

Sygn. akt: KIO 1921/15

WYROK
z dnia 21 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2015 r. przez **Odwołującego – Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus, ul. Lindleya 4, 02-005 Warszawa**, przy udziale **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus, ul. Lindleya 4, 02-005 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i sukcesywną dostawę odczynników wraz z dzierżawą systemów analitycznych do badań biochemicznych z uwzględnieniem badań opartych o metodykę immunologiczną wraz z adaptacją pomieszczeń”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2015 r., pod nr 2015/S 108-195885.

W dniu 3 września 2015 r., Odwołujący – Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibę w Warszawie (dalej Roche lub Przystępujący), mimo że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);
- 2) niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt. 2 PZP oraz innych wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Roche jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;
- 2) odrzucenie oferty Roche;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych powyżej;
- 4) w konsekwencji powyższego, uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następujące okoliczności i twierdzenia na poparcie postawionych zarzutów:

Odnosnie Załącznika nr 1 do SIWZ, Parametry Graniczne Analizatora, punkt 6 litera b):

Odwołujący wskazał, że w punkcie 6 litera b) tabeli zawierającej parametry graniczne Zamawiający w sposób jednoznaczny postawił wymóg, aby wykonawca dostarczył oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli jakości pochodzące od dostawcy materiałów kontrolnych z możliwością wprowadzenia i analizowania wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale kontrolnym pochodzącym od dowolnego producenta.

Podniesiono, że zaoferowany przez Roche oprogramowanie nie spełnia powyższego wymogu granicznego ponieważ Roche na potrzeby kontroli wewnątrzlaboratoryjnej zaoferował oprogramowanie dostawcy Bio-Rad, podczas gdy materiały kontrolne pochodzą bezpośrednio od Roche. Nie został spełniony więc parametr graniczny określony w Załączniku nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli jakości powinno pochodzić od dostawcy materiałów kontrolnych.

W swojej ofercie Roche potwierdził omawiany parametr używając sformułowania: „TAK - zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego.” Odwołujący rozumie, że Roche odniósł się w tym miejscu swojej oferty do pytania nr 3 i odpowiedzi podanej do wiadomości wykonawców w piśmie Zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 roku. Pytanie pochodzące od Roche brzmiało: *„3. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie materiału kontrolnego producenta do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na dwóch poziomach, zgodnie z rekomendacjami zawartymi w instrukcjach metodycznych odczynników odnośnie kontroli jakości oferowanych testów?”*

Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: *„Zamawiający dopuszcza, aby materiały kontrolne do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników.”*

Odwołujący podniósł, że odpowiedź Zamawiającego nie zmieniła wymogu stanowiącego parametr graniczny określony w pkt. 6 litera b) Załącznika nr 1 do SIWZ, który wymagał, aby oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli jakości pochodziło od dostawcy materiałów kontrolnych. Odpowiedź Zamawiającego oznacza jedynie, że Zamawiający dopuszcza materiały kontrolne pochodzące od producenta odczynników. Jeżeli jednak materiały kontrolne pochodzą od producenta odczynników, wówczas, zgodnie z SIWZ, oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli jakości również musi pochodzić od producenta odczynników, czyli w omawianym przypadku od Roche.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że Roche posiada własne oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli i mógł je zaoferować. Gdyby to nastąpiło, oferta Roche byłaby zgodna w tym zakresie z SIWZ. Roche zaoferował jednak oprogramowanie firmy Bio-Rad, natomiast materiały kontrolne własne. Tym samym oferta Roche nie spełnia parametru granicznego określonego w punkcie 6 litera b) Załącznika nr 1 do SIWZ i przez to jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w sposób oczywisty wskazana tu niezgodność oferty Roche stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odnosnie rozdział III SIWZ - Wykaz dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą, część C, punkt 16:

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III SIWZ, część C, punkt 16 Zamawiający jednoznacznie zawarł wymóg, aby na potwierdzenie zgodności oferowanych odczynników z wymaganiami określonymi w SIWZ, wykonawcy przedłożyli karty charakterystyki substancji niebezpiecznych i ulotki odczynnikowe.

O ile w przypadku analizatorów, w rozdziale III SIWZ, część C, punkt 17 Zamawiający dopuścił alternatywnie złożenie różnych materiałów informacyjnych potwierdzających parametry oferowanego analizatora/ów (foldery, ulotki informacyjne producenta, prospekty oraz instrukcje obsługi analizatorów), to w przypadku odczynników nie pozostawił wykonawcom wyboru i wymagał dostarczenia ulotek dla oferowanego asortymentu. Powyższa interpretacja SIWZ została potwierdzona w pytaniach i odpowiedziach podanych do wiadomości wykonawców w piśmie Zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 roku. Mianowicie, w odpowiedzi do pytania nr 77, Zamawiający potwierdził, że instrukcja obsługi jest jednym z przykładowych dokumentów wymienionych w pkt III ppkt 17 SIWZ, jakie wykonawca może złożyć w celu wykazania parametrów sprzętu. Jednakże odpowiedź na pytanie nr 89 w brzmieniu: *„Czy Zamawiający wymaga, aby dołączyć do oferty ulotki odczynnikowe potwierdzające zgodność parametrów oferowanych produktów z wymaganiami SIWZ?”* brzmiała: *„Zamawiający wymaga, aby dołączone były do oferty ulotki odczynnikowe potwierdzające zgodność oferowanych produktów.”*

Ponadto na pytanie nr 85 dotyczące Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz oferty cenowej w brzmieniu: *„Czy obliczając ilość oferowanych odczynników, kalibratorów i kontroli Zamawiający wymaga uwzględnić stabilność po otwarciu opakowania przechowywanego zgodnie z zaleceniami producenta potwierdzonym zapisem w ulotce odczynnikowej ? Jeżeli tak, to czy Zamawiający może odpowiedzieć, czy zamierza przechowywać odczynniki non-stop na pokładzie analizatora czy częściowo w lodówce zewnętrznej, w zależności od potrzeb zużycia oraz zaleceń producenta?”* odpowiedź Zamawiającego brzmiała: *„Zamawiający wymaga uwzględnienia stabilności po otwarciu opakowania przechowywanego zgodnie z zaleceniami producenta potwierdzonymi w ulotkach, jednocześnie zaznacza, że nie zamierza wyjmować odczynników z aparatu po ich otwarciu”.*

Podniesiono, że do oferty Roche nie zostały dołączone ulotki odczynnikowe dotyczące produktów wymienionych w pozycjach od 1 do 64, od 1 do 22 (odczynniki do kalibracji) oraz pozycjach od 1 do 15 (odczynniki do kontroli) Formularza Oferty Cenowej.

Roche dopiero w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 17 sierpnia 2015 r. uzupełnił treść oferty o ulotki odczynnikowe na oferowany asortyment, ale tylko w zakresie pozycji od 4 do 64 Formularza Oferty Cenowej. Natomiast dla pozostałych pozycji, tj. od 1 do 3 oraz od 1 do 22 (odczynniki do kalibracji), od 1 do 15 (odczynniki do kontroli) wykonawca Roche nie przedstawił ulotek odczynnikowych na potwierdzenie spełnienia wymogów SIWZ. Jedną z konsekwencji braku ulotek Zamawiający nie mógł w sposób właściwy ocenić treści oferty Roche pod kątem zgodności i ilości zaoferowanego asortymentu, a co z tym idzie jej wartości.

Odwołujący wskazał, że w sposób oczywisty wskazana tu niezgodność oferty Roche stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odnośnie ilości zaoferowanych odczynników:

Odwołujący wskazał, że oferta Roche nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie ilości zaoferowanych odczynników.

Podniesiono, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia odpowiedniej ilości odczynników do wykonania badań pacjentów, kalibracji i kontroli oraz materiałów kalibracyjnych, kontrolnych i zużywalnych na okres 36 miesięcy dla badań wykonywanych na dwóch platformach analitycznych.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedziach na zadane przez wykonawców pytania, w szczególności w odpowiedzi na pytanie nr 24 podanej do wiadomości wykonawców w piśmie Zamawiającego z dnia 13 lipca 2015 roku. Zamawiający na pytanie: „*Prosimy o podanie, jakie parametry będą wykonywane na jednej, a jakie na obu platformach analitycznych?*” odpowiedział: „*Zamawiający wymaga, aby wszystkie wymagane parametry w SIWZ były wykonywane na obu platformach analitycznych.*” To oznacza, że obie platformy muszą być stale gotowe (skalibrowane i skontrolowane) do wykonania pełnego panelu oznaczeń wymaganych przez Zamawiającego.

Z analizy oferty złożonej przez Roche wynika, że Roche zaoferował ilość odczynników do wykonania badań pacjentów, kalibracji i kontroli oraz materiałów kalibracyjnych, kontrolnych i zużywalnych wystarczającą do wykonania oznaczeń na jednej platformie analitycznej, a więc niezgodnie z SIWZ. Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika, że wartość zaoferowana przez Roche w zakresie ilości odczynników do wykonania badań pacjentów, kalibracji i kontroli oraz materiałów kalibracyjnych, kontrolnych i

zużywalnych niezbędnych do przeprowadzania oznaczeń wymaganych przez Zamawiającego jest zaniżona o kwotę co najmniej 487.752,86 PLN brutto. Powyższa okoliczność oznacza, że oferta Roche nie pozwala Zamawiającemu na przeprowadzenie wymaganej przez SIWZ ilości badań na obu platformach analitycznych.

Odwołujący wskazał, że w sposób oczywisty wskazana tu niezgodność oferty Roche stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający podkreślił, że oferta złożona przez Roche spełnia wszelkie wymogi prawne, jak również odpowiada wymogom SIWZ i została wybrana w oparciu o ustalone kryteria zgodnie z obowiązującym prawem. Wskazano także, że oferta tego wykonawcy w pełni zaspokaja potrzeby i oczekiwania Zamawiającego, przy czym parametry techniczne oraz funkcjonalne ofertowanych urządzeń w niektórych zakresach te potrzeby nawet przewyższają.

Odnosnie zarzutu dostarczenia oprogramowania Bio-Rad, które nie pochodzi od dostawy materiałów kontrolnych, Zamawiający podniósł, że pkt 6 lit. b) parametrów granicznych narzucał związek pomiędzy oprogramowaniem i materiałem kontrolnym polegający na tożsamości pochodzenia. Odnosił się w takim samym stopniu do oprogramowania, jak i materiału kontrolnego – ten musiał bowiem pochodzić od dostawcy oprogramowania. Jednak Zamawiający istotnie złagodził jego skutek w odpowiedzi na pytanie nr 3 i nr 21 z dnia 13 lipca 2015 r. Wskazano, że Odwołujący błędnie wywodzi, że modyfikacja ta nie rzutowała na brzmienie pkt 6 lit. b), co łatwo wykazać chociażby w oparciu o treść oferty Odwołującego. Podkreślono, że Zamawiający dopuszczając, aby materiały kontrolne do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników (por. odp. nr 3 z dnia 13 lipca 2015 r.) zrezygnował z zastrzeżenia, iż mają pochodzić od dostawy oprogramowania, które wynikało z ww. zapisu specyfikacji. Wskazano, że było to tym bardziej uzasadnione z perspektywy Zamawiającego, iż wymogi dotyczące oprogramowania i tak zakładały zapewnienie możliwości wprowadzenia i analizowania wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale pochodzącym od dowolnego producenta. Tym samym, oprogramowanie musiało być uniwersalne w tym znaczeniu, że jego wszystkie właściwości będą dostępne niezależnie od tego, jaki materiał kontrolny będzie wykorzystywał Zamawiający. W związku z powyższym utrzymanie pkt 6 lit. b) w takiej dokładnie postaci, jak to zapisano pierwotnie byłoby niekorzystne dla Zamawiającego – ograniczenie konkurencji poprzez zawężenie liczby dostawców oprogramowania i kontroli) i wewnętrznie sprzeczne, z tej przyczyny właśnie Zamawiający dokonał korekty SIWZ w tym zakresie udzielając pozytywnych odpowiedzi na

pytania nr 3 i 21. W konsekwencji, wykonawca Roche, powołując się na powyższą odpowiedź prawidłowo uznał, że Zamawiający dopuścił w jej wyniku możliwość składania ofert na oprogramowania pochodzące od innego dostawcy niż dostawca odczynników – i odwrotnie – aby materiał kontrolny nie pochodził od dostawy oprogramowania. Podkreślono, iż w identyczny sposób z dobrodziejstwa tej odpowiedzi skorzystał Odwołujący. Mianowicie w punkcie 7 tabeli parametrów granicznych analizatora oświadczył, że oferuje materiały do wewnętrznej kontroli jakości pochodzące w części od niezależnego producenta, a w części od producenta systemu analitycznego – powołując się właśnie na ww. odpowiedź do SIWZ. Zamawiający wskazał, że skoro zatem oferuje materiał kontrolny pochodzący od różnych producentów i jedno oprogramowanie do zarządzania danymi kontroli jakości, to nie mogłoby ono być uznane za pochodzące od dostawcy materiałów kontrolnych, skoro jest ich co najmniej dwóch.

Odnośnie zarzutu braku ulotek odczynnikowych dla poz. 1-3 oraz ulotek dla kalibratorów i kontroli, Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie utożsamia odczynniki z kalibratorami i kontrolami, jak również bezpodstawnie traktuje za takowe pierwsze trzy pozycje formularza oferty cenowej. Podkreślono, że Zamawiający formułując wzór ww. formularza świadomie rozróżnił: odczynniki, kalibratory, kontrole i materiały zużywalne. Różnorodność terminologiczna jest zachowana w wielu miejscach SIWZ odnoszących się do wymaganego asortymentu, zwłaszcza w informacjach dodatkowych do formularza oferty cenowej, który przewiduje m.in., że: oferta musi zawierać odczynniki, kalibratory, kontrole i materiały zużywalne (pkt 2), Zamawiający dopuszcza rozbudowę tabeli o konieczną ilość wierszy dla zaoferowania wszystkich potrzebnych odczynników, kontroli, kalibracji i części zużywalnych do wykonania badań (pkt 7), razem wartość oferty obejmuje: całkowity koszt odczynników, kalibratorów, kontroli, materiałów zużywalnych i wszystkich innych akcesoriów niezbędnych do realizacji określonych przez Zamawiającego oznaczeń/badań, koszt dzierżawy analizatorów i adaptacji pomieszczeń (pkt 9).

W konsekwencji, Zamawiający wskazał, że nie można postawić znaku równości między odczynnikami, kontrolami i kalibratorami, a w tym samym rozciągać wymogu złożenia ulotek odczynnikowych na wyroby, które w myśl tejże specyfikacji nie są odczynnikami, czyli na kalibratory i kontrole, czy materiały zużywalne. Podkreślono, że Zamawiający wyraźnie żądał złożenia ulotek odczynnikowych, tj. ulotek na odczynniki wymienione w SIWZ. Odnośnie trzech pierwszych pozycji tabeli (sód, potas, chlorki) to z oferty Roche wyraźnie wynika, że oznaczenia te są wykonywane przy użyciu modułu ISE nie wykorzystującego do pracy odczynników, lecz materiały zużywalne wymienione w poz. 25-35 tabeli w części „Materiały zużywalne”.

Odnosnie zarzutu niespełnienia wymogu SIWZ w zakresie ilości zaoferowanych odczynników, Zamawiający wskazał, że Odwołujący kwestionuje ilość zaoferowanych odczynników z perspektywy wymagania, aby wszystkie parametry były wykonywane na obu platformach, powołując się jednocześnie na bliżej nieznaną analizę własną. Wobec braku jakichkolwiek obliczeń nie jest możliwe odniesienie się do twierdzenia o zaniżeniu ilości odczynników i innego asortymentu. Odwołujący nie wskazał, w których punktach oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera braki ilościowe, a ocena ofert przez Zamawiającego takich braków nie stwierdziła. Wskazano, że rzucona luźno kwota pozostaje nieuprawdopodobnionym nawet twierdzeniem własnym Odwołującego, którego zarzut sprowadza się do tego, że oferta Roche nie zawiera takiej ilości asortymentu, który pozwoliłby wykonywać w sposób ciągły wszystkie oznaczenia jednocześnie na dwóch analizatorach. Jednak, co podkreślił Zamawiający, w specyfikacji nigdzie nie został postawiony wymóg, aby zaoferowane analizatory zapewniały możliwość wykonywania wszystkich parametrów na obu platformach. Powyższe oznacza tyle, że każdy z tych parametrów Zamawiający będzie mógł (w zależności od swoich potrzeb) wykonać na jednym lub na drugim aparacie (chodzi zatem o zapewnienie tożsamej funkcjonalności obu platform), a nie zdublowaniu ilości nabywanych odczynników. Wskazano, że zgodnie z SIWZ ilość asortymentu miała być dobrana do ilości wykonywanych oznaczeń (podanych w SIWZ), mając na uwadze dodatkowe informacje związane z wyliczeniami kontroli, itp. Zamawiający nigdzie w SIWZ, w kontekście doboru koniecznej ilości wyrobów, nie żądał, aby były obliczone z perspektywy jakichkolwiek założeń, co do sposobu eksploataowania analizatorów. Nie było zatem absolutnie żadnego zastrzeżenia nakazującego dublowanie ilości odczynników, kontroli, kalibratorów, itp., a do tego wydaje się sprowadzać stanowisko Odwołującego. Odwrotnie, Zamawiający podał, że II system analityczny stanowi back-up i stanowisko citowo-dyżurowe, a tym samym, że będzie wykorzystywany nie jako stanowisko pracy rutynowej, lecz wówczas, gdy system I ulegnie awarii lub będzie konieczność uruchomienia II systemu w przypadku konieczności wykonania oznaczenia pilnego. Obydwa tryby wykluczają równoległą pracę obydwu urządzeń w tym samym trybie i w tym samym celu (wykonania tych samych parametrów). W związku z tym doliczanie dodatkowych ilości odczynników, kalibratorów czy kontroli w stosunku do założonej liczby oznaczeń było niepotrzebne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wskazał m.in.:

Odnosnie kwestii zaoferowania na potrzeby kontroli wewnątrzlaboratoryjnej oprogramowania Bio-Rad i materiałów kontrolnych bezpośrednio od Roche, podniesiono, że Odwołujący bezpodstawnie przyjął, że Roche w zakresie materiału kontrolnego bazuje wyłącznie na własnych produktach. Oferta Przystępującego obejmuje bowiem także kontrole firmy Bio-Rad w celu zapewnienia kontroli zewnątrzlaboratoryjnej. Podkreślono, że w SIWZ zawarto dwa oddzielne wymagania w zakresie kontroli: odnoszące się do zapewnienia w czasie dzierżawy systemów analitycznych ich kontrolowania w ramach zewnątrzlaboratoryjnej kontroli laboratoryjnej (pkt 5 tabeli) oraz do zapewnienia w czasie dzierżawy systemów analitycznych kontrolowania ich pracy i jakości odczynników w ramach wewnątrzlaboratoryjnej kontroli surowicami kontrolnymi od niezależnego producenta (pkt 7 tabeli). Między tymi wymogami znalazł się sporny punkt 6 opisujący cechy programu do zarządzania danymi kontroli jakości, który: a) ma zapewnić dostęp i możliwość uczestnictwa w międzynarodowym programie porównań międzylaboratoryjnych zgodnie z zaleceniami normy ISO 15189 (tzw. kontrola zewnątrzlaboratoryjna); b) pochodzić od dostawcy materiałów kontrolnych (...); c) optymalizować proces wewnętrznej kontroli jakości.

Wskazano, że specyfikacja nie stanowi zatem, iż oprogramowanie ma pochodzić od dostawcy materiałów do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wynika z niej również, że ww. oprogramowanie ma być wykorzystywane wyłącznie w ramach kontroli wewnątrzlaboratoryjnej. Przeciwnie, w cytowanym ppkt a) wyraźnie przewiduje się jego zastosowanie w ramach uczestnictwa w kontroli zewnątrzlaboratoryjnej (międzynarodowym programie badań). Mając na uwadze, iż oprogramowanie i materiał kontrolny (do kontroli zewnątrzlaboratoryjnej) zaoferowane przez Przystępującego pochodzą od Bio-Rad, należy uznać, że wymagania pkt 6 lit. b) tabeli parametrów granicznych zostały spełnione. Na marginesie wskazano, że materiał od różnych producentów zaoferował także Odwołujący.

Dodatkowo podniesiono, że parametr z pkt 6 lit. b) uległ modyfikacji wskutek odpowiedzi nr 3 z dnia 13 lipca 2015 r. Zamawiający dopuścił, aby materiały kontrolne do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników. Skoro Zamawiający taką wolę wyraził to nie można było zakładać, że nadal podtrzymuje konieczność dostarczenia kontroli pochodzącej od producenta oprogramowania, który przecież nie musiał być dostawcą odczynników. Taka zmiana wydaje się obiektywnie uzasadniona także ze względu, że wymogi dotyczące oprogramowania i tak zakładały zapewnienie możliwości wprowadzenia i analizowania wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale kontrolnym pochodzącym od

dowolnego producenta. Zatem oprogramowanie miało realizować swoje funkcje niezależnie od tego, jaki materiał kontrolny będzie wykorzystywał Zamawiający.

Odnośnie zarzutu braku ulotek odczynnikowych Przystępujący wskazał m.in., że Odwołujący bezpodstawnie utożsamia odczynniki z kalibratorami i kontrolami, jak również błędnie traktuje takowe pierwsze trzy pozycje formularza oferty cenowej Przystępującego.

Odnośnie zarzutu kwestionującego ilość zaoferowanych odczynników, Przystępujący podniósł m.in., że Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń poprzestając na głośnie twierdzeniu. Zarzut nie został skontretyzowany, gdyż skuteczne postawienie zarzutu polega na dokładnym wskazaniu okoliczności świadczących o bezprawności działania lub zaniechania Zamawiającego. Jednocześnie wskazano, że w SIWZ nie ma wymogu, aby ofertę skalkulować przy założeniu wykonywania wszystkich parametrów na obu platformach naraz. Argumentowano również, że Zamawiający nie żądał, aby ilość wyrobów była obliczana z perspektywy jakichkolwiek założeń, co do sposobu eksploataowania analizatorów. Ponadto, bez wskazania dokładnych ilości konkretnych parametrów do wykonania na jednym i drugim analizatorze nie ma możliwości oszacowania poprawnej ilości odczynników, kalibratorów i materiałów zużywalnych.

Na rozprawie, strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że istotą sporu jest interpretacja zapisów SIWZ. Wykonawca, który spełnił wymogi SIWZ czytając je literalnie, został postawiony w gorszej pozycji konkurencyjnej w stosunku do wykonawcy, który zlekceważył te wymogi. Stanowisko, które przedstawia Zamawiający, nie wynika z treści SIWZ, a jest jedynie próbą utrzymania oferty tańszej. Wskazano także, że kluczowym elementem wymogu jest to, by Zamawiający miał możliwość utrzymania odpowiedniej jakości kontroli i zapisy SIWZ zmuszały w tym celu do dostawy materiału i programu od tego samego podmiotu, by była pełna kompatybilność i możliwość wykonania kontroli w tym zakresie. Argumentowano również, że przy stanowisku, jakie Zamawiający przedstawił na rozprawie, brak jest w ogóle porównywalności ofert, a przy ofercie Przystępującego, szpital nie ma możliwości kontroli dla wszystkich parametrów.

Podniesiono także, że z całości SIWZ i odpowiedzi Zamawiającego wynika, że znaczenie ulotek dla odczynników do kalibracji i do kontroli jest równie ważne, jak dla odczynników dla oferowanego asortymentu. Podkreślono, że nie da się oszacować i ocenić oferty Przystępującego bez ulotek i nie można twierdzić, że miały być dołączone ulotki tylko dla odczynników podstawowych.

Wskazano także, że drugi system został określony przez Zamawiającego jako citowodyżerowy. W warunkach szpitalnych oznacza to, że system musi działać natychmiast.

Przykładowo, gdy jest awaria, to drugi zestaw musi być natychmiast gotowy do pracy. Muszą być wszystkie odczynniki, testy i wszystkie odczynniki skalibrowane i skontrolowane. Dopiero wówczas są gotowe do pracy. Warunek gotowości do pracy na obu platformach nie został natomiast spełniony przy ofercie Przystępującego.

Przystępujący wskazał m.in., że zgodnie z treścią SIWZ ulotka odczynnikowa ma potwierdzać właściwości oferowanych odczynników, a nie kalibratorów kontroli czy materiałów zużywalnych. Ponadto ulotki te są powszechnie dostępne. Wyjaśniono także, w module ISE, będącym częścią analizatora, nie wykorzystuje się testów, czyli odczynników, ale wykorzystuje się jedynie materiały zużywalne, czyli kalibratory, pomocnicze odczynniki i elektrody. Zamawiający wymagał odczynników jako testów. Żadna ulotka dotycząca ISE nie jest ani tajna ani niedostępna. Wskazano przy tym, że w sytuacji, gdy Zamawiający wezwie do ich złożenia, to wykonawca to zrobi, jednak podkreślono, że nie było takiego wymogu. Podniesiono również, że w odwołaniu nie było zarzutu, że w ofercie Przystępującego brakuje określonych towarów, że nie ma ich w ogóle bądź że jest ich za mało. Z ostrożności wskazano, że ISE Compensator nie jest wymagany do oznaczenia ISE według obecnych procedur u Przystępującego. Co do pozycji produktu Activator, to jest on w zestawie startowym analizatora. Zamawiający z tego produktu nie korzysta, jest on dostarczany w ramach usług serwisowych, które trzeba było wliczyć w cenę oferty. Odnośnie twierdzeń, że pewne produkty są w podwójnej ilości wskazano, że są to elementy modułu ISE, stanowią więc integralną część drugiego analizatora i musiały zostać podane w podwójnej wysokości, dlatego, że są 2 zestawy. Podniesiono, że w formularzu oferty Zamawiający nie narzucał żadnej ilości odczynników. Wskazana została ilość oznaczeń, a wykonawcy dopasowywali do tej ilości swoje oferty, z uwzględnieniem parametrów granicznych oraz informacji dodatkowych z formularza cenowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie 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, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie pozostawał w zasadzie sporny. Sama treść oferty Przystępującego, treść pytań i odpowiedzi Zamawiającego, fakt wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień (w istocie wezwania do ustosunkowania się do uwag złożonych przez Odwołującego w toku postępowania przed Zamawiającym), fakt zaoferowania przez Przystępującego oprogramowania Bio-Rad na potrzeby kontroli wewnątrzlaboratoryjnej, przy jednoczesnym oferowaniu materiałów kontrolnych pochodzących bezpośrednio od Roche, jak również zakres ulotek odczynnikowych złożonych przy piśmie Przystępującego z dnia 19 sierpnia 2015 r., nie były przedmiotem sporu. Istota sporu koncentrowała się natomiast – co podkreślił także Odwołujący – na interpretacji treści SIWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców. W ocenie Izby wykładnia treści tych dokumentów, składających się ostatecznie na całościową treść specyfikacji, nakazywała krytyczną ocenę zarzutów Odwołującego. Izba w całości podzieliła natomiast stanowisko i argumentację Zamawiającego i Przystępującego, przyjmując je w konsekwencji za własne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje jednak, że Odwołujący nie udowodnił stawianych zarzutów, a to na nim spoczywał ciężar dowodowy. Złożone na rozprawie dowody nie zostały uznane przez Izbę za wartościowy materiał dowodowy, który w sposób jednoznaczny potwierdzałby zasadność tez Odwołującego. Należy w tym miejscu podkreślić, że dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ.

Izba odmówiła znaczenia i wartości dowodowej pismu złożonemu przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że uzasadnione jest przyjęcie interpretacji wskazywanej przez Odwołującego, a więc interpretacji przewidującej tożsamość podmiotu, od którego mogło pochodzić oprogramowanie i materiał kontrolny. Nie sposób w ogóle uznawać, by ocena podmiotu trzeciego, mogła przesądzać, jaki kierunek wykładni Izba ma przyjąć przy rozstrzygnięciu danego sporu, bądź przesądzać o tym, jaka jest treść danego wymogu Zamawiającego. Niezależnie od tego, w ocenie Izby, złożone pismo z dnia 14 września 2015 r., nie potwierdzało nawet tezy dowodowej postawionej przez Odwołującego. Przeciwnie, potwierdzało ono stanowisko przedstawione przez Zamawiającego i Przystępującego. Zasadnie wskazał Przystępujący, że oświadczenie firmy Bio-Rad zawarte w ww. piśmie należy

w pierwszej kolejności postrzegać przez pryzmat zadanego pytania. Te zaś ograniczyło się do tego, czy oferowany przez Bio-Rad program Unity współpracuje z dostępnymi na rynku materiałami kontrolnymi. Ponadto, złożona odpowiedź nie odnosi się do konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, tak więc dodatkowo nie sposób przyjmować, by mogła ona stanowić dowód mający przemawiać za zasadnością przyjmowania w tym postępowaniu określonego przez Odwołującego sposobu wykładni treści specyfikacji. Co także istotne, to treść przedmiotowej odpowiedzi należy odczytywać w ten sposób, że na potrzeby kontroli wewnątrzlaboratoryjnej, program Unity firmy Bio-Rad, dzięki posiadanej funkcji statystycznej, pozwala na analizę wyników kontroli pochodzących od dowolnego producenta. Jedynie przy kontroli zewnątrzlaboratoryjnej, możliwej dzięki drugiej funkcji programu (porównawczej) konieczne jest stosowanie materiałów kontrolnych firmy Bio-Rad (a więc konieczne jest zachowanie tożsamości podmiotowej, co do dostawcy oprogramowania i dostawcy materiałów kontrolnych). W odniesieniu do oferty Przystępującego, brak tożsamości podmiotowej odnosił się tylko do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej. Na potrzeby kontroli wewnątrzlaboratoryjnej Przystępujący zaoferował oprogramowanie dostawcy Bio-Rad, podczas gdy materiały kontrolne pochodzą bezpośrednio od Roche. Jak wynika z ww. pisma, funkcja statystyczna programu Unity pozwala w tym przypadku na analizę wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale kontrolnym pochodzącym od dowolnego producenta (a więc także, gdy materiał ten pochodzi od Roche). W ocenie Izby, złożone przez samego Odwołującego pismo, podważało prawdziwość tezy, że korzystając z oprogramowania Bio-Rad, Zamawiający nie może dokonać porównań kontroli wewnątrzlaboratoryjnej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego ww. pismo tego rodzaju okoliczności nie potwierdza, przeciwnie wskazuje na możliwość analizy wyników jakości przy materialne kontrolnym pochodzącym od dowolnego producenta. Ponadto, Izba wskazuje, że przedmiotowe pismo w istocie stanowi jedynie rekomendację łącznego stosowania oprogramowania firmy Bio-Rad wraz z materiałami kontrolnymi tej firmy.

Kolejny dowód z ulotek Izba również uznała za pozbawiony wartości dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sporu. Niezależnie od zakwestionowania aktualności tych ulotek przez Przystępującego, wobec którego to twierdzenia Odwołujący nie przedstawił argumentów, które potwierdzałyby to, że materiał ten stanowi aktualne źródło do wywodzenia merytorycznych wniosków, należy wskazać, że Przystępujący wykazał zasadność uwzględnienia pierwszych trzech pozycji w tzw. materiałach zużywalnych, zaś wobec pozostałych pozycji wskazanych przez Odwołującego treść SIWZ nie wymagała dostarczenia ulotek (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia).

Krytycznie Izba oceniła również dowód z własnej kalkulacji Odwołującego mający potwierdzać niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz to, że oferta Przystępującego została

obliczona na jedną platformę. W ocenie Izby, co zostanie szczegółowo przedstawione w dalszej części uzasadnienia, z treści SIWZ nie wynikał obowiązek zaoferowania takiej ilości asortymentu, który pozwoliłby wykonywać w sposób ciągły wszystkie oznaczenia jednocześnie na obu platformach (analizatorach). Zasadnie podniósł przy tym Przystępujący, że zarzut – w związku ze złożonym wyliczeniem – został w istocie skonkretyzowany dopiero na rozprawie. Jednocześnie, w odniesieniu do pierwszych dwóch pozycji złożonego wyliczenia (ISE Compensator i Activator), co do których Odwołujący przedstawił tezę, że nie zostały one zaoferowane przez Przystępującego, Przystępujący przedstawił rzeczowe i przekonujące wyjaśnienia, iż według obecnych procedur obowiązujących u Przystępującego, ISE Compensator nie jest już wymagany do oznaczenia ISE, gdyż zmieniła się procedura oznaczania elektrolitów, zaś produkt Activator, znajduje się w zestawie startowym analizatora i jest on dostarczany w ramach usług serwisowych, które zostały uwzględnione przy wycenie oferty.

W ocenie Izby Odwołujący oparł swoje zarzuty na własnej wykładni treści specyfikacji, którą Izba nie uznała za prawidłową. Należy w tym miejscu wskazać, że treść specyfikacji poddaje się tożsamym regułom wykładni, jakie stosowane są przy wykładni przepisów prawa. W związku z powyższym warto przytoczyć stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 257/15, zgodnie z którym „Definiując pojęcie wykładni należy wskazać, iż wykładnia prawa nazywamy proces myślowy, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punktu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów. Zgodnie z wykładnią systemową przepis interpretowany jest z uwzględnieniem tego, że ogół przepisów tworzy jeden system prawny, stąd koniecznym jest uwzględnienie wzajemnych relacji między przepisami i ich miejscem w systemie. Wykładnia funkcjonalna uwzględnia funkcje prawa, jego przeznaczenie społeczno-gospodarcze. Wykładnia celowościowa uwzględnia natomiast cele regulacji, jakie przepis ma realizować (...) Do zastosowania kolejnych wykładni, w tym celowościowej możemy przejść dopiero w wypadku, gdy wykładnia językowa nie doprowadziła do wyjaśnienia wątpliwości związanym z danym zapisem (...)”.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, dla ustalenia właściwego znaczenia wymogu z pkt 6 lit. b) tabeli parametrów granicznych, nie można było ograniczyć się tylko do wykładni literalnej treści ujętej w przedmiotowym punkcie tabeli. W parametrach

granicznych analizatora, pkt 6 lit. b), Zamawiający wskazał, że wymaga dostarczenia programu do zarządzania danymi kontroli jakości, charakteryzujących się cechą w postaci „pochodzenia oprogramowania - od dostawcy materiałów kontrolnych z możliwością wprowadzenia i analizowania wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale kontrolnym pochodzącym od dowolnego producenta”. Sama treść powyższego zapisu faktycznie wskazuje, że podmiot, od którego pochodziło oprogramowanie musiał być jednocześnie dostawcą materiałów kontrolnych. Istota tego wymogu została jednak, w ocenie Izby, zmodyfikowana wskutek odpowiedzi na pytanie nr 3 i 21 z dnia 13 lipca 2015 r. W odpowiedzi na pytanie (nr 3) – „czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie materiału kontrolnego producenta do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej na dwóch poziomach, zgodnie z rekomendacjami zawartymi w instrukcjach metodycznych odczynników odnośnie kontroli, jakości oferowanych testów?” – Zamawiający wskazał, że „dopuszcza, aby materiały kontrole do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników”. W odpowiedzi na pytanie nr 21, dotyczące wymagania z pkt 7 tabeli parametrów granicznych, Zamawiający wskazał, że dopuszcza materiały kontrolne pochodzące od niezależnych producentów z wyłączeniem badań, dla których takowe są niedostępne.

Odwołujący nie przedstawił rzeczowych argumentów (krytyczna ocena dowodów została przedstawiona wcześniej), które nakazywałyby uznanie, że powyższa odpowiedź (na pytanie nr 3) Zamawiającego nie mogła odnosić się do wymogu z pkt 6 lit. b), w odniesieniu do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej (zwłaszcza, że samo zapytanie nie pochodziło od Odwołującego, lecz od Przystępującego). Przeciwnie, skoro pytanie nr 21 ściśle referowało do wymogu z pkt 7 tabeli, a Zamawiający odpowiadając na nie odsyłał do odpowiedzi na pytanie nr 3, lecz udzielił odrębnej odpowiedzi, to okoliczność ta dodatkowo wspiera wniosek, że odpowiedź na pytanie nr 3 modyfikowała wymóg z pkt 6 lit. b). W ocenie Izby odpowiedzi Zamawiającego na ww. pytania nie można było wyklądać tylko w sposób prezentowany przez Odwołującego. Jeżeli nawet w związku z tymi odpowiedziami mogłyby powstać jakieś wątpliwości, to wątpliwości te nie mogą skutkować teraz negatywnymi konsekwencjami dla oferty wybranego wykonawcy.

Ponadto, należy wskazać, że odpowiednie zastosowanie zasad wykładni systemowej wobec treści specyfikacji powinno zapobiec wewnętrznej sprzeczności, jak również powinno respektować naczelne zasady systemu prawa zamówień publicznych. Przyjęcie kierunku wykładni przedstawionego przez Odwołującego prowadziłyby, w ocenie Izby, właśnie do takiej sprzeczności oraz nie korelowałyby z zakazem opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać konkurencję (poprzez jej niezasadne ograniczenie). Izba uznała tym samym za przekonujące argumenty Zamawiającego, iż skoro wymogi dotyczące

oprogramowania i tak zakładały zapewnienie możliwości wprowadzenia i analizowania wyników kontroli jakości uzyskanych w materiale pochodzącym od dowolnego producenta, to tym samym, oprogramowanie musiało być uniwersalne w tym znaczeniu, że jego wszystkie właściwości będą dostępne niezależnie od tego, jaki materiał kontrolny będzie wykorzystywał Zamawiający. Zatem oprogramowanie miało realizować swoje funkcje niezależnie od tego, jaki materiał kontrolny będzie wykorzystywał Zamawiający. W tym przypadku reguły wykładni celowościowej dodatkowo przekonywały o tym, że właściwa jest interpretacja specyfikacji przedstawiona przez Zamawiającego. Izba uznała także, że utrzymanie pkt 6 lit. b) w pierwotnej postaci byłoby niekorzystne dla Zamawiającego (ograniczenie konkurencji poprzez zawężenie liczby dostawców oprogramowania i kontroli) i wewnętrznie sprzeczne – na co nie zezwalały przywołane już reguły wykładni systemowej. Równie zasadne były argumenty Przystępującego, że skoro Zamawiający dopuścił, aby materiały kontrolne do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników, to nie sposób uznawać, że podtrzymywał konieczność dostarczenia kontroli pochodzącej od producenta oprogramowania, który przecież nie musiał być dostawcą odczynników.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie podnosił, że dopuszczając, aby materiały kontrolne do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej pochodziły od producenta odczynników, zrezygnował tym samym z zastrzeżenia, iż mają pochodzić od dostawcy oprogramowania i okoliczność ta modyfikowała pierwotną treść pkt 6 lit. b) tabeli parametrów granicznych.

Odnosnie zarzutu nie dołączenia ulotek odczynnikowych dla pozycji 1-3, 1-22 (odczynniki do kalibracji), 1-15 (odczynniki do kontroli), Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego. W zakresie pozycji 1-3, Przystępujący w sposób rzeczowy, przekonujący i znajdujący odzwierciedlenie w treści jego oferty, wykazał, że pierwsze trzy pozycje (oznaczenia) z tabeli formularza są w przypadku jego oferty wykonywane przy użyciu modułu ISE, który nie wykorzystuje do pracy odczynników lecz materiały zużywalne. Zamawiający nie wymagał natomiast złożenia ulotek odczynnikowych na materiały zużywalne. Odwołujący nie przedstawił Izbie argumentów, które nakazywałyby odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom Przystępującego, a tym samym nakazywałyby odrzucenie przez Izbę przedstawionej specyfikacji i zasad pracy modułu ISE, będącego częścią analizatora, który do oznaczenia jonów sodu, potasu i chlorku nie wykorzystuje odczynników (w rozumieniu testów), lecz wykorzystuje jedynie materiały zużywalne.

Co się zaś tyczy kalibratorów i kontroli, to Zamawiający wyodrębnił te pozycje od odczynników (formularz oferty cenowej). W załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający wprowadził formularz oferty cenowej, opisujący przedmiot zamówienia, w tym ilość oznaczeń.

Zamawiający w kolumnie „Przedmiot zamówienia” wyspecyfikował oddzielnie od odczynników, kalibratory, kontrole i materiały zużywalne. Jednocześnie, Zamawiający wprowadził informacje dodatkowe, w których zastrzegł, że: parametry wymienione w formularzu muszą być oznaczone na jednym analizatorze (pkt 1), oferta musi zawierać odczynniki, kalibratory, kontrole i materiały zużywalne (pkt 2), Zamawiający dopuszcza rozbudowę tabeli o konieczną ilość wierszy dla zaoferowania wszystkich potrzebnych odczynników, kontroli, kalibracji i części zużywalnych do wykonania badań (pkt 7), wartość oferty obejmuje: całkowity koszt odczynników, kalibratorów. W sekcji III SIWZ – Wykaz dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą – część C pkt 16, Zamawiający wskazał na obowiązek złożenia następujących dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: wymagane karty charakterystyki substancji niebezpiecznych i ulotki odczynnikowe na oferowany asortyment.

Mając na względzie rozróżnienie wprowadzone przez Zamawiającego i zachowanie tej różnorodności terminologicznej w różnych miejscach specyfikacji, wykonawca składający ofertę miał podstawę do przyjęcia, że wymagane „ulotki odczynnikowe” odnoszą się tylko do odczynników, a nie do kalibratorów, kontroli czy materiałów zużywalnych, które od tych odczynników zostały wyodrębnione m.in. we wskazanym formularzu oferty cenowej. Wątpliwości, które mogłyby powstać ewentualnie na tle rozumienia wymogu z części C pkt 16 (co jednak w ocenie Izby nie występuje, gdy spojrzeć się na ten wymóg z perspektywy całościowej analizy specyfikacji) nie mogą obecnie skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia ww. dokumentów, mając nawet sygnał od Odwołującego. Zamawiający konsekwentnie wykladał więc i stosował treść specyfikacji, tj. że nie wymagał od wykonawcy załączenia ulotek na kalibratory czy kontrole.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut dotyczący ilości zaoferowanych odczynników. Odwołujący oparł go na błędnym i nie znajdującym oparcia w treści specyfikacji przekonaniu, że wykonawca miał obowiązek zaoferowania niejako podwójnej ilości asortymentu, tak by obie platformy mogły pracować jednocześnie. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż taki wymóg nie został zastrzeżony w treści specyfikacji, jak również to, że argumentacja Odwołującego stanowiła nadinterpretację odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego. W szczególności z pytania i odpowiedzi nr 24 (pismo z dnia 13 lipca 2015 r.) nie wynika, wbrew stanowisku Odwołującego, by Zamawiający żądał zaoferowania takiej ilości asortymentu, który pozwoliłby wykonywać w sposób ciągły wszystkie oznaczenia jednocześnie na dwóch analizatorach. Na pytanie nr 24 – Prosimy o podanie jakie parametry będą wykonywane na jednej, a jakie na obu platformach analitycznych –

Zamawiający wskazał, że – wymaga, aby wszystkie wymienione parametry w SIWZ były wykonywane na obu platformach analitycznych. Zamawiający nie wskazywał w odpowiedzi, iż ilość asortymentu ma pozwalać na wykonywanie prac na obu platformach jednocześnie (nie ma takiego zastrzeżenia w ww. odpowiedzi). Samo pytanie miało na celu, w ocenie Izby, ustalenie, czy wykonawca mógł przyjąć założenie, że część parametrów będzie wykonywana na jednej platformie, a pozostała część na drugiej. Zamawiający wskazał natomiast, że wszystkie oznaczenia mają być realizowane na obu platformach (ale nie jednocześnie). Chodziło więc o zapewnienie tożsamej funkcjonalności obu platform, a nie zdublowanie ilości nabywanych odczynników.

Ponadto, w formularzu oferty cenowej, w informacjach dodatkowych, Zamawiający wskazał, że wymienione parametry muszą być oznaczone na jednym analizatorze. W odpowiedzi na pytanie nr 23 (pismo z 13 lipca 2015 r.), Zamawiający wskazał, że określenie „na jednym analizatorze” rozumie, jako jeden zintegrowany system. Odpowiedzi na inne pytania wykonawców wspierają dodatkowo wniosek, że Zamawiający nie narzucał wykonawcom ilości asortymentu, lecz wymagał skalkulowania oferty, tak by zapewniona została wymagana liczba oznaczeń, która jednocześnie była pewną prognozowaną wielkością. W odpowiedzi na pytanie nr 27, Zamawiający wskazał, że wymaga aby oferent skalkulował ilość opakowań odczynników zgodnie z ich stabilnością po otwarciu przy ciągłym wykonywaniu testów. W odpowiedzi na pytanie nr 10, Zamawiający wyjaśnił, że szacował zapotrzebowanie roczne na podstawie dotychczasowego zużycia. Jednakże z uwagi na zmienną liczbę pacjentów leczonych asortymentem objętym niniejszym zamówieniem i trudną do oszacowania ilość odczynników, która zostanie wykorzystana w czasie leczenia szpitalnego nie jest możliwe precyzyjnej określenie ich ilości.

W konsekwencji, w ocenie Izby, nie zostały wykazane podstawy ostatniego zarzutu, w tym to, że ilość oferowanego asortymentu musiała być taka, by móc wykonywać wszystkie oznaczenia na dwóch analizatorach jednocześnie. Odwołujący nie udowodnił przy tym, by oferta Przystępującego nie pozwalała na wykonanie wymaganej ilości oznaczeń, a to było istotą wymogu zamawiającego.

Reasumując, w ocenie Izby, nie potwierdził się główny zarzut odwołania, tj. zarzut niegodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający prawidłowo i zgodnie z treścią SIWZ ocenił oferty złożone w tym postępowaniu, nie dopuszczając się także zarzucanego naruszenia art. art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, Izba nie uznała również, by Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: