

Sygn. akt: KIO 254/18

WYROK
z dnia 5 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i BIO-RAD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie

przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i BIO-RAD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i BIO-RAD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i BIO-RAD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego - Szpitala

Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie 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 (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Dostawa odczynników wraz z dzierżawą systemów konsolidujących badania z zakresu biochemii klinicznej i immunochemii oraz dostawa materiałów niezbędnych do wykonania tych analiz dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2017 r., poz. 2017/S 146-301191. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 lutego 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Beckman Coulter Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i BIO-RAD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, pomimo braku jej sprzeczności z treścią SIWZ. Odwołujący podnosząc ten zarzut, wskazywał na następujące podstawy faktyczne:
 - zarzut dotyczący wymiarów małego sortera;
 - zarzut dotyczący niedoszacowania lamp fotometru. Odwołujący podnosił, że zaoferował liczbę lamp fotometru, kierując się najlepszą wiedzą i doświadczeniami producenta. Liczbę tę określił na podstawie zużycia i zakupu lamp u wieloletnich użytkowników analizatorów AU. Średni okres pracy lamp w analizatorach AU to 9 miesięcy. Postanowienie w instrukcji obsługi, na które powołuje się Zamawiający, nie dotyczy trwałości lamp (1000 godzin) jak napisał Zamawiający, lecz okresu, na jaki lampa objęta jest gwarancją. Nie oznacza to, że po tym okresie lampa przestaje poprawnie funkcjonować. Automatyczna wymiana lampy po tym okresie (zgodnie z kalkulacją Zamawiającego z pisma informującego o odrzuceniu oferty Beckman) obligowałaby Zamawiającego do zakupu i wymiany lamp, mimo, że funkcjonowałyby one prawidłowo. Poprawność działania lampy sprawdza proces fotokalibracji, informując operatora

o ewentualnych nieprawidłowościach, a operator decyduje o czasie ich wymiany. Odwołujący podnosił, że w roku 2017 użytkownicy analizatorów typu AU (120 pracujących analizatorów) zakupili 158 lamp fotometru, co oznacza, że średni okres pomiędzy wymianami lamp wyniósł 9.2 miesiąca. Każdy fabrycznie nowy analizator dostarczany jest z 2 lampami fotometru. Jedna lampa jest zainstalowana w analizatorze, a druga oferowana jest, jako zapasowa. Kierując się najlepszą wiedzą i doświadczeniami producenta zaoferowano ponadto 14 lamp na 2 analizatory na okres 44 miesięcy. Tak, więc łącznie z lampami, które dostarczane są z nowym analizatorem, na każdy analizator przypada 9 lamp. Taka ilość, w ocenie Odwołującego, pozwala na możliwość zakupu i wymiany lampy co 6 miesięcy, a dodatkowe 2 lampy, oferowane z analizatorem, mogą być zużyte w sytuacjach awaryjnych.

- zarzut dotyczący niedoszacowanie odczynników. Odwołujący podnosił, że odpowiadając na pytanie do SIWZ, Zamawiający wyraził zgodę na porcjowanie odczynników, co z kolei pozwoliło Odwołującemu na odpowiednią kalkulację oferty odczynnikowej. Porcjowanie założono w przypadku tych odczynników, które ze względu na ilość oznaczeń wykonywanych w laboratorium Zamawiającego, nie mogłyby być zużyte w okresie trwałości (podanej w ulotce odczynnikowej) po otwarciu odczynnika, przechowywanego na pokładzie analizatora. Kalkulacja zaoferowana przez Odwołującego jest zgodna z udzieloną odpowiedzią i założeniami SIWZ i pozwoliła na zaoferowanie ekonomicznego rozwiązania. Odwołujący oświadczał, że mimo porcjowania odczynników, analizatory nadal mają możliwość odczytywania wszelkich informacji zawartych w kodzie kreskowym zawartym na opakowaniu (nazwa, seria, data ważności). W analizatorze umieszczane jest pierwotne (oryginalne) opakowanie odczynnika opatrzone kodem kreskowym z porcją do wykorzystania w okresie gwarantowanej stabilności. Pozostała objętość odczynnika w zamkniętym opakowaniu wtórnym umieszczana zostaje w lodówce zewnętrznej i wykorzystywana w późniejszym okresie po przeniesieniu porcji do opakowania z kodem kreskowym. Zaoferowana liczba butelek wtórnych całkowicie, zdaniem Odwołującego, wystarcza na potrzeby porcjowania odczynników. Zaoferowane butelki są butelkami wielorazowymi. Szczegółowe informacje na temat sposobu porcjowania odczynników oraz procedury ich przechowywania są zawsze przekazywane Użytkownikom podczas szkolenia aplikacyjnego w czasie instalacji analizatora. W stosunku do odczynników, co, do których Zamawiający wykazał ich niedoszacowanie ze względu na stabilność tych odczynników, wykonawca zgodnie z udzieloną zgodą w odpowiedzi na pytanie nr 43 założył ich porcjowanie.

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, pomimo, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2018 r., dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w piśmie z dnia 16 stycznia 2018 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, sposobu jej wyliczenia w złożonej ofercie, kalkulacji cen odczynników w odniesieniu do zaoferowanego sprzętu i zapisów SIWZ (łącznie z odpowiedziami na pytania). Wskazywał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych jedną z okoliczności mogących mieć wpływ na korzystne wyliczenie ceny oferty są: „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy”. Podkreślał, że firma Beckman Coulter jest jedynym autoryzowanym dystrybutorem sprzętu oferowanego w przedmiotowym postępowaniu. Przyczyną, dla której firma Beckman Coulter zaoferowała „Systemy nie połączone funkcjonalnie - dwa analizatory biochemiczne z ISE i dwa analizatory immunochemiczne, pracujące z małym sorterem pozwalającym na rozdział próbek pacjentów na poszczególne aparaty” było kierowanie się rachunkiem ekonomicznym, gdyż takie rozwiązanie jest rozwiązaniem tańszym. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w cenie oferty, która jest bardzo korzystna dla Zamawiającego - co czyni zarzut o rażąco niskiej cenie, w ocenie Odwołującego, zupełnie bezzasadnym. Wybrano korzystny wariant ekonomiczny i powinno być to zaletą oferty, a w żadnym wypadku nie powinno skutkować jej odrzuceniem. Przygotowując ofertę brał również pod uwagę wymogi wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie i oświadczał, że wymogów tych dotrzymał. Oświadczał także, że sporządzona kalkulacja i cena podana w ofercie gwarantuje właściwą jakość oferowanych wyrobów, zgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, łącznie z odpowiedziami Zamawiającego udzielonymi na pytania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej według przyjętego kryterium,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniu – zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do wymiarów małego sortera.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Przystępujący).

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego jednego z zarzutów odwołania, wobec czego Izba rozpoznała zarzuty odwołania w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego, zakresie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa odczynników wraz z dzierżawą systemów konsolidujących badania z zakresu biochemii klinicznej i immunochemii oraz dostawa materiałów niezbędnych do wykonania tych analiz dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie. Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia m. in. obejmuje:
 - a) dostawę pracujących równolegle dwóch (platformy) lub czterech (2 x analizator biochemiczny i 2 x analizator immunochemiczny) systemów analitycznych, na których będą wykonywane analizy wymienione w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ; odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w SIWZ w aktach sprawy). Wszystkie elementy systemów zostały zdublowane w celu przyspieszenia wykonywania oznaczeń, ułatwienia cyklicznych czynności konserwacyjnych oraz zabezpieczenia ciągłości pracy laboratorium w przypadku awarii. Zamawiający nie dopuszcza możliwości, aby jakikolwiek odczynnik, kalibrator, roztwór roboczy, część wymienna itp. z jednego aparatu nie pasowała do drugiego bliźniaczego pracującego równolegle,

- b) podane w załączniku nr 8 ilości zawierają testy kontroli jakości w potrzebnych ilościach, nie doliczono natomiast testów na kalibrację, ponieważ są one związane z konkretnym systemem analitycznym, trwałością kalibracji i trwałością odczynników na pokładzie aparatu, które wykonawca powinien rzetelnie doliczyć.

Wykonawca powinien doliczyć również koszt naczynek o małej pojemności w celu wykonywania kalibracji, kontroli oraz próbek o małej objętości. Liczbę naczynek należy oszacować jako 10% wszystkich oznaczeń (Rozdział II punkt 3 SIWZ).

2. W kryterium walory techniczne i jakościowe z wagą 30% Zamawiający oceniał następujące rozwiązania:

- a) konsolidacja systemów analitycznych - dwie identyczne platformy analityczne, z których każda zawiera moduł ISE, analizator biochemiczny i analizator immunochemiczny połączone systemem transportu próbki między wszystkimi elementami systemu (2 platformy) - 10 pkt;
- b) systemy nie połączone funkcjonalnie - dwa analizatory biochemiczne z ISE i dwa analizatory immunochemiczne, pracujące z małym sorterem pozwalającym na rozdział próbek pacjentów na poszczególne aparaty - 5 pkt

3. zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca składając ofertę, odpowiada za właściwą kalkulację ceny oferty, która musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją umowy. Cenę należy obliczyć i podać ją w walucie polskiej, zgodnie z drukiem OFERTA stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ oraz konstrukcją formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ. Cenę należy określić w sposób jednoznaczny i ostateczny (z wyliczeniem do drugiego miejsca po przecinku), z uwzględnieniem wszelkich oferowanych przez wykonawcę ewentualnych upustów i rabatów (Rozdział XII pkt 1 i 2 SIWZ).

4. Pod wzorem formularza cenowego, załączonego do SIWZ wskazano, że „dostawca zobowiązany jest do wykazania wszelkich niezbędnych elementów oferty do zabezpieczenia wykonania przez Zamawiającego pełnego spektrum badań ujętych w przedmiocie zamówienia i ponosi pełną odpowiedzialność finansową za konfigurację oferty asortymentowej według formularza cenowego. Zaoferowana cena zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia.”

5. Do SIWZ zadano pytanie „Czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby w przypadku niektórych odczynników biochemicznych zaproponować możliwość ich porcjowania do oferowanych przez wykonawcę mniejszych opakowań i zaoferować ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej informacją o trwałości odczynnika po otwarciu przechowywanego w analizatorze? Zgoda na w/w rozwiązanie pozwoli na znaczne obniżenie wartości oferty”. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający wyraża zgodę na porcjowanie odczynników do mniejszych opakowań i zaoferowanie ich ilości zgodnie z podaną w ulotce odczynnikowej

informacją o trwałości odczynnika po otwarciu, przechowywanego na pokładzie analizatora.” (pytanie i odpowiedź nr 43).

6. Do SIWZ zadano pytanie „Czy jeśli w instrukcji obsługi podano jedynie okres gwarancji, jakim objęta jest lampa, a jej wymiana w procedurach konserwacyjnych zalecana jest „co roku lub w razie potrzeby”, jej wymianę można założyć kierując się najlepszą wiedzą i doświadczeniami producenta?”. Zamawiający udzielił odpowiedzi „Tak, Zamawiający dopuszcza możliwość, gdy w instrukcji obsługi podano jedynie okres gwarancji jakim objęta jest lampa, a jej wymiana w procedurach konserwacyjnych zalecana jest „co roku lub w razie potrzeby”, aby jej wymiany dokonywać kierując się najlepszą wiedzą i doświadczeniami producenta.” (pytanie i odpowiedź nr 56).

7. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 929 329,88 zł.

W postępowaniu złożono dwie oferty z następującymi cenami: 1 840 586,82 zł (oferta Odwołującego) i 2 474 937,25 zł (oferta Przystępującego).

8. Odwołujący zaoferował systemy, które nie są połączone funkcjonalnie.

9. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wskazując, że oczekuje „wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie okoliczności, o których mowa w przywołanym przepisie ustawy Prawa zamówień publicznych [art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych], a także sposobu kalkulacji pozycji asortymentowych wskazanych w formularzu cenowym według Załącznika nr 2 do SIWZ [...], ze szczególnym uwzględnieniem ilości zaoferowanych odczynników, kalibratorów, materiałów pomocniczych i części zużywalnych” (pismo Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2018 r.)

10. Odwołujący udzielił odpowiedzi, podając, że zaoferowana przez niego cena jest ceną realną i rynkową. Przywołał orzecznictwo definiujące rażąco niską cenę. Podał, że wykorzysta wysokie kwalifikacje i bogate doświadczenie zespołu pracowników oraz sprawdzone rozwiązania technologiczne. Oświadczył, że zaoferował analizatory, które są sprawdzonym rozwiązaniem, ich produkcja stale rośnie, co „w efekcie przekłada się na spadek kosztów produkcji jednego analizatora. Analogicznie przedstawia się kwestia kosztów odczynników, które istotnie obniżyły się w efekcie wzrostu skali ich produkcji, jak również konsolidacji fabryk, w których są one wytwarzane”. Oświadczył, że przestrzega przepisów prawa pracy i zoptymalizował koszty transportu. Do wyjaśnień załączył plik faktur bez opisu, jak się mają złożone dokumenty do wyjaśnień (pismo Odwołującego z 16 stycznia 2018.r).

11. W dniu 1 lutego 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 Prawa zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę, podając następujące podstawy faktyczne:

- 1) odnośnie odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ

- wymiary małego sortera,
 - „zaoferowana w postępowaniu ilość odczynników, kalibratorów, materiałów pomocniczych i części zużywalnych nieadekwatna do potrzeb Zamawiającego określonych w SIWZ.” Zamawiający wskazał, że prawidłowość zaoferowanej ilości testów oceniał na podstawie postanowień SIWZ i udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców. Zamawiający wyraził zgodę na porcjowanie odczynników, ale Odwołujący zaoferował za małą ilość naczynek do porcjowania – co pociągnie za sobą konieczność ich mycia i suszenia przez personel Zamawiającego. Podniósł problem opatrzenia porcjowanych odczynników kodami kreskowymi. Zauważył, że „wykonawca wprowadził oparty o własne przekonanie o jakości i trwałości swoich produktów mieszany system kalkulacji”, jako przykład podał oszacowanie lamp do fotometru. Podał również przykłady odczynników, co do których nie doszacowano ilości.
- 2) odnośnie odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę – Zamawiający podał, że w wyjaśnieniach Odwołujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a jedynie stwierdził, że zaoferowana cena jest rynkowa i realna. Pominął kwestie dotyczące sposobu kalkulacji pozycji asortymentowych, ze szczególnym uwzględnieniem ilości zaoferowanych odczynników, kalibratorów, materiałów pomocniczych i części zużywalnych, o które pytał Zamawiający w swoim wezwaniu.
12. Odwołujący wniósł odwołanie, kwestionując następujące podstawy odrzucenia oferty:
- 1) wymiary małego sortera,
 - 2) zarzut niedoszacowania lamp fotometru,
 - 3) zarzut niedoszacowania odczynników,
 - 4) zarzut rażąco niskiej ceny.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy oddalić.

Po pierwsze, Odwołujący nie zakwestionował wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia oferty – Odwołujący zarzucał jedynie nieprawidłowe odrzucenie oferty z powodu wymiarów małego sortera, niedoszacowania lamp fotometru, niedoszacowania odczynników oraz rażąco niskiej ceny, a nie kwestionował odrzucenia oferty z powodu błędnych ilości kalibratorów, materiałów pomocniczych i części zużywalnych. W konsekwencji, w niezakwestionowanym odwołaniem zakresie, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w części, której nie objęło odwołanie, pozostała w mocy. W takich okolicznościach nawet gdyby którykolwiek z zarzutów odwołania się potwierdził, odwołanie należałoby oddalić ze względu na art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych - uwzględnienie

odwołania nie miałyby bowiem wpływu na wynik postępowania, oferta Odwołującego pozostałaby nadal odrzucona.

Odwołujący wnosił o odroczenie rozpoznania sprawy, ponieważ chciał przedstawić obliczenia dotyczące kalibratorów – jednak Izba nie przychyliła się do tej prośby, ponieważ bada odwołanie w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), a żaden z zarzutów odwołanie nie dotyczył kalibratorów. Odwołujący musiał mieć świadomość, że decyzja o odrzuceniu jego oferty była oparta m.in. na niedoszacowaniu ilości kalibratorów, ponieważ wśród składanych dowodów przedłożył „Porównanie cen netto ofert”, gdzie w tabeli podano koszt „zaoferowanych kalibratorów” (pismo oznaczone nr 3.1).

Po drugie, dwa z trzech zarzutów podnoszonych w odwołaniu, nie potwierdziły się – co oznacza, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Oprócz zarzutu związanego z wymiarami małego sortera (który to zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego), Odwołujący podnosił trzy zarzuty: zarzut niedoszacowania lamp fotometru, zarzut niedoszacowania odczynników, zarzut rażąco niskiej ceny. Odnosząc się kolejno do tak określonych zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzut niedoszacowania lamp fotometru – rację miał Odwołujący twierdząc, że odpowiedź na pytanie nr 56 (być może wbrew intencjom Zamawiającego) dała podstawę do obliczenia ilości oferowanych lamp w oparciu o doświadczenie producenta. Doprowadziło to do nieporównywalności ofert w tym zakresie – Przystępujący oparł oferowaną ilość lamp o informacje wynikające z kart katalogowych, a Odwołujący – na własnym doświadczeniu. Można byłoby ewentualnie doprowadzić do porównywalności ofert, dokonując przeliczenia ilości lamp w ofercie Odwołującego, jednak jego oferta podlega odrzuceniu z innych przyczyn.

Zarzut niedoszacowania odczynników – Zamawiający ma rację, że Odwołujący oparł obliczenia ilości oferowanych odczynników na błędnym założeniu: według Odwołującego porcjowanie odczynników przedłuża ich trwałość. Podzielenie odczynnika, przykładowo, na 10 mniejszych porcji, z których każda ma tygodniowy termin przydatności, przedłuża w ocenie Odwołującego termin przydatności odczynnika do 10 tygodni (jak w dowodzie oznaczonym przez Odwołującego nr 2.1, gdzie porcjowanie LDH na 4 porcje z 21-dniowym terminem ważności przedłuża zdaniem Odwołującego trwałość do 84 dni). Jest to przekonanie nie oparte na żadnych podstawach.

W konsekwencji, w oparciu o błędne założenia, Odwołujący nie doszacował ilości oferowanych odczynników. Rację miał zatem Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego. Odnośnie niedoszacowania – Odwołujący podnosił dodatkowo, że nawet gdyby doszacować jego ofertę zgodnie z założeniami Zamawiającego, to nadal byłaby najtańsza – ale tego nie

wykazał. Nie podjął żadnej próby dowodowej w tym zakresie, nie przedstawił symulacji obliczeń, etc.

Zarzut rażąco niskiej ceny. Po pierwsze, już sama lakoniczna odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, która w żaden sposób nie korespondowała z wezwaniem (Zamawiający pytał o szczegółowe kwestie, na które nie udzielono odpowiedzi), uprawniała Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Po drugie, zgodnie z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ciążył na Odwołującym, a Odwołujący ciężarowi temu nie podolał.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że w sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez Zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od innych cen, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Odwołujący podnosił, że jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością Zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. Odwołujący jednak nie podejmował żadnych prób udowodnienia, że Zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia.

W postępowaniu zaistniała przesłanka do wezwania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wezwania tego Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował.

Odwołujący na rozprawie podnosił, że zoptymalizował cenę oferty przez zaoferowanie analizatorów niepołączonych funkcjonalnie. Po pierwsze, takiego stwierdzenia nie było jednak w odpowiedzi na wezwanie odnośnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, argumentacja jest więc w tym zakresie spóźniona. Po drugie, rację miał Przystępujący zauważając, że podnosząc taki argument Odwołujący powinien wykazać różnicę pomiędzy ceną analizatorów połączonych funkcjonalnie, a ceną analizatorów zaoferowanych, tj. przeprowadzić wywód prowadzący do obliczenia wartości o jaką jego oferta została zaniżona. Odwołujący tego nie uczynił.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....