

WYROK

z dnia 17 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2016 r. przez wykonawcę - **Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSW we Wrocławiu, ul. Ołbińska 32, 50-233 Wrocław**

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

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Beckman Coulter Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej MSW we Wrocławiu, ul. Ołbińska 32, 50-233 Wrocław** kwotę **4 203 zł 45 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście trzy złote czterdzieści pięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa materiałów laboratoryjnych i odczynników wraz z dzierżawą analizatorów*”, znak sprawy: ZZ-ZP-2375-26/16. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 137-248306.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie pakietu I, wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, wskazując na naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 5) innych wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

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

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie zarzutu, dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący wyjaśnił, że w przekazanym przez Zamawiającego w dniu 23 września 2016 r. *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie I – biochemia* podano, że oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał, że, pomimo, iż Odwołujący potwierdził w ofercie wymóg określony w pkt 12 załącznik nr 2.1, to z analizy złożonej przez niego oferty wynika, że system zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ zastały zaoferowane kalibratory firmy Thermo, zatem pochodzące od innego producenta niż producent aparatu. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, zaoferowanie przez Odwołującego odczynnika do CRP o numerze katalogowym OSR6199 w połączeniu z zaoferowanym kalibratorem o numerze katalogowym ODC0027 nie potwierdza spełniania wymagań, określonych przez Zamawiającego w zakresie liniowości CRP.

Odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, w jego ocenie, jest nieuzasadnione, gdyż jej treść odpowiada treści SIWZ. Brak było zatem podstaw do zastosowania w stosunku do Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie pkt 12 załącznika nr 2.1 do SIWZ:

Odwołujący podał, że w pkt 12 załącznika nr 2.1 do SIWZ Zamawiający postawił następujące wymaganie: *„Analityczny - produkowany przez tego samego producenta”*. Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie potwierdził spełnianie tego wymogu.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie postępowania przetargowego skierowano do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym została zawarta prośba o dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości zaoferowania odczynnika innego producenta do oznaczania etanolu. Odwołujący podał, że Zamawiający wyraził na to zgodę (pytanie nr 40, wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 18 sierpnia 2016 r.). Odwołujący dodał, że zwrócił się z takim pytaniem do Zamawiającego, gdyż SIWZ w pierwotnym brzmieniu, tj. niezawierająca wyjątku w zakresie odczynnika do oznaczania etanolu, uniemożliwiła Odwołującemu złożenie oferty.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, w odpowiedzi potwierdził, iż dopuszcza, aby Etanol pochodził od innego producenta niż producent aparatów. Co jest znamienne, zdaniem Odwołującego, Zamawiający udzielając odpowiedzi, nie ograniczył swojej zgody wyłącznie do odczynnika. W odpowiedzi nie pada słowo odczynnik, a jedynie Etanol, co wskazuje, w ocenie Odwołującego, iż dotyczy ona zestawu: odczynnik i kalibrator.

W ocenie Odwołującego, taka odpowiedź była równoznaczna z wyrażeniem zgody na zaoferowanie również kalibratora tego samego producenta (innego niż producent analizatora). Takie rozumienie odpowiedzi Zamawiającego, jak podał Odwołujący, było oczywiste dla Odwołującego, będącego profesjonalistą. Odwołujący wyjaśnił, że a diagnostyce laboratoryjnej odczynnik i kalibrator stanowią bowiem „komplet”, który musi pochodzić od tego samego producenta. „Sparowanie” odczynnika i kalibratora, zdaniem Odwołującego, ma kluczowe znaczenie dla możliwości prawidłowego wykonywania badań. Producent odczynnika narzuca bowiem rodzaj kalibratora, stosowanego w danym zestawie odczynnikowym, a tym samym, w ocenie Odwołującego, zgoda na zastosowanie danego zestawu odczynnikowego skutkuje zgodą na zastosowanie zalecanego przez producenta odczynnika kalibratora.

Inaczej, jak wyjaśnił Odwołujący, sytuacja wygląda w przypadku materiału kontrolnego i tu Zamawiający, co było oczywiste, nie wymagał, aby materiał ten pochodził od tego samego producenta. Materiał kontrolny może bowiem, jak podał Odwołujący, lecz nie musi, pochodzić od producenta odczynnika ani tym bardziej, od producenta analizatora. Kontrola, zgodnie z Dobrą Praktyką Laboratoryjną, zdaniem Odwołującego, powinna mieć wartości przypisane dla danego odczynnika, natomiast nie musi być produkowana przez producenta odczynnika. Można ją dobrać, jak zauważył Odwołujący, dowolnie, w zależności od wymagań Zamawiającego. Natomiast, materiał kalibracyjny jest pochodną zaoferowanego odczynnika, na który Zamawiający, zdaniem Odwołującego, wyraził zgodę.

Podsumowując, Odwołujący podał, że Zamawiający dopuszczając możliwość zaoferowania jednego odczynnika innego producenta niż producent analizatora - odczynnika do oznaczania etanolu - dopuścił również, aby i kalibrator był produkowany przez tego samego producenta, co producent odczynnika. Przeciwnie rozumienie odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, byłoby nielogiczne i sprzeczne z wymaganiem postawionym przez Zamawiającego w pkt 12 Załącznika nr 2.1 do SIWZ postanowieniu: *„Analizator, odczynniki i kalibratory stanowiący spójny system analityczny - produkowany przez tego samego producenta”*. Rozumienie takie, w ocenie Odwołującego, powodowałoby również pozorność wyrażenia zgody na zastosowanie odczynnika innego producenta, a tym samym dopuszczenie możliwości złożenia oferty przez Odwołującego byłoby jedynie pozorne.

Zdaniem Odwołującego, aby odczynnik, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, stanowił „spójny system analityczny” musi być kalibrowany przez kalibrator produkowany i zalecany przez producenta odczynnika. Wyrażając więc zgodę na zaoferowanie w postępowaniu przetargowym odczynnika do oznaczania innego producenta, w opinii Odwołującego, Zamawiający tym samym dopuścił możliwość, aby także kalibrator, będący integralną częścią zestawu odczynnikowego, pochodził od tego samego producenta.

Odwołujący wyjaśnił, że oferowany przez Odwołującego analizator AU jest analizatorem odczynnikowo otwartym, z możliwością zastosowania oprócz odczynników Odwołującego także odczynników dowolnego producenta. Zatem zastosowanie, dopuszczonego przez Zamawiającego, odczynnika innego producenta oraz kalibratora tegoż producenta, nie powoduje, w ocenie Odwołującego, iż system analityczny staje się „niespójny”, a tym samym nie powoduje niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie odczynnika do CRP, Odwołujący podał, że w wymaganiach SIWZ Zamawiający określił, iż wymaga zaoferowania odczynnika do oznaczania ultra czułego CRP co oznacza odczynnik pozwalający na oznaczenie bardzo niskich stężeń białka C-reaktywnego. Oznaczenia takie, jak wyjaśnił Odwołujący, wykorzystywane są, np. przy ocenie ryzyka rozwoju chorób sercowo-naczyniowych.

Z uwagi na to, że na rynku dostępne są różne odczynniki, które z różną czułością oznaczają stężenie białka w surowicy, w toku postępowania przetargowego, jak wyjaśnił Odwołujący, wykonawcy zadali aż 3 pytania dotyczące tego zagadnienia. Każde z pytań zmierzało do doprecyzowania, jak bardzo czuły odczynnik należy zaoferować, gdyż wymaganiem SIWZ było CRP oznaczane metodą ultra czułą.

Zamawiający odpowiedziami na pytania dopuścił, jak podał Odwołujący, chociaż nie wymagał, odczynnika do oznaczania CRP o czułości nie gorszej niż stosowana do tej pory. Przy czym Zamawiający nie określił, jak wyjaśnił Odwołujący, o jakiej czułości mówił, gdyż ani SIWZ ani odpowiedź nie precyzowała, jaki odczynnik Zamawiający stosuje (pytanie nr 2). Stwierdził też, co dostrzegł Odwołujący, że odczynnik o zakresie liniowości 0,2 - 480 mg/l spełnia wymagania dla CRP ultraczułego (pytanie nr 50).

W kolejnym pytaniu, jak podał Odwołujący, dotyczącym tego samego zagadnienia o brzmieniu: *„Wiele firm diagnostycznych oferując powyższy parametr używa określeń: wysokoczule CRP, ultraczułe CRP, cardiac CRP, czy też po prostu CRP. Dla optymalnego wypełnienia wymagań Zamawiającego i spełnienia oczekiwanych cech diagnostycznych dla prowadzonych w przyszłości oznaczeń ww. parametru, prosimy określić zakres liniowości dla „ultra czułe CRP”, Zamawiający z kolei określił: zakres liniowości dla CRP: 1,0-210 mg/l (pytanie nr 76), który następnie zmienił wyjaśnieniami z dnia 21 sierpnia 2016 r. na zakres liniowości dla CRP : 1,0 - 200 mg/;.*

Odwołujący podniósł, że z uwagi na wieloznaczność udzielonych odpowiedzi zaoferował odczynnik do oznaczania CRP, który jest odczynnikiem uniwersalnym, dającym możliwość oznaczania CRP w bardzo szerokim zakresie analitycznym. Określenie przez SIWZ testu, jako ultra czułe CRP, wskazuje jednoznacznie, zdaniem Odwołującego, że Zamawiającemu zależy na odczynniku o jak najwyższej czułości, który daje możliwość

oznaczania jak najniższych stężeń białka CRP, chociaż nie wszyscy producenci mogli spełnić takie wymagania Zamawiającego.

Z uwagi na to, jak podał Odwołujący, zaoferowano odczynnik Latex CRP, mający możliwość oznaczenia CRP w zakresie 0,08 - 480 mg/l, w zależności od zastosowanego protokołu oznaczenia, a wraz z protokołami automatycznych rozcieńczeń i zagęszczeń, zakres liniowości ulega jeszcze kilkukrotnemu zwiększeniu. Zaoferowany analizator, jak wyjaśnił Odwołujący, jest analizatorem otwartym, co daje możliwość stosowania protokołów aplikacyjnych dostosowanych do wymagań Zamawiającego. Analizator ma możliwość zarówno rozcieńczania, jak i zagęszczania próbki, co daje możliwość, np. 3-krotnego poszerzenia zakresu liniowości testu.

Kierując się nazwą testu oraz odpowiedziami Zamawiającego, Odwołujący, jak podał, zaoferował wraz z zestawem odczynnikowym kalibrator do testu wysokoczułego, który daje możliwość wykrywania ultra niskich stężeń CRP od stężenia 0,08 mg/l. W swojej wersji podstawowej daje to zakres liniowości 0,08 - 80 mg/l, a po zastosowaniu 3-krotnego zagęszczania automatycznego do 240 mg/l.

Odwołujący podniósł, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wykluczył możliwości rozcieńczeń ani zagęszczeń próbki, co skutkuje zwiększeniem zakresów liniowości stosowanych metod.

Odwołujący wyjaśnił, że ulotka do zaoferowanego odczynnika dopuszcza możliwość stosowania różnych kalibratorów, które w sposób elastyczny mogą dostosować odczynnik do zmieniających się wymagań laboratorium. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zaoferowanie odczynnika o bardzo szerokim zakresie liniowości oraz kalibratora, dającego, zgodnie z wymaganiami, możliwość oznaczenia ultra czułego CRP, z zastosowaniem protokołu, dającego możliwość dowolnego sprecyzowania pożądaných górnych zakresów raportowanych wyników (do minimum 240 mg/l) spełnia wymagania SIWZ.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał arbitralnego odrzucenia oferty Odwołującego, bez należytego wyjaśnienia kwestii zakresu liniowości oferowanego testu. Tym samym, zdaniem odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się bowiem w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem obowiązkiem Zamawiającego jest należyte wyjaśnienie treści oferty przed podjęciem decyzji o jej odrzuceniu.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie uwzględnił w ofercie odpowiedniej liczby odczynników, niezbędnych do wykonania, wymaganej przez Zamawiającego, liczby oznaczeń w ciągu 12 miesięcy. Zdaniem Odwołującego, niedoszacowanie ilości opakowań

odczynników, potrzebnych do wykonania, wymaganej w SIWZ, liczby oznaczeń powoduje, że oferta złożona przez tego Wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powoduje to również, w ocenie Odwołującego, że oferta złożona przez Przystępującego jest niedoszacowana, jej cena została zaniżona o koszt dostawy brakujących opakowań odczynnika.

1. Odczynnik do wykonywania dehydrogenazy mleczanowej.

Odwołujący wskazał, że w dołączonym do oferty Przystępującego Formularzu cenowym Załącznik 2.1b do SIWZ w pozycji 7 zaoferowano 2 op. odczynnika do wykonywania dehydrogenazy mleczanowej LDH (IFCC). Odwołujący wyjaśnił, że opakowanie odczynnika, które zawiera 300 testów jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. Zdaniem Odwołującego, należało zatem zaoferować 5 op. Oferta Przystępującego, jak podkreślił Odwołujący, nie dość, że jest niezgodna z treścią SIWZ, to jest również niedoszacowana na kwotę 1.027,08 zł brutto (koszt brakujących 3 op.).

2. Odczynniki do wykonywania mleczanów.

Odwołujący podał, że w Formularzu cenowym (Załącznik 2.1b do SIWZ) w pozycji 16 Przystępujący zaoferował 4 op. odczynnika do wykonywania mleczanów. Odwołujący wyjaśnił, że opakowanie odczynnika, które zawiera 100 testów jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. Zdaniem Odwołującego, należało, zatem zaoferować 5 op. W związku z tym, Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ i niedoszacowana na kwotę 540 zł brutto.

3. Odczynniki do wykonywania fosforu.

Odwołujący wskazał, że w Formularzu cenowym (Załącznik 2.1b do SIWZ), zamieszczonym w ofercie Przystępującego, w pozycji 18 zaoferowano 3 op. odczynnika do wykonywania fosforu. Odwołujący podał, że opakowanie odczynnika, które zawiera 250 testów jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. Tym samym, zdaniem Odwołującego, należało zaoferować 5 op. Skoro zaś w ofercie Przystępującego zaoferowano jedynie 3 op. zamiast 5 op. to, w ocenie Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ i została niedoszacowana na kwotę 453,60 zł brutto.

4. Odczynnik do wykonywania antystreptolizyny O (ASO).

Odwołujący podał, że w Formularzu cenowym (Załącznik 2.1b do SIWZ) w pozycji 24 Przystępujący zaoferował 4 op. odczynnika do wykonywania antystreptolizyny O (ASO). Odwołujący wyjaśnił, że opakowanie odczynnika, które zawiera 100 testów, jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. W celu wykonania wymaganej przez Zamawiającego liczby oznaczeń, zdaniem Odwołującego, należało zaoferować 5 op. Jak zauważył Odwołujący, niedoszacowanie oferty Przystępującego wynosi w tym przypadku 248,40 zł brutto.

5. Odczynnik do wykonywania białka w moczu i PMR.

Odwołujący wskazał, że w Formularzu cenowym (Załącznik 2.1b do SIWZ) w pozycji

28 Przystępujący zaoferował 3 op. odczynnika do wykonywania białka w moczu i PMR. Odwołujący wyjaśnił, że opakowanie odczynnika, które zawiera 150 testów, jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, należało zaoferować 5 op. W konsekwencji, jak zauważył Odwołujący, niedoszacowanie wynosi 378 zł brutto.

6. Odczynnik do wykonywania ferrytyny.

Odwołujący wskazał, że w Formularzu cenowym (Załącznik 2.1b do SIWZ) w pozycji 35 Przystępujący zaoferował 3 op. odczynnika do wykonywania ferrytyny. Odwołujący wyjaśnił, że opakowanie odczynnika, które zawiera 200 testów, jest stabilne po otwarciu 12 tygodni. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien był zatem zaoferować 5 op. zamiast 3 opakowań. Oferta Przystępującego, w ocenie Odwołującego, nie dość, że jest niezgodna z treścią SIWZ, to jest niedoszacowana na kwotę 2268 zł brutto.

7. Kontrole.

Odwołujący podał, że zgodnie z opisem tabeli „Kontrole” (Załącznik nr 2.1 do SIWZ) *„Kontrole do analizatora biochemicznego, codzienna kontrola jakości na jednym poziomie naprzemiennie, badania wykonywane w seriach - wykonywana z badaniami w serii, do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 12 miesięcy”*. Jednocześnie zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2016 r., Zamawiający wymaga *„codziennej kontroli jakości na jednym poziomie naprzemiennie, parametry rzadkie (poniżej 1000 oznaczeń rocznie) kontrola wykonywana 2x tydzień lub badania wykonywane w seriach - wykonywana z badaniami w serii”*. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Przystępującego nie zapewnia spełniania ww. wymogu Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie Przystępującego, w Załączniku 2.1d w poz. 3 Formularza cenowego zaoferowano Control Set RF II. Zdaniem Odwołującego, ilość zaoferowanej kontroli nie pokrywa zapotrzebowania na wykonanie kontroli. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowa kontrola konfekcjonowana jest w sposób następujący: poziom I - 2x1 ml oraz poziom II - 2 x 1 ml. Jak podał Odwołujący, każda z 1 ml butelek jest stabilna po otwarciu przez 30 dni.

Skoro Zamawiający wymaga, aby kontrola była przeprowadzona codziennie na jednym poziomie naprzemiennie, to całe opakowanie, w ocenie Odwołującego, można wykorzystać w ciągu 62 dni. Natomiast Przystępujący zaoferował 5 opakowań, co pozwala, zdaniem Odwołującego, na pracę w ciągu 310 dni, a więc nie pokrywa zapotrzebowania Zamawiającego. W celu zapewnienia kontroli, w wymaganym przez Zamawiającego okresie, w opinii Odwołującego, Przystępujący powinien był zaoferować 6 op. Ww. kontroli. Nieuwzględnienie w ofercie brakującego opakowania powoduje, zdaniem Odwołującego, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ, a co więcej niedoszacowana na kwotę 534,60 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że w poz. 7 i 8 Załącznika 2.1.d Formularza cenowego

Przystępujący zaoferował po 1 op. kontroli PreciControl ClinChem Multi 1 i 2. Jak podał Odwołujący, kontrola ta konfekcjonowana jest po 20 x 5 ml i jest stabilna po otwarciu 28 dni, z wyjątkiem takich parametrów jak bilirubina całkowita, bilirubina bezpośrednia, UIBC i ALT, które są stabilne po otwarciu 14 dni i to powinno, w ocenie Odwołującego, limitować ilość zaoferowanej kontroli. Odwołujący wyjaśnił, że licząc 14- dniową stabilność po otwarciu dla tej kontroli, 1 opakowanie wystarczy na 280 dni (20 butelek x 14 dni), co nie pokrywa potrzeb Zamawiającego. Nieuwzględnienie ich w ofercie powoduje, zdaniem Odwołującego, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ, a co więcej niedoszacowana na kwotę 2.754 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, także w poz. 11 i 12 zaoferowane zostały kontrole w niewystarczającej ilości. Odwołujący wyjaśnił, że kontrola Precinorm PUC oraz Precipath PUC konfekcjonowane są po 4 x 3 ml. Każda z butelek, jak podał Odwołujący, jest stabilna po otwarciu 4 tygodnie, czyli 1 op. jest stabilne po otwarciu 16 tygodni. Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował 2 op., które wystarczą na 32 tygodnie, a nie na 52, jak wymagał Zamawiający. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien był zaoferować 4 op., w konsekwencji niedoszacowanie wynosi w tym przypadku 2.484 zł brutto.

W ocenie Odwołującego, skutkiem opisanych powyżej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ jest również niedoszacowanie ceny oferty na kwotę 10.678,68 zł, co powoduje jej nieporównywalnością z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W Załączniku nr 2.1 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych analizatora biochemicznego” w zakresie pakietu I Zamawiający wśród wymagań wymienił m.in. „*analizator, odczynniki i kalibratory stanowiący spójny system analityczny – produkowany przez tego samego producenta*” (pkt 12 powołanego Załącznika).

Jednocześnie Zamawiający udzielając wyjaśnień dotyczących SIWZ (pismo z dnia 18 sierpnia 2016 r.) wskazał m.in.:

„Pytanie nr 40 dotyczy pakietu nr 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby tylko jeden z odczynników – Etanol pochodził od innego producenta niż producenta aparatów? Odczynnik posiada aplikację umożliwiającą stosowanie go w oferowanym analizatorze.

Odpowiedź na pytanie nr 40

Tak, Zamawiający dopuszcza, nie wymaga, aby Etanol pochodził od innego producenta niż producenta aparatów.

Pytanie nr 6

Czy Zamawiający wyrazi zgodę aby odczynniki do oznaczania Mg, TIBC/UIBC i mleczanów

nie pochodziły od producenta analizatora? Oznaczenia te są ustawione na kontrolach i kalibratorach producenta aparatu?

Odpowiedź na pytanie nr 6

Tak, Zamawiający dopuszcza, nie wymaga, aby odczynniki do oznaczania Mg, TIBC/UIBC i mleczanów nie pochodziły od producenta analizatora.”

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą Załącznik nr 2.1, gdzie w pkt 12 odnośnie wymogu: *„Analizator, odczynniki i kalibratory stanowiący spójny system analityczny – produkowany przez tego samego producenta”* potwierdził jego spełnianie używając słowa „TAK” (kolumna 3), zaś w kolumnie 4, zawierającej potwierdzenie i opis parametrów zaoferowanych przez wykonawcę podał: *„Analizator, odczynniki i kalibratory stanowiący spójny system analityczny – produkowany przez tego samego producenta z wyjątkiem odczynnika do Ethanolu (zgodnie z odpowiedzią na pytania) (str. 19)”*.

W Formularzu cenowym (Załącznik nr 2b do SIWZ) w poz. 29 Odwołujący zaoferował odczynnik – alkohol etylowy o nr katalogowym 0037 produkcji Thermo (str. 6 oferty), zaś w Załączniku nr 2.1c do SIWZ w poz. 10 i 11 Odwołujący zaoferował kalibratory do rzeczonoego odczynnika o nr katalogowym 0311 i 0241 tego samego producenta (str. 7 oferty).

Z ulotki przedłożonej wraz z ofertą, dotyczącej przedmiotowego odczynnika, wynika, że dla dokonania badań wymagane są dodatkowe materiały, a wśród nich wymieniono wyżej wspomniane kalibratory (str. 255 oferty).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z ulotek dotyczących odczynników i kalibratorów na okoliczność, że odczynnik i kalibrator stanowią zestaw, uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ co oznacza, że ocena oferty dokonana w świetle postanowień SIWZ, a nie, jak wskazywał Odwołujący, pewnej praktyki (reguły) rynkowej, dała negatywny rezultat. Rozstrzygające znaczenie ma zatem treść SIWZ a nie praktyka rynkowa, a mając na uwadze, że powołane dowody zmierzały do wykazania, jak twierdził Odwołujący, pewnych reguł obowiązujących na rynku medycznym, Izba uznała, że ustalenia w tym zakresie nie mają znaczenia.

Z analogicznych przyczyn odmówiono przeprowadzenia dowodu z umów i ofert, dotyczących dostawy odczynników i kalibratorów.

W konsekwencji odmówiono również przeprowadzenia dowodu z ulotek dotyczących odczynnika do oznaczenia całkowitej fosfaty kwasnej i hemoglobiny.

W Załączniku nr 2.1b do SIWZ Formularz cenowy w poz. 25 Zamawiający wśród odczynników biochemicznych wskazał *„ultra czułe CRP”*.

W odniesieniu do powyższego wykonawcy zadali pytania, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi, a ich treść przedstawia się następująco:

„Pytanie nr 2

Czy Zamawiający dopuści odczynnik do oznaczania CRP o czułości nie gorszej niż stosowana do tej pory?

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający dopuszcza, nie wymaga, odczynnik do oznaczania CRP o czułości nie gorszej niż stosowana do tej pory.

Pytanie nr 50 dotyczy pakietu nr 1

W związku z szerokim zakresem liniowości oferowanego odczynnika do oznaczenia CRP prosimy o potwierdzenia, że odczynnik o zakresie liniowości 0,2 – 480 mg/l spełnia wymagania CRP ultraczułego?

Odpowiedź na pytanie nr 50

Tak, odczynnik o zakresie liniowości 0,2 – 480 mg/l spełnia wymagania dla CRP ultraczułego.

Pytanie nr 76 Dotyczy Pakietu I – formularz cenowy – pkt. 13:

Wiele firm diagnostycznych oferując powyższy parametr używa określeń: wysokoczułe CRP, ultraczułe CRP, cardiac CRP czy też po prostu CRP. Dla optymalnego wypełnienia wymagań Zamawiającego i spełnienia oczekiwanych cech diagnostycznych dla prowadzonych w przyszłości oznaczeń ww. parametru, prosimy określić zakres liniowości dla „ultra czułe CRP”.

Odpowiedź na pytanie nr 76

Zamawiający określa: Zakres liniowości dla CRP: 1,0 – 210 mg/l” (wyjaśnienia z dnia 18 sierpnia 2016 r.).

Jednocześnie w dniu 21 sierpnia 2016 r. Zamawiający na pytanie: *„W związku z odpowiedziami Zamawiającego z dn. 18.08.2016 r. doprecyzowującymi zakres liniowości dla oznaczeń CRP, czy Zamawiający dopuści odczynnik z zakresem liniowości 1,0 – 200 mg/l?”*, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Tak, Zamawiający dopuszcza, ale nie wymaga, zaferowanie odczynnika z zakresem liniowości 1,0 – 200 mg/l”.*

W Załączniku nr 2.1b do SIWZ *Formularz cenowy*, przedłożonym wraz z ofertą w poz. 25 (str. 6 oferty) Odwołujący zaferował odczynnik *„CRP latex high sensitive (0,08 – 80 mg/l)”* o nr katalogowym OSR6199 oraz kalibrator *„CRP Latex Calibrator Highly Sensitive Set”* o nr katalogowym ODC0027 (Załącznik nr 2.1c do SIWZ *Formularz cenowy*, poz. 5, str. 7 oferty).

Z ulotki dotyczącej zaferowanego odczynnika do oznaczenia CRP wynika, że w zależności od wykonywanego oznaczenia dostępne są dwa zakresy pomiaru: oznaczenie

typowe (0,2 – 480 mg/l) oraz oznaczenie bardzo czułe (0,08 – 80 mg/l). Dla wykonywania oznaczeń typowych zalecany jest kalibrator CRP Latex Calibrator Normal Set o nr katalogowym ODC0026, zaś do oznaczeń bardzo czułych zalecany jest kalibrator CRP Latex Calibrator Highly Sensitive Set o nr katalogowym ODC0027 (str. 220, 222 oferty).

Pismem z dnia 23 września 2016 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: *„Zgodnie z wymogami określonymi w pkt. 12 zestawienia parametrów technicznych analizatora biochemicznego (Załącznik nr 2.1 do SIWZ) wymagał zaoferowania analizatora, odczynników i kalibratorów – stanowiących spójny system analityczny – produkowany przez tego samego producenta.*

Dodatkowo, Zamawiający udzielając wyjaśnień (wyjaśnienia – pismo z dnia 18.08.2016 r., Pytanie nr 40) dopuścił zaoferowanie systemu, w którym jeden z odczynników – Etanol, pochodził od innego producenta niż producent aparatów. Tym samym i wyjaśnieniami, Zamawiający podtrzymał swoje wymogi dotyczące zaoferowania kalibratorów od jednego producenta.

Firma Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie potwierdziła wymóg określony w pkt. 12 Załącznika nr 2.1. Z analizy oferty złożonej przez Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. wynika, że system zaoferowany przez wykonawcę nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ zostały zaoferowane kalibratory Thermo (patrz Załącznik nr 2.1c do SIWZ), zatem pochodzące od innego producenta niż producent aparatu. Zatem Wykonawca nie potwierdził wymogu Zamawiającego określonego w pkt. 12 Załącznika nr 2.1 do SIWZ: Analizator, odczynniki i kalibratory stanowiący spójny system analityczny – produkowany przez tego samego producenta.

Wyjaśnieniami z dnia 18.08.2016 r. Zamawiający uszczegółowił swoje wymagania w zakresie liniowości dla CRP: Zakres liniowości dla CRP: 1,0 – 210/mg/L (odpowiedź na pytanie nr 76). Dodatkowo, wyjaśnieniami z dnia 21.08.2016 r. Zamawiający dopuścił test o zakresie liniowości 1,0 – 200 mg/L.

Wykonawca w załączniku cenowym do zadania nr 1 (Załącznik nr 2.1b do SIWZ) zaoferował odczynnik CRP Latex high sensitive (0,08 – 80 mg/l) o numerze katalogowym OSR6199 oraz kalibrator CRP Latex Calibrator Highly Sensitive Set o numerze katalogowym ODC0027.

Zdaniem Zamawiającego zaoferowanie odczynnika do CRP (o numerze katalogowym OSR6199) w połączeniu z zaoferowanym kalibratorem (o numerze katalogowym ODC0027) nie potwierdza spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie liniowości

CRP.

Zatem oferta złożona przez Wykonawcę jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z ulotek dotyczących odczynnika CRP o nr referencyjnym OSR6147 i kalibratora Serum Protein Multi-Calibrator oraz aplikacji do CRP OSR6199 (CRP latex), gdyż Odwołujący nie sformułował tezy dowodowej, nie określił, na jaką okoliczność rzeczony dowody miałyby być przeprowadzone. Nadto, przeprowadzenie dowodu z aplikacji do CRP OSR6199 (CRP latex), w ocenie Izby, byłoby niedopuszczalne, gdyż nie można uznać, że dokument ten (sporządzony w języku obcym) został przełożony wraz z tłumaczeniem (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. z 2014 r., poz. 964). Zwraca uwagę okoliczność, że tłumaczeniem objęto wyłącznie tytuł dokumentu, co jest z pewnością niewystarczające i niedopuszczalne, aby przyjąć rzeczony dokument za podstawę dokonywanych ustaleń.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z ulotki dotyczącej zaoferowanego przez Odwołującego kalibratora do CRP, gdyż nie służy on wykazaniu okoliczności, na którą wskazywał Odwołujący, a mianowicie, że po rozcieńczeniu próbki można uzyskać oznaczenie na poziomie 210 mg/l. Z rzeczonego dokumentu przedmiotowa okoliczność nie wynika.

Izba odmówiła również przeprowadzenia dowodów z zrzutów ze stron internetowych wskazanych przez Odwołującego na okoliczność sposobu rozumienia „ultra czułe CRP”, gdyż pojęcie to zostało zdefiniowane przez Zamawiającego i jako takie obowiązuje w niniejszym postępowaniu, stąd też nie ma potrzeby poszukiwania jego znaczenia poza dokumentacją postępowania.

Izba ustaliła, na podstawie wyciągu z Podręcznika użytkownika, oferowanego przez Odwołującego analizatora, że analizator udostępnia funkcję rozcieńczania (str. 2-25) oraz, że *„w celu zapewnienia osiągnięcia optymalnych wyników zmierzona wartość w powtórzeniu z użyciem rozcieńczonej lub zatężonej próbki oraz współczynnika rozcieńczania powinna mieścić się w ramach zakresu dynamicznego dla testu”*.

W Załączniku nr 2.1b do SIWZ *Formularz cenowy* Zamawiający wymienił rodzaje odczynników biochemicznych, będących przedmiotem dostawy oraz określił liczbę oznaczeń, którą należy zagwarantować w okresie 12 miesięcy, w odniesieniu do poszczególnych testów. Jednocześnie Zamawiający w końcowej części rzeczonego dokumentu uczynił uwagę, że *„daty ważności oferowanych ilości opakowań odczynników muszą zapewnić wykonanie oznaczeń przez okres 12 miesięcy”*.

W Załączniku nr 2.1d do SIWZ Formularz cenowy Zamawiający wskazał: „Kontrole do analizatora biochemicznego, codzienna kontrola jakości na jednym poziomie naprzemiennie, badania wykonywane w seriach – wykonywana z badaniami w serii, do wykonania podanej liczby oznaczeń w okresie 12 miesięcy”.

Wyjaśniając treść SIWZ (pismo z dnia 18 sierpnia 2016 r.) Zamawiający na pytania o treści:

„Pytanie nr 27 dotyczy pakietu nr 6

Pytanie dot. Załącznika nr 2.6b do SIWZ

Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowana liczba opakowań odczynników, kalibratorów i kontroli była zgodna z terminami stabilności odczynników po otwarciu, zgodnie z zapisami producenta testu w ulotkach odczynnikowych?

Pytanie nr 39 dotyczy pakietu nr 1

Czy do podanej ilości badań należy doliczyć testy na kalibrację i kontrolę? Prosimy o podanie harmonogramu kontroli szczególnie dla parametrów rzadkich (poniżej 1000 oznaczeń rocznie)”, udzielił następujących odpowiedzi:

„Odpowiedź na pytanie nr 27

Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca zobowiązany jest do zaoferowania takiej ilości opakowań odczynników, kalibratorów i kontroli aby zabezpieczyć wykonanie wskazanej ilości badań.

Odpowiedź na pytanie nr 39

Tak, Zamawiający wyjaśnia, że do podanej ilości badań należy doliczyć testy na kalibrację i kontrolę. Codzienna kontrola jakości na jednym poziomie naprzemiennie, parametry rzadkie (poniżej 1000 oznaczeń rocznie) kontrola wykonywana 2 x tydzień lub badania wykonywane w seriach – wykonywana z badaniami w serii.”

Izba oddaliła wnioski dowodowe zmierzające do wykazania, że oferta Przystępującego została niedoszacowana, bowiem zaoferowano zbyt małą liczbę odczynników i kontroli, w świetle wymagań Zamawiającego. Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu z ulotek wskazanych odczynników i kontroli jest bezprzedmiotowe, gdyż Odwołujący przyjął, iż rzeczony niedoszacowanie wynika z faktu pominięcia okresu trwałości (stabilności) testów i kontroli, podczas gdy uwzględnienie powyższego nie było objęte wymogiem Zamawiającego.

W ramach pakietu I zostały złożone trzy oferty, oferta Odwołującego została odrzucona, oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza, trzecią z ofert Zamawiający poddał ocenie, nie była też kwestionowana przez Odwołującego (protokół postępowania, pkt 13 ppkt 2).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zestawienia ofert uznając, iż nie służy ustaleniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto nie jest możliwe ustalenie na jego podstawie okoliczności wskazywanych przez Odwołującego.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z ulotek dotyczących odczynników do oznaczania kinazy kreatynowej, żelaza, magnezu produkcji Odwołującego mając na uwadze, że ilość odczynników zaoferowanych przez Odwołującego nie jest przedmiotem sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na gruncie niniejszego zamówienia Zamawiający poczynił założenie, że dostarczany system analityczny ma być spójny. Jednocześnie Zamawiający zdefiniował, co owa spójność oznacza, a mianowicie, Zamawiający uznał, że jest to system, w którym analizator, odczynniki i kalibratory pochodzą od tego samego producenta.

Na prośbę Odwołującego, wyrażoną w pytaniu nr 40, Zamawiający dopuścił pewien wyłom, zgadzając się, a więc dopuszczając możliwość, aby jeden z odczynników – etanol, pochodził od innego producenta niż producent analizatora i kalibratorów.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę i z całą mocą podkreślić, że zgoda Zamawiającego dotyczyła tylko i wyłącznie odczynnika. Za absolutnie nieuprawione należy uznać twierdzenie Odwołującego, że skoro w odpowiedzi na przedmiotowe pytanie nie pada słowo odczynnik, to uznać należy, iż rzeczony odstępstwo dotyczy również kalibratora.

Odwołujący pomija, że treść pytania dotyczyła li tylko odczynnika, a w konsekwencji, więc zgoda Zamawiającego mogła dotyczyć również jedynie odczynnika. Okoliczność, że Zamawiający nie użył słowa „odczynnik” nie ma żadnego znaczenia, bowiem oczywiste jest, że odpowiedź należy interpretować przez pryzmat pytania, a to dotyczyło wyłącznie odczynnika.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Odwołujący jako profesjonalny wykonawca, zdając pytanie, dotyczące wyłącznie odczynnika, musiał sobie zdawać sprawę, że odpowiedź będzie się odnosiła również do powyższego. Twierdzenie więc, że dla Odwołującego było oczywiste, iż odpowiedź dotyczy również kalibratora jest nieuzasadnione.

Nadto, stanowisko Odwołującego nie przekonuje również w świetle jego oferty, otóż w Załączniku nr 2.1 w pkt 12 Odwołujący potwierdził, że analizator, kalibratory i odczynniki (za wyjątkiem etanolu) miały pochodzić od tego samego producenta. To pokazuje, że Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę z treści udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi, a więc, że odstępstwo dotyczy wyłącznie odczynnika do oznaczania etanolu, a nie kalibratora.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący jedynie na użytek postępowania odwoławczego przyjął taką strategię, że zgoda Zamawiającego w istocie dotyczyła nie tylko odczynnika, ale

i kalibratora, a uzasadnienia powyższego można poszukiwać w tym, że jak twierdzi Odwołujący, odczynnik i kalibrator stanowią zestaw.

Dalej podkreślić należy, że Odwołujący, będąc profesjonalnym wykonawcą z pewnością zdaje sobie sprawę, że odczynnik i kalibrator to dwa odrębne wyroby medyczne, zatem nie ma żadnej podstawy, żeby je utożsamiać.

Stanowisko to potwierdza pytanie nr 6, w którym jeden z wykonawców wyraźnie artykułuje, czego dotyczy pytanie, wskazując na odczynniki, a jednocześnie podając informacje, dotyczące analizatora i kalibratorów. Powyższe potwierdza, że profesjonalny wykonawca posługuje się ściśle nomenklaturą, a udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi ją uwzględniają.

Nadto, Odwołujący winien dostrzec, że Zamawiający wyraźnie rozróżniał na gruncie SIWZ analizator, odczynniki i kalibratory, zatem nie sposób przyjąć, że udzielając spornej odpowiedzi Zamawiający w sposób dorozumiany wyraził również zgodę na odstępstwo, dotyczące kalibratorów.

W tych okolicznościach przyjęcie przez Odwołującego, że Zamawiający wyraził również zgodę, aby kalibrator do odczynnika etanolu również pochodził od innego producenta nie znajduje uzasadnienia. Okoliczność, że jak twierdzi Odwołujący, producenci odczynników wskazują kalibratory, których należy używać z odczynnikiem, nie ma, w ocenie Izby, żadnego znaczenia. To postanowienia SIWZ wyznaczają wymogi dla wykonawców, a nie producenci wyrobów. Jeśli Odwołujący zaakceptował treść SIWZ, a tak było w tym postępowaniu, bowiem jej nie kwestionował, to następnie nie może domagać się pominięcia jej niektórych postanowień ze względu na rzekome wymogi dotyczące prowadzenia badań.

W tym miejscu nie można pominąć, że to Odwołujący domagając się zmiany SIWZ w zakresie odczynnika etanolu, aby mógł pochodzić od innego producenta niż producent analizatora i kalibratorów, doprowadził do sytuacji, w której zagwarantował sobie taki wymóg, jakiego oczekiwał. Stąd też budzi zdziwienie stanowisko Odwołującego, który domaga się po raz kolejny w istocie zmiany tego wymogu, ale na etapie i w trybie niedopuszczalnym.

Raz jeszcze należy podkreślić, że skoro Odwołujący posiadał wiedzę, że odczynniki i kalibratory stanowią pewien zestaw, a więc do odpowiednich odczynników przyporządkowane są odpowiednie kalibratory, to z tej wiedzy mógł jak najbardziej skorzystać i domagać się zmian powyższe uwzględniających. Jeśli tego zaniechał i nie dochował należytej staranności, aby powyższe sobie zagwarantować, to nie ma podstaw do twierdzenia, że zgoda Zamawiającego była pozorna. Odwołujący najwyraźniej zapomina, że zgoda Zamawiającego dotyczyła tego, czego Odwołujący się domagał.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z ulotek dotyczących odczynników i analizatorów, a także ofert i umów dotyczących wskazanych wyrobów, uznając, że na obecnym etapie postępowania nie można jednoznacznych postanowień SIWZ co do

wymogów Zamawiającego kwestionować. Rzeczone dowody zmierzały zaś do wykazania, że zgoda Zamawiającego, choć wyraźnie ograniczona do odczynnika, dotyczyła czegoś więcej, również kalibratorów.

Nadto, gdyby nawet przeprowadzić dowód z rzeczonych dokumentów to należałoby dojść do wniosku, że producenci odczynników wskazują kalibratory własnej produkcji jako zalecane. Zjawisko to jest powszechną praktyką rynkową i dotyczy wielu wyrobów, natomiast nie pozwala na ustalenie, że brak zastosowania „w parze” odczynnika i kalibratora doprowadzi do wadliwych wyników badań. Powyższe budzi tym bardziej wątpliwość, biorąc pod uwagę zakres żądanej zamiany przez Odwołującego, jak i stanowisko Zamawiającego, który prowadząc zakład opieki zdrowotnej i wykonując badania diagnostyczne dopuścił możliwość, aby kalibrator do odczynnika etanolu pochodził od innego producenta niż sam odczynnik. Przyjmując, że odczynnik i kalibrator muszą pochodzić od tego samego producenta należałoby zakwestionować nie tylko racjonalność żądania Odwołującego, ale również i samego Zamawiającego, do czego, w opinii Izby, nie ma podstaw.

W ocenie Izby, treść powołanych przez Odwołującego ulotek wskazuje raczej, że producenci odczynników wskazują kalibratory zalecane, zaś wydaje się, że obowiązek użycia danego kalibratora z konkretnym odczynnikiem istnieje w sytuacji, w której te dwa wyroby występują pod jednym numerem katalogowym. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie świadczy to jedynie o sposobie konfekcjonowania, ale wskazuje na nieodzowność użycia tych wyrobów razem.

Zamawiający w Załączniku nr 2.1b do SIWZ wymienił wśród odczynników biochemicznych, mających być przedmiotem dostawy, odczynnik służący do oznaczania CRP „ultraczułego”. Na kanwie powyższego określenia powstały wątpliwości, które spowodowały zadanie przez wykonawców pytań, co oznacza „ultraczułe CRP”. W związku z powyższym Zamawiający udzielając wyjaśnień (odpowiedź na pytanie nr 76) określił zakres liniowości dla CRP na poziomie 1,0 – 210 mg/l. Jednocześnie Zamawiający dopuścił odczynniki z zakresem liniowości 1,00 – 200 mg/l (wyjaśnienia z dnia 21 sierpnia 2016 r.) oraz potwierdził, na wniosek Odwołującego, że odczynnik o zakresie liniowości 0,2 – 480 mg/l również spełnia wymagania dla CRP ultraczułego.

W tych okolicznościach nie budzi wątpliwości, że Zamawiający zdefiniował pojęcie „ultraczułe CRP”, określając zakres liniowości odczynnika. Jednocześnie w dwóch przypadkach, wobec konkretnych wniosków wykonawców, Zamawiający dopuścił odczynnik do oznaczeń CRP o liniowości ściśle wskazanej przez tychże wykonawców. Zatem, w ocenie Izby, nie ma potrzeby do sięgania do definicji funkcjonujących w źródłach, czy też do sposobu rozumienia tego pojęcia przez Odwołującego, stąd też Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów na tę okoliczność.

Rozstrzygające znaczenie należy więc przypisać definicji podanej przez Zamawiającego i w świetle powyższego winno oceniać się ofertę Odwołującego. Jednocześnie nie można pomijać, że zakres liniowości determinowany jest przez kalibrator. Jak wynika bowiem z ulotki przedłożonej przez Odwołującego wraz z ofertą, a dotyczącej zaoferowanego odczynnika do wykonywania oznaczeń CRP, w zależności od typu kalibratora można dokonywać oznaczeń określanych jako „normalne” lub „bardzo czułe”.

Zaoferowany przez Odwołującego kalibrator umożliwia wykonywanie oznaczeń „bardzo czułych”, a więc o zakresie liniowości 0,08 – 80 mg/l. Powyższe pokazuje, że zakres pomiaru nie mieści się w zakresie liniowości określonej przez Zamawiającego, a zatem oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Za zupełnie nieprzekonujące należy uznać twierdzenia Odwołującego, że zależało mu na zaoferowaniu jak najniższego zakresu liniowości (poniżej jedności) biorąc pod uwagę wymóg Zamawiającego, który oczekiwał dostawy „ultraczułego CRP”. Po pierwsze bowiem, Zamawiający nie wymagał, zakresu liniowości poniżej jedności, a jedynie na żądanie Odwołującego dopuścił taką możliwość. Po drugie zaś, sam Odwołujący zaproponował możliwość dopuszczenia zakresu liniowości w przedziale 0,2 - 480 mg/l i uzyskał akceptację powyższego, choć w ostateczności nie zaoferował kalibratora pozwalającego na dokonane pomiaru w tym przedziale. Zaoferował natomiast odczynnik z kalibratorem, który umożliwia dokonywanie oznaczeń w zakresie 0,08 – 80 mg/l, a więc w zakresie, niemieszczącym się w wymaganiach Zamawiającego i niedopuszczonym przez Zamawiającego.

Jednocześnie zastanawiające jest, dlaczego Odwołujący, choć posiada własne wyroby, odczynnik i kalibrator do oznaczenia CRP, umożliwiające dokonywanie pomiarów w zakresie 0,2 – 480 mg/l, a więc dopuszczonym przez Zamawiającego, produktów tych nie zaoferował. Wyjaśnienia Odwołującego tych wątpliwości nie rozwiały.

Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę, że na podstawie treści ulotki, dotyczącej odczynnika i zaoferowanego kalibratora do oznaczenia CRP, nie sposób ustalić, że po rozcieńczeniu próbki można uzyskać oznaczenie na poziomie 240 mg/l. Okoliczność tę zatem należało uznać za nieudowodnioną.

Co więcej, Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż istniała możliwość, aby oznaczeń dokonywać na próbkach rozcieńczonych, a świadczyć miałyby o tym, zdaniem Odwołującego, pkt 13 Załącznika nr 2.1 do SIWZ. W ocenie Izby, rzeczony wymóg określał funkcjonalność analizatora, jaką miał zapewnić Odwołujący. Zamawiający nie przewidział możliwości, aby pod pewnymi warunkami, a więc po rozcieńczeniu, zakres liniowości odczynnika do oznaczenia CRP osiągał poziom wymagany przez Zamawiającego. Pomiar miał być dokonywany względem próbki typowej. W ocenie Izby, niedopuszczalne jest na podstawie cech analizatora, domniemywanie o sposobie oznaczania zakresu liniowości dla testu do CRP.

Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, że nie ma legitymacji do zgłaszania zarzutów względem oferty Przystępującego (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), gdyż nie kwestionując oferty trzeciego z wykonawców nie może ponieść szkody związanej z ewentualnym zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego. Już z tej przyczyny przedmiotowe zarzuty zasługują na oddalenie.

W tych okolicznościach jedynie na marginesie wskazać należy, że zarzuty Odwołującego zmierzające do wykazania niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ oparte były na twierdzeniu, że Przystępujący nie uwzględniając okresu trwałości (stabilności) testów i kontroli po otwarciu, zaoferował zbyt małą liczbę odczynników i kontroli. Odwołujący jednakowoż pomija, że Zamawiający podał jedynie ilość oznaczeń, jaka będzie wykonywana w okresie 12 miesięcy, w odniesieniu do poszczególnych rodzajów odczynników i wykonawca winien taką ilość zaoferować.

Zamawiający nie zastrzegł, że ilość oferowanych odczynników ma być determinowana ich trwałością. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do zaoferowania takiej ilości odczynników i kontroli, aby zabezpieczyć wykonanie wskazanej przez Zamawiającego ilości badań. Co prawda, wyjaśnienia te dotyczyły pakietu 6, jednakże zdaniem Izby, biorąc pod uwagę, że treść postanowień SIWZ, dotyczących pakietu 6 i 1 w tym przedmiocie się nie różniła, należało przyjąć, że wskazane stanowisko Zamawiającego pozostaje aktualne na gruncie pakietu 1.

Jeśli idzie o kontrole, to tu również Zamawiający nie determinował ich ilości okresem stabilności kontroli. Jedynym wyznacznikiem było zabezpieczenie wymaganej przez Zamawiającego ilości badań, a tego Odwołujący nie kwestionował, ani nie wykazał, że sposób wykonywania kontroli (liczba kontroli), którą opisał Zamawiający powoduje, że ilość zaoferowanych kontroli do analizatora biochemicznego jest niewystarczająca.

Mając powyższe na uwadze uznać należało, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego okazał się chybiony. Izba nie dostrzegła również podstaw do „*wyjaśnienia kwestii zakresu liniowości oferowanego testu*” uznając, że treść oferty jest jednoznaczna. Szerzej była o tym mowa wyżej.

W konsekwencji stwierdzić należało, że ocena ofert, dokonana przez Zamawiającego, w zakresie kwestionowanym nie była obarczona błędem, co przesądza o nietrafności zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 603,45 zł.

Przewodniczący: