

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 29 marca 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **DIAG-MED G.K.w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **bioMerieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - b) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **651 zł** (słownie: sześćset pięćdziesiąt jeden złotych) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz opłaty skarbowej za pełnomocnictw.

Sygn. akt KIO 607/18

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital w Krakowie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę aparatów do automatycznej identyfikacji i oceny lekowrażliwości drobnoustrojów i dzierżawa spektrometru masowego do identyfikacji mikroorganizmów wraz z dostawą odczynników i materiałów zużywalnych dla Zakładu Mikrobiologii Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie”

W dniu 21 marca 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez bioMerieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także jako: „Przystępujący”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DIAG-MED G.K.(dalej: „Odwołujący.”)

W dniu 29 marca 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, zarzucając:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie w jakim wykonawca ten nie zaoferował szczepu kalibracyjnego Escherichia coli ATCC 8739 niezbędnego do wykonywania i prowadzenia badań diagnostycznych na aparacie Vitek MS.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący wskazał, że Zamawiający - w zakresie części 1. - określił w załączniku nr 1a do SIWZ (arkusz cenowy) następujący wymóg: *„Zamawiający wymaga zaoferowania wszystkich odczynników, odczynników dodatkowych, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań wymienionych w tabeli powyżej”*.

Zdaniem Odwołującego przytoczone postanowienie Zamawiający wprowadził w celu zagwarantowania sobie możliwości prowadzenia badań na oferowanym przez wykonawcę analizatorze diagnostycznym. W szczególności wskazuje na to zwrot „koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań”. Jednym z elementów, których zaoferowania żądał Zamawiający były kalibratory. Odwołujący wskazał, że warunkiem wstępnym prowadzenia badań na urządzeniu VITEK MS, tj. urządzeniu zaoferowanym przez Przystępującego jest jego kalibracja. Do wykonania kalibracji niezbędny jest szczep kalibracyjny (szczep wzorcowy) - zgodnie z procedurą wykonania identyfikacji przy pomocy systemu Vitek MS, konieczne jest każdorazowe wykonanie kalibracji systemu za pomocą szczepu wzorcowego - szczepu Escherichia coli ATCC 8739.

Taka informacja wynika z rozdziału 4 instrukcji użytkownika sporządzonej przez producenta systemu Vitek MS. Opis szczegółowego protokołu użytkownika i

Sygn. akt KIO 607/18

przechowywania *Escherichia coli* ATCC 8739 do codziennej kalibracji zawiera podręcznik użytkownika VITEK MS „Przeływ pracy Podręcznik użytkownika - Zastosowanie kliniczne” (s. 97-99, gdzie znajduje się szczegółowa procedura dotycząca przygotowania, użytkowania, stosowania oraz przechowywania szczepu kalibracyjnego - w załączeniu). Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy szczep kalibracyjny został przez producenta aparatu ściśle określony jako „LyfoCults Plus *E. coli* ATCC® 8739™”, numer katalogowy: 301145 (zgodnie z informacją na s. 97 podręcznika użytkownika VITEK MS - w załączeniu, z kolei ulotka umieszczana w opakowaniu i świadectwo jakości dostępne są na stronie www.bioMerieux.com - „biblioteka techniczna”).

Odwołujący zauważył, że Przystępujący w ofercie (w arkuszu cenowym) w poszczególnych pozycjach podał konkretne numery katalogowe, wskazujące na konkretne elementy znajdujące się w jego ofercie. Brak jest jednak w arkuszu cenowym pozycji określonej nazwą „LyfoCults Plus *E. coli* ATCC® 8739™”, numer katalogowy: 301145. Według Odwołującego gdyby wykonawca bioMerieux w ofercie wycenił przedmiotowy szczep kalibracyjny, to w arkuszu cenowym powinna taka pozycja figurować. Nie może być również mowy o zawarciu szczepu kalibracyjnego w którejkolwiek z innych wymienionych przez wykonawcę bioMerieux pozycji. Dodał, że Zamawiający nie może użyć żadnego innego szczepu do kalibracji urządzenia VITEK MS. Zatem gdyby szczep kalibracyjny *E. coli* ATCC 8739 został wyceniony przez wykonawcę bioMerieux, to musiałby się znaleźć się w jego arkuszu cenowym.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący nie uwzględnił w ofercie (w arkuszu cenowym) szczepu kalibracyjnego *Escherichia coli* ATCC 8739 niezbędnego do wykonywania i prowadzenia badań diagnostycznych na oferowanym przez siebie aparacie VITEK MS.

W opinii Odwołującego brak wycenionego odczynnika kontrolnego - szczepu wzorcowego wymaga od Zamawiającego dodatkowego zakupu, co wiąże się z koniecznością wydatkowania dodatkowych środków finansowych związanych z zakupem szczepów wzorcowych z kolekcji *Escherichia Coli* ATCC 8739, a także dodatkowych podłoży hodowlanych koniecznych do ożywiania szczepów, podłoży lub kriobanków koniecznych do zamrażania szczepów oraz dodatkowych materiałów zużywalnych - wymaganych procedurą codziennego tworzenia subkultur do świeżych płytek kalibracyjnych zależnych od liczby pasaży ze szczepu macierzystego ATCC 8739. Procedura ta została szczegółowo opisana przez producenta aparatu VITEK MS wraz ze wskazaniem numerów katalogowych podłoży, które nie zostały wycenione przez wykonawcę bioMerieux (s. 97-98 podręcznika użytkownika VITEK MS). Łączny koszt tych elementów może wynosić nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych w trakcie 36-miesięcznego okresu obowiązywania umowy dzierżawy. W przypadku oferty Odwołującego koszt materiału kontrolnego o tożsamej roli to 66 420,00 zł.

Sygn. akt KIO 607/18

Zatem wskazać należy, że, na skutek wyboru oferty wykonawcy bioMerieux - który nie uwzględnił szczepu kalibracyjnego Escherichia coli ATCC 8739 - Zamawiający będzie nie tylko pozbawiony możliwości prowadzenia badań na oferowanym analizatorze diagnostycznym (Zamawiający, nie mogąc przeprowadzić kontroli i kalibracji systemu, nie ma możliwości prowadzenia badań diagnostycznych), lecz również zmuszony do poniesienia dodatkowych kosztów zakupu odpowiednich kalibratorów oraz podłoży hodowlanych.

Powyższe przesądza, że oferta wykonawcy bioMerieux jest niezgodna z wymogiem Zamawiającego, aby wykonawcy zaoferowali kalibratory konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań wymienionych w tabeli w załączniku Ia do SIWZ. Wobec powyższego oferta wykonawcy bioMerieux powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że oferta ta pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca nie zaoferował odpowiednich końcówek do pipety automatycznej niezbędnych do wykonywania i prowadzenia badań diagnostycznych na aparacie Vitek MS.

Odwołujący ponownie wskazał, iż Zamawiający - w zakresie części 1. - określił w załączniku nr 1a do SIWZ (arkusz cenowy) następujący wymóg: *„Zamawiający wymaga zaoferowania wszystkich odczynników, odczynników dodatkowych, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań wymienionych w tabeli powyżej”*.

Podkreślił, że jednym z elementów, których zaoferowania żądał Zamawiający były materiały zużywalne. Dla prowadzenia badań na urządzeniu oferowanym przez wykonawcę bioMerieux - VITEK MS niezbędne jest wykorzystanie odpowiednich końcówek do pipety automatycznej. Owe końcówki wymagane są procedurą producenta urządzenia VITEK MS. W przypadku przeniesienia matrycy VITEK MS-CHCA na próbkę za pomocą mikropipety wymagane jest zastosowanie odpowiednich końcówek, umożliwiających dokładne odmierzenie 1 μ l - co opisano w rozdziale 4 wcześniej wspomnianej instrukcji producenta. W szczególności zawarto tam następujący zwrot: *„Otworzyć mikropróbówkę zawierającą matrycę VITEK MS-CHCA. Dodać dokładnie 1,0 μ l matrycy do środka punktu. Wyrzucić końcówkę pipety.”*

Tymczasem w swojej wycenie (arkusza cenowym) Przystępujący nie wycenił końcówek do pipet określonych przez producenta urządzenia VITEK MS w procedurze identyfikacji mikroorganizmów (rozdział 2 s. 3-4 „Materiały wymagane, ale nie dostarczane - Jałowe bezbarwne końcówki pipet bez filtra).

W ocenie Odwołującego brak materiałów zużywalnych - końcówek do pipet - uniemożliwia prawidłowe wykonywanie badań na oferowanym analizatorze VITEK MS.

Sygn. akt KIO 607/18

Końcówki do pipet są odrębnym produktem - materiałem zużywalnym - niezbędnym do naniesienia matrycy VITEK MS-CHCA na badaną próbkę. Zaznaczyć należy, że bez naniesienia odpowiedniej ilości matrycy z użyciem pipety oraz jednorazowej końcówki przeznaczonej do jej przenoszenia - wynik badania nie zostanie uzyskany. W związku z powyższym, aby oferta Przystępującego była zgodna z SIWZ, powinien on ująć w ofercie około 220 000 końcówek do pipet umożliwiających prawidłowe wykonanie badania dla wyspecyfikowanych w formularzu asortymentowo - cenowym testów, tj. jak wskazał Zamawiający - „do identyfikacji mikroorganizmów (bakterii, w tym beztlenowych i mikroaerofilnych, grzybów drożdżopodobnych i pleśniowych oraz *Nocardia* i *Actinomyces*) metodą MALDI-TOF”.

Odwołujący wskazał również, że końcówki do pipet - jako produkt niezbędny do wykonywania czynności na urządzeniu VITEK MS - mają swoje numery katalogowe, przy czym nie jest możliwe podanie jednego konkretnego numeru, bowiem na rynku jest wielu dostawców.

W arkuszu cenowym wykonawcy bioMerieux brak jest jednak pozycji, w której podano by numer katalogowy dotyczący końcówek do pipet któregośkolwiek z dostawców działających na rynku. Wobec tego uznać należy, że wykonawca bioMerieux nie uwzględnił w swojej ofercie końcówek do pipet automatycznych, tj. materiału zużywalnego, niezbędnego do prowadzenia czynności na urządzeniu VITEK MS, którego zaoferowania wymagał Zamawiający. Dodał, że brak wycenionych końcówek znacząco obniża wartość oferty firmy bioMerieux a ich zakup - do którego Zamawiający będzie z czasem zmuszony, by móc korzystać z urządzenia VITEK MS - będzie związany z koniecznością wydatkowania dodatkowych środków finansowych. Łączny koszt może wynosić nawet ponad sto tysięcy złotych w trakcie 36-miesięcznego okresu obowiązywania umowy dzierżawy. W przypadku oferty Odwołującego koszt materiałów zużywalnych o tożsamej roli to 109 129,16 zł.

Powyższe zdaniem Odwołującego przesądza, że oferta wykonawcy bioMerieux jest niezgodna z wymogiem Zamawiającego, aby wykonawcy zaoferowali materiały zużywalne konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań wymienionych w tabeli w załączniku Ia do SIWZ. Wobec powyższego oferta wykonawcy bioMerieux powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy bioMerieux, mimo, że wprowadził w błąd Zamawiającego składając wyjaśnienia, jakoby zaoferował szczep kalibracyjny *Escherichia coli* ATCC 8739.

Odwołujący wskazał po przytoczeniu ww. przepisu, że w dniu 15 marca 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę bioMerieux do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - odnośnie tego, czy szczep *Escherichia coli* ATCC 8739 został uwzględniony

Sygn. akt KIO 607/18

w ramach złożonej przez niego oferty. W pisemnej odpowiedzi z dnia 15 marca 2018 r. wykonawca bioMerieux udzielił krótkiej informacji, że jego oferta obejmuje przedmiotowy szczep. Co znamienne wykonawca bioMerieux nie wskazał, w której pozycji arkusza cenowego wycenił ten element. Wobec wykazania przez Odwołującego, że wykonawca bioMerieux w rzeczywistości nie zawarł w swojej ofercie szczepu kalibracyjnego - brak jest w arkuszu cenowym tego wykonawcy pozycji określonej nazwą „LyfoCults Plus E. coli ATCC® 8739™”, numer katalogowy: 301145 - należy przyjąć, że wykonawca bioMerieux podał Zamawiającemu w piśmie z dnia 15 marca 2018 r. nieprawdziwe informacje. Dodał, że informacje te miały istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem na skutek złożenia tych informacji - Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy bioMerieux mimo oczywistej niezgodności z treścią SIWZ oraz dokonał wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę bioMerieux z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, mających istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego w toku postępowania.

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie spełnienia wymogu dotyczącego przestrzeni roboczej oferowanego rozwiązania mieszczącej się na powierzchni o wymiarach 210 x 80 cm, mimo że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie wymóg ten spełnia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w załączniku 1b - część 1. do SIWZ następujący wymóg: „6. *Przygotowane do pracy analizatory wraz z wymaganą przez producenta aparatów przestrzenią roboczą mieszczące się na powierzchni o wymiarach 210 x 80 cm*”.

Pierwotnie wymóg dotyczący powierzchni wynosił 160 x 80 cm. Odwołujący pismem z dnia 13 grudnia 2017 r. wniósł o zwiększenie powierzchni roboczej do rozmiaru 210 x 86 cm. Odwołujący podniósł, że wymóg dotyczący powierzchni o rozmiarze 160 x 80 cm narusza konkurencję, bowiem pozbawia możliwości złożenia oferty przez inne podmioty niż wykonawca bioMerieux. Na skutek powyższego pisma Odwołującego, Zamawiający dnia 31 grudnia 2017 r. dokonał modyfikacji wymogu poprzez określenie rozmiaru 210 x 80 cm. Następnie tenże wymóg był przedmiotem pytania Odwołującego do SIWZ z dnia 1 lutego 2018r., w którym Odwołujący zwrócił się z prośbą o doprecyzowanie czy Zamawiający określając wymiary przestrzeni zajmowanej przez aparaty ma na myśli blat roboczy, na którym zostaną stabilnie umieszczone oba aparaty. Do pytania Odwołujący załączył rysunek poglądowy oferowanych przez siebie urządzeń - analizatorów Walk Away 40. Urządzenia te mają rozmiar 98 x 86 cm. Z rysunku wynikało, że aparaty bez problemu mogą być umieszczone na blacie o powierzchni 210 x 80 cm, lecz poza blat będzie wystawało 6,4 cm powierzchni każdego z urządzeń, co jednak nie wpłynie w żaden sposób na ich stabilność.

Sygn. akt KIO 607/18

Odwołujący podkreślił, iż nóżki oferowanych aparatów całkowicie zmieszczą się na wskazanej przez Zamawiającego powierzchni blatu roboczego co niezbieżnie wynika z załączonego do pisma rysunku poglądowego.

Odwołujący wskazał, że przy takim ustawieniu aparatów są one ustawiane w ten sposób, że ok. 92,5 % ich powierzchni spoczywa na blacie. Takie ich ustawienie powoduje również, że zdecydowana większość ich masy również spoczywa na blacie - nie jest więc fizycznie możliwe, żeby w trakcie pracy czy nawet w razie przypadkowego potrącenia obsunęły się na podłogę.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 5 lutego 2018 r. nie zakwestionował rysunku poglądowego załączonego przez Odwołującego, tj. nie zanegował, że przedmiotowy wymóg może być rozumiany tak, że urządzenia mają być umieszczone na blacie o rozmiarze 210 x 80 cm w sposób stabilny. Ponadto w odpowiedzi Zamawiający wskazał, że celowo odstąpił od podania wymaganych rozmiarów urządzeń na rzecz podania rozmiarów blatu roboczego, bowiem miał na względzie różnorodność urządzeń oraz to, że urządzenie musi mieć zapewnioną przestrzeń dodatkową - np. wymagany odstęp od ściany z tyłu, lub z boku względem innego urządzenia, pozwalający na prawidłową wentylację czy dostęp do serwisu.

Z punktu widzenia Odwołującego - modyfikacja SIWZ z dnia 31 grudnia 2017 r. (powiększenie przestrzeni roboczej) oraz odpowiedź Zamawiającego z dnia 5 lutego 2018r. (brak zanegowania ustawienia aparatów w sposób przedstawiony na rysunku) - oznaczały, że Zamawiającemu odpowiada umieszczenie aparatów w taki sposób, że ich niewielka część (6,4 cm) wystawała będzie poza blat, o ile stały one będą stabilnie. Dodał, że urządzenia oferowane przez Odwołującego - przy umieszczeniu ich na blacie o przestrzeni roboczej 210 x 80 cm - nie tylko stać będą stabilnie, lecz również będzie zapewniony do nich dostęp serwisu oraz zachowany będzie konieczny odstęp dla wentylacji. Urządzenia zaoferowane przez Odwołującego są zatem zgodne z przedmiotowym wymogiem SIWZ, bowiem mogą być umieszczone na blacie o powierzchni 210 x 80 cm, w taki sposób, żeby Zamawiający mógł z nich korzystać zgodnie ze swoimi potrzebami. Z uwagi na powyższe niezasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie spełnienia wymogu dotyczącego systemu automatycznego napełniania naczyń reakcyjnych zawieszoną bakterii, pomimo że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie wymóg ten spełnia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w załączniku 1b - część 1. do SIWZ następujący wymóg: „8. *System automatycznego napełniania naczyń reakcyjnych (kaset, kart, kuwet reakcyjnych) zawieszoną bakterii, z dopuszczeniem manualnego przygotowania zawiesiny roboczej. Jeśli do sporządzenia zawiesiny roboczej bakterii potrzebny jest*

Sygn. akt KIO 607/18

densytometr, to wymagane jest dostarczenie dwóch urządzeń odpowiadających wymaganiom wykonawcy.”

Odnosnie tego wymogu jeden z wykonawców zadał następujące pytanie:

Czy Zamawiający wymaga, aby napełnianie naczyń reakcyjnych odbywało się automatycznie na pokładzie analizatorów do badania lekowrażliwości bez udziału użytkownika co pozwoli na zachowanie standaryzacji i najwyższej jakości wyników badań, skrócenie etapu przedanalizacyjnego, ograniczenie ryzyka kontaminacji oraz zwiększy bezpieczeństwo personelu?

Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. udzielił następującej odpowiedzi:

Intencją Zamawiającego jest zapewnienie systemu minimalizującego wpływ błędu ludzkiego oraz zwiększającego bezpieczeństwo biologiczne personelu laboratorium. Celem automatyzacji jest w tym przypadku zapewnienie dokładnego i powtarzalnego napełniania naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych w sposób minimalizujący czynnik błędu ludzkiego mogącego powstać np. przy manualnym pipetowaniu zawiesiny roboczej do wspomnianych naczyń. Dopuszczalne jest manualne przeniesienie zawiesiny roboczej do komory wstępnej/przygotowawczej karty/panelu, ale samo napełnianie właściwych naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych musi następować samoczynnie, bez konieczności manualnego pipetowania zawiesiny do poszczególnych naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych. Samoczynny proces napełniania naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych nie musi zachodzić ściśle wewnątrz analizatora.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że Zamawiający wykluczył ręczne napełnianie naczyń reakcyjnych oraz, że nie wykluczył ręcznego przemieszczania zawiesiny roboczej, tj. pojemnika z naczyniami reakcyjnymi. W świetle powyższego - zaoferowany przez Odwołującego system - Inokulator paneli RENOK - spełnia w pełnym zakresie wymogi SIWZ określone przez Zamawiającego:

- po pierwsze działanie systemu zakłada ręczne przenoszenie zawiesiny roboczej - co zostało jednak dopuszczone przez Zamawiającego w cytowanej odpowiedzi;
- po drugie zasada działania systemu polega na automatycznym powtarzalnym, jednoczesnym i jednoetapowym wypełnieniu wszystkich dołków reakcyjnych skalibrowaną ilością zawiesiny bakteryjnej, eliminując przy tym czynnik błędu ludzkiego.

Odwołujący wskazał, że automatyzm systemu oferowanego przez Odwołującego polega na tym, że wszystkie naczynia napełniane są przez użycie urządzenia, a nie ręcznie za pomocą pipet. Łączne jednoczesne napełnienie 96 naczyń (całej płytki testowej) jest automatyzacją procesu napełniania.

Stąd spełniony jest wymóg Zamawiającego by „napełnianie właściwych naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych następowało samoczynnie, bez konieczności

Sygn. akt KIO 607/18

manualnego pipetowania zawiesiny do poszczególnych naczyń/dołków/przestrzeni reakcyjnych”.

Z powyższych względów uznać należy, że Zamawiający - odrzucając bezzasadnie ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ - dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez zaoferowane rozwiązanie wymogu SIWZ dotyczącego automatyzacji procesu inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych i odczytu wyników oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie spełnienia wymogu dotyczącego automatyzacji procesu inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych i odczytu wyników, mimo że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie wymóg ten spełnia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w załączniku 1b - część 1. do SIWZ następujący wymóg: „9. *Automatyzacja procesu inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych, odczytu wyników.*”

Odwołujący zaoferował analizator Walk Away 40 wyposażony w panel Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) spełniający przytoczony wyżej wymóg. Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego m.in. z powodu niezgodności funkcjonalności panelu Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) z wymogami SIWZ. Wynika z tego jednoznacznie, że Zamawiający miał wątpliwości co do funkcjonalności tego elementu, jednak Zamawiający w ogóle nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia kwestii automatyzacji inkubacji w panelu Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) i dokonał bezzasadnej czynności odrzucenia oferty - bez umożliwienia zajęcia stanowiska przez Odwołującego.

Należy w tym miejscu podkreślić, że oferowane panele Rapid Anaerobe (B1017-2) - są w pełni automatycznie inkubowane przez system Microscan WalkAway. System również w sposób automatyczny dokonuje odczytu paneli testowych co umożliwia identyfikację drobnoustroju przez wbudowane w system oprogramowanie LabPro do interpretacji wyników badań. Panele Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) są powszechnie automatycznie inkubowane oraz odczytywane w systemach Microscan WalkAway przez użytkowników na świecie, w tym również w Polsce.

Odwołujący odnosząc się do treści powołanej przez Zamawiającego instrukcji paneli Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) - wskazał, iż postanowienie w instrukcji wykonania testów - „Panel Rapid Anaerobe Identification Instrukcja Procedury” dotyczący ograniczenia w odczycie automatycznym paneli do identyfikacji beztlenowców - Panel Rapid Anaerobe Identification MicroScan® nie został dopuszczony przez FDA do zastosowania w systemie

Sygn. akt KIO 607/18

aparatury MicroScan®. Panel ten musi być odczytany ręcznie. Powyższe zastrzeżenie zostało niewłaściwie zrozumiane przez Zamawiającego, bowiem nie dotyczy rynku europejskiego, w tym również polskiego. Ewentualne ograniczenia w odczycie dotyczą jedynie rynku amerykańskiego, na co wprost wskazuje okoliczność, że powyższe ograniczenia są określone przez FDA, tj. Amerykańską Agencję ds. Żywności i Leków. Wskazać należy, że FDA jest organem właściwym wyłącznie dla rynku amerykańskiego i jego jurysdykcja nie rozciąga się na terytorium Unii Europejskiej, w tym Polski. Oznacza to, że w krajach innych niż USA, w tym również w Unii Europejskiej i Polsce:

- nie ma żadnych ograniczeń, które uniemożliwiłyby inkubację i odczyt testów w oferowanym przez Odwołującego automatycznym systemie Microscan WalkAway.

Gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie tej kwestii

- uzyskałby wyczerpującą odpowiedź odnośnie automatyzacji inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych i odczytu wyników panelu Rapid Anaerobe Panel (B1017-2).

Dlatego w opinii Odwołującego przyjąć należy, że Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie funkcjonalności panelu Rapid Anaerobe Panel (B1017-2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

- poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego, bez umożliwienia mu wyeliminowania wątpliwości Zamawiającego.

Naruszenie art. 87 ust. 1 ma charakter rażący, gdyż Zamawiający nie dał żadnej szansy wytłumaczenia jednego z postanowień, które w samej swojej treści odnosi się do rynku amerykańskiego.

Odwołujący w związku z tak przedstawionymi zarzutami wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy bioMerieux,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i pominięciem oferty Przystępującego.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 11 kwietnia 2018 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie go w całości.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania wskazał, że ocena zgodności oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ została dokonana na podstawie dostarczonej w trakcie postępowania dokumentacji, w tym oświadczenia złożonego w trybie wyjaśnienia na wniosek biegłego dokonującego oceny.

W trakcie postępowania wykonawca DIAG-MED przedstawił pisemną Informację o niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Zarzut nieprawidłowości oferty

Sygn. akt KIO 607/18

bioMerieux Polska Sp. z o.o. dotyczył między innymi nie uwzględnienia w ofercie przetargowej cyt.: „szczepu kalibracyjnego Escherichia coli ATCC 8739, niezbędnego do wykonywania i prowadzenia badań diagnostycznych na oferowanym aparacie Vitek MS”.

Zamawiający wskazał, że formułując swój zarzut Odwołujący posłużył się będącym w jego posiadaniu dokumentem: „VITEK MS PRZEPLÝW PRACY PODRĘCZNIK UŻYTKOWNIKA ZASTOSOWANIA KLINICZNE" (dok. oznaczony nr 4501-2233-C-PL-05/2012), w którym szczep ATCC 8739 figuruje w wykazie „Materiały wymagane, ale nie dostarczane" (str. 2-41). W dokumencie przedstawionym przez wykonawcę bioMerieux w ramach oferty: „VITEK MS PROCEDURA INSTRUKCJA OBSŁUGI DO UŻYTKU KLINICZNEGO (dok. oznaczony nr 4501-2233-E-PL-2016-12) zapis jest inny. Szczep ATCC 8739 jest wymieniony w wykazie „Odczynniki", ale bez adnotacji, że nie jest dostarczany /str. 3-4/ co dawało podstawę przyjęcia, że będzie on dostarczony wraz z niezbędnymi do wykonania oznaczeń elementami systemu. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż cena oferowanego przez Przystępującego szczepu kalibracyjnego została uwzględniona w ofercie ryczałtowej a sam szczep znajduje się w zestawie instalacyjnym niezbędnym do instalacji dzierżawionego sprzętu. Powyższe wynika również z „Instrukcji instalacji i ustawień" urządzenia VITEK MS.

W związku ze zgłaszaniem przez DIAG-MED zastrzeżeniem, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zwrócono się do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienie, czy szczep Escherichia coli ATCC8739 został uwzględniony w ramach złożonej oferty. W odpowiedzi uzyskano oświadczenie, że szczep Escherichia coli ATCC 8739 został uwzględniony w ramach złożonej oferty i będzie dostarczany przez okres obowiązywania umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Należy zaznaczyć, iż oferta złożona przez Przystępującego nie wzbudziła Zamawiającym wątpliwości co do oferowanych produktów, przedmiotowe wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało wystosowane do bioMerieux jedynie ze względu na wolę przedstawienia Odwołującemu, iż złożone przez niego zgłoszenie informacyjne zostało rozpatrzone celem uniknięcia ewentualnych sporów w tym przedmiocie.

Uznając wyjaśnienie złożone przez bioMerieux za wystarczające można było stwierdzić, że oferta Przystępującego spełnia wymagania graniczne określone przez Zamawiającego dla części 1 w Załączniku nr 1b do specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu nr 2, Zamawiający wskazał, że końcówki do pipet automatycznych stanowią element podstawowego wyposażenia specjalistycznego laboratorium mikrobiologicznego jakim jest Zakład Mikrobiologii Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Ze względu na dużą liczbę procedur diagnostycznych wykonywanych w Zakładzie szeroki asortyment pipet, końcówek i innego drobnego sprzętu laboratoryjnego jest stale do dyspozycji. Zakład posiada w swym wyposażeniu liczne pipety automatyczne typu referencyjnego, które wraz z odpowiednimi końcówkami są od lat stosowane i dają

Sygn. akt KIO 607/18

możliwość precyzyjnego dawkowania objętości od 0,5 µl do 100 µl. Tego typu wyposażenie jest systematycznie nabywane u niezależnych wyspecjalizowanych dostawców, a pozyskiwanie ich nigdy nie było związane z zakupem czy dzierżawą sprzętu laboratoryjnego. W związku z powyższym umieszczanie ich w ramach oferty nie było wymagane. Umieszczanie ich w ofercie byłoby konieczne tylko wtedy, gdyby wykonawca składający ofertę był jedynym dostawcą tego typu wyposażenia.

W odniesieniu do przypadku będącego przedmiotem zainteresowania trzeba zaznaczyć, że oferowanie samych tylko końcówek dedykowanych dla objętości od 0,5 µl do 100 µl bez odpowiedniej jakości pipet automatycznych i tak czyniłoby je bezużytecznymi. Wymagana więc byłaby np. dzierżawa odpowiednich pipet w ramach oferty itd. Rutynowa praktyka, jaką jest pomijanie w ofercie podstawowego wyposażenia laboratoryjnego, jest całkowicie zrozumiała, a nawet konieczna, ponieważ ze względu na indywidualną specyfikę danego laboratorium zawsze można znaleźć jakiś element wyposażenia, którego zabraknie w ofercie. Nieuwzględnianie tego faktu spowodowałoby praktyczny brak możliwości złożenia prawidłowej oferty i skutecznie blokowałoby możliwość realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że oferta bioMerieux została w tym zakresie oceniona prawidłowo i zawiera wszelkie wymagane przez Zamawiającego elementy, a zarzut Odwołującego należy uznać za całkowicie bezzasadny.

W kwestii zawartej w punkcie nr 3 odwołania Zamawiający stwierdził, że opierając się na analizie złożonych w ramach oferty dokumentów oraz uwzględniając zastrzeżenia Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienie, czy szczep *Escherichia coli* ATCC 8739 został uwzględniony w ramach złożonej przez wykonawcę oferty. W odpowiedzi uzyskano zapewnienie, że szczep *Escherichia coli* ATCC 8739 został uwzględniony w ramach złożonej oferty i będzie dostarczany przez okres obowiązywania umowy zgodnie z wymogami SIWZ.

Uznając wyjaśnienie złożone przez bioMerieux za wystarczające, można było stwierdzić, że oferta wykonawcy bioMerieux spełnia wymagania graniczne określone przez Zamawiającego dla części 1 w Załączniku nr 1b do specyfikacji.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym nie sposób przyjąć, iż stanowisko Odwołującego jest zasadne, gdyż brak jest przesłanek uzasadniających wykluczenie Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że przygotowana przez Zamawiającego przestrzeń robocza dla dwóch stojących obok siebie analizatorów służących do automatycznej oceny lekowrażliwości została ściśle określona wymiarami 210x80 cm. Wskazał, że Odwołujący w odniesieniu do oferowanych aparatów Walk Away 40 plus dostarczył jedynie krótką, dwustronną specyfikację techniczną o charakterze ulotki informacyjnej, jednak zawarte na niej dane pozwoliły ocenić wielkość zajmowanej

Sygn. akt KIO 607/18

powierzchni. Szerokość urządzeń została określona na 98 cm a głębokość na 86 cm. Dodatkowo zamieszczony w dostarczonym dokumencie rysunek wraz z wymiarowaniem wskazuje, że zachodzi konieczność pozostawienia z boku wolnej przestrzeni niezbędnej do obsługi urządzenia określonej na 61 cm i powiększającej w ten sposób wymiar przestrzeni dla jednego aparatu do 158 cm (316 cm dla dwóch aparatów). Fakt ten dodatkowo potwierdza brak możliwości instalacji dwóch urządzeń na dostępnej do tego celu powierzchni roboczej.

Należy podkreślić, że wymóg pozostawienia wolnej przestrzeni do obsługi (wspomniane 61 cm) nie został ujawniony w treści zapytania skierowanego do Zamawiającego w dniu 1 lutego 2018 r., co mogło wprowadzać biegłego w błąd, a w przypadku wybrania oferty jako najkorzystniejszej okazałoby się dopiero w trakcie nieudanej próby instalacji. Przedstawione zachowanie Odwołującego wskazuje na to, iż dokonana przez niego modyfikacja rysunku poglądowego zmierzała do wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 Zamawiający wskazał, że wymóg dostarczenia systemu automatycznego napełniania naczyń reakcyjnych zawieszoną roboczą został określony bardzo wyraźnie. W związku z pojawiającymi się pytaniami wykonawców, w celu zapewnienia konkurencyjności opis systemu został doprecyzowany w odpowiedzi na pytanie udzielonej w dniu 5 lutego 2018 r.

Zdaniem Zamawiającego zaoferowany przez Odwołującego system Renok nie spełnia założonych wymagań. Przenoszenie odbywa się ręcznie za pomocą czegoś w rodzaju wielokanałowej pipety (o kształcie dużej pieczęci), wymaga sekwencyjnego używania kilku przycisków służących kolejno do napełniania panelu transportowego, wypuszczania zawiesiny roboczej i uwalniania panelu transportowego. Wbrew twierdzeniu Odwołującego ten sposób napełniania naczyń roboczych jest całkowicie sprzeczny z intencją Zamawiającego, a stopień „automatyzacji” może być porównany wyłącznie do skomplikowanej w obsłudze pipety wielokanałowej (czego Zamawiający w swoim zamierzeniu chciał uniknąć). Dodatkowym potwierdzeniem niezgodności z intencją Zamawiającego są zapisy instrukcji użycia panelu Micro Strep plus Typ 6 (BI 016-170) wskazujące wyraźnie, że użycie innokulatora RENOK wymaga ręcznego przenoszenia zawiesiny roboczej pomiędzy poszczególnymi elementami systemu (w przypadku wspomnianego panelu zalecane jest nawet dwukrotne napełnianie pokrywy transportowej zawieszoną roboczą i późniejsza wzrokowa kontrola prawidłowości napełnienia studzienek). Konieczność wzrokowej kontroli potwierdza, że sam producent systemu dopuszcza możliwość nierównomiernego napełniania się studzienek i podatność na wpływ błędu ludzkiego. Jest to całkowicie niezgodne z intencją Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 607/18

Trzeba również bardzo mocno podkreślić, że pojawienie się na stole roboczym dużej liczby (nawet kilkudziesięciu naraz) płytkich wanienek z rozlaną zawiesiną często niebezpiecznych drobnoustrojów stanowi bardzo poważne zagrożenie dla personelu obsługującego system (obowiązkiem zaś Zamawiającego względem personelu jest minimalizowanie tego typu zagrożeń). Jest to kolejna sprzeczność względem intencji Zamawiającego których konsekwencją było poszukiwanie systemu automatycznego napełniania.

Niezależnie od powyższej argumentacji, nawet gdyby zaoferowany system mógł być uznany za „automatycznie napełniający” nie można go użyć ze wszystkimi panelami diagnostycznymi wchodzącymi w skład oferty. Instrukcje paneli HNID (B1012-10B), Yeast Rapid ID (B1017-70), Anaerobe Rapid ID (B1017-2) opisują wyłącznie inokulację manualną za pomocą pipetowania do poszczególnych studzienek panelu. W tym obszarze brak możliwości użycia innokulatora Renok sprawia, że warunek napełniania przestrzeni roboczych w sposób automatyczny, bez pipetowania manualnego nie może być spełniony.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona, z powodu niespełnienia wymagań określonych w SIWZ, a zarzut Odwołującego należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 Zamawiający wskazał, że ocena i odrzucenie oferty Odwołującego w tym zakresie zostały całkowicie oparte na zapisach znajdujących się w oficjalnych dokumentach złożonych w ramach oferty przez Odwołującego. Ponieważ zapisy nie budziły wątpliwości, nie zaszła potrzeba wzywania Odwołującego do składania wyjaśnień. Założeniem biegłego była kompletność i prawidłowość złożonej dokumentacji. Również oczywistym było uznanie jej jako obowiązującej w zakresie technicznym i metodycznym. W związku z brakiem wątpliwości w odniesieniu do treści zapisów zawartych w złożonej w ramach oferty dokumentacji nie skierowano do Odwołującego wezwań do składania wyjaśnień.

W odniesieniu do drugiej części sformułowanego powyżej zarzutu należy wyraźnie zaznaczyć, że zapisy instrukcji użycia paneli Anaerobe Rapid ID (B1017-2) są jednoznaczne. Instrukcja ta nie zezwala na odczytywanie ich w oferowanym analizatorze Walk Away (oraz w innych aparatach systemu MicroScan). W sekcji Ograniczenia pkt 5 wspomnianej instrukcji znajduje się zapis : *„Panel Rapid Anaerobe Identification MicroScan® nie został dopuszczony przez FDA do zastosowania w systemie aparatury MicroScan®. Panel ten musi być odczytany ręcznie”*.

Zamawiający wskazał, że złożony w ramach oferty dokument jest podstawą do oceny właściwości produktu, którego dotyczy. Ulotka producenta została przetłumaczona na język polski i jest dokumentem obowiązującym w Polsce. Fakt zamieszczenia takiej adnotacji w

Sygn. akt KIO 607/18

polskiej ulotce, bez zastrzeżenia że zapis odnosi się wyłącznie do rynku amerykańskiego potwierdza wbrew twierdzeniom Odwołującego, że jest on obowiązujący również w Polsce. Brak również w polskiej ulotce metodycznej jakichkolwiek argumentów, a tym bardziej zapisów wskazujących, że system działający nieprawidłowo w USA działa prawidłowo i jest dopuszczony do użycia z aparatami Walk Away w Polsce. Gdyby tak było, z pewnością zapis nie dotyczyłby polskiego tłumaczenia. Trzeba również podkreślić fakt, że choć FDA działa na terenie USA to opinie przez ten urząd wydawane są brane pod uwagę i respektowane na całym świecie przynajmniej do czasu wydania własnych, krajowych lub Unijnych certyfikacji. Niezależnie od tego faktu, za wystarczające można już uznać stwierdzenie znajdujące się w ulotce: Panel ten musi być odczytany ręcznie.

Oczywistym jest fakt, że zapisy oficjalnej dokumentacji producenta muszą być respektowane i uznawane za wiążące. Naturalną konsekwencją omijania zapisów z jakiegoś powodu niewygodnych jest powstawanie błędnych wyników badań. Nieprzestrzeganie procedur opisanych w oficjalnej metodyce badań mogłoby być podstawą do skutecznego kwestionowania wartości dowodowej uzyskiwanych w ten sposób wyników badań.

Konieczność obsługi ręcznej paneli Anaerobe Rapid ID ma dodatkowe konsekwencje w postaci konieczności manualnego wkraplania dodatkowych odczynników do wybranych studzienek reakcyjnych. Odczyt tych paneli związany jest z sekwencyjną oceną i dodawaniem kolejno odczynników: peptydazowego, ksylenu, kwasu sulfanilinowego, N,N-dwumetylo-alfa-naftyloaminy, nadtlenku wodoru. Niektóre z tych odczynników są klasyfikowane jako substancje niebezpieczne.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty są całkowicie bezzasadne, a Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz podtrzymuje dokonaną ocenę ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Sygn. akt KIO 607/18

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę bioMerieux Polska sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po Zamawiającego.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie uznaje za zasadne, wynikające z poprawnej oceny treści oferty wraz ze złożonymi na etapie badania ofert wyjaśnieniami Przystępującego i czyni je podstawą dokonanych rozstrzygnięć.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów Izba uznała, iż nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że z przedstawionego przez Przystępującego w ramach oferty dokumentu pn. „VITEK MS Procedura Instrukcji obsługi do użytku klinicznego” wynikało, że szczep ATCC 8739, konieczny do skalibrowania dostarczonych aparatów jest wymieniony w wykazie odczynników. Przy pozycji tej brak było informacji, iż szczep ten nie jest dostarczany, w związku z czym Zamawiający uznał, iż Przystępujący w swojej ofercie przewidział powyższy szczep wzorcowy. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika również, iż nie miał on w tym zakresie żadnych wątpliwości, jednak na skutek pisma Odwołującego zwrócił się do wykonawcy bioMerieux, o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp kwestii, czy wykonawca ten w ofercie zawarł szczep kalibracyjny ATCC 8739. Odpowiadając na powyższe wezwanie Przystępujący wprost potwierdził w piśmie z dnia 15 marca 2018 r., iż: *„szczep wzorcowy Escherichia coli ATCC 8739 został uwzględniony w ramach złożonej oferty i będzie dostarczany przez okres obowiązywania umowy zgodnie z wymogami SIWZ”*.

W ocenie Izby powyższe okoliczności uprawniały Zamawiającego do przyjęcia, iż Przystępujący przewidział w swojej ofercie szczep kalibracyjny. Zauważyć ponadto należy, że wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu przez Przystępującego, wezwanego w trybie art. 87 ust.1 Pzp stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą (wyrok KIO 2145/10). Izba zauważa, iż niewątpliwym jest, że szczep ten Przystępujący przewidział w ofercie i powyższe zostało potwierdzone w związku z wyjaśnieniami udzielonymi na wezwanie Zamawiającego. Dlatego też to Izba uznała, że zostało wykazane, iż oferta Przystępującego była prawidłowa.

Sygn. akt KIO 607/18

Co istotne na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, iż dokument na który powoływał się Odwołujący pochodził z roku 2012 r., natomiast dokument przedłożony do oferty VITEK MS „Procedura Instrukcji obsługi do użytku klinicznego” jest dokumentem aktualnym pochodzącym z roku 2016r. Przystępujący wyjaśnił również, iż SIWZ nie przewidywało wymogu wykazania kalibratorów w odpowiedniej pozycji formularza ofertowego, który nie miał charakteru zamkniętego a ponadto cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, w związku z czym nie było konieczności wyceniania poszczególnych elementów oferty.

Ponadto na co zwracał uwagę Zamawiający, okoliczność, iż Przystępujący przewidział dostawę odpowiednich kalibratorów do zaoferowanego urządzenia wynika m.in. z zapisu § 3a ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca ma dokonać prawidłowego uruchomienia urządzenia, a bez zastosowania odpowiedniego kalibratora taka czynność nie powiedzie się. Tym samym, Izba uznała, iż zostało wykazane w postępowaniu i ze złożonej wraz z ofertą dokumentacją, iż szczep kalibracyjny został przez Przystępującego zaoferowany.

Uznając więc, iż Przystępujący nie wprowadził w błąd Zamawiającego udzielając w dniu 15 marca 2018r. odpowiedzi na wyjaśnienia odnośnie zaoferowania odpowiedniego szczepu wzorcowego w ofercie na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku zaoferowania odpowiednich końcówek do pipety automatycznej niezbędnych do wykonywania i prowadzenia badań diagnostycznych na aparacie VITEK MS, Izba oceniła ten zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, że Zamawiający w zakresie części 1. - określił w załączniku nr 1a do SIWZ (arkusz cenowy) następujący wymóg: *„Zamawiający wymaga zaoferowania wszystkich odczynników, odczynników dodatkowych, kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym do wykonania oznaczeń/badań wymienionych w tabeli powyżej”*.

W ocenie Izby prezentowane przez Odwołującego stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający wymagał również zapewnienia dostawy końcówek do pipet w ramach prowadzonego postępowania stanowi nadinterpretację zapisów SIWZ. W ocenie Izby pojęcie „materiały zużywalne” konieczne do wykonania badania odnosi się do szczególnych i wyjątkowych produktów, których brak uniemożliwiłaby wykonanie badań na zaoferowanych badaniach. Pojęcie to nie odnosiło się natomiast do elementów stanowiących w ocenie Izby podstawowe wyposażenie każdego laboratorium medycznego. Powyższe zostało również potwierdzone przez Zamawiającego, który oświadczył, iż nie oczekiwał zaoferowania

Sygn. akt KIO 607/18

dostawy końcówek do pipet automatycznych, bowiem końcówki takie stanowią element podstawowego wyposażenia specjalistycznego laboratorium mikrobiologicznego, które jest systematycznie nabywane u niezależnych dostawców. Zamawiający podkreślił, że konieczność dostawy takich końcówek byłaby konieczna, gdyby wykonawca składający ofertę był jedynym dostawcą takich końcówek. Z związku z powyższym Zamawiający wyjaśnił, że brak było konieczności wyszczegóławiania ich w ofercie.

Zamawiający wskazał ponadto, iż praktyką jest pomijanie w ofercie podstawowego wyposażenia laboratoryjnego, bowiem zawsze mógłby się znaleźć w ofercie jakiś element wyposażenia, którego by w niej zabrakło, co z kolei wiązałoby się z brakiem możliwości złożenia prawidłowej oferty i skutecznie blokowałoby możliwość realizacji zamówienia. Ponadto jak wskazał Zamawiający pozyskiwanie końcówek do pipet nigdy nie było nigdy związane z zakupem czy dzierżawą sprzętu laboratoryjnego.

Odnosnie niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, w związku z wymogiem dotyczącym przestrzeni roboczej, Izba uznała że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Po pierwsze wskazać należy, że zgodnie załącznikiem nr 1b „wymagania graniczne” w punkcie 5 określony został wymów, aby przygotowane do pracy analizatory wraz z wymaganą przez producenta przestrzenią roboczą mieściły się na powierzchni o wymiarach 210x80 cm.

Udzielając odpowiedzi na pytanie z dnia 5 lutego 2018 r. Zamawiający wyjaśnił, że: *„wymaganie „przygotowane do pracy analizatory wraz z wymaganą przez producenta aparatów przestrzenią roboczą mieszczące się na powierzchni o wymiarach 210x80 cm” pkt 6 wymagań granicznych - /Załącznik nr 1b do specyfikacji – część 1/ oznacza, że dwa aparaty wchodzące w skład dodatkowego systemu identyfikacji drobnoustrojów oraz oznaczania ich lekowrażliwości po zainstalowaniu i przygotowaniu do pracy muszą mieścić się na blacie roboczym o wymiarach 210x80 cm. Każdy aparat ma określoną przez producenta przestrzeń roboczą, którą zajmuje. Wchodzi w jej skład powierzchnia zajmowana przez aparat oraz dodatkowa - jak np. wymagany odstęp od ściany z tyłu, lub z boku względem innego urządzenia, pozwalający na prawidłową wentylację, dostęp dla serwisu itp.*

Ponieważ różne aparaty mają różne wymagania wobec tej przestrzeni, Zamawiający nie określa wymiarów samych aparatów, a jedynie powierzchnię na której muszą się one po prawidłowej instalacji mieścić. Wymiary 210x80 cm określone przez Zamawiającego ograniczone są maksymalną dostępną powierzchnią blatu, na którym mają one zostać umieszczone.”

Zaproponowane przez Odwołującego urządzenia wymagania tego nie spełniły. Krótsza krawędź aparatu ma długość 86 cm, a więc jest o 6 cm dłuższa niż wskazany przez Zamawiającego maksymalny wymiar 80 cm. Tym samym Izba uznała, iż urządzenie to nie

Sygn. akt KIO 607/18

mieściło się na blacie o podanych wymiarach. W ocenie Izby nie miało znaczenia, czy urządzenia te wystawały ponad blat jak twierdził Odwołujący o 6 cm, czy też o 22 cm, jak wywodził Przystępujący. Brak było podstaw ze strony Zamawiającego aby dokonywał sprawdzenia czy nóżki zaproponowanych aparatów znajdowałyby się na posiadanym przez niego blacie, a także czy zostałyby one umieszczone stabilnie.

Odwołujący wywodził ponadto, iż przedłożył Zamawiającemu przykładowy rysunek odnośnie wymiarów i sposobu umieszczenia aparatu, a Zamawiający powyższego rozwiązania nie zakwestionował. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż brak reakcji Zamawiającego na przedstawiony przez Odwołującego rysunek urządzeń nie może stanowić domniemania o zmianie treści SIWZ i warunków ściśle opisanych w załączniku nr 1b do SIWZ.

Reasumując, Izba stwierdziła, że skoro zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie mieściły się na blacie o podanych wymiarach. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ w zakresie spełniania wymogu dotyczącego systemu automatycznego napełniania naczyń reakcyjnych zawiesiną bakterii.

Zamawiający wymagał zaoferowania automatycznego systemu napełniania naczyń reakcyjnych zawiesiną bakterii. Odpowiadając na pytanie w dniu 31 stycznia 2017 r. Zamawiający dopuścił manualne przeniesienie zawiesiny roboczej do komory wstępnej/przygotowawczej, ale wskazał, że już samo napełnienie właściwych naczyń reakcyjnych musiało następować bez konieczności ręcznego pipetowania zawiesiny do poszczególnych naczyń/ dołków/przestrzeni reakcyjnych. Wyjaśnił, iż samoczynny proces napełniania naczyń reakcyjnych nie musi zachodzić ściśle wewnątrz analizatora. Zamawiający wskazywał, że samo napełnienie właściwych naczyń musi następować samoczynnie.

W ocenie Izby zaproponowane przez Odwołującego urządzenie powyższe wymagania spełniało. Na wstępie wskazać należy, że pojęcie "automatyczny" należy tłumaczyć jak "działający samoczynnie, za pomocą odpowiedniego urządzenia" (internetowy słownik języka polskiego dostępny na stronie www.sjp.pwn.pl). Automatyczny jest każdy zachodzący w urządzeniu (lub dzięki niemu) proces, który jest aktywowany przez osobę korzystającą z urządzenia, ale który jednocześnie po aktywacji przebiega samoczynnie. W powyższym kontekście nie miały znaczenia twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego, że inokulator RENOK jest urządzeniem obsługiwanym ręcznie (przez operatora). Istotne

Sygn. akt KIO 607/18

jest bowiem to, że operator – posługując się inkulatorem wyposażonym z funkcjonalność samoczynnego uwalniania - powinien mieć możliwość aktywacji tego procesu, który następnie przebiega bez jego bezpośredniego zaangażowania, a jedynie pod kontrolą, nie zaś manualnie. Przebieg procesu automatycznego uwalniania został zatem prawidłowo zinterpretowany przez Odwołującego.

W ocenie Izby powyższe rozwiązanie odpowiada automatyzmowi jaki przewidział Zamawiający w SIWZ.

Powyższe rozstrzygnięcie pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, bowiem Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ w zakresie objętym zarzutem nr 4 oraz 6.

Odnosząc się kolejno do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, tj. zaniechania wezwania Odwołującego w zakresie spełniania przez zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie wymogu SIWZ dotyczącego procesu inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych i odczytu wyników Izba stwierdza, że Zamawiający nie naruszył powyższego przepisu.

Zamawiający w punkcie 9 Załącznika 1b do SIWZ wymagał automatyzacji procesu inkubacji, monitorowania przebiegu reakcji testowych, odczytu wyników. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego dokonując oceny zgodności zaoferowanego analizatora Walk Away 40, wyposażonego w panel Rapid Anaerobe Panel posłużył się oficjalną instrukcją producenta (złożoną przez Odwołującego wraz z ofertą), z której wynikało, że: „Panel Rapid Anaerobe Identification MicroScan[®] nie został dopuszczony przez FDA do zastosowania w systemie aparatury MicroScan[®]. Panel ten musi być odczytany ręcznie.”

W opinii Izby z powyższego zapisu w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, iż zaoferowany przez Odwołującego panel nie spełnia wymogu określonego w punkcie 9 załącznika nr 1b – część 1 do SIWZ.

W ocenie Izby prawidłowe było, przy ocenie spełniania wymogów odniesienie się przez Zamawiającego do oficjalnej ulotki producenta, która jest podstawą do oceny właściwości produktu, którego dotyczy. Rację bowiem należało przyznać Zamawiającemu, iż zapisy oficjalnej dokumentacji producenta muszą być respektowane i uznawane za wiążące, do czasu aż zostaną zmienione.

Izba w tym zakresie popiera stanowisko Zamawiającego, że skoro nie zostało w dokumentacji zastrzeżone, że zastrzeżenie odnośnie ręcznego odczytywania paneli obowiązuje tylko na rynku USA, należy traktować, iż odnosi się ono do wszystkich krajów w których jest stosowane.

Co do dowodu przed złożonego przez Odwołującego na potwierdzenie stosowania automatyzmu przy odczytywaniu paneli przez szpital w Tarnowie, to Izba przyznaje rację

Sygn. akt KIO 607/18

Zamawiającemu, iż powyższe jest wbrew zaleceniom producenta i nie może stanowić dowodu na automatyzm przy odczycie paneli. Również oświadczenie producenta, iż instrukcja jest obecnie modyfikowana nie mogło wpłynąć na ocenę Izby. Jak już bowiem Izba stwierdziła obecnie obowiązuje instrukcja, która nie dopuszcza automatycznego odczytu paneli w systemach Walk Away.

Tym samym Zamawiający ustalając, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogu określonego w punkcie 9 załącznika nr 1b – część 1 do SIWZ, prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co - ze wskazanych wyżej względów - nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1a i 2 lit. a) oraz § 5 ust. 3 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. 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: