

Sygn. akt: KIO 666/18

WYROK

z dnia 14 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 23 kwietnia 2018 r. i 7 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. **przez odwołującego:** ABM Scientific spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim ul. Marii Konopnickiej 10 lok. 4; 95-070 Aleksandrów Łódzki w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu ul. Marcelińska 44; 60-354 Poznań

przy udziale wykonawcy: Biomedica Poland Sp. z o.o., ul. Raszyńska 13, 05-500 Piaseczno zgłaszającego swoje przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża ABM Scientific spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim ul. Marii Konopnickiej 10 lok. 4; 95-070 Aleksandrów Łódzki

oraz
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ABM Scientific spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim ul. Marii Konopnickiej 10 lok. 4; 95-070 Aleksandrów Łódzki tytułem wpisu od odwołania

4. zasądza od ABM Scientific spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim ul. Marii Konopnickiej 10 lok. 4; 95-070 Aleksandrów Łódzki kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu ul. Marcelińska 44; 60-354 Poznań stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W imieniu ABM SCIENTIFIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim, dalej jako „Odwołujący” lub „ABM”, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017poz.1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” lub „Ustawą”, zwany dalej „odwołującym” lub „ABM” wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu badania i oceny ofert w sytuacji gdy zamawiający nie był do tego uprawniony, gdyż cały czas ważna pozostawała czynność wyboru oferty odwołującego z dnia 16 marca 2018 r. (w ramach pakietu nr I);
2. dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biomedica Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dalej jako „Biomedica” lub „przystępujący po stronie zamawiającego”, pomimo że oferta Biomedica nie była najkorzystniejsza w postępowaniu (w ramach pakietu Nr I);
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Biomedica, mimo że oferta złożona przez ten podmiot nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
4. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Biomedica z postępowania (w ramach pakietu Nr I);
5. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego (w ramach pakietu Nr I).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Biomedica i błędne obliczenie ceny i kosztu, a w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert pt „cena+koszt” zbyt wysokiej liczby punktów, tj. przyznanie 51,19 pkt (w ramach pakietu I).
2. art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp - poprzez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i braku wykluczenia Biomedica w sytuacji gdy Biomedica przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biomedica pomimo, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w ramach pakietu I);
4. art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, iż doszło do

„cofnięcia oświadczenia woli”, pomimo iż informacja o „cofnięciu oświadczenia” doszła do Odwołującego po otrzymaniu informacji z dokonanej oceny ofert, a Odwołujący na owo cofnięcie oświadczenia woli nie wyraził zgody (w ramach pakietu I).

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z wyżej wymienionymi przepisami - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez wybór wykonawcy, którego oferta zgodnie z przepisami Pzp nie powinna być wybrana, i w konsekwencji nie powinno mu zostać udzielone zamówienie (w ramach pakietu I).

W związku z powyższym odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biomedica;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Biomedica;
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;
- 5) przyznanie na rzecz odwołującego kosztów według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia przedstawiając następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania gdyż w wyniku czynności i zaniechań zamawiającego, o których mowa powyżej, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i w konsekwencji poniesienie ewentualnej szkody przejawiającej się chociażby utratą zakładanego zysku, jaki mógłby osiągnąć w przypadku uzyskania zamówienia - zostaje naruszony. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która plasowałaby się na pierwszym miejscu- gdyby zamawiający dokonał obliczenia wyników związanych z kryteriami oceny ofert, zgodnie z ustalonymi przez siebie i opisanymi w specyfikacji warunków zamówienia zasadami. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu, a tym samym zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Nie może budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Co do uzasadnienia zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dokonania odpowiedniej opłaty to jest wpisu od odwołania odwołujący wyjaśnił jak poniżej .

4. Informacja o rozstrzygnięciu postępowania została przesłana do odwołującego drogą mailową w dniu 30 marca 2018 r. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 09.04.2018 roku.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie. W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

(i) Wstęp.

W dniu 30 marca 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu oceny i wyborze najkorzystniejszej oferty. Z taką decyzją zamawiającego nie sposób się jednak zgodzić, albowiem takie zachowanie zamawiającego narusza wymienione powyżej przepisy Pzp z powodów, które zostaną przedstawione poniżej. W ocenie ABM działania i czynności podejmowane przez zamawiającego rażąco naruszają ustawę i powinny zostać wyłączone z obrotu prawnego.

(ii) Zarzut dotyczący dokonania ponownej oceny i wyboru ofert pomimo ważnej czynności zamawiającego w tym zakresie, na podstawie której oferta odwołującego była wybrana jako najkorzystniejsza.

Analiza przepisów Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawa nie przewiduje możliwości cofnięcia przez zamawiającego złożonego oświadczenia woli (jedynym takim przypadkiem jest możliwość wycofania złożonej przez oferenta oferty w danym postępowaniu). Odwołujący nie kwestionuje przy tym uprawnień zamawiającego do podejmowania czynności przewidzianych przez przepisy Pzp, w tym czynności unieważnienia dokonanej wcześniej czynności zamawiającego. Procedura w tym zakresie, tj. unieważnienie danej czynności przez zamawiającego, musi być zrealizowana zgodnie z Pzp, w szczególności taka czynność podlega kontroli w drodze złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym zamawiający nie podjął jednak decyzji o unieważnieniu czynności wyboru najlepszej oferty (ta czynność pozostaje dalej w mocy), ale złożył oświadczenie o cofnięciu wcześniejszego oświadczenia woli. Oznacza to, że zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp w tym zakresie należy stosować wprost przepisy kodeksu cywilnego.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 61. § 1. Kodeksu cywilnego „Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest

skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej."

W niniejszej sprawie bezspornym jest, w świetle art. 61 § 1 zdanie drugie Kodeksu cywilnego, iż oświadczenie zamawiającego o cofnięciu wcześniejszego oświadczenia jest bezskuteczne (nie doszło ono do odwołującego przed decyzją o wyborze oferty ani łącznie z tą decyzją).

W obecnym stanie faktycznym i prawnym odwołujący nie został nigdy poinformowany, iż zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe odwołujący cały czas oczekuje na zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

(iii) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Biomedica pomimo, iż nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z zarzutem wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W tabeli nr 2 Formularza nr 2 SIWZ zatytułowanej: „Szczegółowy wykaz wszystkich materiałów i odczynników nieoferowanych, niezbędnych do optymalnego wykonania oznaczeń-w zakresie przygotowania bibliotek oraz przeprowadzenia sekwencjonowania, według rekomendacji producenta, wraz z podaniem adekwatnych ilości do swobodnego przeprowadzenia wskazanej liczby badań, z uwzględnieniem proponowanego trybu realizacji poszczególnych etapów procedury - manualny/ automatyczny" Zamawiający wymagał, de facto, przedstawienia wszystkich materiałów i odczynników nieoferowanych przez producenta, a niezbędnych do optymalnego wykonania oznaczeń (wykonania zamówienia).

W swojej ofercie firma Biomedica zaoferowała testy All Type NGS 11 loci Sample Prep Flex kit o numerze katalogowym ALL-PREP11LFX, którego producentem jest firma One Lambda Inc z grupy ThermoFisher. W Formularzu 2 w tabeli 2 firma Biomedica zadeklarowała, iż do wykonania badania sekwencjonowania 8160 pacjentów wystarczy 85 kartridży Illumina Standard v2 300 cykli, co oznacza, iż założyła, że w jednym sekwencjonowaniu można badać 96 pacjentów (bibliotek DNA). Tymczasem materiały producenta oferowanego kitu jednoznacznie określają w załączonej dokumentacji technicznej do oferowanego kitu o nazwie All Type NGS Assay on Illumina MiSeq System Application Note na stronie 14, iż kit ten na kartridżu Illumina typu Standard v2 300 cykli umożliwia sekwencjonowanie do 48 próbek/pacjentów/bibliotek (w oryginale: up to 48 samples). Oznacza to, iż kit został przez producenta zwalidowany dla tej właśnie ilości pacjentów na jeden run sekwencyjny. Sekwencjonowanie większej ilości pacjentów wykracza poza ramy optymalnej i sprawdzonej przez producenta procedury pracy testu i nie gwarantuje poprawnych wyników sekwencjonowania, gdyż grozi przeładowaniem pojemności kartridża.

Oznacza to, iż firma Biomedica wprowadziła Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe dane dotyczące ilości pacjentów/bibliotek możliwych do sekwencjonowania na jednym kartridżu Illumina Standard v2 300 cykli. Firma Biomedica zaniżyła w ten sposób znacząco

koszty ze 170 kartridży do 85. Koszty kartridży to najbardziej istotne koszty jakie musi ponieść Zamawiający. W wyliczeniach kosztów dla firmy Biomedica pojawia się więc zamiast kwoty 1 028 772 zł (170 x 6051,60 zł) połowa tej kwoty czyli 514 386 zł.

Firma Biomedica zaoferowała kit posiadający 96 unikalnych indeksów co, de facto, umożliwia załadowanie kartridża materiałem od 96 pacjentów. Problem w tym wypadku jest to, iż producent wyraźnie wskazuje iż dla 11 loci i tego kitu na jednym kartridżu można sekwencjonować tylko 48 pacjentów.

Należy podkreślić iż oferowane przez firmę ABM kity firmy GenDX zawierają 384 unikalne indeksy, co nie oznacza, iż na kartridżu Illumina standard v 2 300 cykli w 6 loci można sekwencjonować 384 pacjentów. Precyzyjne ilości są podane dla każdego typu kartridża oraz dla ilości typowanych loci w tabeli 22 na stronie 28 w instrukcji użytkownika NGS go Workflow instructions for use.

W związku z powyższym, o ile firma Biomedica nie wykaże, że przyjęte do wyliczeń dane są oficjalnie potwierdzone przez producenta oferowanego kitu należy przyjąć, iż znacząco zaniżyła koszty sekwencjonowania w postaci kartridży podając 85 sztuk zamiast 170 sztuk. W tej materii oświadczenia firmy Biomedica są bez znaczenia i wymagane być muszą oficjalne oświadczenia producenta, czyli firmy One Lambda Inc.. Jeśli dane wskazujące na możliwość sekwencjonowania 96 próbek/ sekwencjonowanie nie zostaną przedstawione należy przyjąć, że Zamawiający został wprowadzony w błąd. Nadmieniamy tylko, iż Zamawiający obecnie pracuje na kitach One Lambda oferowanych przez firmę Biomedica i skarży się na bardzo duże ilości powtórzeń sekwencjonowań. Należy przyjąć, iż źródłem tych problemów może być „przeładowanie” kartridża poprzez puszczenie zbyt dużej ilości próbek w stosunku do jego pojemności a wynika to z wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do optymalnych i sprawdzonych przez Producenta ilości próbek w jednej reakcji sekwencjonowania.

Oferta Biomedica nie uwzględnia ponadto w tabeli kosztów czyli tabeli nr 2 następujących pozycji:

1) Pipet wielokanałowych - pipety te są niezbędne do wykonania oznaczeń. W instrukcji obsługi oferowanego kitu Ali Type NGS Assay on Illumina MiSeq System Application Notę na str 10 w tabeli podano iż niedostarczane a niezbędne do wykonania kitu są manualne pipety wielokanałowe 20 ul i 200 ul. W tabeli 2 brak tych pipet.

2) Wody niezbędnej do płukania aparatu MiSeq - według zaleceń firmy Illumina niezbędne jest 0.5 litra specjalnej wody po każdym cyklu sekwencjonowania. Zamawiający sekwencjonując jednorazowo 96 próbek potrzebuje do przebadania wskazanej liczby pacjentów (8160 osób) wykonać 85 cykli sekwencjonowań zatem potrzebuje przeprowadzić co najmniej 85 płukań maszyny: 85 x 0,5 litra daje 42.5 litra wody. Oferta Biomedica uwzględnia tylko 6 litrów wody. Ponadto do okresowego płukania aparatu MiSeq (płukanie co

30 dni) - niezbędne jest dodatkowe 1,5 litra wody na 1 miesiąc, zatem przez okres 12 miesięcy należy wykonać 12 kolejnych płukań do czego niezbędne jest dodatkowe 18 litrów specjalnej wody.

3) 100% Tween 20 - odczynnik niezbędny do wykonania płukań urządzenia MiSeq. Potrzebne jest 5 ml 100% Tween 20 na płukanie po każdorazowym cyklu sekwencjonowania czyli 85 x 5 ml, co daje 425 ml 100% Tween 20. Oferta Biomedica zawiera jedynie 1 op. 50 ml 100% Tween 20.

4) 100% Tween 20 niezbędnego do okresowych płukań urządzenia MiSeq (co 30 dni). Potrzebne jest 15 ml 100% Tween 20 do każdorazowego okresowego płukania urządzenia, czyli 15 ml x 12, co daje dodatkowo 180 ml 100% Tween20.

W instrukcji obsługi oferowanego kitu Ali Type NGS Assay on Illumina MiSeq System Application Note na str 13 znajduje się schemat postępowania, który jednoznacznie wskazuje iż niezbędne jest czyszczenie aparatu MiSeq (Clean MiSeq). Odczynników niezbędnych do płukania/czyszczenia urządzenia MiSeq w swojej ofercie firma Biomedica nie uwzględniła.

Powyższe oznacza, iż Biomedica nie zawarła w swojej ofercie wszystkich materiałów i odczynników, nieoferowanych przez producenta a niezbędnych do optymalnego wykonania oznaczeń (wykonania zamówienia) w prawidłowo wyliczonych ilościach, a więc złożyła ofertę niezgodną z SIWZ i w konsekwencji znacząco zaniżyła koszty. Tym samym wykonawca Biomedica przedstawił celowo informacje niepełne i tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło i w ocenie Odwołującego miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący na marginesie podkreśla, że ww. tabela nr 2 jest stosowana do wyliczania kosztów, składających się na kryterium cenowe. Zauważyć zatem należy, iż w przypadku gdy jeden z wykonawców uznaje dany element za koszt a inny nie, to de facto dokonuje się porównywania dwóch ofert, które ze sobą nie są i nie mogą być ze sobą porównywalne.

Zamawiający wskazuje, iż powyższe stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w następujących sprawach:

a) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2616/17): „Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2543/17):

„Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Pojęcie "wprowadzenia w błąd" jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała."

(iv) Zarzut błędnego obliczenia punktacji BIOMEDICA w kryterium „cena+koszt”.

Zamawiający w pkt 2 na stronie 10 SIWZ wskazał, iż w ramach kryterium „cena” wykonawcy mogą maksymalnie uzyskać 60 punktów (Pakiet I), a pozostałe parametry techniczno-funkcjonalne dają możliwość zdobycia maksymalnie 40 punktów.

Jednakże w podpunkcie 2.1 SIWZ Zamawiający określił, iż kryterium „cena” to de facto nie „cena” (w rozumieniu wynagrodzenia wykonawcy), a „cena plus koszt”.

Ujmując to inaczej, to nie najniższa cena oferty daje możliwość do uzyskania 60 punktów, a „cena powiększona o koszt, na który składa się cena badania przedstawiana przez oferentów w przetargu oraz koszt pozostałych odczynników materiałów i urządzeń wskazanych w Formularzu nr 2”.

Odwołujący wskazuje, iż Formularz nr 2 zawiera 5 tabel. Jak się okazało na etapie oceny ofert, drugiej z tych tabel Zamawiający używa do obliczania kosztów, które dodaje do ceny - „cena plus koszt” (tabela nr 2 - ta sama tabela, o której mowa w (iii) niniejszego Odwołania powyżej, w której Biomedica nie uwzględniła wszystkich kosztów związanych z realizacją Zamówienia).

Zamawiający dokonał zatem modyfikacji kryterium pt. „cena” w ten sposób, że w rezultacie cena oferty stanowiąca jasne i precyzyjne kryterium została zamieniona na koszt całkowity badania jaki ponosić będzie Zamawiający. W ocenie Odwołującego ta zmiana choć wydaje się uprawniona i logiczna na pierwszy rzut oka po głębszej analizie matematycznej okazuje się obarczona systemowym błędem matematycznym, który omówiony zostanie poniżej. Zmiana ta powoduje szereg następujących problemów lub utrudnień, które ostatecznie doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta zgodnie z kryterium ceny a także ponoszonych przez Zamawiającego kosztów nie jest najkorzystniejsza.

Zastosowana przez Zamawiającego wyżej opisana błędna metodologia matematyczna powoduje (co wydaje się nielogiczna już na pierwszy rzut oka) zawyżanie punktacji oferty gorszej cenowo (droższej). W celu wyjaśnienia tego paradoksu Odwołujący posługuje się następującym przykładem:

Cena oferty firmy A 100 zł Ilość punktów firma A $100/100 \times 60 = 60$ pkt

Cena oferty firmy B 200 zł Ilość punktów firma B $100/200 \times 60 = 30$ pkt

Bez dodawania kosztów ilość przyznanych w kryterium cenowym punktów firmie najlepszej (A) wynosi 60 pkt a firmie gorszej (B) 30 pkt co adekwatnie odzwierciedla różnicę w cenie $100/200 = 0,5$. Oferta firmy B jest dwukrotnie droższa i w związku z tym otrzymuje połowę ilości możliwych do uzyskania w tym kryterium punktów.

Cena oferty firmy A 100 zł

Koszt firmy A 50 zł

Łącznie cena plus koszt 150 zł

Ilość punktów firma A $150/150 \times 60 = 60$ pkt

Cena oferty firmy B 200 zł

Koszt firmy B 50 zł

Łącznie cena plus koszt 250 zł Ilość punktów firma B $150/250 \times 60 = 36$ pkt

Jak widać dodanie do ofert równych kosztów powoduje zawyżenie ilości punktów dla firmy B do 36 pkt. Koszty są identyczne i jako takie muszą zostać poniesione przez zamawiającego tym niemniej ich dodanie znacząco zmienia pierwotny stosunek wynikający z różnicy w oferowanych cenach.

Cena oferty firmy A 100 zł

Koszt firmy A 100 zł

Łącznie cena plus koszt 200 zł Ilość punktów firma A $200/200 \times 60 = 60$ pkt

Cena oferty firmy B 200 zł

Koszt firmy B 100 zł

Łącznie cena plus koszt 300 zł Ilość punktów firma B $200/300 \times 60 = 40$ pkt

Jak widać im wyższe koszty są dodawane do ceny tym więcej punktów zyskuje oferta firmy gorszej cenowo. Oferty znowu mają identyczne koszty ale ponieważ są one wyższe obliczana proporcja zmienia się jeszcze bardziej niwelując pierwotną różnicę wyrażoną w cenie.

Cena oferty firmy A 100 zł

Koszt firmy A 50 zł

Łącznie cena plus koszt 150 zł Ilość punktów firma A $150/150 \times 60 = 60$ pkt

Cena oferty firmy B 200 zł

Koszt firmy B 70 zł

Łącznie cena plus koszt 270 zł Ilość punktów firma B $150/270 \times 60 = 33,33$ pkt

Jak widać w powyższym przykładzie oferta droższa cenowo i kosztowo dostaje dodatkowe punkty (3,33 pkt) w stosunku do pierwotnego stosunku wynikającego z samej ceny. Sam fakt dodawania kosztów jest przyczyną zmieniających się proporcji. Metodologia ta nie odzwierciedla niczego i jest jak widać całkowicie sprzeczna z jakimkolwiek interesem Zamawiającego a wynika to z całkowicie błędnej metodologii matematycznej (dodawanie liczb do licznika i mianownika ułamka).

Cena oferty firmy A 100 zł

Koszt firmy A 100 zł

Łącznie cena plus koszt 200 zł

Ilość punktów firma A $200/200 \times 60 = 60$ pkt

Cena oferty firmy B 200 zł

Koszt firmy B 120 zł

Łącznie cena plus koszt 320 zł Ilość punktów firma B $200/320 \times 60 = 37,50$ pkt

Jak widać w powyższym przykładzie oferta droższa cenowo i kosztowo też droższa o 20 zł w porównaniu z poprzednim przykładem dostaje jeszcze więcej dodatkowych punktów (37,50 pkt) poprzez sam fakt coraz wyższych kosztów przy takiej samej bezwzględnej ich różnicy (20 zł) na korzyść oferty lepszej cenowo. Jest to całkowicie sprzeczne z jakimkolwiek interesem Zamawiającego i świadczy całkowicie błędnej metodologii matematycznej.

Należy zatem podkreślić, że ww. metodologia powoduje, że im większa jest liczba dodawana do ceny jako koszt badania tym mniejszy wpływ ceny. Aby uniknąć tych problemów należało albo wydzielić kryterium kosztów do oddzielnej punktacji albo aby zminimalizować te niekorzystne matematycznie efekty dodawać tylko różnicę kosztów do oferty firmy dla której koszty są wyższe co niwelowałoby w pewien sposób dodatkowe koszty dla Zamawiającego związane z używaniem kitów tej firmy.

W przypadku niniejszego Postępowania zarówno Odwołujący jak i Biomedica podali identyczną liczbę kartridży (85 sztuk). Te elementy stanowią podstawową część kosztów dodawanych w ramach kryterium ceny. Do obliczeń Zamawiający przyjął koszt kartridży do sekwencjonowania w wysokości 6.051,60 zł brutto za sztukę. Dało to dodatkowy koszt w wysokości 514.386 zł. Identyfikacyjny w przypadku obu porównywanych ofert. Jak zostało wyżej

wykazane, skutkuje to dodatkowymi punktami przyznawanymi ofercie droższej cenowo, gdyż niweluje pierwotne różnice w cenie (która to cena miała stanowić 60% możliwych punktów do zdobycia).

Jak już wykazaliśmy firma Biomedica podała w swoich wyliczeniach ilość kartridży potrzebnych na zsekwencjonowanie 8160 próbek DNA jako 85 przyjmując 96 próbek na sekwencjonowanie. Ilości te nie znajdują potwierdzenia w ogólnie dostępnych materiałach dotyczących oferowanego kitu i według dostępnych materiałów producenta kitów powinny być dwukrotnie wyższe (170 sztuk).

Firma ABM w swoich wyliczeniach zamieszczonych w tabeli nr 2 przyjęła wyznaczoną przez Zamawiającego ilość 96 próbek na sekwencjonowanie co wyraźnie zazaczyła w swojej ofercie w tabeli 2. Podana liczba 85 kartridży jest przyjęta tylko i wyłącznie dlatego, że to Zamawiający precyzował, iż zamierza pracować poddając sekwencjonowaniu 96 próbek na run. Jest to ilość minimalna jakiej wymagał Zamawiający jednakże oferowane przez ABM kity firmy GenDx umożliwiają sekwencjonowanie maksymalnie 171 próbek w 6 loci (a tyle obejmował oferowany przez nas kit). Informacje te są zawarte w tabeli na stronie 28 (table 22) NG Sgo Work flow instructions for use.

Dla nośnika MiSeq 300 cykli v2 typu standard dla loci A,B,C DRB1, DQB1, DPB1 maksymalna liczba bibliotek (próbek/pacjentów) wynosi 171 na sekwencjonowanie. Oznacza to, iż Zamawiający może ograniczyć znacząco koszty poprzez sekwencjonowanie 171 pacjentów w jednym runie sekwencyjnym. Dla 8160 pacjentów daje to możliwość pracy z wykorzystaniem tylko 48 kartridży.

W trakcie rozmów z przedstawicielami Zamawiającego kwestie ilości sekwencjonowań w jednym runie sekwencyjnym były wielokrotnie poruszane i były bardzo istotne dla Zamawiającego co zrozumiałe ze względu na wysoki koszt kartridży do sekwencjonowania. Ze zdumieniem przyjęliśmy wiadomość, iż do obliczenia kosztów Zamawiający przyjął dla oferowanych przez Odwołującego kitów ilość 85 kartridży obliczoną na podstawie minimalnej ilości pacjentów na run sekwencyjny jakiej wymagał Zamawiający a nie uwzględnił możliwości sekwencjonowania znacznie większej ilości próbek tj 171 w jednym sekwencjonowaniu, którą to możliwość ma wykorzystując kity oferowanej przez ABM firmy GenDx. Tym samym zniwelował do zera zasadniczą różnicę kosztów jakie musi ponosić stosując kity obu firm.

Zamawiający, będąc poinformowany (pracownicy zamawiającego uczestniczyli w 3 dniowym szkoleniu organizowanym przez ABM i Producenta kitów firmę GenDx w Łodzi) o tym, iż pracując z oferowanym przez Odwołującego kitem ma możliwości użycia znacznie mniejszej

ilości kartridży z nie znajdujących uzasadnienia względów zamierza pracować „puszczając” tylko 96 próbek na sekwencjonowanie. Podobnie niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający dokonując obliczeń wpisał w koszty kitu Odwołującego swoje wybory, nie uwzględniając możliwości ponoszenia znacznie mniejszych kosztów poprzez stosowanie kitu Odwołującego. Koszt 48 kartridży to wówczas tylko 290 476, 80 zł (514 386 zł wyliczone dla oferty Odwołującego) czyli o 223 909, 20 zł mniej niż wskazał Zamawiający.

Należy przy tym zaznaczyć iż oferta firmy Biomedica z pewnością nie daje możliwości sekwencjonowania większej ilości próbek niż 96 (choć potwierdzenia w dokumentach nie znajduje nawet ta liczba) gdyż oferowany kit All Type NGS 11 loci Sample Prep Flex typuje wszystkie 11 loci genowych układu HLA tym samym zajmując znacznie większą pojemność informacji na kartridżu. Oferowany przez firmę ABM kit daje możliwość typowania wymaganej minimalnej ilości 6 loci genowych. Należy podkreślić iż w przypadku typowania kandydatów na dawców szpiku do rejestru typowanie 6 loci jest optymalne i uzasadnione. Typowanie dodatkowych loci nie znajduje w chwili obecnej żadnego uzasadnienia i nie jest wymagane przez Poltransplant co zresztą Zamawiający uwzględnił podając w swoich wymaganiach minimalną liczbę jako 6 loci.

Arbitralnie przyjmowana ilość 96 pacjentów na sekwencjonowanie niweluje zatem gigantyczne oszczędności kosztowe możliwe do uzyskania podczas pracy z kitem oferowanym przez Odwołującego. Tym jednak Zamawiający nie wydaje się być zainteresowany. Czemu więc mają służyć precyzyjne wyliczenia kosztów do drugiego miejsca po przecinku jeśli oszczędność w wysokości 223 909,20 zł jest całkowicie bez znaczenia?

Przy wyliczonych kosztach dla 48 kartridży oferta firmy ABM zdecydowanie wygrywa z ofertą firmy Biomedica nawet przy przyjęciu nie znajdującej oparcia w dokumentacji producenta One Lambda Inc. ilości 85 kartridży, które firma Biomedica podała w tabeli nr 2.

Różnice zaś kosztowe przy przyjęciu 48 kartridży dla oferty firmy ABM i 170 kartridży dla oferty Biomedica (wg wskazań producenta kitów) to 290 476, 80 zł do 1 028 772 zł. Oferta firmy Biomedica jest 3,5 razy droższa kosztowo!!!

Reasumując należy wskazać, iż wyliczanie kosztów jest całkowicie arbitralne oraz prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości prowadzonego Postępowania. Zamawiający może bowiem dowolnie grać głównym czynnikiem kosztowym, gdyż nie uwzględnia możliwości pracy z wykorzystaniem mniejszej ilości kartridży dla oferty Odwołującego. W efekcie ww. operacji Zamawiający nadał sobie uprawnienie do swobodnego ustalania wyniku punktowego w głównym kryterium oceny ofert.

Wieńcząc wywód zawarty w niniejszym Odwołaniu, Odwołujący prezentuje różne wyliczenia liczby punktów w kryterium cenowym (kosz plus cena) oferty Biomedica dla przedmiotowego

Postępowania.

1. Uwzględnienie wyłącznie ceny:

Oferta Odwołującego otrzymuje 60 punktów jako korzystniejsza cenowo – 1.595.116, 80 zł w stosunku do oferty Biomedica – 2.033.635,20 zł. Oferta Biomedica w przypadku porównywania samych cen otrzymałaby w kryterium cenowym 47,06 pkt i zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu, otrzymując łącznie $47,06 + 37 = 84,06$ vs 85 dla Odwołującego.

2. Uwzględnienie kosztów wyliczonych przez Zamawiającego:

a. dla oferty Odwołującego to 672.675,71 zł

b. dla oferty Biomedica to 624.557,01 zł.

Należy podkreślić, że ww. różnica w kosztach spowodowana jest uwzględnieniem przez Odwołującego kosztów związanych z płukaniem urządzenia MiSeq, które podał Odwołujący (opisane w pkt (ii) Odwołania). Różnica ta po rozłożeniu na kwoty jednostkowe wynosi:

Dla wody: $247,15 \text{ zł} \times 167 \text{ op} = 41\,274,05 \text{ zł}$ Dla 100% Tween 20: $119,93 \times 16 \text{ op} = 1\,918,88$
Pipety wielokanałowe: $2 \times 2000 = 4000 \text{ zł}$

Zatem łącznie Biomedica nie uwzględniła w swojej ofercie kosztów sekwencjonowania oraz pipet, które Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie co dało dodatkowy koszt w wysokości 47.192 zł. Po przyjęciu korekty i odjęciu tych kosztów od oferty Odwołującego odpowiednio koszty po korekcie będą wynosiły dla:

a. Odwołującego 625 483,71 zł

b. Biomedica 624 557,01 zł.

Różnica w kosztach wyniesie wówczas (tylko) 926,70 zł.

Jak widać założenie użycia identycznej ilości kartridży (85 sztuk) przez obu oferentów skutkuje różnicą kosztową w wysokości 926 zł na niekorzyść firmy ABM. Jak podawaliśmy w omówieniu metodologii błędu dodawanie pełnych kosztów nie znajduje wtedy żadnego uzasadnienia poza sztucznym podwyższaniem punktacji dla oferty gorszej cenowo w tym przypadku firmy Biomedica. Sugerowaliśmy, że możliwym sposobem usunięcia takiej nieprawidłowości byłoby po prostu dodanie różnicy kosztów do oferty droższej kosztowo.

W tym przypadku, jeżeli dodamy ww. różnicę kosztową do oferty Odwołującego jako droższej kosztowo to otrzymamy $1.595.116,80 \text{ zł} + 926,70 \text{ zł} = 1.596.043,50 \text{ zł}$. W takim wypadku oferta Biomedica jako tańsza kosztowo pozostaje bez zmian 2.033.635,20 zł.

W efekcie oferta Biomedica otrzymuje w tym kryterium 47,09 pkt i zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu, otrzymując łącznie 84,09 pkt.

Na podstawie ww. przykładów klarownie widoczne jest, że każde kolejne dodawanie kosztów do obu ofert będzie skutkowało poprawą liczby punktów dla Biomedica.

3. Na potwierdzenie powyższego: w przypadku wliczenia w koszty tylko kosztów związanych

bezpośrednio z kitami nie uwzględniając kartridży i innych kosztów związanych z sekwencjonowaniem których Biomedica i tak nie zamieściła w swojej ofercie:

a) koszty dla Odwołującego to 111.097,71 zł.

b) koszty dla Biomedica to 110.171,01 zł.

Zatem po dokonaniu wszystkich kolejnych obliczeń oferta Biomedica otrzymuje 47,75 pkt i przegrywa przetarg otrzymując 84,75 pkt vs 85 pkt.

Przyjmując zaś dla oferty ABM najniższą możliwą ilość kartridży tj 48 sztuk niezbędnych do wytypowania wskazanej liczby pacjentów koszty firmy ABM winny wynosić 672.675, 05 zł minus 223 909,20 zł tj. 448.765,86 zł. W takim wypadku cena plus koszt wynosi 2.043 882,65 zł. Oferta konkurencji to 2. 658 192,21 zł. Oferta firmy Biomedica otrzymuje 46,13 pkt. i przegrywa z łączną punktacją 83,13 pkt vs 85 pkt.

Wyliczenie kosztów dla 170 kartridży mija się z celem, ponieważ w tym przypadku oferta firmy Biomedica powinna zostać odrzucona jako wprowadzająca w błąd.

Zwrócić zatem należy uwagę na fakt, że Biomedica została sklasyfikowana na pierwszym miejscu

wyłącznie na skutek dokonania nieuzasadnionych obliczeń (błędnej i arbitralnej metodologii), która w ocenie Odwołującego faworyzowała ofertę Biomedica. Po pierwsze firma Biomedica podała nieprawdziwe i niepełne dane dotyczące ilości materiałów dodatkowych a niezbędnych do wykonania określonej ilości oznaczeń i powinna zostać odrzucona. Po drugie jeśli w swoich wyliczeniach kosztów Zamawiający nie uwzględnił możliwości wykonania wymaganej ilości oznaczeń na znacznie mniejszej ilości kartridży dla oferty Odwołującego (kity firmy GenDx) to w ogóle nie powinien dodawać kosztów kartridży do porównywania ofert. Jak wykazaliśmy koszty w takim przypadku identyczne skutkują tylko przyznawaniem większej ilości punktów ofercie gorszej cenowo tj., ofercie firmy Biomedica i zamazują pierwotną różnicę cenową.

Po wyliczeniach Zamawiającego opartych na porównywaniu dwóch ofert, przy założeniu identycznej ilości kartridży dla obu firm, z których jedna zawiera wszystkie dodatkowe koszty sekwencjonowania a druga (z niewyjaśnionych przyczyn) nie, a pomimo to nie została przez Zamawiającego odrzucona, to Biomedica otrzymała 51,19 pkt i została sklasyfikowana na pierwszym miejscu (88.19 pkt vs 85 pkt). Zamawiający nie dołożył żadnej staranności w wyliczeniach kosztów i jak się wydaje nie jest tym zainteresowany przyznając zamówienie ofercie droższej cenowo o prawie 400 000 złotych i droższej kosztowo o co najmniej 200 000 zł (dla prawa opcji łącznie o 400 000 zł). Jest to z pewnością działanie sprzeczne z interesem publicznym.

Zamawiający pomimo, że był przez Odwołującego informowany o nieprawidłowościach w wyliczeniach kosztów przez Biomedica nie podjął żadnych czynności mających na celu usunięcie dokonanych naruszeń Ustawy. Tym samym Zamawiający dokonał czynności

porównywania ze sobą ofert które porównywane ze sobą być nie mogły z uwagi na inny zakres - oferta Biomedica nie zawierała wszystkich kosztów dotyczących sekwencjonowania i powinna podlegać odrzuceniu jako niespełniająca wymogów SIWZ.

(v) Rekapitulacja stanowiska Odwołującego

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający dopuścił się w przedmiotowym postępowaniu naruszeń szeregu przepisów Ustawy. Na skutek naruszeń wybrana została oferta wykonawcy, która de facto powinna zostać odrzucona jako niespełniająca warunków SIWZ lub co najwyżej sklasyfikowana na drugim miejscu ze względu na wyższą cenę oraz wyższe koszty ponoszone przez Zamawiającego, a Odwołujący winien uzyskać największą liczbę punktów, prowadzącą do uznania jego oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie, na wniosek stron i przystępującego, postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego i przekazanej do akt sprawy jak również z dokumentów złożonych w sprawie, Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, które podzielono na dwie części (Pakiet Nr I i Pakiet Nr II).

Pierwsza część obejmuje dostawę zestawów odczynnikowych do typowania HLA na poziomie wysokiej rozdzielczości metodą NGS przy użyciu posiadanego sekwenatora Illumina MiSeq, wraz z dedykowanym oprogramowaniem analitycznym oraz szkoleniem personelu stanowiącym (Pakiet Nr I).

Druga część obejmuje dostawę kasetek (kartridży) wraz z adekwatnymi nośnikami przepływowymi do posiadanego przez zamawiającego sekwenatora Illumina Miseq (Pakiet Nr II).

Zamawiający nadał wewnętrzny numer sprawie - Nr sprawy 1/2018.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE nr 2018/S 008-014766 z dnia 12 stycznia 2018 r.

Odwołanie zostało złożone w związku z wyborem oferty przystępującego po stronie

zamawiającego zwanego również „Biomedica”, którego ofertę oznaczono numerem 3 (pismo zamawiającego z dnia 30.03.2018 roku pn. Ponowne ogłoszenie wyniku postępowania dla Pakietu Nr I - w aktach sprawy Część V akt). Oferta nr 3 wybrany wykonawca – przystępujący w sprawie, w wyniku ponownej oceny punktowej oferty otrzymał liczbę punktów łącznie 88,19 a oferta odwołującego oznaczona nr 1 otrzymała 85,00 pkt zajmując drugą pozycję (złożono tylko dwie oferty na Pakiet Nr I).

Pierwszy wybór, którego dokonał zamawiający w zakresie Pakietu Nr I, korzystny był dla odwołującego zwanego dalej również „ABM”, którego ofertę oznaczono numerem 1 (pismo zamawiającego z dnia 16.03.2018 roku pn. Ogłoszenie o wyniku postępowania dla Pakietu Nr I - w aktach sprawy Część III akt). Oferta odwołującego (ABM) oznaczona nr 1 otrzymała łącznie 85 punktów a oferta przystępującego (Biomedica) oferta nr 3 otrzymała łącznie 80,10 punktu.

Pismem z dnia 20.03.2018 roku zamawiający „cofa oświadczenie woli wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonuje powtórzenia czynności w postępowaniu.” Jednocześnie zamawiający w piśmie tym informuje, że „w ogłoszeniu wyników postępowania dla Pakietu nr I z dnia 16.03.2018 roku wystąpiła omyłka pisarska i w ramach punktacji przyznanej Ofercie Nr 3 , w poz.4 są 2 pkt, według deklaracji Wykonawcy oraz zapisów SIWZ winno być 10 pkt” (pismo z dnia 20.03.2018 roku pn. Cofnięcie oświadczenia woli w ramach ogłoszenia wyniku postępowania dla pakietu Nr I – w aktach sprawy Część IV akt).

Dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 4 odwołania to jest naruszenia art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, iż doszło do „cofnięcia oświadczenia woli”, pomimo iż informacja o „cofnięciu oświadczenia” doszła do odwołującego po otrzymaniu informacji z dokonanej oceny ofert, a odwołujący na owo cofnięcie oświadczenia woli nie wyraził zgody (w ramach pakietu Nr I) należy wskazać, że odwołujący na pismo zamawiającego z dnia 20 marca 2018 roku cytowanego powyżej odpowiedział pismem w tym samym dniu to jest 20.03.2018 roku, „oświadcza, że nie wyraża zgody na cofnięcie oświadczenia woli” (pismo odwołującego z dnia 20.03.2018 roku w aktach sprawy – Część IV akt). Konsekwentnie odwołujący przed ponownym wyborem najkorzystniejszej oferty co nastąpiło jak wyżej ustalono w dniu 30 marca 2018 roku, w dniu 28.03.2018 roku zwrócił się do zamawiającego o podpisanie stosownej umowy w związku z nie wyrażeniem zgody na cofnięcie oświadczenia woli oferty spółki jako najkorzystniejszej – „złożona przez Spółkę oferta w Postępowaniu 1/2018 została uznana za najkorzystniejszą oraz z uwagi na fakt, iż Spółka nie wyraziła zgody na cofnięcie przez Państwa oświadczenia woli o wyborze oferty Spółki jako najkorzystniejszej (brak zgody Spółki powoduje zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, iż Państwa oświadczenie jest bezskuteczne wobec Spółki) wnoszę o wyznaczenie terminu zawarcia przez Spółkę z

Państwem umowy” (pismo odwołującego z dnia 28.03.2018 w aktach sprawy – Część V akt sprawy).

Reasumując należy wskazać, że odwołujący otrzymując pismo zamawiającego z dnia 20.03.2018 roku o cofnięciu oświadczenia woli co do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, nie zaskarżył jej przez wniesienie odwołania tylko oświadczył zamawiającemu, że nie wyraża zgody na cofnięcie oświadczenia z dnia 16 marca 2018 roku to jest o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej a następnie w dniu 28 marca 2018 roku zgłosił gotowość zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołujący zaskarżył dopiero czynność zamawiającego z dnia 30 marca 2018 roku (pismo przywołane powyżej) o ponownym ogłoszeniu wyniku postępowania dla pakietu Nr 1 gdzie po korektach matematycznych oferta odwołującego (oferta ABM) nie uzyskała ponownie najwyższej lokaty, ponieważ wyprzedziła ją oferta przystępującego po stronie zamawiającego czyli oferta Biomedica.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu to jest związania zamawiającego czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 marca 2018 roku bez względu na czynność zamawiającego z dnia 30 marca 2018 roku należy przywołać treść art.61 ust.1 ustawy k.c. w związku z treścią art.14 ust.1 ustawy Pzp. zgodnie z którym „oświadczenie woli , które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Izba rozważając powyższy zarzut również ma na uwadze żądania jakie można przypisać wskazanym naruszeniom przez odwołującego. Odnosząc się do przedstawionej powyżej korespondencji odwołującego z zamawiającym to oczekuje odwołujący wyznaczenia terminu przez zamawiającego na zawarcie umowy zgłaszając w dniu 28 marca 2018 roku gotowość zawarcia umowy w związku z nieskutecznym cofnięciem oświadczenia woli przez zamawiającego. Z kolei odnosząc postawiony zarzut do żądań odwołania to można przypisać temu naruszeniu żądania wskazane w odwołaniu a sprowadzające się do: nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biomedica; nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Biomedica; nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Niemniej nie korelują te żądania wprost z podniesionym zarzutem, ponieważ jego treścią jest żądanie zawarcia umowy z odwołującym skoro nie zgadza się na cofnięcie decyzji co do wyboru jego oferty i zgłaszanej gotowości zawarcia umowy z zamawiającym. Z kolei sama czynność zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty czy też unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest czynnością noszącą znamiona oświadczenia woli skutkującą zawarciem umowy czy też rodzącym prawo domagania się zawarcia umowy. Tym bardziej, że

żądania czy to unieważnienia wyboru oferty Biomedica i nakazania wyboru oferty ABM bardziej korelują z dalszymi zarzutami podniesionymi w odwołaniu to jest zarzuty oparte na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 czy też art.91 ust.1 a w konsekwencji art.7 ust.1 i 3 ustawy pzp. wskazujące czy to na sprzeczność treści oferty z treścią siwz czy też dokonaniem niewłaściwego wyboru najkorzystniejszej oferty w myśl obowiązujących kryteriów oceny ofert. Reasumując Izba nie uwzględnia zarzutu opartego o art.61 ust.1 ustawy k.c. w związku z art. 14 ust.1 ustawy pzp, ponieważ w myśl art.192 ust.6 ustawy pzp, Izba nie może nakazać zawarcia umowy. Z takim roszczeniem odwołujący mógłby co najwyżej zwrócić się do sądu powszechnego na mocy art.2 par.1 k.p.c. (do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne) w związku z art.1 k.c.(kodeks niniejszy reguluje stosunki cywilno-prawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi), bądź w trybie art.189 k.p.c. o ustalenie przez sąd istnienia czy też nieistnienia stosunku prawnego czy też na podstawie art. 64 k.c. prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępującego to oświadczenie. W zakresie kognicji Izby leży nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego. Taką czynnością było cofnięcie oświadczenia woli co do wyboru oferty odwołującego z dnia 20 marca 2018 roku, które mimo przyjęcia takiej nomenklatury prawnej nie nosi znamion oświadczenia woli rodzącej skutki cywilno-prawne. Na tę czynność zamawiającego („cofnięcie oświadczenia woli co do wyboru oferty odwołującego”) przysługiwało odwołanie do Izby na podstawie art. 180 ust.1 ustawy pzp w przypadku czynności lub zaniechania czynności niezgodnej z ustawą w związku z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy pzp to jest w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego a czego odwołujący w przepisany terminie to jest najpóźniej do dnia 30 marca 2018 roku nie uczynił.

Reasumując zarzut naruszenia art. 61 par.1 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy pzp nie potwierdził się (zarzut sklasyfikowany na poz. 4 odwołania).

Fakt, iż czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 marca 2018 roku została nazwana przez zamawiającego cofnięciem oświadczenia o wyborze oferty odwołującego nie przesądza o jej charakterze. Bowiem czynność ta nie ma charakteru oświadczenia woli, skutkującego prawem odwołującego do żądania zawarcia z nim umowy z powodu nie wyrażenia zgody przez odwołującego na cofnięcie oświadczenia zamawiającego (pismo z dnia 16 marca 2018 roku o wyborze oferty odwołującego). Pomimo, iż czynność zamawiającego została nazwana cofnięciem oświadczenia woli co do wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi ona unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty odwołującego o czym zamawiający powiadomił dnia 16 marca 2018 roku.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Biomedica w związku z błędnym obliczeniem punktacji tej oferty w ramach kryterium oceny ofert w szczególności kryterium „ceny i kosztu” a też pozostałych kryteriów, co w konsekwencji dało temu wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert w tym „cena+koszt” zbyt wysokiej liczby punktów, tj. przyznanie 51,19 pkt (w ramach pakietu I) jak i niesłusznie dalszych punktów oraz co do:

Zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Biomedica pomimo, iż nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bo oferuje zbyt dużą ilość oznaczeń w jednym runie sekwencyjnym (96 a nie jak twierdzi odwołujący tylko 46 oznaczeń na jednym kartridżu) co skutkuje wskazaniem zbyt małej ilości kartridżów, którymi ma dysponować zamawiający (85 kartridżów zamiast 180), zbyt mała ilość wycenionej wody do mycia sprzętu, brak detergentu Tween do mycia sprzętu, brak pipet laboratoryjnych a co jest świadectwem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Reasumując odwołujący wywodzi z tych okoliczności, że zawyżono wycenę punktową oferty odwołującego, wybierając tę ofertę jako najkorzystniejszą, którą powinien zamawiający odrzucić. Na podstawie tego rodzaju podniesionych okoliczności w stosunku do oferty Biomedica, odwołujący wskazuje na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2, art.91 ust.1, art.24 ust.1 pkt 17 i art.7 ust.1 i 3 ustawy przez zamawiającego w związku z jego czynnością z dnia 30 marca 2018 roku, którą dokonał w Pakiecie Nr I wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po jego stronie Biomedica.

Odwołujący przywołał Tabelę nr 2 Formularza nr 2 SIWZ zatytułowana: „Szczegółowy wykaz wszystkich materiałów i odczynników nieoferowanych, niezbędnych do optymalnego wykonania oznaczeń w zakresie przygotowania bibliotek oraz przeprowadzenia sekwencjonowania, według rekomendacji producenta, wraz z podaniem adekwatnych ilości do swobodnego przeprowadzenia wskazanej liczby badań, z uwzględnieniem proponowanego trybu realizacji poszczególnych etapów procedury - manualny/ automatyczny” Zamawiający wymagał, de facto, przedstawienia wszystkich materiałów i odczynników nieoferowanych przez producenta, a niezbędnych do optymalnego wykonania oznaczeń (wykonania zamówienia).

W toku postępowania odwoławczego ustalono, że w swojej ofercie firma Biomedica zaoferowała testy All Type NGS 11 loci Sample Prep Flex kit o numerze katalogowym ALL-PREP11LFX, którego producentem jest firma One Lambda Inc z grupy ThermoFisher. W Formularzu 2 w tabeli 2 firma Biomedica zadeklarowała, iż do wykonania badania sekwencjonowania 8160 pacjentów wystarczy 85 kartridży Illumina Standard v2 300 cykli, co oznacza, iż założyła, że w jednym sekwencjonowaniu można badać 96 pacjentów (bibliotek

DNA). Natomiast według twierdzenia odwołującego materiały producenta oferowanego kitu jednoznacznie określają w załączonej dokumentacji technicznej do oferowanego kitu o nazwie All Type NGS Assay on Illumina MiSeq System Application Note na stronie 14, iż kit ten na kartridżu Illumina typu Standard v2 300 cykli umożliwia sekwencjonowanie do 48 próbek/pacjentów/bibliotek (w oryginale: up to 48 samples). Oznacza to, iż kit został przez producenta zwalidowany dla tej właśnie ilości pacjentów na jeden run sekwencyjny. Sekwencjonowanie większej ilości pacjentów wykracza poza ramy optymalnej i sprawdzonej przez producenta procedury pracy testu i nie gwarantuje poprawnych wyników sekwencjonowania, gdyż grozi przeładowaniem pojemności kartridża. Do takich wniosków doszedł odwołujący na podstawie dokumentacji technicznej producenta One Lambda.

Zarówno odwołujący jak i zamawiający na rozprawie przedstawili dokumentację techniczną firmy One Lambda, przy czym odwołujący wybrane dokumenty a zamawiający całą dokumentację w tym zakresie.

Przy czym z tych samych postanowień dokumentacji technicznej odwołujący jak i zamawiający oraz przystępujący wywodzą inne skutki faktyczne i prawne co do istniejących w niej zapisów. Według odwołującego oznacza to, iż firma Biomedica wprowadziła zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe dane dotyczące ilości pacjentów/bibliotek możliwych do sekwencjonowania na jednym kartridżu Illumina Standard v2 300 cykli. Firma Biomedica zaniżyła w ten sposób znacząco koszty ze 170 kartridży do 85. Koszty kartridży to najbardziej istotne koszty jakie musi ponieść zamawiający, podnosił odwołujący. W wyliczeniach kosztów dla firmy Biomedica pojawia się więc zamiast kwoty 1 028 772 zł (170 x 6051,60 zł) połowa tej kwoty czyli 514 386 zł.

Według odwołującego Firma Biomedica zaoferowała kit posiadający 96 unikalnych indeksów co, de facto, umożliwia załadowanie kartridża materiałem od 96 pacjentów. Problem w tym wypadku jest to, iż producent wyraźnie wskazuje iż dla 11 loci i tego kitu na jednym kartridżu można sekwencjonować tylko 48 pacjentów.

Z powyższego stanu faktycznego ujętego w dokumentacji technicznej firmy One Lambda według odwołującego wynika że o ile firma Biomedica nie wykaże, że przyjęte do wyliczeń dane są oficjalnie potwierdzone przez producenta oferowanego kitu należy przyjąć, iż znacząco zaniżyła koszty sekwencjonowania w postaci kartridży podając 85 sztuk zamiast 170 sztuk. Odwołujący w odwołaniu podkreślił „W tej materii oświadczenia firmy Biomedica są bez znaczenia i wymagane być muszą oficjalne oświadczenia producenta, czyli firmy One Lambda Inc. Jeśli dane wskazujące na możliwość sekwencjonowania 96 próbek/ sekwencjonowanie nie zostaną przedstawione należy przyjąć, że zamawiający został wprowadzony w błąd.

Zamawiający na rozprawie odnosząc się do tak sformułowanego twierdzenia przedstawił

następujący dowód oraz odniósł się do zarzutu w następujący sposób.

Powyższy zarzut ma charakter zasadniczy, ponieważ bezpośrednio i w znaczący sposób wpływał na tzw. koszt do poniesienia przez zamawiającego a będący jednym z kryteriów oceny ofert oprócz ceny i pozostałych wymagań funkcjonalnych.

Odwołujący oprócz przedstawienia uzasadnienia tego zarzutu w odwołaniu (co przywołano powyżej) w sposób szczegółowy również odniósł się do niego na rozprawie i tak między innymi twierdził:

Na poparcie twierdzeń w odwołaniu, co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku ze złożoną ofertą przez przystępującego, przedstawił instrukcję producenta, co do możliwości wykorzystania kartridży, czyli pewnego rodzaju dyskietek, na których umieszczane są badane próbki, na jednym kartridżu jest możliwość umieszczenia ilości próbek nieprzekraczającej 48 wbrew ofercie przystępującego, który wskazuje, że na jednym kartridżu jest możliwość umieszczenia 96 próbek. W związku tym przedłożył korespondencję mailową z przedstawicielem producenta, jak również – wyciąg z broszury Alltype NGS Assay, z których wynika, iż kit (zestaw) przeznaczony jest na maksymalnie 48 próbek na jeden run sekwencyjny (badanie). To zestaw, który może być używany do badań potencjalnych dawców szpiku na urządzeniu, które posiada Zamawiający. Z powyższego wynika, że w jednym zestawie (kit) może być 48 próbek. Przywołał w poczet dowodu nr 1 strategię indeksowania – strona 14 i przywołuje w tabeli kartridż rozmiar, standard, liczba próbek, oparty na docelowym regionie (zakres badania All – 11 LX – nazwa, rodzaj zestawu, który jest wykorzystywany w badaniach z zaznaczeniem maksymalnie 48 próbek). Do tegoż dowodu przedstawiono korespondencję mailową. Według odwołującego z przedstawionej dokumentacji mailowej wynika, że podana ilość kartridży w ofercie w ilości 85 jest nieprawidłowa, ponieważ powinna być jej dwukrotność z uwagi na to, że nie da się w jednym run (badanie) wykonać badanie dla 96 próbek, bo producent w swojej instrukcji podał, że maksymalnie można przeprowadzić 48 próbek. Przywołuje stronę 14 SIWZ, pkt 2.2 parametry funkcjonalne – tabela. Konsekwencją zawyżenia liczby możliwości wykonania badań na jednym kartridżu powoduje, iż rzeczywisty czas badania 96 próbek wydłuża się z 3 dni do 4 dni, a w konsekwencji przyznanych zostało 10 punktów zamiast 5 punktów w ofercie przystępującego czyli wykonawcy wybranego. Powyższe zaniżenie ilość kartridżu miało wpływ na uzyskanie większej ilości punktów w kryterium oceny ofert (funkcjonalność). Korespondencja mailowa z A. P. – specjalista ds. aplikacji technicznych w firmie produkującej kity oferowanych przez Przystępującego. Na pytanie skierowane do A. P. o treści, dla ilu maksymalnie pacjentów na run sekwencyjny na kartridżu Mi Seq standard V 2 300 cykli, odpowiedź: „zwalidowanych zostało 48 próbek”.

Tym samym odwołujący powołując się na przetłumaczoną instrukcję techniczną producenta One Lambda jak i prowadzoną korespondencję mailową przez jego przedstawiciela z A. P.

twierdził, że przystępujący na jeden run sekwencyjny może przeprowadzić tylko 48 próbek a nie jak twierdzi przystępujący i przyznaje zamawiający 96 próbek to jest optymalną ilość do umieszczenia na jednym kartridżu ustaloną przez zamawiającego. Ta sytuacja powoduje, że zaniżono zasadnicze koszty po stronie zamawiającego co do ilości potrzebnych kartridżów czyli nie 85 jak podał przystępujący tylko jeszcze raz tyle czyli 170 kartridżów, których koszt zakupu ponosi zamawiający a co ma istotny wpływ na ocenę ofert (kryterium: cena plus koszt jak i elementy oceny funkcjonalnej dostarczanych odczynników).

Z kolei zamawiający jak i przystępujący z tych samych dokumentów co odwołujący (dokumentacja techniczna producenta OneLambda i korespondencja mailowa z A. P.), wyprowadzali przeciwne wnioski niż odwołujący i tak na rozprawie twierdzili i wyjaśniali.

Zamawiający stwierdził na rozprawie, że w znacznej części zarzuty odwołującego formułowane są na podstawie twierdzenia o niezgodnej ilości próbek w kartridżach (według zamawiającego i przystępującego 96 próbek na run sekwencyjny a według odwołującego tylko 48 próbek na run sekwencyjny) i wywodzenie z tego, w oparciu o obowiązujące kryteria oceny ofert, że oferta przystępującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Co do zasady, z tym poglądem zamawiającego jak i też odwołującego, Izba się zgadza i w związku z tym rozstrzygnięcie tego zagadnienia ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.

Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko podkreślił, że przyjął pewne warunki, co do dokonywanej ilości oznaczeń w poszczególnych kartridżach i w związku z tym wywody odwołującego zmierzają do wykazywania, iż źle napisany jest SIWZ. Bowiem odwołujący w swoich wywodach podnosi możliwość nawet 171 oznaczeń w poszczególnych kartridżach, czyli inaczej, niż wymaga tego zamawiający w SIWZ. Zamawiający na tę okoliczność przywołał postanowienia SIWZ załącznika nr 1 pkt 1, gdzie wskazano, że będzie oznaczać się 96 próbek na jednym kartridżu. Zamawiający dopuścił, jako optymalne 96 oznaczeń, bo według jego potrzeb jest to najbardziej funkcjonalne dla celu prowadzonego postępowania.

Na te okoliczność zamawiający przedłożył w poczet dowodów umowę nr NPRMT/12/POL/2017 zawartą między Ministrem Zdrowia a reprezentującym go POL TRANSPLANTEM, z której to wynika z § 1 pkt 9, że podwykonawca, czyli zamawiający będzie wykonywał badania typowania wstępnego. Ma to istotne znaczenie przy zaistniałym sporze, co do możliwości oznaczeń w kartridżu na poziomie 96 wbrew twierdzeniom odwołującego o możliwości wykonywania tylko 48 oznaczeń na odczynnikach zaoferowanych

przez Biomedica. W związku z tym, że są to badania o charakterze wstępnym oferta, która została złożona przez przystępującego nie podlega walidacji, tylko weryfikacji. Zamawiający również podkreślił, że w dowodzie nr 1 złożonym na rozprawie przez odwołującego strona 14 strategia indeksowania kartridż rozmiar standard, użyto postanowienia o treści „zweryfikowany” za pomocą kitu Mi Seq reagent v2 300 cykli a nie użyto formy „zwalidowano”. Te dwa pojęcia (weryfikacja i walidacja) mają charakter co do ich znaczenia nieporównywalny. Zamawiający podał następującą definicję znaczenie słowa „walidacja”: „walidacja” - przez co należy rozumieć działania mające na celu potwierdzenie w sposób udokumentowany, zgodny z założeniami, że procedury, procesy, urządzenia, materiały, czynności i systemy prowadzą do zaplanowanych wyników. Dalej odnosząc się do ilości próbek na kartridżu z oferowanych odczynników stwierdza zamawiający, iż nie określono limitu tylko określono do jakiego pułapu zweryfikowano możliwość co do ilości oznaczeń. Zamawiający w związku z tym zakwestionował podane przez odwołującego tłumaczenie przedłożone przez odwołującego, w którym użyto zwrotu „maksymalnie” jako niedopuszczalne, bo według niego powinien być użyty zwrot „do”, a oryginale jest zwrot „up to” do 48. Również zamawiający podkreślał, że w przedstawionej dokumentacji technicznej One Lambda nie ma zwrotu „zwalidowano”, a jest użyty zwrot „weryfikacja” co oznacza, że jest tak jak podał przystępujący 96 oznaczeń a nie 48 jak podaje odwołujący. Walidacja według wiedzy zamawiającego jest pełnym sprawdzeniem procesu, który jest dokonywany przez laboratorium a weryfikacja jest tylko sprawdzeniem kompatybilności, tj. wzajemnej zgodności odczynników. Walidacja jest wystawiona na podstawie certyfikacji CE IVD i VD oznacza odczynniki do diagnostyki. Te badania mają na celu badanie jak największej populacji do transplantacji, są to wstępne badania, przywołuje na te okoliczność ww. umowę .

Zamawiający przedłożył w poczet dowodu pismo Biomedica z 10.04.2018 r., złożone zamawiającemu do którego załączono notę techniczną producenta wyjaśniającą o braku ograniczeń technologicznych, zmuszających użytkownika do obniżenia przepustowości poniżej 96 prób w jednym przebiegu sekwencjonowania. Tym samym przedłożył w ocenie Izby zasadniczy dowód na możliwość umieszczenia na jednym kartridżu 96 oznaczeń (dowód oświadczenie One Lambda - producent odczynników). To dowód na to, iż zarefowany kartridż przez „Biomedica” może wykonać 96 prób na jednym kartridżu. Zestaw oferowany przez Biomedica umożliwia na jednym kartridżu wykonanie 96 próbek inaczey oznaczeń. W związku z tym spełnia wymogi specyfikacji. Kartridż służy do przeprowadzenia sekwencjonowania na urządzeniu, a urządzeniem jest Mi Seq. Drugi dowód to pismo z dnia 22 marca 2013 r., to jest instrukcja wykonawcza.

Reasumując zaświadczenie z dnia 09.04.2018 roku czy to tłumaczone przez wykonawcę - przystępującego, czy to przez tłumacza przysięgłego (dowód odwołującego) jednoznacznie

stwierdza w szczególności, że (...) „Oдноśne odczynniki oraz ALLtype NGS 11 loci Prep flex kits, nr kat.11 – PREP 11 LFX, są produktami RUO (przeznaczone wyłącznie do celów badawczych). Oznacza to, że wdrożenie, optymalizacja oraz legalizacja odczynników mogą zostać przeprowadzone przez laboratorium. Uwaga dot. zastosowania (strategia indeksowania, str.14) wskazuje, że poddano weryfikacji do 48 próbek. Nie określono jednak limitu. Użytkownik produktów przeznaczonych wyłącznie do celów badawczych zobowiązany jest do przeprowadzenia badań walidacyjnych oraz do określenia specyfikacji technicznej i użytkowej. „Wymagany zakres” określony jest w badaniach walidacyjnych laboratorium. (...) Oczekiwany rozmiar amplikonu AllType, przy użyciu standardowej metody obliczenia wydajności, wymaga wyników na poziomie 4,3 Gbase dla 96 próbek. (...) Niniejsze informacje dowodzą przydatności przedmiotowego systemu w laboratoriach typowania HLA. Dr. J.-H. L. Dyrektor ds. naukowych One Lambda Marka Thermo Fisher Scientific”.

W ocenie Izby ten dokument, na który powołują się strony jak i przystępujący stanowi dowód w sprawie na okoliczność, że nie ma przeciwskażeń do oznaczenia na jednym kartridżu 96 oznaczeń w jednym runie sekwencyjnym odczynników oferowanych przez wykonawcę wybranego jakim jak przystępująca w sprawie Biomedica.

W tym stanie rzeczy dalsza argumentacja w sprawie przez przywoływane pisma otrzymane od POLTRANSPLANT L.dz. POL/282/2018 z dnia 13 kwietnia 2018 roku i Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach z dnia 26.03.2018 roku L.dz. 857/2013 w szczególności na okoliczność wymogu dla odczynników certyfikacji producenta systemem CE IVD czy RUO nie mają charakteru przesądzającego w sprawie. Zresztą w ocenie Izby mimo, że powoływane przez odwołującego stanowią o racji zamawiającego co do właściwego wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1 to jest wyboru oferty Biomedica. Zwłaszcza, że odwołujący nie udowodnił aby wprost z przepisów prawa wynikał obowiązek certyfikacji odczynników systemem CE IVD dla celów przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący również nie udowodnił konieczności czy to użycia detergentu Tween czy to wody pozbawionej nukleaz jak i użycia pipet laboratoryjnych jako kosztu mającego wpływ na kryterium „cena plus koszt”.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego w zakresie rozumienia badania wstępnego, które jest przedmiotem niniejszego postępowania a badaniem potwierdzającym „Na pytanie o przedstawienie różnicy między badaniem wstępnym a badaniem potwierdzającym, przedkłada w 3 egzemplarzach dla Izby, Odwołującego i Przystępującego jeden schemat – droga potencjalnego dawcy szpiku (PDSZ), z którego wynika, że przedmiotem niniejszego postępowania ma być ustalenie rejestru przebadanych

osób, jako potencjalnych dawców szpiku. Natomiast drugi etap, który nie obejmuje to postępowanie, to już jest pobranie nowej próbki od dawcy i przebadanie z testami z CE IVD (in vitro diagnostic CE IVD). W wyniku badań potwierdzających kwalifikuje się dawcę dla chorego”.

Co do braku obowiązku na etapie aktualnego zamówienia stosowania dla odczynników certyfikatu CE IVD Izba podziela stanowisko zamawiającego, który między innymi stwierdził: „Przy czym zwracam uwagę na stronę 2 tego pisma, gdzie pełnomocnik Odwołującego podnosząc art. 2, czynności diagnostyki laboratoryjnej, że obejmują między innymi pkt 3 - działania zmierzające do ustalenia zgodność tkankowej, czyli należy domniemywać, że mowa jest tutaj już o etapie dawcy i odbiorcy, a nie jak w przypadku naszego postępowania utworzenia rejestru potencjalnych dawców. Również zwracam uwagę, że w piśmie tym potwierdza się nasze stanowisko o możliwości prowadzenia badań w oparciu o testy RUO, ponieważ w ad III pisma TRANSPLANTU kończy się ten punkt zdaniem „większości laboratoriów do typowania potencjalnego dawcy na etapie zgłoszenia do rejestru, badania nie są wykonywane z zastosowaniem odczynników” i tutaj chyba pomyłka, winno być IVD a jest VID. Zwracam uwagę również na ad IV w tym piśmie, gdzie POL TRANSPLANT stwierdza między innymi, że nie jest kompetentne opiniować zasadność posiadania takiego certyfikatu, bo nie pełni nadzoru nad laboratorium medycznym a odpowiedzialność za wykonanie zadań zleconych umową - w tym zastosowanie prawnych wyrobów medycznych leży po stronie podwykonawcy. Przywołuję tu również kartę 11 SIWZ odnoszącą się do kryteriów oceny ofert, w których mówi się między innymi o parametrach funkcjonalnych, gdy posiada produkt oznaczenie CE IVD, dostaje dodatkowe 2 punkty za taki odczynnik. Czyli stąd wniosek, że za odczynnik, który nie posiada CE IVD dostaje się zero punktów, ale to nie dyskredytuje oferty”.

Z kolei przystępujący wyjaśniając zagadnienie walidacji stwierdził między innymi:

„Odnosząc się do przedstawionych dowodów, a także do podnoszonej kwestii dopuszczonych statusów weryfikacji, zarówno jeżeli chodzi o CE IVD i RUO, to w tym zakresie według SIWZ nie ma ograniczeń i nie narzucono obowiązku prezentacji dostaw odczynników posiadających tylko na status CE IVD. (...) Jeżeli chodzi o wymóg testów to ustawa o wyrobach medycznych tego nie reguluje, przy czym jeżeli chodzi o podnoszoną walidację, to musi ona występować zarówno przy IVD, jak i przy RUO.

Odnosząc się do przedstawionych dowodów to wskazuje, że dowód nr 1, z którego wyjaśnienia, jakie uzyskano od One Lambda były niekompletne, dlatego przedkłada dowód 1a, gdzie Pani A. P. udzielała dalszych wyjaśnień, nieprzedstawionych w dowodzie Odwołującego. Są tu zapytania Pana P. M., gdzie Pani A. P. wskazała ostatecznie na

możliwość 96 indeksów. (...). Dalej przystępujący kontynuuje też w zakresie tendencyjnego - w mojej ocenie tłumaczenia „up” jako maksymalne a nie „do”. Zwraca uwagę na przypisy przy gwiazdkach o treści „zweryfikowano”. Odnosząc się do argumentacji niedoszacowania w naszej ofercie ilość wody -tabela nr 2 do przygotowania bibliotek i sekwencjonowania to stwierdza, że SIWZ nie przewidywało już kalkulacji ilości wody dla innych czynności, takich jak analiza danych i płukanie aparatu Miseq. Te czynności przy zużyciu wody była wyłączona według SIWZ, więc nie można stwierdzić, jak to czyni Odwołujący, że nastąpiło niedoszacowanie ilości wody. Jeżeli chodzi o kwestię braku w naszej ofercie dostawy odczynników testu CE IVD, to przed wszystkim zwracam uwagę, że takiego wyboru nie było, bo sam Odwołujący jak przedstawiał Zamawiający w poprzedniej i aktualnej ofercie w zakresie dostaw przewiduje tylko testy RUO. (...). Sam aparat Miseq nie posiada certyfikatu CE IVD oraz zamówiony kartridż też nie ma postawionego wymogu CE IVD. Według mojej wiedzy stwierdzam, że urządzenie Miseq było przeznaczone do prac naukowych i nadal jest przeznaczone do prac naukowych, a nie ma testu do diagnostyki. Potwierdzam, że dla celów diagnostycznych, czyli leczenia pacjenta, potrzebny jest test CE IVD. Dla tworzenia rejestrów potencjalnych dawców nie ma wymogu CE IVD, bo nikogo nie diagnozujemy, ani nie leczymy. Przy dopasowywaniu dawcy do pacjenta następuje ponowne badanie według norm diagnostycznych. Brak przebadania w zakresie testu CE IVD przez producenta nie ogranicza zastosowania danego produktu, bo istnieje możliwość walidacji przez laboratorium. Nawet testy CE IVD muszą być zwalidowane. Walidacja służy do potwierdzenia rzetelności uzyskanych wyników. Test = odczynnik, które posiadają albo CE IVD albo RUO. Certyfikat CE IVD określa szczegółowo zakres zastosowania danego odczynnika (testu). Czyni to producent, natomiast RUO również nadaje producent, nie ograniczając jego zastosowania, RUO nie ma ograniczeń. (...)Jeżeli chodzi o dowód nr 4 strona 13 naszej instrukcji płukanie po sekwencjonowaniu to stwierdzam, że miały być tylko w myśl tabeli nr 2 mieliśmy przygotować odczynniki w zakresie przygotowania bibliotek, a nie płukania po sekwencjonowaniu, co jest treścią dowodu nr 4 Odwołującego. (...)Odnosząc się do zarzut, że w naszej ofercie nie ma pipety do dozowania odczynników, to zwracam uwagę na treść załącznika nr 1 do SIWZ, gdzie jest wykaz sprzętu posiadanego przez Zamawiającego i przewidzianego do wykorzystania z opcją od 20 do 200 mikrolitów. Okazuje Izbie ten sprzęt, który jest w dyspozycji Zamawiającego. Zbędnie Odwołujący uwzględnił w ofercie tą pipetę”.

Powyższe wyjaśnienia i oświadczenia prezesa zarządu Biomedica są logiczne, spójne, wyczerpujące i wskazują na to, że wyceny kosztów, które ma ponosić zamawiający w związku z realizacją zamówienia odpowiadają postanowieniom siwz a więc zarzut niedoszacowania tych kosztów nie został udowodniony.

W tym stanie rzeczy w myśl art.192 ust.2 ustawy nie wykazano zarzutów naruszenia

Sygn. akt KIO 666/18

wskazanych w odwołaniu przepisów co skutkuje nie uwzględnieniem odwołania.

O kosztach zasądzone stosownie do wyniku sprawy zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania i zasadzając kwotę 3.600 zł na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: