera zapis cyt.: „Analizator ARCHITECTi System nie zapewnia możliwości weryfikowania rodzaju próbki Sprawdzenie, czy do przeprowadzenia testu ARCHITECT Anti-HBc II użyto odpowiednich typów próbek, należy do zakresu obowiązków osoby przeprowadzającej badanie.”. Drugi z określonych przez zamawiającego w SIWZ antykoagulantów cytrynian sodowy nie jest dopuszczony do stosowania w przypadku testu Toxo IgM (REF 6C20), co zostało potwierdzone przez odwołującego w treści uzasadnienia do odwołania. W związku z powyższym oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona, z powodu niespełnienia wymagań określonych w specyfikacji, a zarzut odwołującego należy uznać za całkowicie bezzasadny.

W przypadku zarzutu dotyczącego niedołączenia przez wykonawcę Roche Diagnostics do swojej oferty „prawdziwej i pełnej instrukcji obsługi oferowanych analizatorów”, co według odwołującego uniemożliwia pełną ocenę ofert, w opinii zamawiającego dostarczone przez wszystkich wykonawców instrukcje obsługi analizatorów - choć nie zawsze pełne - muszą zostać uznane za wystarczające, ponieważ ich treść pozwala określić czy analizatory spełniają określone w specyfikacji warunki. Sygnalizowany przez odwołującego brak opisu konserwacji czy opisu błędów nie może być brany pod uwagę, ponieważ wzmiankowane czynności i właściwości systemu nie zostały w specyfikacji obwarowane na tyle, aby nie można było ocenić ich zgodności na podstawie dostarczonych dokumentów. Zaoferowana skrócona instrukcja obsługi analizatora jest więc w opinii zamawiającego wystarczająca do oceny (co zostało potwierdzone pozytywną oceną oferty), a jej poszerzenie może być potraktowane jako dobrowolne i dopuszczalne, ale nie wymagane.

Natomiast co do zarzucanego dłuższego niż określony w specyfikacji czasu, potrzebnego do osiągnięcia stanu gotowości do użycia przez zestawy odczynnikowe oferowane przez Roche Diagnostics dla Zakładu Mikrobiologii, zamawiający określił ten czas

na maksymalnie 45 minut, natomiast czas konieczny do ich przygotowania wynosi według odwołującego 3 godziny. Odwołujący, omyłkowo uznał za wiążący zapis widniejący w instrukcji obsługi analizatora Cobas 6000, który nie jest oferowany dla Zakładu Mikrobiologii. Przytoczony w treści odwołania fragment instrukcji obsługi analizatora Cobas 6000 nie ma zastosowania w przypadku oferowanych dla Zakładu Mikrobiologii analizatorów Cobas e411. Są to zupełnie różne analizatory, o innej konstrukcji i nominalnej pojemności rotorów odczynnikowych, co w znacznym stopniu wpływa na bezwładność cieplną całego zestawu rotor-odczynniki. W związku z tym, pomimo, że niektóre odczynniki mogą być wykorzystywane w obydwu typach analizatorów, instrukcje dotyczące ich przygotowania do pracy w istotny sposób mogą różnić się od siebie. Odczynniki w rotorze odczynnikowym analizatora Cobas e411 oferowanego dla Zakładu Mikrobiologii są przechowywane w warunkach kontrolowanej temperatury, określonej na  $20\pm 3^{\circ}\text{C}$ . Je śli planowane jest używanie odczynników, które nie są na bieżąco przechowywane w rotorze odczynnikowym analizatora, przed rozpoczęciem ich używania należy doprowadzić je do temperatury utrzymywanej wewnątrz rotora odczynnikowego. Zestawy przechowywane w lodówce zewnętrznej w temperaturze  $5\pm 3^{\circ}\text{C}$  muszą więc przed rozpoczęciem analiz zwiększyć swoją temperaturę o około  $15^{\circ}\text{C}$ . Rzeczywista masa oferowanych, pełnych z zestawów odczynnikowych wynosi około 90 g., w tym mniej niż połowa to płynne odczynniki. Bezwładność cieplna takiego zestawu jest na tyle niewielka, że czas potrzebny na konieczną zmianę jego temperatury (w zgodnych z zaleceniami producenta warunkach temperatury pokojowej otoczenia) wynosi mniej niż wymagane 45 min., co zostało potwierdzone doświadczalnie w laboratorium zamawiającego. Nadmienić należy, że dla odczynników już używanych (naprzemiennie przechowywanych w lodówce i w analizatorze), obserwowany okres przygotowania mógłby być nawet krótszy, ze względu na zmniejszającą się ilość płynnych odczynników w miarę ich zużywania.

W zakresie zarzutu odwołującego dotyczącego niezaoferowania przez Roche Diagnostics rozcieńczalnika do próbek Diluent Hepatitis A 2 x 15 mL (REF 11361252122), skutkującego w opinii odwołującego niedoszacowaniem oferty, zamawiający wskazywał, że wspomniany diluent jest wymagany w sytuacji, gdy wynik oznaczenia przekroczy wartość zakresu pomiarowego (wartości powyżej zakresu pomiarowego podawane są jako  $> 60$  IU/L), a konieczne jest uzyskanie dokładnej informacji o stężeniu przeciwciał anti-HAV, wyższym niż 60 IU/L. Wymagania graniczne dla zestawów odczynnikowych, kalibratorów, materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych przeznaczonych dla Zakładu Mikrobiologii, w odniesieniu do testu anti-HAV zawierają wymóg zaoferowania testu jakościowego, lub ilościowego („anti-HAV total (lub IgG) - test jakościowy lub ilościowy”). Z tego wymogu wynika fakt, że dla Zamawiającego wystarczającą właściwością testu może być określanie

wyniku badania jako dodatni lub ujemny. Możliwość określania stężenia przeciwciał w jednostkach (np. IU/L) nie jest więc w tym przypadku koniecznością a obydwa rodzaje testów muszą być traktowane jako równocenne. W związku z powyższym zamawiający nie może wymagać zapewnienia możliwości wykonywania rozcieńczeń i oznaczeń dla stężeń analitu przekraczających zakres pomiarowy. Diluent Hepatitis A może więc zostać zaoferowany, ale zamawiający nie może tego wymagać. Możliwość dokładnego określania stężenia przeciwciał w jednostkach nie może być traktowana jako warunek konieczny również z tego względu, że w takim przypadku oferta odwołującego nie mogłaby zostać uznana, ponieważ zaoferowane w niej testy mają charakter jakościowy. W związku z powyższym ofertę wykonawcy Roche Diagnostics w zakwestionowanym zakresie należy określić jako spełniającą wymagania określone w specyfikacji, oszacowanie ceny określić jako prawidłowe, a zarzut odwołującego uznać za całkowicie bezzasadny.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentacji postępowania, odwołaniach, przystąpieniach do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnieniach i dokumentach złożonych na rozprawie, zważyła, co następuje.**

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2011 roku wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania pozbawia obu odwołujących możliwości ubiegania się o zamówienie a potwierdzenie się zarzutów odwołań dotyczących ofert własnych oraz oferty złożonej przez konkurenta daje możliwość uzyskania zamówienia.

#### **Sygn. akt KIO/23/11**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: dokumentację postępowania, w tym w szczególności SIWZ wraz ze zmianami, odpowiedzi na pytania z dnia 27 października 2010 roku, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z dnia 17 stycznia 2011 roku, oświadczenie Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. z

dnia 14 stycznia 2011 roku, zamówienie skierowane do dystrybutora sprzętu komputerowego Vector On-Line sp. z o.o. z dnia 10 listopada 2010 roku, ofertę Vector On-Line sp. z o.o. na monitor Samsung SyncMaster 943N 19" LCD z dnia 1 października 2010 r., folder wirówki MPW380R, pismo Abbott Laboratories z 7 grudnia 2010 roku skierowane do MPW.Med instruments Spółdzielnia Pracy – producenta wirówki MPW380R, dwa oświadczenia MPW.Med instruments Spółdzielnia Pracy – producenta wirówki MPW380R z dnia 14 grudnia 2010 roku, e-mail Abbott Laboratories z 13 stycznia 2011 roku skierowany do MPW.Med instruments Spółdzielnia Pracy – producenta wirówki MPW380R dotyczący możliwości spełnienia specjalnych parametrów przez wirówkę MPW380R, dwa oświadczenia MPW.Med instruments Spółdzielnia Pracy – producenta wirówki MPW380R z 13 stycznia 2011 roku potwierdzające możliwość skonfigurowania wirówki MPW380R zgodnie z żądaniem Abbott Laboratories. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka – Pana Dominika Strzeleckiego ze spółki Vector On-Line sp. z o.o. – dystrybutora, u którego odwołujący Roche Diagnostics, zgodnie ze swym oświadczeniem, zamawiał sprzęt komputerowy na potrzeby niniejszego postępowania, w tym kwestionowane monitory, na potwierdzenie, iż Vector On-Line sp. z o.o. składała Roche Diagnostics ofertę na monitory zgodne z wymaganiami SIWZ i przyjęcia tej oferty przez odwołującego oraz na ustalenie okoliczności współpracy przy tym zamówieniu pomiędzy spółką Vector On-Line sp. z o.o. a Roche Diagnostics, uznając, iż wskazane we wniosku dowodowym okoliczności pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Istotą sporu jest bowiem ocena treści oferty wykonawcy Roche Diagnostics oraz skutki złożonych przez niego wadliwych wyjaśnień, jak również zakres uprawnień i obowiązków zamawiającego z tym związanych, w tym odnoszących się do dopuszczalności uznania ich za omyłkę podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp .

Odwołujący Roche Diagnostics zarzucał zamawiającemu, że na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzucił ofertę Roche Diagnostics (w konsekwencji unieważniając postępowanie w zakresie części 1) i zaniechał odrzucenia oferty Abbott Laboratories z dodatkowych przyczyn (niezgodna z SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego Roche Diagnostics na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucając mu, że zaoferowana klawiatura HP USB SmartCard ED707AA nie spełnia parametru „obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8V”, a monitor posiada różną od wymaganej przez zamawiającego rozdzielczość nominalną.

W zakresie zarzutu zamawiającego, iż zaoferowana klawiatura nie spełnia parametru „obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8V” Izba uznała, iż stanowisko zamawiającego nie było zasadne

i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym zakresie potwierdził się. Odwołujący zdołał bowiem dowieść, iż klawiatura HP USB SmartCard ED707AA spełnia postawione wymagania. Odwołujący złożył w postępowaniu odwoławczym wniosek dowodowy z oświadczenia Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. - przedstawiciela producenta oferowanego przez odwołującego Roche Diagnostics sprzętu, celem wykazania, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania postawione treścią SIWZ. Z oświadczenia Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. wynika jednoznacznie, iż zaoficerowana klawiatura HP USB SmartCard ED707AA spełnia żądany przez zamawiającego parametr, tj. „obsługa kart 5V, 3V oraz 1.8 V”. Przystępujący Abbott Laboratories nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, nie zakwestionował także prawdziwości oświadczenia przedstawiciela Hewlett Packard Polska sp. z o.o., ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż w jego opinii z dokumentu tego nie wynika, iż klawiatura HP USB SmartCard ED707AA spełnia żądany przez zamawiającego parametr, tj. „obsługa kart 5V, 3V oraz 1,8 V”. Należy wskazać, iż zarzut co do niejednoznaczności oświadczenia Hewlett Packard Polska sp. z o.o. nie może się ostać, ponieważ w ocenie Izby ze sformułowania zawartego w oświadczeniu jasno wynika parametr wymagany przez zamawiającego. W oświadczeniu tym wskazano, iż klawiatura HP USB SmartCard Keyboard numer katalogowy (ED707AA) jest w pełni zgodna z ISO7816 oraz że obsługuje wszystkie karty ISO7816-1,2,3,4, - 1.8 V, 3 V, 5V. Ponadto sam zamawiający na rozprawie stwierdził, iż nie dysponował takim dokumentem przed odrzuceniem oferty. Oparł się bowiem jedynie na specyfikacji technicznej oraz informacjach uzyskanych z infolinii.

Co do zarzutu niezgodności oferowanego przez Roche Diagnostics monitora z SIWZ Izba wskazuje, że ani w treści odwołania ani na rozprawie odwołujący Roche Diagnostics nie kwestionował, iż wskazany w wyjaśnieniach z dnia 15 i 17 grudnia 2010 r. monitor nie spełnia wymogów zamawiającego. Rację ma odwołujący twierdząc, iż SIWZ nie stawiała wymogu podania w treści oferty modelu monitora, a jedynie wystarczyło poświadczyc, że jego cechy są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego. Z uwagi na powyższe odwołujący kwestionował uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i dopuszczalność niekorzystnych konsekwencji dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie do którego nie był zobligowany i w których dopuścił się omyłki. Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który winien mieć i zapewne ma świadomość skutków składanych przez siebie oświadczeń w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wymagane w tym trybie m.in. mają na celu uzyskanie przez zamawiającego pewności, iż przedmiot oferty jest zgodny z SIWZ. Rzeczywiście w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wymagał wskazania modelu monitora. Należy jednak podkreślić, iż odwołujący nie zakwestionował zasadności żądania



wyjaśnień, udzielił na nie odpowiedzi, w której wskazał na monitor, co sam przyznał, niespełniający warunków SIWZ. Nie można uznawać, iż z uwagi na sprzeczność wskazanego modelu z podanymi przez siebie parametrami w trybie wyjaśnień w sposób niedozwolony zmieniono treść oferty. Treść oferty nie uległa zmianie, wykonawca miał tylko wskazać sprzęt, jaki kryje się za parametrami zadeklarowanymi w ofercie. Wykonawca, oferując i wyceniając sprzęt komputerowy, nie oferuje i nie wycenia parametrów, lecz określony model spełniający deklarowane parametry, choćby nie było konieczności jego jednoznacznego wskazania w treści oferty. Wynika to również z dokumentów złożonych w niniejszej sprawie. Odwołujący przedłożył bowiem na rozprawie zamówienie skierowane do dystrybutora sprzętu komputerowego, z którym ma podpisaną stałą umowę handlową i u którego zwykle się zaopatruje, nie będąc producentem sprzętu komputerowego oraz otrzymaną od tegoż dystrybutora ofertę na określone monitory, które następnie zostały, wedle oświadczenia odwołującego, wycenione w ofercie. Odwołujący poprzez swoje oświadczenia złożone w wyjaśnieniach jedynie doprecyzował ofertę poprzez wskazanie modelu, a nie dokonał jej niedozwolonej zmiany. Zdaniem Izby zamawiający nie może zignorować oświadczenia wykonawcy, z którego wynika, iż sprzęt, który oferuje, nie spełnia wymogów zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający nie był także zobligowany do dalszego wyjaśniania, co w rzeczywistości zaoferował wykonawca, jeżeli z wyjaśnień wynikało, iż przedmiot oferty nie jest zgodny z SIWZ. To wykonawca ma obowiązek dołożyć staranności wymaganej od profesjonalisty, aby jego oświadczenia w tym zakresie były zgodne z jego rzeczywistą wolą. W ocenie Izby zamawiający nie był uprawniony do poprawienia tej niezgodności jako omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem poprawienie omyłki w tym przypadku jest możliwe tylko wówczas gdy zamawiający może to uczynić bez udziału wykonawcy, bez uzyskiwania od niego szczegółowych informacji co do sposobu poprawienia omyłki. Tymczasem poprawienie tej omyłki przez zamawiającego nie było możliwe, gdyż nie posiada on wiedzy co do tego, jaki model monitora chciał zaoferować wykonawca. Także sam odwołujący, wskazując na konieczność poprawienia omyłki, nie określił, w jaki sposób zamawiający miałby to uczynić. Nie jest bowiem tak, iż na rynku istnieje tylko jeden model monitora spełniający wymagania zamawiającego, a zatem nie byłoby wątpliwości co do treści oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie. Co do zarzutu nierównego traktowania (naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez wskazanie, iż monitor zaoferowany przez Abbott Laboratories został oceniony tylko na podstawie parametrów podanych przez wykonawcę, należy wskazać, iż w zakresie tabeli nr 3 w ofercie Abbott Laboratories jako parametr oferowany wskazano określony model – ACTINA SIERRA W7P 300F. Odwołujący natomiast w tym samym miejscu nie określił modelu, lecz wskazał jako parametr oferowany „40 sztuk”. Zamawiający zwrócił się zatem do Roche Diagnostics o podanie modelu lub dokładnej specyfikacji oferowanej stacji roboczej

(załącznik nr 3 do wzoru umowy, tabela 3) oraz oferowanych drukarek (załącznik nr 3 do wzoru umowy, tabela 4 i 5). Nie sprecyzował zakresu żądanych informacji, w szczególności nie wyspecyfikował, iż przedmiotem wyjaśnień ma być tylko jednostka centralna, a tabela 3 w pkt 12 odnosiła się również do oferowanego monitora. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący wskazał na monitor Samsung 19WIDE, co sugerowało niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ. Dalsze wyjaśnienia miały na celu uzyskanie precyzyjnej informacji pozwalającej na ocenę, czy oferowany monitor rzeczywiście spełnia deklarowane parametry. Zamawiający nie dokonywał zatem samodzielnej oceny spełnienia warunków SIWZ odnośnie monitora, w ramach której doszłoby do naruszenia zasady równości między wykonawcami. Ocena ta była niejako wynikiem oświadczenia wykonawcy Roche Diagnostics zawartego w wyjaśnieniach z 15 i 17 grudnia 2010 r. Wprawdzie nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż informacja zawarta w ofercie Abbott Laboratories pozwalała na ocenę, czy zaoferowany został model monitora zgodny z SIWZ (w ofercie Abbott Laboratories nie określono modelu monitora), jednak to odwołujący, podając model monitora niezgodny z SIWZ, skłonił zamawiającego do dalszych wyjaśnień w tej mierze, w ramach których odwołujący potwierdził zaoferowanie monitora Samsung SyncMaster 19" B1930NW WIDE, który nie spełniał zadeklarowanych w ofercie parametrów. Ponadto sposób oceny oferty Abbott Laboratories w tym zakresie pozostaje bez wpływu na prawidłowość oferty odwołującego w odniesieniu do zaoferowanego monitora.

Tym samym w ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w ww zakresie.

W odniesieniu do zarzutów nieodrzczenia oferty Abbott Laboratories na podstawie dodatkowych przesłanek, Izba stwierdza, co następuje.

W ocenie Izby nie można uznać, iż Abbott Laboratories wykazał, iż w dniu składania ofert wirówka MPW380R przez niego zaoferowana spełniała wymogi SIWZ. Załączona na potwierdzenie spełnienia wymogów SIWZ korespondencja z producentem (oświadczenia producenta MPW Med. instruments) miała miejsce po dacie składania ofert, a ponadto MPW Med. instruments potwierdza w niej jedynie możliwość skonfigurowania wirówki MPW 380R w sposób wskazany przez Abbott Laboratories (tj. z uwzględnieniem wymogów SIWZ). Nie określa natomiast żadnych warunków przygotowania przez producenta wirówki spełniającej wymogi wskazane przez odwołującego. Należy podkreślić, że sprecyzowane przez Abbott Laboratories warunki nie odpowiadają opcjom wskazanym w specyfikacji technicznej wirówki MPW380R. Są to zatem wymagania ponadstandardowe, o zindywidualizowanym charakterze. Abbott Laboratories nie wykazał w żaden w sposób, iż taki wyrób medyczny może zostać dostarczony w wymaganym czasie oraz że nie będzie wymagane spełnienie jakiegokolwiek procedury dopuszczenia do korzystania z uwagi na konieczność

skonfigurowania dla indywidualnych potrzeb odbiorcy. Należy zatem uznać iż wykonawca Abbott Laboratories nie wykazał, aby na dzień składania ofert mógł zaoferować produkt o właściwościach wymaganych SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia wymagania dotyczącego minimalnych okresów trwałości zestawów odczynnikowych należy stwierdzić, iż zamawiający wymagał minimum 8-tygodniowego okresu trwałości po otwarciu zestawu dla oferowanych markerów (poza anty-HCV, HBsAg, anty-HBs, anty-HIV, HIV p24). Odwołujący Roche Diagnostics wskazywał, że zaoferowane przez Abbott Laboratories odczynniki do oznaczania HBeAg, anty-HBe, a-HBc, a-HBc IgM, a-HAV IgG, a-HAV IgM, CMV IgG, CMV IgM, Rubella IgG, Rubella IgM, Toxo IgG i Toxo IgM nie spełniają tego warunku, gdyż ich trwałość po otwarciu wynosi jedynie 30 dni. Podnosił, że producent odczynników Architect wyraźnie zaznacza też w instrukcjach metodycznych odczynników, że po upływie 30 dni zestaw odczynnikowy musi zostać usunięty. Zdaniem odwołującego wymóg trwałości 8-tygodniowej zamawiający dodatkowo potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 10 z dnia 27 października 2010 roku, zaznaczając także, że ewentualne wydłużenie trwałości odczynników nie dotyczy analizatora, który posiada system chłodzenia do temperatury lodówki (nawiązanie do pytania nr 8). Oferowany przez Abbott Laboratories analizator Architect posiada system chłodzenia odczynników do temperatury lodówki. Odczynniki na pokładzie analizatora przebywać będą zatem w temperaturze lodówki, co sprawia, że, zdaniem odwołującego, nie ma możliwości przedłużenia terminu trwałości odczynników Architect ponad 30 dni poprzez przeniesienie ich do zewnętrznej lodówki, gdzie niska temperatura umożliwiłaby wydłużenie trwałości. W warunkach lodówki maksymalny czas trwałości zaoferowanych odczynników wynosi zatem 30 dni. Potwierdzenie tego faktu, zdaniem odwołującego Roche Diagnostics, znajduje się w instrukcjach metodycznych ww. testów załączonych do oferty Abbott Laboratories.

W ocenie Izby taka interpretacja jest niezasadna. W powoływanej przez odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 10 zamawiający wskazywał: „Określona w warunkach granicznych gwarancja stabilności poszczególnych odczynników musi zostać zachowana, ale dopuszczone jest wydłużenie trwałości odczynników po otwarciu o okres ich przechowywania w zewnętrznej lodówce, o ile zapis ten nie stoi w sprzeczności z informacją zawartą w zapytaniu nr 8: „... odczynniki mogą być przechowywane w analizatorze, gdyż posiada on system chłodzenia w temperaturze lodówki”. Zamawiający dopuścił zatem przedłużenie trwałości odczynników po otwarciu o okres przechowywania ich w zewnętrznej lodówce, a więc poza analizatorem. W ocenie Izby z treści tej odpowiedzi nie można wysnuć tak jednoznacznego wniosku, jaki zawarty został w odwołaniu, a mianowicie, iż dopuszczalność przedłużenia stabilności odczynników w ten sposób nie dotyczy analizatora, który posiada system chłodzenia odczynników do temperatury lodówki. Odpowiedź na

pytanie nr 8 dotyczyła parametrów granicznych analizatorów dla Zakładu Mikrobiologii. Zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie analizatorów immunochemicznych, które nie stosują systemu otwierania zestawów odczynnikowych na pokładzie analizatora, lecz pracują w oparciu o odczynniki, które posiadają specjalny system zabezpieczenia przed parowaniem i w związku z tym, otwierane są przed wstawieniem do analizatora. Wykonawca wskazywał nadto, iż dodatkowo odczynniki mogą być przechowywane w analizatorze, gdyż posiada on system chłodzenia w temperaturze lodówki. Zgoda zamawiającego była uwarunkowana spełnieniem pozostałych warunków (określonych w specyfikacji), gwarantujących trwałość odczynników przez wymagany okres czasu, liczony od chwili otwarcia zestawu odczynnikowego. Z powyższych odpowiedzi nie można zdaniem Izby wysnuć jednoznacznego wniosku, iż okoliczność, że analizator wyposażony został w system chłodzenia w temperaturze lodówki wyłącza dopuszczalność przechowywania odczynników poza analizatorem, w lodówce zewnętrznej, w szczególności w czasie nie objętym godzinami pracy laboratorium. Abbott Laboratories argumentował bowiem, co potwierdził na rozprawie zamawiający, że zaoferowane analizatory zliczają jedynie rzeczywisty czas przebywania odczynników na pokładzie analizatora, a na czas przechowywania odczynników poza analizatorem zegar zliczający czas ich stabilności zatrzymuje się. Tym samym, jak wynika z powyższego, decyduje nie tylko sam fakt przechowywania w temperaturze lodówki, ale również poza pokładem analizatora. Jeżeli warunkiem dopuszczenia analizatorów zaproponowanych przez Abbott Laboratories (odpowiedź na pytanie nr 8) była możliwość przechowywania odczynników w analizatorze (wyposażonym w system chłodzenia do temperatury lodówki) bez możliwości ich przechowywania w lodówce zewnętrznej bądź też wyłączenie dopuszczalności przedłużenia stabilności odczynników poprzez przechowywanie ich w lodówce zewnętrznej w sytuacji, gdy analizator jest wyposażony w system chłodzenia do temperatury lodówki, zamawiający winien był dać temu jednoznaczny wyraz, czego jednak nie uczynił. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie przychylił się do argumentacji odwołującego Roche Diagnostics, wskazując na praktykę przedłużania stabilności odczynników przez przechowywanie ich w zewnętrznej lodówce. Równocześnie należy podnieść, iż odwołujący nie przedstawił dowodów, iż powyższe twierdzenia Abbott Laboratories nie mogą być uznane za prawidłowe. Nie można zatem uznać, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp został przez odwołującego wykazany.

W zakresie zarzutu zaoferowania przez Abbott Laboratories zbyt małej ilości materiałów kontrolnych, co skutkuje zaniżeniem ceny oferty i jej niezgodnością z treścią SIWZ, Izba stwierdza, co następuje. Zamawiający wymagał, aby zaoferowane dostawy w części przeznaczonej dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej spełniały warunek „dostępności materiałów kontrolnych, zapewniających możliwość wykonywania oznaczeń zgodnie ze

standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej, dla wszystkich wykonywanych testów" (Załącznik nr 4 do wzoru umowy, Zakład Diagnostyki, tabela nr 4). Odwołujący Roche Diagnostics zarzucał, iż zaoferowana przez Abbott Laboratories ilość materiałów kontrolnych jest zdecydowanie niewystarczająca do spełnienia tego warunku, co uniemożliwi zamawiającemu prowadzenie regularnej kontroli wewnątrzlaboratoryjnej zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej. Standardy te przewidują codzienną kontrolę każdego poziomu stężeń zgodnie z rekomendacjami producenta odczynników dla testów CA 19-9, CA 15-3, CA 125, C-Peptyd, anty-CCP, PTH, anty-TPO i anty-Tg. Pochodnym zaś skutkiem zaoferowania zbyt małej i niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiałów kontrolnych jest niedoszacowanie i zaniżenie ceny oferty Abbott Laboratories. Podnosił także, iż nie ma dowodów spełnienia warunku „dostępności dla wszystkich wykonywanych testów indywidualnych, dedykowanych materiałów kontrolnych zapewniających możliwość sprawowania kontroli jakości na minimum dwóch poziomach" (Załącznik nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 4, lp. 4). Zaoferowana przez Abbott Laboratories ilość materiałów kontrolnych jest zdecydowanie niewystarczająca do spełnienia tego warunku, co uniemożliwi zamawiającemu prowadzenie kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na dwóch poziomach. Standardy przewidują codzienną kontrolę każdego poziomu stężeń (co znajduje wyraz w punkcie 8 tabeli nr 4 Załącznika nr 4) dla większości testów oferowanych dla Zakładu Mikrobiologii. Skutkiem zaś zaoferowania zbyt małej, niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiałów kontrolnych jest niedoszacowanie i zaniżenie ceny oferty Abbott Laboratories. Zamawiający uznał zarzut w tym zakresie, przedstawiając własne szacunkowe wyliczenia. Izba uznała, iż zarzut się potwierdził. Zgodnie z treścią pkt 3.2. SIWZ: „Ilość oznaczeń (badań) diagnostycznych zawiera arkusz cenowy stanowiący załącznik nr 4 do specyfikacji. Podane ilości są ilościami szacunkowymi, co należy rozumieć jako prawo Zamawiającego do rezygnacji z zakupu części dostaw wynikającej z braku lub zmniejszenia zapotrzebowania na dany odczynnik i elementy zużywalne. Wykonawca zobowiązany jest zaoferować także ilość odczynników i elementów zużywalnych, która pozwoli na wykonanie podanej przez Zamawiającego ilości oznaczeń.” Z kolei pkt 3.3. SIWZ definiował: „Przez odczynniki należy rozumieć odczynniki laboratoryjne i testy konieczne do wykonywania oznaczeń. Przez elementy zużywalne należy rozumieć kontrole, kalibratory i wszystkie inne materiały i elementy eksploatacyjne konieczne do wykonywania oznaczeń”. Ponadto w Załączniku nr 4 do wzoru umowy, Zakład Diagnostyki, tabela nr 4 zamawiający wymagał, aby zaoferowane dostawy w części przeznaczony dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej spełniały warunek „dostępności materiałów kontrolnych, zapewniających możliwość wykonywania oznaczeń zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej, dla wszystkich wykonywanych testów”. Natomiast w odniesieniu do Zakładu Mikrobiologii wymagał „dostępności dla wszystkich wykonywanych testów indywidualnych,

dedykowanych materiałów kontrolnych zapewniających możliwość sprawowania kontroli jakości na minimum dwóch poziomach" (Załącznik nr 4, Zakład Mikrobiologii, tabela nr 4, lp. 4). Dodatkowo formułował wymóg: „Minimalny okres trwałości dostarczanych materiałów kontrolnych: do wyczerpania materiału kontrolnego w warunkach przestrzegania standardowych zasad sprawowania codziennej kontroli jakości”. Z powyższego wynika zatem, iż ilość oferowanych materiałów kontrolnych winna zostać określona przez wykonawcę w oparciu o dane zawarte w SIWZ, w tym ilość oznaczeń oraz zasady kontroli wewnątrzlaboratoryjnej. Nie można zatem podzielić twierdzeń Abbott Laboratories wynikających z treści przystąpienia do postępowania odwoławczego, iż zgodnie z przywoływanymi warunkami SIWZ, tj. zawartym w tabeli nr 4, pkt 1 załącznika nr 4 Zakład Diagnostyki Laboratoryjnej dla spełnienia warunku granicznego dostępności materiałów kontrolnych, zapewniających możliwość wykonywania oznaczeń zgodnie ze standardami obowiązującymi w diagnostyce laboratoryjnej, dla wszystkich wykonywanych testów wystarczyło zaoferowanie oznaczeń, do których istnieją odpowiednie materiały kontrolne. Konieczne było także zaoferowanie materiału kontrolnego w ilości, która pozwalałaby na przeprowadzenie kontroli na zasadach wymaganych przez zamawiającego. To samo dotyczy interpretacji parametru wyspecyfikowanego w pkt 4 tabeli 4 załącznika nr 4 Zakład Mikrobiologii „Dostępność dla wszystkich wykonywanych testów indywidualnych, dedykowanych materiałów kontrolnych zapewniających możliwość sprawowania kontroli na minimum dwóch poziomach”. Zapis ten nie tylko zabezpieczał jakość materiału kontrolnego, ale odnosił się też pośrednio do jego ilości, ponieważ ustalał, w jaki sposób zamawiający prowadził będzie kontrolę. W odniesieniu do Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej zasady przeprowadzania kontroli zostały sprecyzowane poprzez odniesienie do standardów diagnostyki laboratoryjnej. Standardy te zgodnie z twierdzeniem zamawiającego wymagają kontroli codziennej tych oznaczeń, które są wykonywane. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Abbott Laboratories, iż zamawiający w SIWZ nie wyznaczył harmonogramu przeprowadzania takich kontroli, a zatem pozostawił dowolność wykonawcom co do ustalenia ilości materiału kontrolnego. Nawet gdyby uznać, iż postanowienia SIWZ w tej mierze w odniesieniu do Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej nie były jednoznaczne, to takiego zarzutu nie można już postawić postanowieniom SIWZ dotyczącym Zakładu Mikrobiologii. W SIWZ w pkt 4 tabeli nr 4 załącznika nr 4 wyraźnie wskazano na przeprowadzanie kontroli na dwóch poziomach, a w pkt 8, iż kontrole przeprowadzane są codziennie. Niezasadnym było zatem dokonanie przez Abbott Laboratories wyliczenia materiału kontrolnego w oparciu o przeszłe doświadczenia we współpracy z zamawiającym, które dotyczyły jednak innych odczynników. Zamawiający uzasadniając swoje wyliczenie wskazał, iż określone oznaczenia wykonywane są codziennie, o czym wykonawcy doskonale wiedzą (kontrola wykonywana jest zatem każdego dnia), inne natomiast co kilka dni (kontrola

gdy wykonywane jest oznaczenie). Zamawiający wskazał, że nawet w zakresie oznaczeń wykonywanych codziennie oferta Abbott Laboratories zawiera niedostateczną ilość materiału kontrolnego. Izba podkreśla, iż Abbott Laboratories w treści przystąpienia, a także na rozprawie nie wykazywał, że zaoferowana przez niego ilość materiału kontrolnego jest wystarczająca dla spełnienia wymagań SIWZ, przynajmniej w odniesieniu do Zakładu Mikrobiologii, gdzie jednoznacznie zostały one określone, nie przedstawił także, w jaki sposób dokonał kalkulacji w ofercie. Podkreślał jedynie brak stosownych unormowań w SIWZ oraz nieprawidłowość wyliczeń poczynionych przez Roche Diagnostics. Nie przedstawił również jakiegokolwiek dowodu, aby twierdzenie zamawiającego wyrażone na rozprawie, iż ilość materiałów kontrolnych może znacząco przekraczać ilość testów, nie było prawdziwe. Izba przedstawione przez zamawiającego wyliczenia uznała za wiarygodne i wystarczające do uznania, iż potwierdzają niedostateczną ilość materiału kontrolnego w ofercie Abbott Laboratories, czemu odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Zamawiający z uwagi na brak szczegółowych danych określających objętość materiału kontrolnego, dokonał analizy dla kropli 40 µl i 50 µl (często przyjmowanych dla określenia wielkości kropli roztworu wodnego). Wyliczenia te w zależności od przyjętej objętości kropli różnią się kwotowo oraz w zakresie liczby brakujących opakowań materiału kontrolnego, jednak w każdym przypadku potwierdzają znaczący niedobór tegoż materiału kontrolnego, również w zakresie materiałów kontrolnych w odniesieniu do oznaczeń wykonywanych najczęściej. I tak np. w wyliczeniu opartym na objętości kropli 50 µl w odniesieniu do testu Anty-HCV Control stwierdzono niedobór 20 opakowań (na 29 faktycznie wymaganych), HIV Combo Control niedobór 38 opakowań (na 47 faktycznie wymaganych), HbsAg Qualitative Control niedobór 17 opakowań (na 29 wymaganych), Anty-HBs AUSAB Control 15 opakowań (na 24 wymagane), Anty-Hbc Core Control niedobór 12 (na 19 wymaganych), CMV IgM Control niedobór 31 (na 38 wymaganych), Rubella IgM Control niedobór 24 opakowań (na 30 wymaganych), Toxo IgM Control niedobór 28 opakowań (na 35 wymaganych). W wyliczeniu opartym na objętości kropli 40 µl w odniesieniu do testu Anty-HCV Control stwierdzono niedobór 14 opakowań (na 23 faktycznie wymaganych), HIV Combo Control niedobór 29 opakowań (na 38 faktycznie wymaganych), HbsAg Qualitative Control niedobór 11 opakowań (na 23 wymagane), Anty-HBs AUSAB Control 10 opakowań (na 19 wymaganych), Anty-Hbc Core Control niedobór 12 (na 19 wymaganych), CMV IgM Control niedobór 8 (na 15 wymaganych), Rubella IgM Control niedobór 18 opakowań (na 24 wymagane), Toxo IgM Control niedobór 21 opakowań (na 28 wymaganych). Okoliczność, o jaką ilość opakowań i o jaką kwotę nastąpiło faktyczne zaniżenie wartości oferty ma w ocenie Izby charakter drugorzędny, ponieważ kluczowe jest zaoferowanie materiału kontrolnego w ilości niewystarczającej do wykonywania kontroli wewnątrzlaboratoryjnej w sposób wynikający z SIWZ. Powyższe potwierdza zatem, iż treść oferty była w tym zakresie

niezgodna z treścią SIWZ, co uzasadnia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba zauważa, iż formalnie co do zasady odrzucenie oferty z uwagi na zaoferowanie niedostatecznej ilości materiałów kontrolnych winno nastąpić po uprzednim wyczerpaniu procedury wyjaśnień w celu ustalenia sposobu przeprowadzenia przez wykonawcę kalkulacji. Zamawiający, przerzucając na wykonawców konieczność określenia ilości potrzebnych produktów w czasie trwania umowy, niewątpliwie powinien z dużą ostrożnością oceniać oferty pod kątem ewentualnego niedoszacowania poszczególnych ilości. Jednakże w ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy, uwzględniając argumentację Abbott Laboratories w tej mierze, można przyjąć, iż wyjaśnienia nie doprowadziłyby do uznania zgodności oferty z treścią SIWZ. Za nieopowiadającą treści SIWZ należy bowiem uznać ofertę, która proponuje niewystarczającą ilość przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego (por. wyrok KIO z 25 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 318/10). Izba wskazuje także, iż ze względu na uznanie zasadności tego zarzutu przez zamawiającego, ciężar dowodu, iż argumentacja odwołującego (i zamawiającego) nie jest słuszna obciąża Abbott Laboratories, który takiego dowodu nie przeprowadził. W ocenie Izby nie można jednak uznać, aby przedmiotowy stan faktyczny wypełniał przesłankę błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał bowiem jednoznacznego wzorca jej obliczenia, pozostawiając wykonawcom decyzję co do kalkulacji i jej podstaw, które winny uwzględniać przedmiot zamówienia określony SIWZ. Odwołujący nie wskazał argumentacji, która przemawiałaby za odmiennym stanowiskiem.

W zakresie wskazywanego przez odwołującego Roche Diagnostics zarzutu niespełnienia warunku granicznego ustalonego w załączniku Nr 4 Zakład Mikrobiologii tabela 1 lp. 1 „Dwa automatyczne analizatory immunochemiczne o pełnej wzajemnej kompatybilności odczynnikowej i zakresie badań odpowiadających liści badań wykonywanych w pracowni, określonych w specyfikacji przetargowej”, ponieważ Abbott Laboratories w swojej ofercie zaoferował odczynnik Vidas HIV p24, natomiast nie zaoferował dwóch analizatorów typu Vidas, które umożliwiałyby oznaczanie tego parametru, należy wskazać, iż powoływana przez Abbott Laboratories i zamawiającego okoliczność, iż zamawiający dopuścił oznaczanie HIVp24 na innym analizatorze pracującym w Zakładzie Mikrobiologii była obwarowana zastrzeżeniem, iż jest to dopuszczalne, o ile wykonywanie ich w ten sposób nie byłoby sprzeczne z przepisami polskiego prawa oraz treścią umowy, na podstawie której analizator jest obecnie wykorzystywany. Odwołujący Roche Diagnostics wskazywał, że umowa dotycząca analizatora przewiduje zakupy odczynników wyłącznie od bioMerieux. Abbott Laboratories nie zaoferował także żadnych koniecznych materiałów i części zużywalnych do analizatora Vidas oraz nie może świadczyć autoryzowanego serwisu. Bezspornym jest też, iż umowa ta wygaśnie wcześniej niż umowa zawierana w ramach



przedmiotowego postępowania. W ocenie Izby zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego obligowało go do weryfikacji, w jaki sposób wykonawca, który zamierza z niego skorzystać, zapewni wykonywania zamówienia w trakcie i po zakończeniu aktualnej umowy dzierżawy. Nie jest w tej mierze wystarczające stwierdzenie Abbott Laboratories, iż zapewni wymagane analizatory i że zostało to uwzględnione w cenie odczynników. Dodatkowo można wskazać, iż oświadczenie przedstawione na rozprawie o posiadaniu umowy z bioMerieux nie zostało poparte żadnym dowodem. W ocenie Izby stwierdzenie, iż w tym zakresie oferta Abbott Laboratories jest niezgodna SIWZ jest jednak przedwczesne. Zamawiający winien był bowiem szczegółowo wyjaśnić z wykonawcą treść oferty w tym zakresie, tj. czy zostały spełnione zastrzeżenia, od których warunkował dopuszczalność zaoferowania odczynników bez analizatora.

Zarzut, iż wykonawca Abbott Laboratories nie będzie w stanie spełnić wymogu zamawiającego wynikającego z §4 pkt 3a umowy „Termin dostaw na CITO w ciągu 24 godzin” nie został, w ocenie Izby, przez odwołującego Roche Diagnostics wykazany, pomimo obciążającego go w tym zakresie ciężaru dowodowego. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, poza swoim stanowiskiem, iż rzeczywiście przy obecnym stanie techniki nie jest logistycznie możliwe spełnienie tego wymogu, gdy wykonawca nie posiada magazynu w Polsce. Wykonawca Abbott Laboratories oświadczył, iż posiada magazyny w Niemczech, czemu odwołujący nie zaprzeczył, a przy realizacji tego wymogu korzystał będzie z transportu samolotowego. Odwołujący nie wykazał, iż taki sposób realizacji wymagania zamawiającego nie jest możliwy czy stosowany w praktyce. Izba wskazuje, że samo pytanie w zakresie ewentualnego przedłużenia tego terminu do 72 godzin nie świadczy jeszcze o niemożliwości spełnienia postawionego wymogu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdza, że niezależnie od stwierdzonych naruszeń ustawy Pzp (tj. iż nie potwierdziła się przesłanka odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do zaoferowanej klawiatury oraz zaistniały dodatkowe przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Abbott Laboratories), odwołanie nie może zostać uwzględnione. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (Pzp), które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na okoliczność, że Izba podtrzymała skuteczność odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics, pomimo iż nie potwierdziły się wszystkie przywołane przez zamawiającego przesłanki odrzucenia, nie jest spełniona przesłanka wymieniona w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp nie miały wpływu ani też nie będą mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie podlega wzruszeniu.

## **Sygn. akt KIO/43/11**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego: dokumentację postępowania, w tym w szczególności SIWZ wraz ze zmianami, odpowiedzi na pytania z dnia 27 października 2010 roku, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z dnia 17 stycznia 2011 roku, oświadczenie („memo”) Abbott GmbH & Co KG z 17 stycznia 2011 roku, opinię Śląskiego Centrum Medyczno-Szkoleniowego podpisaną przez dr nauk med. Elżbietę Rabsztyn z 1 stycznia 2011 roku, ulotkę anglojęzyczną Architect antiHBc nr kat. 8L44 wraz z tłumaczeniem pobraną zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Roche Diagnostics ze strony internetowej Abbott Laboratories, oświadczenie SPZZLO Warszawa Żoliborz Laboratorium oraz SZPZLO Warszawa Mokotów - Laboratorium Analityczne z dnia odpowiednio 14 stycznia 2011 roku i 17 stycznia 2011 roku złożone na potwierdzenie okoliczności spełnienia parametru - gotowość do użycia odczynnika po maks. 45 minutach od momentu wyjęcia zestawu odczynnikowego z lodówki, wyciąg z książki „Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej. Podręcznik dla studentów medycyny. Red. Aldona Dembińska-Kieć, Jerzy W. Naskalski, wyciąg z książki „Próbki: od pacjenta do laboratorium” W.G. Guder, S. Narayanan, H. Wisser, B. Zawta. Ulotka załączona do odwołania oraz złożona następnie na rozprawie oznaczona datą październik 2009 roku (October 2009) sporządzona jest w języku angielskim i złożono ją bez tłumaczenia. Na podstawie § 19 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski, nie jest możliwe zaliczenie jej w poczet dowodów. Ponadto przystępujący Roche Diagnostics złożył dwie przykładowe próbki z oznaczeniem EDTA dwu i trójpotasowe na potwierdzenie okoliczności, iż każda próbka ma ściśle oznaczony antykoagulant, wnioskując o ewentualne przeprowadzenie dowodu z ich oględzin. Izba uznała, iż okoliczność ta nie była sporna między stronami, tj. odwołujący nie kwestionował, iż próbki zawierają takie oznaczenia, tym samym przeprowadzenie dowodu na potwierdzenie powyższej okoliczności jest bezcelowe. Izba oddaliła także wniosek dowodowy zgłoszony przez Roche Diagnostics o przesłuchanie w charakterze świadka pełnomocnika odwołującego Abbott Laboratories – Pana Mariana Chabudy na okoliczność, czy załączone do oferty metodyki testów (ulotki odczynnikowe) są obowiązujące na dzień składania ofert, ponieważ odwołujący oświadczył na rozprawie, iż ulotka odczynnikowa Anti-HBc II, którą załączył do oferty, jest jedyną, jaką dysponuje, a

zatem fakt, który miałby być przedmiotem dowodu został już stwierdzony. Zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami. Dodatkowo należy przywołać treść art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp, zgodnie z którym nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W niniejszej sprawie z uwagi na treść oświadczenia Abbott Laboratories w tym zakresie również dyspozycja tego przepisu została wypełniona. Z kolei stwierdzenie charakteru ulotki odczynnikowej jako dokumentu obowiązującego nie dotyczy okoliczności faktycznej, lecz oceny prawnej, a tym samym zgłoszony wniosek dowodowy jest w tej mierze nieprzydatny. Izba odmówiła także przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego o specjalności diagnostyka laboratoryjna na okoliczność, czy test Anti-HBc może zostać wykonany przy użyciu antykoagulantu K3EDTA, ponieważ w jej ocenie dowód ten nie jest istotny dla rozstrzygnięcia sprawy i został powołany tylko dla zwłoki. Osią sporu w niniejszej sprawie nie jest bowiem to, czy test Anti-HBc może zostać wykonany przy użyciu antykoagulantu K3EDTA, a czy dopuszczalne jest przeprowadzenie tego testu w warunkach (tj. przy użyciu antykoagulantu) nie dopuszczonych jednoznacznie w oficjalnej ulotce odczynnikowej zawierającej instrukcję używania. W ocenie Izby powyższe nie wymaga wiedzy specjalnej, ponieważ stanowi ocenę o charakterze prawnym, a nie merytorycznym.

W zakresie zarzutu niespełnienia wymagania granicznego dla odczynników i aparatury dla Zakładu Mikrobiologii w tabeli nr 4 w punkcie 2 - „Wszystkie testy muszą być wykonywane w jednym rodzaju osocza krwi spośród: K3EDTA, lub cytrynian sodowy (jeden rodzaj antykoagulantu zabezpieczającego materiał dla wszystkich testów)”, Izba wskazuje, że odwołujący Abbott Laboratories nie kwestionował, iż oferowane testy ToxolGM (REF6C20) oraz HIV P24 II (REF 30117) nie mogą być wykonywane w osoczu krwi pobranej na cytrynian sodu. Sporna w tym zakresie była dopuszczalność wykonywania oferowanych testów Anti-HBc II (Ref8L44) w osoczu krwi pobranej na EDTA trójpotasowe. Odwołujący Abbott Laboratories wskazywał, iż jest to dopuszczalne, pomimo iż ten antykoagulant nie został wymieniony w ulotce odczynnikowej. Wskazywał w odwołaniu, iż na podstawie przeprowadzonych badań w aktualnej ulotce z menu testów immunochemicznych dla tego testu podano informację, że materiałem wykorzystywanym do oznaczenia jest materiał pobrany do próbki z EDTA bez zawężania tej informacji do konkretnej wersji antykoagulantu. Na dowód swojego stanowiska wskazał oświadczenie Abbott GmbH & Co KG określone jako „memo” datowane na 17 stycznia 2011 roku, w którym podmiot ten stwierdził, iż w 2008 roku przeprowadzone zostało badanie stabilności próbek oznaczanych w teście Architect antiHBc nr kat. 8L44, którego celem było ustalenie, czy proces obróbki próbek ma wpływ na wyniki testu. Oznaczeniu poddano m.in. próbki pobrane na

trójpotasowe EDTA. Zgodnie z treścią „memo” wszystkie rodzaje próbek spełniły kryteria dopuszczalności przeprowadzonego badania. Przedstawił także opinię Śląskiego Centrum Medyczno-Szkoleniowego podpisaną przez dr nauk med. Elżbietę Rabsztyn dotyczącą użycia rodzaju antykoagulantu do badań immunologicznych na potwierdzenie tezy, iż rodzaj użytego antykoagulantu tj. K2EDTA czy K3EDTA nie powinien mieć wpływu na prawidłowość wyniku badania, jak również ulotkę w języku angielskim. Izba podziela stanowisko zamawiającego i Roche Diagnostics, iż żaden z tych dokumentów nie może zastąpić informacji zawartej w oficjalnej ulotce odczynnikowej zawierającej m.in. instrukcję używania, gdzie wyraźnie stwierdzono: „W teście Architect Anti-HBc II można oznaczać próbki podane poniżej. Inne typy próbek do pobierania próbek nie posiadają atestacji.” Wskazano „ludzkie osocze pobrane na (...) EDTA dwupotasowe”. Tym samym należy uznać, iż EDTA trójpotasowe nie posiada atestacji do wykonywania tego testu. Należy stwierdzić, iż ulotce załączonej do odwołania oraz złożonej dodatkowo na rozprawie, która zdaniem odwołującego potwierdza możliwość stosowania EDTA dwu i trójpotasowego nie można przypisać charakteru oficjalnej ulotki odczynnikowej czy instrukcji używania, ponieważ nie spełnia wymogów w tym zakresie, w tym nie jest oznaczona znakiem CE. Jest typową ulotką informacyjną, co więcej datowaną na październik 2009 roku (October 2009), a zatem i jej aktualność może budzić wątpliwości. Odwołujący Abbott Laboratories przyznał, iż posługuje się tylko jedną ulotką odczynnikową (na którą powołuje się zamawiający), w której treści brak jest stwierdzenia, iż dopuszcza się wykonywanie tego testu przy użyciu obu typów EDTA (bez rozróżnienia). Słusznie zauważa przystępujący Roche Diagnostics, iż nie jest znany charakter przeprowadzonych w 2008 roku badań, nie wskazuje się też kryteriów dopuszczalności przeprowadzonego badania. Ponadto pomimo tych badań nie dokonano zmian w ulotce oficjalnej, której treść musi być zgodna z dokumentami atestacji i rejestracji produktu. Nie można zatem uznać, iż w taki sposób atestacja została rozszerzona. Potwierdzają to również dowody przedłożone przez przystępującego Roche Diagnostics: ulotka anglojęzyczna Architect antiHBc nr kat. 8L44 wraz z tłumaczeniem pobrana ze strony internetowej Abbott Laboratories. Abbott Laboratories nie wskazał, iż jakiegokolwiek zmiany co do zakresu atestacji skutkujące zmianami w oficjalnej ulotce w odniesieniu do dopuszczenia EDTA trójpotasowego były dokonywane. Z kolei opinia Śląskiego Centrum Medyczno-Szkoleniowego nie odnosi się do testów Abbott Laboratories, lecz ma wymiar uogólniony oraz zawiera zastrzeżenie, że w celu wykazania braku wpływu rodzaju EDTA można wykonywać oznaczenie porównawcze, co zabezpieczy reprezentatywność badań i wiarygodne opracowanie statystyczne w celu wykluczenia ewentualnego wpływu rodzaju EDTA na końcowy wynik badania. Nie może stanowić zatem miarodajnego dowodu potwierdzającego dopuszczalność zastosowania w testach Abbott Laboratories antykoagulantu poza wskazaniem wynikającymi z oficjalnej instrukcji używania zawartej w

ulotce odczynnikowej.

W odniesieniu do zarzutu Abbott Laboratories, iż zamawiający błędnie przyjął, iż nie spełnił on wymogu granicznego zawartego w SIWZ „Możliwość wykonania minimum 10 testów w jednej próbce materiału (...) bez konieczności przenoszenia materiału z próbki pierwotnej do innego naczynia”, należy wskazać, iż zarzut odwołującego jest niezasadny. Zdaniem odwołującego zarzut ten wynika z niezrozumienia instrukcji załączonej do testu anty- HCV. W instrukcji wskazano: „Dla uzyskania poprawnych wyników próbki surowicy i osocza powinny być pozbawione fibryny, krwinek czerwonych oraz jakichkolwiek strąków. Oznaczając takie próbki można uzyskać niezgodne wyniki, dlatego też należy przenieść je do próbki wirowniczej i wirować przez 10 minut przy wartości RCF wynoszącej co najmniej 10 000 x g.” Zdaniem odwołującego jest to standardowa informacja mówiąca osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować, w próbce do tego przystosowanej. Gdyby materiał pobrany był do próbki pierwotnej, która nie jest jednocześnie próbką, w której można wirować materiał, zarzut ten byłby zasadny. Zamawiający używa próbek pierwotnych (takie informacje zostały zawarte w SIWZ), które przystosowane są do wirowania i dlatego nie ma konieczności przenoszenia materiału do kolejnej próbki. Ponadto w dalszej części tej samej instrukcji przewidziano: „Separacja grawitacyjna nie jest wystarczająca do przygotowania próbek. Próbki muszą zostać oddzielone od skrzepu lub krwinek czerwonych poprzez odwirowanie, zgodnie z zaleceniami producenta próbek”. Zdaniem odwołującego oba zdania umieszczono w instrukcji w trosce o właściwe przygotowanie materiału do oznaczenia. Powyższe stanowisko nie może być uznane za zasadne. Należy podkreślić, iż przywołany wymóg SIWZ miał charakter bezwzględny, tj. nie zawierał zastrzeżeń, iż w niektórych sytuacjach (np. trudnego materiału analitycznego) dozwala się na odstępnie od niego. Zapis ulotki anty-HCV wyraźnie wskazuje, że dla uzyskania poprawnych wyników próbki surowicy i osocza powinny być pozbawione fibryny, krwinek czerwonych oraz jakichkolwiek strąków. Oznaczając takie próbki, można uzyskać niezgodne wyniki, dlatego też należy je przenieść do próbki wirowniczej i wirować przez 10 minut przy wartości RCF wynoszącej co najmniej 10000 g. Zapis ten jest jednoznaczny, a odwołujący nie wykazał, iż dotyczy jedynie sytuacji, gdy pierwotna próbka nie była próbką wirowniczą. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż w ulotce odczynnikowej nie zawarto zapisu, który upoważniałby użytkownika do interpretacji innej niż wynikająca z literalnej analizy jej treści. Zamawiający słusznie wskazuje, iż o tym, że powyższej informacji nie można traktować jako „standardowej informacji mówiącej osobie wykonującej oznaczenie, że materiał należy odwirować” świadczy także fakt, że jej treść różni się w poszczególnych testach. Na przykład w przywołanym przez zamawiającego teście HIV Ag/Ab Combo (Ref4J27): „W celu uzyskania

optymalnych wyników, przed rozpoczęciem wykonywania oznaczeń, próbki zawierające strąty lub krwinki czerwone, próbki, które zostały rozmrożone, oraz próbki, które wymagają ponownych oznaczeń, muszą zostać przeniesione do probówki wirowniczej i przed oznaczeniem wirowane przy wartości RCF wynoszącej  $> 10.000 \times g$  przez 10 minut". Z treści ulotki testu HIV Ag/Ab Combo także zatem jednoznacznie wynika konieczność przeniesienia do probówki wirowniczej. Z kolei dla testu anti-HBc II (8L44) ulotka wskazuje: „W celu zapewnienia spójności wyników, przed rozpoczęciem oznaczenia próbki należy przenieść do probówki wirowniczej i wirować przy wartości RCF wynoszącej  $> 10000 \times g$  przez 10 minut, jeśli: • zawierają one fibrynę, krwinki czerwone lub jakiegokolwiek inne strąty, lub • próbki były zamrożone, a następnie rozmrożone. W celu wykonania oznaczenia należy przenieść oczyszczoną próbkę do nowego kubeczka lub dodatkowej probówki". Tym samym w zakresie testu anti-HBc II należy w celu wykonania oznaczenia określonych próbek przenieść oczyszczoną próbkę do nowego naczynia. Nie można zatem uznać, iż zapewniona została możliwość wykonywania badań w probówce pierwotnej w sposób gwarantujący ich wiarygodność. Nie został zatem spełniony wymóg postawiony w SIWZ, a odrzucenie oferty Abbott Laboratories z tej przyczyny było zasadne. Nie potwierdził się tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący Abbott Laboratories zarzucił niedoszacowanie oferty Roche Diagnostics w zakresie diluentów koniecznych do uzyskania wyników przy próbkach przekraczających zakres pomiarowy metody, tj. nie zaoferował diluentu do rozcieńczeń dla testu anty – HAV, wskazując, że zgodnie z ulotką metodyczną do tego oznaczenia materiałem niezbędnym jest m.in. Diluent Hepatitis A, 2X15mL rozcieńczalnik do próbek. Zdaniem odwołującego niedostarczenie tego diluentu świadczy o niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący Abbott Laboratories pomija jednak w swoim wywodzie okoliczność, iż zamawiający w SIWZ dopuścił, aby oferowane testy anty-HAV Total (lub IgG) były testami ilościowymi lub jakościowymi. Możliwość zaoferowania testów jakościowych lub ilościowych w tym zakresie była bezsporna i odwołujący jej nie kwestionował. Wykonawca Roche Diagnostics zaproponował test jakościowy potwierdzający dodatni lub ujemny wynik badania. Tym samym w tym przypadku wystarczające jest stwierdzenie ewentualnej obecności przeciwciał anty-HAV, a nie oznaczanie ich dokładnego stężenia. Zamawiający gdyby chciał postawić wymóg w tym zakresie, dopuściłby wyłącznie test ilościowy. Odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył twierdzeniom, iż Diluent Hepatitis jest odczynnikiem stosowanym w przypadku ilościowego oznaczania przeciwciał anty-HAV i to jedynie wtedy, gdy stężenia te przekroczą zakres pomiarowy metody 60 IU/L, a konieczne jest uzyskanie dokładnej informacji o stężeniu przeciwciał anty-HAV wyższym niż 60IU/L. Bez użycia tego diluentu zamawiający może oznaczyć wszystkie próbki i wyda wyniki oznaczania przeciwciał, gdyż wartość

decyzyjna wynosi 20IU/L, a więc mieści się w standardowym zakresie pomiarowym testu i nie wymaga użycia rozcieńczalnika. Izba stwierdza, iż odwołujący Abbott Laboratories nie wykazał, iż powyższe twierdzenia Roche Diagnostics podtrzymane przez zamawiającego nie znajdują oparcia w wiedzy medycznej czy zasadach przeprowadzania tego testu. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do braku w ofercie Roche Diagnostics pełnej instrukcji obsługi oferowanych analizatorów, co zdaniem odwołującego Abbott Laboratories uniemożliwiło pełną ocenę oferty oraz ocenę spełnienia warunków granicznych analizatorów zawartych w SIWZ, należy wskazać, co następuje. Zamawiający w SIWZ w pkt 6.3. „pozostałe wymagane dokumenty” ppkt 6.3.1. dokumenty potwierdzające że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego wymagał w ppkt 6.3.1.6 w zakresie części 1-3 pełnej dokumentacji (instrukcja, metodyki) dzierżawionej aparatury, w tym dołączenia instrukcji i metodyk na płycie CD. Oznacza to zatem, że wymaganie dotyczyło przedłożenia pełnej dokumentacji, w tym instrukcji. Nie było zatem wystarczające złożenie dokumentu będącego instrukcją skróconą. Należy jednak wskazać, iż odwołujący Abbott Laboratories nie wykazał, na ocenę jakich warunków granicznych analizatorów nie pozwoliło złożenie instrukcji w formie dokonanej przez wykonawcę Roche Diagnostics. Nie wskazał też, które postanowienia SIWZ dotyczą kwestionowanego przez niego braku w zakresie opisu konserwacji czy opisu błędów, a zarazem przez niepełny charakter instrukcji nie było możliwe zbadanie postawionych w SIWZ wymagań. Zarzut braku potwierdzenia spełnienia wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego pozostał zatem gołosłowny. Ponadto dokument ten podlegałby ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby oferta nie podlegała odrzuceniu.

W zakresie niespełnienia wymogu SIWZ - pkt 10 tabeli nr 4 parametry graniczne dla odczynników (Zakład Mikrobiologii) tj. maksymalnego czasu, w którym odczynniki muszą być gotowe do wstawienia do analizatora po wyjęciu z lodówki - gotowość do użycia po maks. 45 minutach od momentu wyjęcia zestawu odczynnikowego z lodówki, odwołujący wskazywał, że w ulotkach odczynnikowych znajduje się zapis, iż należy je przechowywać w temp. 2-8 stopnia C, a po użyciu od razu umieścić z powrotem w tej samej temperaturze. Przed użyciem odczynniki doprowadzić do temperatury pokojowej (20-25 stopni C). Odwołujący powoływał się na instrukcję analizatora cobas 6000, w której wskazano, iż nowe opakowania odczynników muszą być doprowadzone do temp. pokojowej przed użyciem. Należy je pozostawić na co najmniej 3 godziny w celu osiągnięcia temp. pokojowej. Oba analizatory cobas e411 i 6000 używają tych samych odczynników które każdorazowo muszą być doprowadzone do temperatury pokojowej, zdaniem odwołującego tyle samo trwa ich ogrzanie do temp. pokojowej i czas ten wynosi 3 h. W ocenie Izby zarzutu tego nie można

uznać za wykazany. Po pierwsze, jak zauważa przystępujący Roche Diagnostics oraz zamawiający, Abbott Laboratories odwołuje się do fragmentów instrukcji obsługi analizatora Cobas 6000 oferowanego dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, gdzie w warunkach granicznych dla odczynników nie znajdował się żaden zapis i wymóg gotowości do użycia po 45 minutach od wyjęcia z lodówki. Dla Zakładu Mikrobiologii oferowany był inny analizator - cobas e411. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż instrukcje obsługi analizatorów w zakresie przygotowania odczynników w obu ich typach są tożsame, w tym każdorazowo wymagają w tym zakresie co najmniej 3 godzin na ich ogrzanie do temperatury pokojowej. Odwołujący nie zdołał także w żaden sposób obalić stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym z uwagi na niską objętość odczynników, odmienny charakter analizatora cobase411 praktyczne doświadczenia zamawiającego wskazują na spełnienie wymaganego parametru.

Co do zarzutu, iż w ofercie Roche Diagnostics w załączniku nr 3, tabela 1, pkt 23 brakuje potwierdzenia spełnienia wymaganych parametrów - brak wpisu „TAK” - który, zdaniem odwołującego Abbott Laboratories, jest na poziomie składania ofert jedynym potwierdzeniem spełnienia wymagań, Izba wskazuje, iż był to parametr wpisywany przez zamawiającego, który w tym punkcie tabeli, zapewne omyłkowo, nie wpisał określenia „TAK”. Nie podlegał on uzupełnieniu przez wykonawców, którzy winni byli określić parametr oferowany. Parametr oferowany został przez Roche Diagnostics wskazany. Ponadto Izba zauważa, iż w taki sam sposób sporządzona została w przedmiotowym zakresie oferta Abbott Laboratories (również brak wpisu „TAK”), co wskazuje, iż wykonawcy jednoznacznie uznali, iż w tym zakresie nie są uprawnieni do uzupełnienia tabeli, której wzór został opracowany przez zamawiającego. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest zasadny.

W odniesieniu do zarzutu braku w tabeli 2, pkt 24 załącznika nr 3 zapisu dotyczącego okresu gwarancji (brak wpisu lub zapis „NIE” wskazuje, zdaniem odwołującego, na brak spełnienia wymagań SIWZ i jest powodem odrzucenia oferty), Izba zauważa, iż odwołujący pomija okoliczność, iż w tym zakresie zamawiający dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający pismem z 14 grudnia 2010 roku zawiadomił o tym wykonawcę, na co wykonawca wyraził zgodę. Odwołujący Abbott Laboratories nie zakwestionował w treści odwołania czynności poprawienia omyłki, nie postawił w tym zakresie zarzutu. Co więcej w ogóle do tej okoliczności się nie odniósł. Izba wskazuje, że, działając na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, jest uprawniona do orzekania wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wbrew twierdzeniu odwołującego nie ma zatem możliwości rozpatrzenia z urzędu zarzutu niezgodnego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawienia omyłki. Tym samym podnoszony na rozprawie zarzut nieskutecznego



poprawienia omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Równocześnie wobec niepotwierdzenia się zarzutów odwołującego Abbott Laboratories co do nieprawidłowości odrzucenia jego oferty, jak również podtrzymania przez Izbę decyzji zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty Roche Diagnostics (sygn. akt KIO/23/11), należy stwierdzić, iż nie doszło do zarzucanego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ani art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 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), uwzględniając koszty dojazdu na podstawie kopii faktury za bilety PKP złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....