

Sygn. akt: KIO 146/18

**WYROK**  
z dnia 14 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2018 r. przez wykonawcę: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, ul. Francuska 20/24, 40-027 Katowice,**

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

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1,
  - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, ul. Francuska 20/24, 40-027 Katowice, i:**

  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego, ul. Francuska 20/24, 40-027 Katowice** na rzecz wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników do badań diagnostycznych wraz z dzierżawą analizatorów pod nazwą „Dostawa odczynników 4.” Ogłoszenie o zamówieniu pod nr 2017/S 196-402340 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2017 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 8 Pakietów, w tym Pakiet nr 1 stanowi – „Dostawa odczynników do badań diagnostycznych wraz z dzierżawą analizatorów do badań immunochemicznych”.

W dniu 16 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania – wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Roche”) jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1.

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Roche w zakresie Pakietu nr 1 zamówienia, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
2. zaniechania czynności wykluczenia Roche z postępowania o udzielenie zamówienia;
3. czynności wyboru oferty złożonej przez Roche w ramach Pakietu nr 1 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche, mimo, iż treść oferty Roche w zakresie Pakietu nr 1 nie odpowiadała treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche, która zawiera błąd w obliczeniu ceny - jest niedoszacowana;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Roche z postępowania mimo, że wykonawca przedstawił w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
4. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
5. art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
6. art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), który stanowi,

że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty w ramach Pakietu nr 1;
2. odrzucenia oferty Roche na Pakiet nr 1, jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
3. ewentualnie, w razie gdyby wniosek wskazany w pkt 2. powyżej nie został uwzględniony - wykluczenia Roche z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. powtórzenia czynności wyboru oferty w ramach pakietu nr 1 z uwzględnieniem oferty złożonej przez Abbott.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie pakietu nr 1, w którym oferty złożyło dwóch wykonawców: Abbott i Roche. Oferta Abbott została oceniona przez Zamawiającego na 82,50 pkt, natomiast oferta Roche - na 85,00 pkt. Mimo, iż oferta Roche jest niezgodna z treścią SIWZ, a wykonawca Roche podlega wykluczeniu z postępowania, Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy.

### **Treść oferty Roche w zakresie pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia nie odpowiada treści SIWZ**

#### **Roche zaoferował analizator, który nie ma wymaganych w SIWZ parametrów**

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia sporządzona przez Zamawiającego w pkt. 6 załącznika nr 1B, dotyczącym analizatora do badań immunochemicznych, przewiduje - jako parametr wymagany - identyfikację odczynników, kontroli, kalibratorów i próbek pacjenta przez analizator za pomocą kodów paskowych.

Jako analizator do badań immunochemicznych Roche zaoferował analizator cobas e 801, który w celu identyfikacji odczynników wykorzystuje technikę RFID. Nie ma natomiast funkcji identyfikacji odczynników za pomocą kodów paskowych.

Technika RFID i kody paskowe służą zapisywaniu i odczytywaniu informacji zapisanych na etykietach oznaczających dany obiekt w celu jego identyfikacji. Stanowią one jednak dwie różne metody identyfikacji danych. Technika RFID do zapisywania i odczytywania danych z etykiety RFID wykorzystuje fale radiowe. Stosowanie techniki RFID wzbudza kontrowersje związane z bezpieczeństwem i prywatnością, ponieważ może ona ułatwiać dostęp do poufnych danych zapisanych na etykietach RFID. Z kolei kod paskowy to graficzny zapis informacji w formie kombinacji ciemnych i jasnych elementów ustalonej według reguł opisujących budowę danego kodu. Kod kreskowy odczytywany jest za pomocą czytników elektronicznych. RFID i kody paskowe to dwie różne metody identyfikacji - różnią się sposobem zapisywania i odczytywania danych, zakresem identyfikowanych danych, formą

etykiet, a przede wszystkim poziomem bezpieczeństwa przechowywanych za pomocą etykiet danych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie jest tego rodzaju, iż można w tym przypadku mówić o omyłce polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Treść oferty Roche nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie parametrów wymaganych analizatora do badań immunochemicznych, a jednocześnie brak jest podstaw do zmiany treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

### **Roche zaoferował zbyt małą w stosunku do wymagań SIWZ ilość odczynników, kalibratorów i kontroli**

Roche zaoferował mniejszą ilość odczynników, kontroli i kalibratorów niż wynika z treści SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego. Rodzaje odczynników, kontroli i kalibratorów wymaganych przez Zamawiającego oraz ich ilości zostały wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ. W toku postępowania wykonawcy zgłosili szereg pytań do Zamawiającego. Pytanie nr 17 dotyczyło tego, czy do ilości poszczególnych odczynników wskazanych w załączniku nr 1 do SIWZ trzeba doliczyć ilość odczynników, jaka jest potrzebna do przeprowadzenia kontroli i kalibracji. Zamawiający odpowiedział twierdząco, wskazując, że wykonawcy powinni doliczyć odpowiednie ilości odczynników potrzebne do wykonania tylu kalibracji, ile wynika z zaleceń producenta danego odczynnika oraz tylu kontroli, ile wynika z przyjętego przez Zamawiającego harmonogramu prowadzenia kontroli jakości w pracowni immunochemii.

Zaoferowana przez Roche ilość opakowań poszczególnych odczynników jest niewystarczająca do wykonania wszystkich testów wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ oraz wszystkich wymaganych kontroli i kalibracji danego odczynnika. Przykładowo, Zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do oznaczania anty-TPO w ilości wystarczającej na wykonanie 3500 testów w okresie 3 lat. Zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego harmonogramem, Zamawiający będzie przeprowadzał kontrolę tego odczynnika raz w tygodniu. Tym samym w okresie 3 lat Zamawiający będzie musiał wykonać 156 testów w ramach kontroli. Zgodnie z ulotką odczynnikową Roche, odczynnik do oznaczania anty-TPO należy kalibrować co 7 dni. W okresie 3 lat Zamawiający będzie więc musiał przeprowadzić 156 kalibracji. W czasie jednej kalibracji należy wykonać 4 testy na jednej komorze pomiarowej. Zaoferowany przez Roche analizator cobas e 801 posiada dwie komory pomiarowe. Aby Zamawiający mógł przeprowadzić kalibrację, Roche powinien był zaoferować ilość odczynnika odpowiednią dla

kolejnych 1248 testów. W sumie Zamawiający będzie więc potrzebował wystarczającej ilości odczynnika do oznaczania anty-TPO do wykonania 4904 testów, w tym 3500 testów na oznaczenia, 156 testów w ramach kontroli oraz 1248 testów w celu kalibracji. Jedno opakowanie wystarczy na 300 testów. Roche powinien był więc zaoferować 17 opakowań tego odczynnika.

Roche zaoferował 13 opakowań odczynnika do oznaczania anty-TPO, a więc o 4 opakowania za mało. Cena netto 1 opakowania wynosi 1.650,00 zł. Oferta Roche w zakresie odczynnika do oznaczania anty-TPO jest więc zaniżona o 6.600,00 zł.

W zakresie kalibratorów niedoszacowanie oferty Roche wynika z nieuwzględnienia ich stabilności. Przykładowo, Zamawiający wymagał zaoferowania kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG w ilości wystarczającej do wykonania kalibracji przez okres 3 lat. Roche zaoferował 6 opakowań tego kalibratora. Z ulotki odczynnikowej tego kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG wynika, że jego stabilność wynosi 6 tygodni. W jednym opakowaniu znajdują się dwa zestawy tego kalibratora. Jedno opakowanie będzie więc mogło być używane nie dłużej niż 12 tygodni. Ponieważ umowa ma zostać zawarta na okres 3 lat, czyli 156 tygodni, Roche powinien był zaoferować 13 opakowań kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG.

Roche zaoferował 6 opakowań kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG, a więc o 7 opakowań za mało. Cena netto 1 opakowania wynosi 150,00 zł. Oferta Roche w zakresie odczynnika do oznaczania anty-TPO jest więc zaniżona o 1.050,00 zł.

Niedoszacowanie oferty Roche w zakresie kontroli wynika albo z nieuwzględnienia ich stabilności, w sposób analogiczny jak w przypadku kalibratorów, albo z nieuwzględnienia ograniczonej liczby kontroli, jaka może być przeprowadzona z użyciem jednej fiołki danego materiału kontrolnego. Przykładowo, Zamawiający wymagał zaoferowania odczynnika do wykonywania testu VDRL, czyli testu na syfilis. Zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego harmonogramem, Zamawiający będzie przeprowadzał kontrolę tego odczynnika dwa razy w tygodniu. Tym samym w okresie 3 lat Zamawiający będzie musiał wykonać 312 kontroli. Zgodnie z ulotką odczynnikową kontroli odczynnika do testu VDRL, przy użyciu jednej fiołki można wykonać nie więcej niż 5 procedur kontroli. Opakowanie zawiera 4 fiołki, co oznacza, że z jednego opakowania można wykonać 20 procedur kontroli. Roche powinien był zaoferować 16 opakowań tej kontroli.

Roche zaoferował 15 opakowań kontroli odczynnika do testu VDRL, a więc o 1 opakowanie za mało. Cena netto 1 opakowania wynosi 285,00 zł. O taką kwotę oferta Roche jest zaniżona w zakresie kontroli odczynnika do testu VDRL.

Niedoszacowanie oferty Roche w zakresie wskazanych wyżej oraz pozostałych odczynników, kalibratorów i materiałów kontrolnych obrazuje tabela stanowiąca załącznik nr V do niniejszego pisma. W sumie oferta Roche jest zaniżona o 112.718,00 zł.

Zaoferowanie przez wykonawcę mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego ilości produktów, oznacza, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt KIO 1782/16). Oferta Roche powinna więc zostać odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

### **Roche podał w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd i mające istotny wpływ na jego decyzje w postępowaniu**

Wykonawca Roche podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ w swojej ofercie podał informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do zgodności tej oferty z treścią SIWZ i miały wpływ na decyzje Zamawiającego o nieodrzuconiu oferty i wyborze jej jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1.

Roche w pkt 6 załącznika nr 1B do oferty wskazał, że zaoferowany analizator cobas e 801 posiada wymaganą przez Zamawiającego funkcję identyfikacji za pomocą kodów paskowych nie tylko kontroli, kalibratorów i próbek pacjenta, lecz także odczynników, podczas gdy analizator cobas e 801 nie posiada funkcji identyfikacji odczynników pacjenta za pomocą kodów paskowych. Podana przez Roche informacja wprowadziła Zamawiającego w błąd co do posiadania przez analizator cobas e 801 funkcji identyfikacji odczynników za pomocą kodów paskowych. Błąd ten spowodował, że Zamawiający nie odrzucił oferty Roche, a następnie wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą, mimo że nie odpowiada ona treści SIWZ.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wykonawca, który ze względu na swoją lekkomyślność lub niedbalstwo przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podlega wykluczeniu.

Wykonawca Roche podał w ofercie informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania decyzje. Zamawiający powinien był wykluczyć Roch z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący załączył do odwołania dowody, w tym:

- załącznik nr IB do SIWZ;
- załącznik nr 1A do oferty Roche;
- wydruk z instrukcji użytkownika analizatorów cobas 8000 wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem;
- wyciąg z katalogu produktów Roche wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem;
- wydruk ze strony internetowej; link: <https://pl.wikipedia.org/wiki/RFID>
- wydruk ze strony internetowej; link: [https://pl.wikipedia.org/wiki/Kod\\_kreskowy](https://pl.wikipedia.org/wiki/Kod_kreskowy)
- załącznik nr 1 do SIWZ;
- wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 2 listopada 2017 r.;

- załącznik nr 1 do oferty Roche - formularz asortymentowo-cenowy;
- ulotka odczynnika do oznaczania anty-TPO;
- ulotka kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG;
- ulotka kontroli odczynnika do testu VDRL;
- załącznik nr IB do oferty Roche - wymagane parametry dla analizatora immunochemicznego;
- tabela obrazująca niedoszacowanie oferty Roche w zakresie odczynników.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 12 lutego 2018 r. wykonawca wyjaśnił, że RFID jest radiowym kodem kreskowym (zob. określenie użyte przez Wikipedię – strona 10 dowodu nr 6 do odwołania). Zasada działania tego systemu jest podobna do działania kodów kreskowych lub kodów 2D, z tą różnicą, że do odczytania informacji w chipie RFID dochodzi zdalnie za pośrednictwem sygnału radiowego, tzn. bez konieczności wzrokowego odczytu. Chipy RFID mogą mieć różny wygląd, często bywają ukryte w etykiecie (tzw. „etykiety inteligentne” lub „tagi RFID”), na której dodatkowo nadrukowany jest kod kreskowy. Odczynniki poza identyfikacją RFID posiadają także na opakowaniu kod kreskowy, poprzez który mogą być też identyfikowane. Użytkownik ma więc pełną informację o rodzaju odczynnika po identyfikacji opakowania przez czytnik. Zamawiający przy tym nie narzucił żadnej konkretnej technologii identyfikacji odczynników, kalibratorów etc., a jedynie oczekiwał aby proces odczytu danych był w pełni automatyczny, przy pomocy danych zapisanych na kodzie paskowym. Taki kod znajduje się na kasetach odczynnikowych przeznaczonych do analizatora e801, który czerpie z nich dane, a następnie przetwarza w trakcie wykonywania oznaczeń.

Zarzuty dotyczące niedoszacowania odczynników, kalibratorów i kontroli Przystępujący uznał za niezasadne. W zakresie ilości zaoferowanych odczynników wskazał, że Odwołujący przyjął błędne założenia do obliczenia koniecznej ilości odczynników. Wyjaśnił, że zgodnie z instrukcją testu anty-TPO bezwzględnym wymogiem jest wykonanie kalibracji jedynie dla nowej serii odczynnika. Przy odnowieniu kalibracji producent nie narzuca sztywnej częstotliwości wykonania kalibracji i pozostawia to do decyzji użytkownika. Wykonanie kalibracji po 7 dniach jest jedynie jedną z opcji, którą może wybrać użytkownik.

W przypadku kalibratorów Odwołujący w ramach zarzutu nie uwzględnił postanowienia SIWZ, że „Kontrole, kalibratory, materiały zużywalne muszą być podane w ilości adekwatnej do zamawianych odczynników z założeniem, że wszystkie badania wykonywane są 5 razy w tygodniu, natomiast oznaczenie TRP 7 razy w tygodniu.” Trwałość kalibracji testu a-TG wynosi 12 tygodni, w opakowaniu kalibratora AISet a-TG są dwie pary fiolek, a więc 1 opakowanie kalibratora wystarczy na 24 tygodnie, tj. 168 dni. W okresie trwania umowy (780 dni) wymagane jest 4,7 opakowania kalibratora, podczas gdy Przystępujący zaoferował 6



opakowań na okres trwania umowy.

W zakresie trwałości kontroli Przystępujący wskazał, że zgodnie z instrukcją metodyczną kontroli, po rekonstytucji/otwarciu kontrole mogą być porcjowane i zamrażane (w tym kontrole PreciControl Syphilis). Zgodnie z ulotką, trwałość rekonstruowanej kontroli wynosi 6 miesięcy w temp. -20 °C. Z jednego opakowania (4x2,0 ml) można uzyskać 8 porcji po 1ml kontroli. Z każdej takiej porcji można wykonać 5 procedur kontroli, a zatem z jednego opakowania – 40 procedur kontroli. Przystępujący zaoferował 15 opakowań, które wystarczą na wykonanie 600 procedur kontrolnych, podczas gdy Zamawiający planuje zgodnie z SIWZ wykonanie 312 procedur kontrolnych w okresie trwania umowy.

W zakresie zarzutu podania nieprawdziwych informacji Przystępujący wyjaśnił, że zaoferowany aparat cobas e 801 cechuje się wszystkimi właściwościami wymaganymi w postępowaniu, w tym również identyfikuje odczynniki z wykorzystaniem kodów paskowych.

Zamawiający, pismem z dnia 12 lutego 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że uznał ofertę Roche za prawidłową, gdyż zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 18 ppkt 2b SIWZ Zamawiający żądał złożenia katalogu, folderu lub opisu technicznego w języku polskim na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia. Roche załączył takie dokumenty do oferty i przedstawił opis techniczny analizatora cobas e801, który potwierdzał spełnienie parametru wymaganego w pkt 6 załącznika nr 1B do SIWZ. Ponadto, Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę Roche do udzielenia wyjaśnień. W wezwaniu z dnia 2 stycznia 2018 r. Zamawiający zażądał jednoznacznego potwierdzenia, że identyfikacja odczynników, kontroli, kalibratorów i próbek pacjenta przez oferowany analizator cobas e801 następować będzie za pomocą kodów paskowych i uzyskał jednoznaczną odpowiedź potwierdzającą spełnienie tego wymagania. Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważył, że zarówno kody paskowe jak i technika RFID wykorzystująca fale radiowe, służą zapisywaniu, odczytywaniu i przetwarzaniu informacji zapisanych na etykietach oznaczonych produktów, a zatem realizują ten sam cel chociaż w odmienny sposób. W przypadku otrzymania w toku postępowania pytania wykonawcy, czy Zamawiający dopuści technikę RFID jako równoważną dla techniki identyfikacji za pomocą kodów paskowych Zamawiający udzieliłby odpowiedzi twierdzącej. Takie pytanie nie wpłynęło jednak do Zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, Zamawiający wskazał, że uznał prawidłowo, że oferta złożona przez Roche nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Zamawiający powołał postanowienie załącznika nr 1 do SIWZ „kontrolne, kalibratory, materiały zużywalne muszą być podane w ilości adekwatnej do zamawianych odczynników z założeniem, że

wszystkie badania wykonywane są 5 razy w tygodniu, natomiast oznaczenie TRP 7 razy w tygodniu. Wszystkie płyny (np. płyn płuczący, bufor, rozcieńczalnik itp.) potrzebne do pracy analizatora należy podać w ilościach zapewniających pracę analizatora 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu.” Ponadto, na pytanie wykonawcy, „czy do podanych ilości testów Wykonawca powinien doliczyć testy potrzebne na kontrolę i kalibrację? Jeśli tak, proszę o podanie harmonogramu wykonywania oznaczeń kontrolnych, udzielił odpowiedzi, że „testy kalibracyjne zgodnie z zasadami producenta, oznaczenia kontrolne według poniższego harmonogramu” (załączono harmonogram). Wykonawcy mieli pełną jasność odnośnie ilości produktów wymaganej przez Zamawiającego. Prawidłowe szacowanie ilości leżało wyłącznie po stronie wykonawcy. Zamawiający wskazał także na treść §2 ust. 9 wzoru umowy, że „w przypadku błędnego (mniejszego) oszacowania przez wykonawcę oferowanych ilości odczynników i materiałów kontrolnych w stosunku do ilości badań podanych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia braków na własny koszt w terminie 7 dni od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.” Nawet zatem dostarczenie mniejszej ilości produktów nie miałoby jednak wpływu na cenę oferty, gdyż uzupełnienie brakujących ilości musiałoby nastąpić w ramach ceny ofertowej. Podwyższenie oferty Roche o kwotę wskazaną przez Odwołującego, jako zniżenie ceny oferty Roche (112 718,00 zł) nie miałoby wpływu na wynik postępowania z uwagi na fakt, że cena oferty Odwołującego jest o ponad 300 000,00 zł droższa.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż potwierdził on spełnienie parametru wymaganego w pkt 6 załącznika 1B do SIWZ przez załączenie opisu technicznego w języku polskim, a ponadto potwierdził spełnienie parametru dwukrotnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Nie sposób zatem uznać, że wykonawca Roche wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie treści oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zrzutu niezgodności treści oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W pozostałym zakresie zarzuty przedstawione w odwołaniu zostały uznane za niezasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do brzmienia art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę dowody przedstawione przez Odwołującego załączone do odwołania oraz przedłożone przez Odwołującego na rozprawie, w tym: zestawienie tabelaryczne zaoferowanych odczynników w ofercie Roche ze wskazaniem brakujących ilości, specyfikację systemu odczynnikowego modułów e z serii cobas – wyciąg z instrukcji wersja 5.1, a także dowody przedłożone przez Przystępującego na rozprawie, w tym: zdjęcie kaset z odczynnikami z widocznym kodem paskowym, wyciąg z instrukcji obsługi modułu analizatora E801 – wersja 5.1, zdjęcie czytnika do kodów paskowych, ulotki odczynników Elecsys Anti-TPO, Anti-Tg CalSet, Elecsys Anti-Tg, PreciControl Syphilis, Elecsys Syphilis.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche, mimo, iż treść oferty złożonej przez ten podmiot w zakresie Pakietu nr 1 zamówienia, nie odpowiadała treści SIWZ. Izba uwzględniła w tym zakresie żądanie Odwołującego co do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 1 oraz odrzucenia oferty Roche złożonej w Pakiecie nr 1, jako nieodpowiadającej treści SIWZ. W konsekwencji Izba stwierdziła naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez nieadekwatną do wymagań SIWZ ocenę oferty Roche przez Zamawiającego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, że wykonawca Roche zaoferował analizator do badań immunochemicznych Cobas e 801, który nie spełnia wymaganego w SIWZ parametru „identyfikacja odczynników, kontroli, kalibratorów i próbek pacjenta przez analizator za pomocą kodów paskowych” (SIWZ -Załącznik nr 1B pkt 6)

Treść postanowienia SIWZ zawartego w pkt. 6 załącznika nr 1B, dotyczącego analizatora do badań immunochemicznych, przewidującego - jako parametr wymagany - identyfikację odczynników, kontroli, kalibratorów i próbek pacjenta przez analizator za pomocą kodów paskowych jest jednoznaczna, czytelna i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Kody paskowe są używane powszechnie w obrocie gospodarczym. Jak wynika z treści aktualnej

Instrukcji obsługi 5.1 „Seria analizatorów modułowych cobas 8000 – Wersja oprogramowania 06-03” – Specyfikacja systemu odczynnikowego modułów e z serii cobas, przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, którego to dokumentu Przystępujący nie kwestionował, Moduł e 801 w odniesieniu do funkcji „identyfikacja odczynników” posiada funkcję „RFID”, a nie funkcję „kod kreskowy” lub „kod paskowy” do identyfikacji odczynników.

W rozdziale VI pkt 18 pkt 2 lit.b SIWZ Zamawiający wskazał, że „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia (ANALIZATORY) odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda: [...] katalogu, folderu lub opisu technicznego w języku polskim. Treść dołączonego do oferty katalogu, folderu lub opisu technicznego musi potwierdzać wszystkie oferowane i dodatkowo oceniane parametry, oraz wszystkie wymagane w SIWZ parametry. Brak potwierdzenia w dostarczonych dokumentach wymaganego parametru będzie skutkowało odrzuceniem oferty. [...]”

Analizator cobas e 801, który w celu identyfikacji odczynników wykorzystuje technikę RFID nie spełnia wymagania SIWZ, bowiem nie posiada wymaganej w SIWZ funkcji identyfikacji odczynników za pomocą kodów paskowych. Wykorzystuje w tym zakresie technikę RFID. Okoliczność przeciwna nie wynika ani z treści instrukcji obsługi tego aparatu, ani też nie została wykazana przez Przystępującego w jakikolwiek inny sposób.

Technika RFID wykorzystuje fale radiowe do zapisywania i odczytywania danych z etykiety RFID. Technika ta jest inną metodą identyfikacji niż kody paskowe, które są odczytywane za pomocą czytników elektronicznych. Okoliczność ta została przyznana przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 12 lutego 2018 r., jak i przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Fakt, że na kasetach zawierających odczynniki są umieszczone kody paskowe, nie jest równoznaczny z tym, że analizator cobas e 801 posiada funkcję identyfikacji tych odczynników za pomocą tych kodów. Jak wyjaśnił sam Przystępujący na rozprawie, oprócz kodów paskowych na opakowaniach - kasety z odczynnikiem posiadają także kody RFID, które są odczytywane przez analizator techniką RFID. Przystępujący nie wykazał natomiast okoliczności, że kody paskowe zawarte na opakowaniach kaset z odczynnikiem są odczytywane przez zaoferowany analizator.

Powyżej opisana technika RFID do identyfikacji odczynników nie została przez Zamawiającego dopuszczona w SIWZ. Fakt, że Zamawiający posiadając obecnie wiedzę na temat tej techniki stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że dopuściłby tę technikę nie oznacza, że obecnie tj. na etapie oceny ofert Zamawiający może modyfikować postanowienia SIWZ, przyjmując dowolną interpretację zawartych w niej postanowień. Nie można uznać za dopuszczalną dowolną interpretację jednoznacznego postanowienia SIWZ ponad wykładnię literalną tego postanowienia, która nie budzi żadnych wątpliwości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. *Przepis* art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie może mieć w niniejszej sprawie zastosowania z uwagi na fakt, że niezgodność treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ we wskazanym powyżej zakresie nie stanowi omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Treść oferty Roche w zakresie przedmiotu (zamówienia) nie może ulec zmianie po złożeniu oferty, ponieważ byłaby to istotna i niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 1 Pzp zmiana treści złożonej oferty.

Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą zamawiający może domniemać na podstawie oświadczeń wykonawcy, zwłaszcza wówczas, gdy nie wynika to z obiektywnych dokumentów technicznych dotyczących zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Jeżeli parametry oferowanego sprzętu nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji, oświadczenie o zgodności proponowanego rozwiązania z wymaganiami specyfikacji nie wpływa na ocenę merytorycznej zawartości oferty, jest natomiast przejawem jej niespójności i wewnętrznej sprzeczności (wyrok SO w Warszawie z 28.10.2005 r., V Ca 398/05).

Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Roche o udzielenie wyjaśnień w zakresie sprzeczności treści opisu technicznego załączonego do oferty (str. 11) z treścią instrukcji obsługi oferowanego analizatora cobas e 801, gdyż z treści instrukcji obsługi, zdaniem Zamawiającego wynika, że identyfikacja odczynników odbywa się za pomocą techniki RFID, wbrew oświadczeniu wykonawcy zawartemu w opisie technicznym tego aparatu. W odpowiedzi na wezwanie (pismo omyłkowo datowane na dzień 26.10.2017 r. – powinno być 26 grudnia 2017 r.) wykonawca Roche wyjaśnił, że identyfikacja odczynników przez analizator cobas e 801 odbywa się za pomocą czytnika RFID. Wskazał dodatkowo, że odczynniki posiadają na opakowaniu kod kreskowy, nie potwierdził jednak, że ten kod kreskowy jest odczytywany przez ww. aparat.

W kolejnym wezwaniu z dnia 2 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Roche do jednoznacznego potwierdzenia spełnienia powyższego wymagania. W wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2018 r. wykonawca Roche nie potwierdził spełnienia wymagania odnośnie identyfikacji odczynników za pomocą kodów paskowych, a jedynie wskazał na nieaktualność instrukcji obsługi, którą posługuje się Zamawiający.

W świetle złożonych przez wykonawcę Roche wyjaśnień na wezwania Zamawiającego oraz zebranego materiału dowodowego należało uznać zatem, że wykonawca Roche nie potwierdził jednoznacznie spełnienia powyższego wymagania i nie przedstawił obiektywnej informacji potwierdzającej, że oferowany analizator cobas e 801 posiada funkcję identyfikacji odczynników za pomocą kodów paskowych. Oferta Roche

w tych okolicznościach nie spełnia wymagania SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Roche z postępowania z powodu przedstawienia w ofercie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, podniesiony w odwołaniu jedynie jako ewentualny, zgodnie z żądaniem Odwołującego nie podlegał rozpoznaniu wobec stwierdzenia przez Izbę, że oferta Roche podlega odrzuceniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche, która zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz jest niedoszacowana, gdyż Roche zaoferował mniejszą ilość odczynników, kontroli i kalibratorów niż wynika z treści SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego.

Rodzaje odczynników, kontroli i kalibratorów wymaganych przez Zamawiającego zostały wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ wraz z ilością planowanych do wykonania przez Zamawiającego testów. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający podał w tabeli rodzaj odczynników oraz ilość testów w okresie 3 lat, a pod tabelą zawarł uwagę o treści „Kontrole, kalibratory, materiały zużywalne muszą być podane w ilości adekwatnej do zamawianych odczynników z założeniem, że wszystkie badania wykonywane są 5 razy w tygodniu, natomiast oznaczenie TRP 7 razy w tygodniu”.

W rozdziale XII pkt 1 SIWZ Zamawiający opisał „Sposób obliczenia ceny” oferty - jako wyniku dokonania mnożenia oferowanej ilości przez cenę jednostkową netto, co daje wartość netto, która po doliczeniu podatku VAT stanowi cenę oferty.

W § 2 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że „W przypadku stwierdzenia błędnego (mniejszego) oszacowania przez Wykonawcę oferowanych ilości odczynników i materiałów kontrolnych w stosunku do ilości badań podanych przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia braków na własny koszt w terminie 7 dni od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.”

Z treści SIWZ, w tym odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 17 do treści SIWZ, że do ilości odczynników wskazanych w załączniku nr 1 do SIWZ trzeba doliczyć ilość odczynników, jaka jest potrzebna do przeprowadzenia kontroli i kalibracji, odpowiednio do zaleceń producenta danego odczynnika oraz tyłu kontroli, ile wynika z przyjętego przez Zamawiającego harmonogramu prowadzenia kontroli jakości w pracowni immunochemii, wynika, że Zamawiający nie określił konkretnej ilości odczynników, kontroli i kalibratorów wymaganej w ramach przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę, że w zależności od producenta (technologii) ilości te mogą się istotnie różnić. Zamawiający określił zatem jedynie szacunkowe ilości testów planowanych do wykonania w okresie realizacji umowy,

pozostawiając wykonawcy oszacowanie ilości odczynników i materiałów kontrolnych potrzebnych do wykonania tych testów. Dodatkowo, Zamawiający dopuścił w SIWZ (wzór umowy) możliwość popełnienia błędu w dokładnym oszacowaniu powyższych ilości przez wykonawcę, zastrzegając, że oferta w ramach zaoferowanej ceny musi uwzględniać rzeczywiste ilości ww. materiałów konieczne do wykonania planowanych testów, niezależnie od przyjętych przez wykonawcę w ofercie szacunków.

W świetle ustalonych j.w. postanowień SIWZ, nawet jeśli zaoferowana przez Roche ilość opakowań poszczególnych odczynników jest niewystarczająca do wykonania wszystkich testów wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ oraz wszystkich wymaganych kontroli i kalibracji danego odczynnika, to nie stanowi to niezgodności z treścią SIWZ ani błędu w obliczeniu ceny oferty.

Izba zważyła dodatkowo, że Odwołujący, uzasadniając zarzut w odniesieniu do odczynnika do oznaczania anty-TPO wskazał, że „Zgodnie z ulotką odczynnikową Roche, odczynnik do oznaczania anty-TPO należy kalibrować co 7 dni.”, co nie odpowiada w pełni treści tej instrukcji, ponieważ przewiduje ona także inne odstępy czasowe wykonania kalibracji w zależności od określonych w instrukcji warunków i okoliczności. Nie można przewidzieć zatem z góry na obecnym etapie, jakie ze wskazanych w instrukcji procedur dotyczących kalibracji tego odczynnika będą zastosowane w trakcie faktycznej realizacji planowanych testów. Odwołujący sam przyznał przy tym na rozprawie, że w przypadku zastosowania procedury kalibracji wskazanej przez Przystępującego, w przypadku tego testu ilość zaoferowanego przez wykonawcę ww. odczynnika będzie wystarczająca.

W zakresie kalibratorów, Izba stwierdziła, że z ulotki odczynnikowej tego kalibratora odczynnika do oznaczania anty-TG wynika, że jego stabilność wynosi 6 tygodni po otwarciu butelki. W jednym opakowaniu znajdują się dwa zestawy tego kalibratora. Zgodnie z treścią ulotki „Jeżeli cała zawartość butelki nie jest niezbędna do kalibracji w analizatorze, należy przelać odpowiednią objętość rekonstruowanego kalibratora do pustych fiolek zamykanych korkiem (fiolki CalSet Vials). Nakleić etykiety na te fioleki. Przechowywać do późniejszego użycia w temperaturze 2-8°C.” Izba nie podzieliła zatem twierdzenia Odwołującego, że jedno opakowanie będzie mogło być używane nie dłużej niż 12 tygodni.

Podobnie w odniesieniu do zarzutu niedoszacowania oferty Roche w zakresie kontroli – w przypadku odczynnika do wykonywania testu VDRL, zgodnie z treścią ulotki odczynnikowej kontroli odczynnika do testu VDRL, zakładając, że przy użyciu jednej fioleki można wykonać nie więcej niż 5 procedur kontroli, a opakowanie zawiera 4 butelki preparatu, który po rekonstruowaniu może podzielony na mniejsze partie umieszczone we fiolkach i zamrożone do późniejszego użycia, nie jest prawidłowe obliczenie wykonane przez Odwołującego, że z jednego opakowania można wykonać jedynie 20 procedur kontroli.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że w odniesieniu do pozostałych odczynników, kontroli i kalibratorów przedstawionych przez Odwołującego w zestawieniu tabelarycznym załączonym do odwołania na okoliczność niedoszacowania oferty Roche, Odwołujący nie przedstawił dodatkowej argumentacji ani stosownych dowodów, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Roche jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych ilości odczynników, kontroli i kalibratorów. W tych okolicznościach należało także uznać, że cena oferty Roche została obliczona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w rozdz. XII SIWZ i obejmuje wszystkie konieczne ilości ww. materiałów do wykonania przez Zamawiającego zaplanowanych testów zgodnie z SIWZ.

Zarzuty naruszenia art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez bezprawne dokonanie przez Zamawiającego czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście oraz art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), który stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, nie zostały przez Odwołującego uzasadnione w treści odwołania, a zatem zostały postawione w sposób jedynie blankietowy, bez przedstawienia okoliczności faktycznych na poparcie powyższych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....