

Sygn. akt: KIO 1964 / 17

WYROK

z dnia 20 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 181 B, 02-222 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku ul. Medyczna 19, 09-400 Płock**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdynskie 6b, 01-531 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1964/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Beckman Coulter Polska sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez **Beckman Coulter Polska sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku, zwany dalej „Zamawiający”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Dzierżawa urządzeń laboratoryjnych wraz z dostawą odczynników i innych materiałów laboratoryjnych dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, zwane dalej „Postępowanie”. Postępowanie zostało podzielone na pięć pakietów, w tym Pakiet nr I – Dzierżawa automatycznych analizatorów biochemicznych i immunochemicznych: głównego i zastępczych oraz laboratoryjnego systemu informatycznego, sortera i urządzeń dodatkowych, wraz z zakupem odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz usług autoryzowanego serwisu – na okres 4 lat.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 listopada 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 223-407212. Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dnia 8 września 2017 r. znak SZP.2910.11.60.(36/ZP/16).2016/2017.ISK, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego - Beckman Coulter Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Z pisma tego wynika, iż odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na:

- 1) niezaoferowanie wytrząsarki niezbędnej do wykonania wymaganego w SIWZ badania Wit. 25-OH D lub Wit.25-OH D3;
- 2) niezaoferowanie materiału kontrolnego Access HTV combo QC4 & QC5, nr kat B22822 niezbędnego do wykonania wymaganego w SIWZ badania HIV AB/AGIV gen
- 3) niezaoferowania materiału kontrolnego KJ Triage BNP, firmy Alere, nr kat. 98201 niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta testu, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach wykonania wymaganego w SIWZ badania NT-proBNP lub BNP.

- 4) niezaoferowania materiału zużywalnego ISE Internal Reference 2 x 25 ml, nr kat. 66314, niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach, prawidłowego funkcjonowania modułów ISE na obu oferowanych analizatorach biochemicznych i tym samym niezbędnego do wykonania wymaganych w SIWZ badań Jonogram (Na , K) , potas w moczu, sód w moczu.

W dniu 18 września 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechań i czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu złożonej przez niego oferty na zadanie w Pakiecie nr. 1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 13 marca 2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego o pierwszej, w tym postępowaniu, czynności odrzucenia jego oferty, z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Roche. Na powyższą czynność Odwołujący, w ustawowym terminie, wniósł odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017r. nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego potwierdzając tym samym, zdaniem Odwołującego, iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Wyrok nie został zaskarżony przez żadną ze stron. Następnie w dniu 25 kwietnia 2017 Zamawiający zawiadomił Odwołującego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert i poinformował Odwołującego, iż jego oferta znajduje się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego oferta Odwołującego otrzymała 96,69 pkt (odpowiednio 40 pkt w kryterium „Jakość” i 56.69 pkt w kryterium

„Cena”), natomiast oferta Roche 93.13 punktów (odpowiednio 33.13 pkt w kryterium „Jakość” i 60 pkt w kryterium „Cena”).

Następnie w dniu 9 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego oraz o zamianie punktacji w kryterium „Jakość”. Wobec części poprawek Odwołujący w dniu 12 czerwca br. wyraził zgodę na ich poprawienie, natomiast w zakresie pozostałych poprawek, Odwołujący nie mógł wyrazić zgody na ich poprawienie w sposób wskazany przez Zamawiającego, gdyż sposób ten był niezgodny z treścią SIWZ, a także prowadził do zmiany rankingu ofert i spadku oferty Odwołującego z pierwszego miejsca na drugie. Jednocześnie, również w dniu 9 czerwca 2017r. Zamawiający poinformował wykonawców o nowym rankingu ofert. Z pisma wynikało, iż najwyższą liczbę punktów zyskał Wykonawca Roche. Odwołujący poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach w dokonanych przez niego czynnościach pismami z dnia 12 czerwca 2017r. zawierającymi obszerne uzasadnienie stanowiska Odwołującego i szczegółowe wyliczenia oraz wezwał Zamawiającego do unieważnienia czynności poprawienia omyłek oraz dokonania poprawienia omyłek i wyliczenia punktacji w prawidłowy sposób.

Wobec braku reakcji Zamawiającego, Odwołujący w dniu 19 czerwca 2017r. wniósł kolejne odwołanie. W dniu 27 czerwca 2017r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Ponieważ przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego Wykonawca Roche, wniósł sprzeciw od części z uwzględnionych zarzutów, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie. Sprzeciwem nie zostały objęte zarzuty dotyczące nieprawidłowego poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego oraz dotyczące przyznanej punktacji. Tym samym, zarzuty dotyczące tych kwestii zostały ostatecznie rozstrzygnięte poprzez ich uwzględnienie przez Zamawiającego. KIO wyrokiem z dnia 14 lipca 2017r. oddaliła odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, tj. dotyczących zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Roche, oraz zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego według tych samych zasad, które Zamawiający zastosował w stosunku do oferty Roche. KIO przyznała tym samym, zdaniem Odwołującego, iż jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający powtórzył czynność oceny ofert. W dniu 30 sierpnia 2017r. Zamawiający ponownie poinformował Odwołującego, iż jego oferta znajduje się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Oferta Odwołującego otrzymała 96,49 pkt (odpowiednio 40 pkt w kryterium "Jakość" i 56.59 pkt w kryterium "Cena"), natomiast oferta Roche 93.97 punktów (odpowiednio 33.97 pkt w kryterium "Jakość" i 60 pkt w kryterium "Cena"). Z informacji przesłanej przez Zamawiającego wynikało również, iż żadna z ofert nie jest odrzucona. Na powyższą czynność nie wpłynęło odwołanie żadnego z Wykonawców.

W dniu 8 września 2017r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Roche. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający próbuje dokonać wyboru oferty Roche z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący dodał, iż w zakresie zarzutów, które stanowiły podstawę do odrzucenia jego oferty w dniu 8 września 2017r. Odwołujący, na etapie oceny ofert składał dwukrotnie wyjaśnienia. Pierwsze wyjaśnienia zostały wysłane do Zamawiającego w dniu 1 czerwca 2017r. Kolejne wyjaśnienia tych samych kwestii zostały wysłane do Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2017r.

Odwołujący, na stronie 87 oferty, oświadczył, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ, a tym samym potwierdził, że Zamawiający będzie mógł wykonywać wszystkie wymienione w formularzu ofertowym oznaczenia bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów poza wymienionymi w ofercie przetargowej. Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych przez Zamawiającego, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący wskazał również:

Ad. 1. Zarzut niezaoferowania wytrząsarki niezbędnej do wykonania wymaganego w SIWZ badania Wit. 25-OH D.

Odwołujący stwierdził, iż nie może zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego i podał, iż zgodnie z ulotką odczynnikową do witaminy D (Access 25 (OH) Vitamin D Total Kit, nr kat. A98856) w celu zapewnienia pełnego zawieszenia cząstek paramagnetycznych w opakowaniu odczynnika, należy wymieszać zawartość opakowania przy użyciu wytrząsarki bezpośrednio przed pierwszym użyciem odczynnika w urządzeniu przez 20 -30 sekund. Standardowo, odpowiednia wytrząsarka zostaje dostarczona z pierwszą dostawą odczynnika do oznaczania witaminy D i służy Zamawiającemu przez cały okres trwania kontraktu, a jej koszty zostały uwzględnione w złożonej Zamawiającemu ofercie. Odwołujący ponadto stwierdził, iż wytrząsarka, podobnie jak np. pipety laboratoryjne służące do odmierzenia konkretnej objętości cieczy oraz inny sprzęt laboratoryjny z reguły należą do standardowego wyposażenia laboratoryjnego (które nie jest objęte przedmiotem zamówienia), niemniej jednak z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący uwzględnił w złożonej ofercie, że Zamawiający otrzyma wytrząsarkę wraz z pierwszą dostawą odczynnika do oznaczania witaminy D. Nadto Odwołujący podał, iż koszt wytrząsarki to ok. 800 PLN brutto, co stanowi ok. 0,01% wartości oferty złożonej przez Odwołującego.

Ad. 2. Zarzut niezaoferowania materiału kontrolnego Access HTV combo QC4 & QC5, nr kat B22822 niezbędnego do wykonania wymaganego w SIWZ badania HIV AB/AGIV gen

Twierdzenie Zamawiającego o obowiązku zaoferowania ww. materiału kontrolnego jest, zdaniem Odwoływającego, nieuprawnione.

Zgodnie z informacją producenta odczynnika Access HIV combo materiałem dedykowanym do kontroli tego oznaczenia jest HIV combo QC o numerze katalogowym A59430. Ten materiał kontrolny został zaoferowany przez Odwoływającego, a zgodnie z informacją producenta zestaw kontroli jakości Access HIV combo QC jest przeznaczony do monitorowania pracy aparatu w trakcie testu Access HIV combo. W skład materiału kontrolnego o numerze katalogowym A59430 wchodzi następujące kontrole: kontrola ujemna, kontrola pozytywna w stosunku do przeciwciał anty-HIV1 oraz kontrola pozytywna do antygenu HIV. Zaoferowanie kolejnych materiałów kontrolnych, zdaniem Odwoływającego nie jest zasadne i nie było wymagane zgodnie z zapisami SIWZ. Informacja zamieszczona na stronie 9 ulotki do odczynnika HIV combo (A59428) w punkcie 2 zawiera informacje o potencjalnych materiałach do kontroli jakości, jakie mogą być zastosowane w celu oceny poprawności procesu analitycznego:

Materiały do kontroli jakości:

- *Zestaw Access HIV combo QC, zawierający jedną surowicę ujemną pod względem HIV-Ab, jedną surowicę dodatnią pod względem anty-HIV-1 i jedną surowicę dodatnią pod względem HIV-1 w buforze Tris*

Nr kat A59430

- *Access HIV combo QC4 & QC5, jako jedna ludzka surowica dodatnia pod względem przeciwciał anty-HiV-2 i jedna ludzka surowica dodatnia pod względem przeciwciał anty-HiV-1-0 w ludzkiej surowicy ujemnej.*

Nr kat. B22822

- *Inne komercyjne surowice kontrolne*

W ocenie Odwoływającego domaganie się zaoferowania wszystkich wymienionych w ulotce materiałów kontrolnych od Odwoływającego jest zupełnie niezasadne. Zgodnie z zasadami Dobrej Praktyki Laboratoryjnej proces analityczny powinien podlegać kontroli zgodnie z harmonogramem obowiązującym w danym Laboratorium przy użyciu materiałów kontrolnych producenta odczynników i analizatora lub innych materiałów kontrolnych z wartościami dedykowanymi dla oferowanego odczynnika i analizatora. Dlatego też, w ocenie Odwoływającego, oferowanie materiału kontrolnego o numerze katalogowym A59430 jest wystarczające i nie ma potrzeby zaoferowania żadnych innych materiałów kontrolnych. Tym

bardziej, że w Tabeli wyliczeń odpowiedniej ilości odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych (ZAŁĄCZNIK NR 1.1 F cz. A) Zamawiający wymagał „Minimum kontroli na dwóch poziomach” dlatego też niezasadne jest oczekiwanie od Odwołującego, że zaoferuje wszystkie możliwe materiały kontrolne. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wymagał

w SIWZ zastosowania wszystkich dostępnych materiałów kontrolnych.

Prawidłowość zaoferowanego materiału kontrolnego potwierdza materiał kontrolny zaoferowany przez wykonawcę Roche, który jest, zdaniem Odwołującego, identyczny pod względem analitycznym i analogiczny do zaoferowanego przez Beckman Coulter. W skład materiału kontrolnego Roche do testu HIV Combo: Preci Control HIV o numerze katalogowym 05162645 190 wchodzi (identycznie jak w ofercie firmy Beckman Coulter) 3 kontrole:

- PC HIV 1 - kontrola ujemna;
- PC HIV 2 - kontrola dodatnia dla przeciwciał - PC HIV 3 - kontrola dodatnia dla antygenu HIV p24
- PC HIV 3 - kontrola dodatnia dla antygenu HIV p24

Odczynniki - roztwory roboczo PC HIV1:2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej Surowica ludzka ujemna dla HIV (antygen i przeciwciała); konserwant Pożądany zakres wartości da współczynnika odcięcia' HIV combi PT: 0.00-0.67 HIV Ag: s 0.80*

■ *PC HIV2:2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej Surowica ludzka dodatnia da przeciwciał przeciwko HIV; konserwant Pożądany zakres wartości dla współczynnika odcięcia: HIV combi PT: 10.0-32.0*

HIV Ag: Brak wartości docelowych. Nie używać PC HIV2 do testu Etcsys HIV Ag.

■ *PC HIV3:2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej*

Przeciwciała HIV p24-Ag (E. coli, rDNA) około 400 pg/mL w buforze cytrynianowym, pH 4.0; konserwant

Pożądany zakres wartości da współczynnika odcięcia: HIV combi PT: 30.0-100 HIV Ag: 95-250

Dokładne zakresy przedstawione w postaci COI (cutoff index) są zapisane w kodach kreskowych oraz wydrukowane na załączonej (lub dostępnej elektronicznie) ulotce.

Oferta Roche nie została odrzucona, tym samym brak było podstaw do odrzucenia z tego powodu oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający, odrzucając ofertę

Odwołującego, oprócz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, naruszył wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Ad.3. Zarzut niezaoferowania materiału kontrolnego KJ Triage BNP, firmy Alere, nr kat. 98201 niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta testu, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach wykonania wymaganego w SIWZ badania NT-proBNP lub BNP.

Zdaniem Odwołującego zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w wymaganiach SIWZ. Wynika to z tego, iż Zamawiający wymagał zaoferowania materiałów kontrolnych na dwóch poziomach kontrolujących poprawność procesu analitycznego. Zgodnie z załącznikiem nr 1.1 F cz. C, (Tabele wyliczeń odpowiedniej ilości materiałów kontrolnych do badań biochemicznych i immunochemicznych) zaoferowano materiał kontrolny produkcji Biorad Liqcheck Cardiac Marker Plus Control LT1 i LT3. Materiał kontrolny (dwa poziomy) przeznaczony do kontroli markerów kardiologicznych, w tym także do kontroli BNP oferowanego w postępowaniu przetargowym ma przypisane wartości dla analizatorów Beckman Coulter UniCel Dxl, dla parametru Peptyd Natriuretyczny Typu B (BNP). Materiał ten przeznaczony jest także do kontroli innych markerów kardiologicznych - Troponiny i CK-MB. W związku z powyższym zaoferowanie dodatkowego materiału kontrolnego przeznaczonego jedynie do kontroli BNP (Triage BNP, firmy Alere, nr kat. 98201) nie jest zasadne.

Zamawiający w Załączniku 1.1 K: *„Zestawienie parametrów technicznych i analitycznych dla wszystkich analizatorów i odczynników oraz systemu LIS, które podlegają ocenie.”* w punkcie 6 dla, modułu biochemicznego oraz w punkcie 5 dla modułu immunochemicznego, zdefiniował parametr podlegający ocenie: *„Materiały kontrolne firmowe (producenta odczynników i analizatora lub zaadaptowane przez firmę) dla wymaganych oznaczeń na oferowanych odczynnikach i aparaturze”* (punktacja: nie - 0 pkt, tak -2 pkt).

Zamawiający udzielając w dniu 20.12.2016 roku odpowiedzi na zadane pytania (Pytanie nr 76.4) potwierdził, że uzna ten zapis za spełniony dla modułu immunochemicznego, jeśli *„materiał kontrolny jest produkowany przez renomowaną firmę produkującą materiał kontrolny, posiada wartości zaadoptowane przez firmę i dedykowane dla oferowanego analizatora”*. W związku z powyższym zaoferowanie dla parametru wykonywanego na analizatorze immunochemicznym materiału produkowanego przez renomowaną firmę produkującą materiał kontrolny - Bio-Rad, posiadającego wartości zaadoptowane przez firmę i dedykowane dla oferowanego analizatora jest jak najbardziej zasadne i zgodne z wymogami SIWZ. Wieloparametrowy materiał kontrolny jest materiałem

wygodnym

w

użyciu

i umożliwiającym ocenę markerów kardiologicznych - CKMB, Tn i BNP w jednym materiale z możliwością oceny wyników kontroli w porównaniach międzylaboratoryjnych.

Ad. 4 Zarzut niezaoferowania materiału zużywalnego ISE Internal Reference 2 x 25 ml, nr kat. 66314, niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach, prawidłowego funkcjonowania modułów ISE na obu oferowanych analizatorach biochemicznych i tym samym niezbędnego do wykonania wymaganych w SIWZ badań

Odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z instrukcją obsługi analizatora AU680 i analizatora AU480, płyn ISE Internal Reference jest używany do konserwacji wykonywanej, co drugi miesiąc lub co 20 000 próbek: Tabela 6.30 Czynności konserwacyjne ISE wykonywane co drugi miesiąc lub co 20 000 próbek. Elektroda referencyjna jest elektrodą, która wymieniana jest zgodnie z Instrukcją obsługi analizatora, co 2 lata i zgodnie ze wszystkimi procedurami firmy Beckman Coulter wymieniana jest przez autoryzowany serwis producenta. Także wszelkie czynności konserwacyjne związane z elektrodą referencyjną, w tym także uzupełnianie płynu wykonywane są przez serwis producenta. Dlatego też oferta Odwołującego nie zawiera płynu ISE Internal Reference. Odwołujący dodał, iż żadna z ofert składanych przez niego w innych przetargach publicznych w Polsce nie zawiera płynu ISE Internal Reference.

Odwołujący dwukrotnie wyjaśniał, iż opakowanie płynu wchodzi w skład zestawu konserwacyjnego Inżyniera Serwisowego, a po ewentualnym uzupełnieniu płynu w elektrodzie pozostała część nieużytego płynu jest po przeglądzie zostawiana u użytkownika na kolejne pół roku wykonywania powyższej procedury. Nie zmienia to faktu, iż procedurę tę wykonuje tylko i wyłącznie serwis. Zgodnie z zapisami w Instrukcji Użycia analizatora AU680 w rozdziale „Kontrola i dodawanie wewnętrznego roztworu referencyjnego ISE” co drugi miesiąc lub po analizie 20 000 próbek sprawdź wzrokowo elektrodę referencyjną. Jeśli poziom wewnętrznego roztworu referencyjnego ISE znajduje się poniżej linii odniesienia, należy uzupełnić jego ilość. W związku z powyższym w założonym interwale czasowym należy jedynie sprawdzić wzrokowo elektrodę referencyjną, a uzupełnianie płynu odbywa się w razie takiej konieczności i wykonywane jest, przez autoryzowany serwis producenta. *Konserwacja modułu ISE wykonywana co drugi miesiąc lub po analizie 20 000 próbek. Następujące procedury należy wykonywać co dwa miesiące lub po analizie 20 000 próbek, w zależności od tego, co nastąpi pierwsze: Kontrola i dodawanie wewnętrznego roztworu referencyjnego ISE; Kontrola i dodawanie wewnętrznego roztworu referencyjnego ISE;*

Sprawdź wzrokowo elektrodę referencyjną. Jeśli poziom wewnętrznego roztworu referencyjnego ISE znajduje się poniżej linii odniesienia, uzupełnij jego ilość. Więcej informacji na ten temat można znaleźć w części Schemat blokowy przewodów rurowych ISE.

Odwołujący podał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego jego oferta zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś oferta złożona przez Roche uplasowałaby się na drugiej pozycji. W wyniku nieuzasadnionego odrzucenia oferty, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający podał m.in. iż ze wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu orzeczeń KIO nie wynikają wnioski, jakie Odwołujący stawia. Przedmiotem rozpoznania przez składy orzekające były inne zarzuty, niż obecnie zgłoszone przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego nie jest kompletna. W ofercie Odwołującego brak jest wzmianki o zaoferowaniu wytrząsarki, brak jest materiału służącego do kontroli jakości Access HIV combo QC4 & QC5, pomimo, iż obowiązkiem Odwołującego było zaoferowanie tego materiału, ponieważ brak jego zaoferowania oznacza, że Zamawiający przez okres trwania umowy tj. 48 miesięcy musiałby go dokupować. Nadto Zamawiający wskazał, iż według wymagań producenta zestawu Triage BNP Kit. Nr katalogowy 98200 wskazanych w ulotce należy stosować kontrole KJ Triage BNP i nie zaleca się stosowania innych. Natomiast Odwołujący zaoferował inny materiał kontrolny. Zamawiający podał również, iż podręcznik użytkownika analizatora AU680, złożony przez Odwołującego, nakłada na Zamawiającego szereg obowiązków w zakresie sprawdzania i dodawania roztworu elektrody REF, co oznacza, że Zamawiający musi dysponować takim roztworem. W podręczniku tym brak jest wzmianki o udziale serwisu w tym zakresie.

W dniu 22 września 2017 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia Wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. (zwanej dalej „Roche” lub „Przystępujący”) do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż kopię odwołania otrzymał w dniu 19 września 2017 r. Przystępujący podał, iż Zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i nie zasługują na uwzględnienie. Uzasadniając swój interes w przystąpieniu do postępowania Roche podał, iż oddalenie odwołania jest konieczne dla utrzymania w mocy czynności

Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w ramach Postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną w niniejszej sprawie oraz w sprawach wcześniej rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego oraz ofertą Przystępującego, korespondencją prowadzoną w toku postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty Odwołującego skutkuje natomiast pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia,
a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody w przypadku nieuzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło w ustawowym terminie, i z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, iż przywołane w odwołaniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zapadły na tle innych zarzutów zgłoszonych w odwołaniu, wyznaczających granice rozpoznania. W związku z tym twierdzenia Odwołującego zawarte w niniejszym

odwołaniu, iż orzeczenia te potwierdzają zgodność jego oferty z SIWZ, należy odnosić wyłącznie to wcześniej zgłoszonych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w niniejszej sprawie, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia w pierwszym pakiecie, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie, jest dzierżawa automatycznych analizatorów biochemicznych i immunochemicznych: głównego i zastępczych oraz laboratoryjnego systemu informatycznego, sortera i urządzeń dodatkowych, wraz z zakupem odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz usług autoryzowanego serwisu - na okres 4 lat.

Zgodnie z treścią SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 1 do specyfikacji. W Rozdziale II pkt 2 ÷ 7 SIWZ zostało wskazane, iż wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia określone w opisie przedmiotu zamówienia są wymogami podstawowymi (minimalnymi) i muszą być bezwzględnie spełnione w oferowanym asortymencie. Nie spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia jakiegokolwiek

z opisanych parametrów wymaganych i określonych wymogów spowoduje odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ (pkt 2). Przedmiot zamówienia obejmujący dostawę w dzierżawę urządzeń/urządzenia obejmuje również ich/jego montaż, pierwsze uruchomienie oraz przeszkolenie personelu ZDL w zakresie obsługi i diagnostyki przy użyciu dostarczonego urządzenia/urządzeń oraz w zakresie podstawowej konserwacji. (pkt 3).

Oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia musi być zgodny z wyspecyfikowanymi wymaganiami, musi być kompletny, a urządzenia, które tego wymagają muszą być po zamontowaniu/zainstalowaniu/ustawieniu gotowe do pracy bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji. Ewentualne koszty związane z montażem i uruchomieniem urządzeń ponosi Wykonawca. (pkt 4). Wykonawca musi dostarczyć urządzenia określone w opisie przedmiotu zamówienia wyłącznie fabrycznie nowe (rok produkcji urządzenia/urządzeń 2016 lub nowsze), nieregenerowane, w stanie kompletnym tj. gwarantującym jego/ich uruchomienie oraz stosowanie zgodnie z przeznaczeniem bez dokonywania dodatkowych zakupów elementów i akcesoriów (poza materiałami eksploatacyjnymi wyszczególnionymi w ofercie). W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na wyrób równoważny. Za równoważny zamawiający uzna wyrób o parametrach takich samych lub lepszych od pierwowzoru, posiadający minimum funkcje, zastosowanie i przeznaczenie jakie posiada pierwowzór. Udowodnienie równoważności będzie należało do Wykonawcy. W przypadku

nie udowodnienia równoważności oferta będzie odrzucona jako nie spełniająca wymogów SIWZ. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym. Udowodnienie równoważności będzie należało do Wykonawcy (pkt 7).

W Rozdziale VI SIWZ tiret ostatni, Zamawiający zawarł postanowienie, iż wszystkie wymogi określone dla przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego muszą mieć potwierdzenie w załączonych do oferty materiałach promocyjnych, monografiach, instrukcjach i innych dokumentach opisujących przedmiot zamówienia, których przedłożenia wymaga w SIWZ. W przypadku braku opisu lub potwierdzenia tych wymogów w ww. dokumentach będzie to potraktowane jako zaoferowanie produktu niezgodnego z SIWZ, o ile brak ten będzie nieusuwalny zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do Rozdziału VIII lit. G SIWZ dla potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, na jego wezwanie po upływie terminu składania ofert, wykonawcy byli obowiązani złożyć m.in. dla wszystkich oferowanych produktów materiały promocyjne opisujące przedmiot zamówienia będące w szczególności oficjalnymi katalogami, folderami, ulotkami reklamowymi stosowanymi w powszechnych stosunkach handlowych, potwierdzające zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z opisem dokonany przez Zamawiającego. Nadto wykonawcy byli obowiązani złożyć opisy testów, monografie o testach, instrukcje postępowania do wszystkich odczynników oraz wymagane załączniki.

Treść SIWZ wskazuje, że wybór systemu (testu) służącego celowi Zamawiającego określone w SIWZ należał do wykonawców, którzy mieli w tym zakresie swobodę ograniczoną treścią materiałów producentów, np. instrukcji, ulotek oraz wymaganiami prawidłowego wykonania badań przewidzianych w SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zważywszy na treść decyzji Zamawiającego oraz zarzuty odwołania, które, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozstrzygnięcia wymaga, czy stanowisko

Zamawiającego, z którego wynika, iż istnieją podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, wskazane w piśmie z dnia 8 września 2017 r. jest uzasadnione oraz czy Odwołujący zasadnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Ad. Zarzut nr 1

Niezaoferowanie wytrząsarki niezbędnej do wykonania wymaganego w SIWZ badania Wit. 25-OH D lub Wit.25-OH D3;

Załącznik 1.1.H do SIWZ zawiera zestawienie rat dzierżawy. Załącznik ten wymienia 7 urządzeń oraz pozycję 8 „*Dzierżawa innych urządzeń dodatkowych*”. Oferta Odwołującego zawiera urządzenia wymienione w poz. 1-7 tego załącznika oraz sprzęt komputerowy. Oferta nie wymienia wytrząsarki.

Z treści ulotki załączonej do oferty Odwołującego wynika, iż aby zapewnić pełne zawieszenie cząstek parametrycznych w opakowaniu odczynnika, należy wymieszać zawartość opakowania przy użyciu wytrząsarki bezpośrednio przed pierwszym użyciem odczynnika w urządzeniu. Wymóg ten dotyczy oznaczenia witaminy D. Oznacza to, że wytrząsarka, w związku z treścią oferty Odwołującego, jest potrzebna do wykonania wymaganego w SIWZ badania Wit. 25-OH D lub Wit. 25-OH D3 (załącznik nr 1.1. Pakiet Nr poz. 99). Jest to bezsporne pomiędzy stronami.

Nie jest również sporne pomiędzy stronami, że przedmiotowa wytrząsarka jest urządzeniem, nadto, jak podaje sam Odwołujący, jest urządzeniem laboratoryjnym. Nie jest również sporne, że oferta nie zawiera rat dzierżawnych za przedmiotowe urządzenie. Tymczasem przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ ma być kompletny i umożliwiać realizację wskazanych w SIWZ badań. Nadto z załącznika nr 7a stanowiącego projekt umowy do Pakietu I do umowy, wynika, iż do umowy powinny być wpisane wszystkie urządzenia oddane Zamawiającemu w dzierżawę (§ 2 ust. 2).

Powyższe wskazuje, w ocenie Izby, że skoro z zaoferowanego przez Odwołującego testu do wymaganego w SIWZ badania Wit. 25-OH D lub Wit.25-OH D3 wynika, iż dla wykonania tego badania potrzebne jest urządzenie laboratoryjne w postaci wytrząsarki, to winna ona zostać zaoferowana w ofercie z określeniem rat dzierżawy. Pkt 10 formularza ofertowego zawiera wymóg podania urządzeń oddawanych Zamawiającemu w dzierżawę na okres trwania umowy, w tym ich rodzaj, model/typ/producent, rok produkcji, wartość na dzień składania oferty. Skoro oferta nie zawiera wyspecyfikowanej tej pozycji, a dla urządzeń przewidziana była jedynie forma ich dzierżawy przez Zamawiającego, to brak takiej pozycji w ofercie Odwołującego oznacza, że oferta nie jest kompletna.

Nie jest potwierdzeniem spełnienia tego wymogu oświadczenie Odwołującego złożone w wyjaśnieniach, po złożeniu ofert, wskazujące, że wytrząsarka zostanie dostarczona wraz z pierwszą dostawą odczynnika do oznaczania witaminy D oraz, że koszt ten został uwzględniony w cenie oferty. Oświadczenie nie wskazuje bowiem w której pozycji oferty dostawa tego urządzenia została przewidziana przez Odwołującego.

W ocenie Izby, przywołane w odwołaniu, ogólne oświadczenie zawarte w ofercie, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ, nie zastępuje zaoferowania wszystkich urządzeń, których potrzeba używania przez Zamawiającego przy wykonywaniu określonego w SIWZ badania, wynika z treści załączonej do oferty ulotki, nakładającej na użytkownika określone obowiązki.

Ad. Zarzut 2

Niezaoferowania materiału kontrolnego Access HIV combo QC4 & QC5 nr katalogowy B22822 niezbędnego do wykonania wymaganego w SIWZ badania HIV AB/AG IV gen

Z załącznika nr 1.1. poz. 75 zawierającego liczbę badań biochemicznych i immunochemicznych do wykonania w ciągu 4 lat wynika, iż wykonawcy w swoich ofertach winni uwzględnić m.in. badania HIV AB/AG IV gen w liczbie 8200. Z załącznika nr 1.1.A. zawierającego warunki graniczne dla zintegrowanego analizatora biochemiczno-immunochemicznego głównego i odczynników biochemicznych i immunochemicznych, przewidującego w poz. 31 dostawę m.in. materiałów kontrolnych, wynika, iż niespełnienie któregokolwiek z wymienionych w nim wymaganych warunków spowoduje odrzucenie oferty.

Nie jest sporne, że oferta Odwołującego nie zawiera ww. materiału kontrolnego Access HIV combo QC4 & QC5. Kluczową kwestią jest zatem to, czy Zamawiający wymagał w SIWZ ww. materiał kontrolny, który według Odwołującego jest dodatkowym materiałem, wymaganym jedynie w niektórych krajach. Natomiast według Zamawiającego, winien być zaoferowany

z uwagi na brak ograniczeń w SIWZ w tym zakresie i treść ulotki, wskazującej, iż muszą być przeprowadzone dwie kontrole o określonych w ulotce swoistościach i na wymóg stosowania także materiału kontrolnego Access HIV combo QC4 & QC5.

Odwołujący w piśmie z dnia 6 października 2017 r. stwierdził, iż Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zdefiniował jaki rodzaj przeciwciał ma wykrywać test do oznaczania HIV, a tym samym nie zdefiniował rodzaju materiału kontrolnego w odniesieniu do tych przeciwciał. Jedynym wymogiem zawartym w SIWZ odnośnie odczynnika do oznaczania HIV była informacja, że ma to być odczynnik wykrywający antygen i przeciwciała, tzw. test IV generacji, a jedyna informacja dotycząca materiałów kontrolnych została zawarta w

załączniku 1.1. F cz. A. – Minimum kontrola na dwóch poziomach. Na rozprawie Odwołujący podał, iż Zamawiający błędnie interpretuje, że termin zestaw to Access HIV combo QC i Access HIV combo QC4 & QC5. Odwołujący podał, iż dodatkowy materiał kontrolny jest wymagany tylko w niektórych krajach. Stwierdził, iż nie są mu znane regulacje, aby w Polsce był wymagany. Ulotka jest uniwersalnym dokumentem skierowanym na wszystkie rynki. Na potwierdzenie tego twierdzenia Odwołujący przedstawił oświadczenie producenta (dowód 2.2.1 złożony na rozprawie), które potwierdza, iż dodatkowy materiał kontrolny jest wymagany tam gdzie lokalne przepisy tego wymagają. Odwołujący złożył także oświadczenie producenta, z którego wynika, że nie ma jednego materiału kontrolnego, który obejmowałby kontrole wszystkich przeciwciał (dowód 2.2 złożony na rozprawie). Odwołujący dodał, że takich wymogów w SIWZ nie było. Zdaniem Odwołującego materiał kontrolny Przystępującego nie może badać wszystkich przeciwciał, podobnie jak zaoferowany przez Odwołującego materiał kontrolny,

a ulotka Przystępującego jest nieprecyzyjna. Dodał, iż Przystępujący posiada dwie ulotki, jedną na rynek amerykański, w której są takie sformułowania, jak w ulotce Odwołującego i jedną na rynek polski, natomiast ulotka na rynek polski wskazuje tylko na przeciwciała HIV, nie precyzując o jakie chodzi.

Przystępujący w piśmie z dnia 11 października 2017 r., że w treści ulotki złożonej przez Odwołującego nie ma zastrzeżenia, że kontrola jakości może być ograniczona wyłącznie do zestawu HIV combo QC. Ulotka nie przewiduje wybiórczego zastosowania jednej z kontroli. Obie kontrole powinny być stosowane równocześnie i kontrolować przynajmniej dwa stężenia analitu (w teście IV generacji – a taki był wymagany - znajdują się 3 anality i każdy z nich należy kontrolować przynajmniej na dwóch poziomach).

Według stanowiska Przystępującego, przedstawionego na rozprawie, Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, iż Zamawiający nie ma obowiązku kontroli przeciwciał anty HIV2. Skoro w SIWZ jest przedstawiony wymóg testu HIV 4 generacji, a ten oznacza zarówno antygen i przeciwciała HIV 1 i HIV 2. SIWZ nie zawiera wskazania, iż Zamawiający testem 4 generacji zamierza wykonywać badania wyłącznie w zakresie przeciwciał HIV 1. Przystępujący stwierdził, iż ulotki załączonej przez niego do oferty wynika, że nie ma potrzeby oferowania innych materiałów, niż te które zostały wskazane w ofercie.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 października 2017 r. stwierdził, iż nie deklarował, że wymaga możliwości wykrywania zakażenia tylko jednym typem wirusa HIV tj. HIV 1. Przeciwnie, zamierza wykrywać zakażenia także rzadziej występujące. Zamawiający podał również, iż wyspecyfikował, iż wymaga możliwości wykonania badania HIV AB/AG IV

generacji, a testy tej generacji zaleca Polskie Towarzystwo Naukowe AIDS na rok 2017, jako testy, które umożliwiają wykrycie antygenu p 24 HIV oraz przeciwciał anty HIV 1 i anty HIV 2.

Według twierdzeń Zamawiającego przedstawionych na rozprawie, nie ma on podstaw do kwestionowania w tym zakresie oferty Przystępującego, ponieważ wynika z niej, że to co jest wymagane przez producenta, Przystępujący oferuje. Inaczej jest w przypadku oferty Odwołującego, w której nie został zaoferowany jeden z wymaganych przez producenta materiałów kontrolnych. Zamawiający podał, iż jako użytkownik jest obowiązany stosować się do instrukcji producentów, inaczej może ponieść konsekwencje prawne. Takim niezgodnym z ulotką postępowaniem byłoby stosowanie tylko jednej kontroli, zamiast dwóch przewidzianych w ulotce producenta wskazanego w ofercie Odwołującego.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający wymagał złożenia w ofercie m.in. ulotki, z której czerpał informacje m.in. o wymogach kontroli jakości dla wymaganego w SIWZ badania HIV AB/AG IV gen, do której Zamawiający musi się stosować jako użytkownik, to w sytuacji gdy taka załączona do oferty ulotka wskazywała na to, że materiały kontroli jakości symulujące pod względem właściwości próbki pacjenta i które są niezbędne do monitorowania charakterystyki działania systemu oznaczeń immunochemicznych, obejmują zaoferowany zestaw HIV combo QC, jak również Access HIV combo QC4 & QC5 lub inne dostępne w handlu materiały do kontroli jakości (pkt. 7.4), a Odwołujący zaoferował jedynie HIV combo QC, to oferta nie jest kompletna.

W ocenie Izby za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż powinien otrzymać od wykonawcy spójne instrukcje i wynikające z nich materiały, w celu umożliwienia Zamawiającemu wykonywania badań przewidzianych w SIWZ, zgodnie z wymogami określonymi przez producenta.

Ad. 3

Niezaoferowania materiału kontrolnego KJ Triage BNP, firmy Alere, nr kat. 98201 niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta testu, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach wykonania wymaganego w SIWZ badania NT-proBNP lub BNP.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający w piśmie z dnia 20.12.2016 r. w odpowiedzi na pytanie 76 pkt 4 odpowiedział twierdząco, bez jakiegokolwiek zastrzeżenia, na postawione pytanie: czy Zamawiający uzna za spełnienie wymogów zapis: „ Materiały kontrolne firmowe (producenta odczynników i analizatora lub zaadoptowane przez firmę) dla wymaganych oznaczeń na oferowanych odczynnikach i aparaturze „, jeśli materiał kontrolny jest

produkowany przez renomowaną firmę produkującą materiał kontrolny, posiada wartości zaadoptowane przez firmę i dedykowane dla oferowanego analizatora, to Zamawiający nie może następnie wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy, który zastosował się do jednoznacznego stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na pytanie.

Tym samym potwierdził się zarzut Odwołującego w tym zakresie. Nie wpływa to jednak na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. 4

Zarzut niezaoferowania materiału zużywalnego ISE Internal Reference 2 x 25 ml, nr kat. 66314, niezbędnego do zgodnego z wymaganiami producenta, określonymi w przekazanych Zamawiającemu dokumentach, prawidłowego funkcjonowania modułów ISE na obu oferowanych analizatorach biochemicznych i tym samym niezbędnego do wykonania wymaganych w SIWZ badań

Stosownie do załącznika nr 1.1. A poz. 31 i załącznika nr 1.1. B poz. 26 w związku z załącznikiem nr 1.1. poz. 32, 47 i 49 w okresie objętym przedmiotem zamówienia, Zamawiający będzie również przeprowadzał badania w zakresie jonogramu (Na, K), potas i sód w moczu, do których potrzebne są materiały zużywalne do analizatora.

Nie jest sporne, że zgodnie z instrukcją obsługi analizatora materiał zużywalny ISE Internal Reference 2 x 25 ml, nr kat. 66314, jest potrzebny, bowiem jest używany do konserwacji wykonywanej co drugi miesiąc lub co 20 000 próbek.

Z podręcznika złożonego przez Odwołującego, wynika, iż w odniesieniu do obydwu oferowanych analizatorów biochemicznych do obowiązków użytkownika należy nie tylko sprawdzenie wzrokowo poziomu płynu ale też uzupełnianie roztworu REF oraz jest zawarta informacja, jak należy dokonać jego uzupełnienia, to oznacza, że dla kompletności oferta powinna zawierać ten materiał zużywalny. Okoliczność, że, jak podał Odwołujący, poziom roztworu sprawdza też serwis podczas czynności podejmowanych raz na pół roku nie zmienia tej powinności użytkownika, skoro uzupełnianie płynu ma następować co drugi miesiąc lub co 20 000 próbek, przy czym jak podał Zamawiający na rozprawie, dzienna ilość próbek to około 300. W związku z tym, brak zaoferowania ww. materiału zużywalnego, wskazuje na niekompletność oferty.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Brak zasadności trzech z czterech zarzutów postawionych w odwołaniu wynika z analizy treści postanowień SIWZ oraz treści oferty Odwołującego, a także treści dowodów załączonych do pism stron postępowania i uczestnika, w szczególności ulotek złożonych przez Odwołującego i Przystępującego, Podręcznika użytkownika.

Z dokumentów tych wynika, bowiem, że przy przyjętej w postępowaniu zasadzie samodzielnego wyboru systemu dla prawidłowego wykonania przez Zamawiającego wskazanych w SIWZ badań, z jednoczesnym ograniczeniem swobody w tym zakresie do tego, co wynika z treści SIWZ i ulotek, instrukcji używania producentów, Odwołujący, wiedząc, że Zamawiający (użytkownik) jest obowiązany do przestrzegania takich instrukcji producenta, był obowiązany zaoferować to, co wymaga producent i na co wskazuje w wydanych np. ulotkach czy instrukcjach. SIWZ zawierała jednoznaczne wymogi aby oferta była kompletna.

Jeżeli Odwołujący miał swoją ocenę potrzeb Zamawiającego, odmienną od treści SIWZ, czy swoją interpretację treści SIWZ w relacji do ulotki, którą składał, to przed złożeniem oferty, tak jak w przypadku materiału kontrolnego KJ Triage BNP firmy Alere, nr kat. 98201 (zarzut nr 3), mógł zwrócić się do Zamawiającego z zapytaniem, przedstawiając swoje stanowisko.

Należy bowiem zauważyć, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to Zamawiający określa swoje uzasadnione potrzeby i wszczyna postępowanie w celu pozyskania potrzebnych np. dostaw czy usług. Skoro dla wykonawców było wiadomo, jaki jest przedmiot zamówienia, oraz że w przedmiotowym postępowaniu treść np. ulotki, podręcznika użytkownika określa granice ich swobody, to składając ofertę, powinni stosować się do tego, co z nich wynika.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu w tym zakresie również spoczywał na Odwołującym.

Izba orzeka w granicach zarzutów zgłoszonych w odwołaniu. W odwołaniu Odwołujący wskazując na nierówne traktowanie, odniósł go do zarzutu nr 2 i podał, iż zaoferowany przez niego materiał kontrolny, niezbędny do wykonania, wymaganego w SIWZ badania HIV AB/AG IV gen, jest identyczny pod względem analitycznym i analogiczny do zaoferowanego przez Przystępującego. W związku z tym, skoro oferta Przystępującego nie została odrzucona to, również, zdaniem Odwołującego, jego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Jak zostało wskazane wyżej w odniesieniu do zarzutu nr 2, Zamawiający w dacie oceny ofert dysponował ofertami, z których jedna zawierała materiał kontrolny

wymieniony w ulotce, a zatem była kompletna, zaś oferta Odwołującego nie zawierała jednego z dwóch wymienionych w ulotce materiałów kontrolnych, a wymaganych przez producenta testu do przeprowadzenia kontroli jakości badania przewidzianego w SIWZ. Izba podziela stanowisko, że tam gdzie występuje spójnik łączny „i” a nie rozłączny np. „lub”, „albo” należy przyjąć, iż autorowi chodzi o łączne wystąpienie obydwu elementów tak połączonych.

Odwołujący nie wykazał, iż udzielenie zamówienia miałyby nastąpić z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazał również przepisu, jaki został naruszony przez Zamawiającego za sprawą wyboru oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

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

Przewodniczący:

,