

WYROK

z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2013 r. przez wykonawcę **G..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K....., 02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7**

przy udziale wykonawcy **bioMérieux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-882 Warszawa, ul. Żeromskiego 17** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1) uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w Pakiecie nr 1; powtórzenie badania i oceny oferty wykonawcy bioMérieux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, z wykorzystaniem ustaleń przedstawionych w uzasadnieniu wyroku oraz uwzględnienie wyników badania i oceny oferty, w toku wyboru najkorzystniejszej oferty;**
- 2) kosztami postępowania obciąża Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K....., 02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7 na rzecz wykonawcy G..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Diag-M.in. G..... K....., 02-495 Warszawa, ul. Ryżowa 51 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do m.in. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne z siedzibą w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego: *na dostawę testów i odczynników do diagnostyki mikrobiologicznej wraz z dzierżawą aparatury laboratoryjnej dla UCK w Gdańsku.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie m.in. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13/10/2012 r., nr 2012/S 198-325261 (dostawy).

Odwołujący - wykonawca G..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K..... z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w toku rozstrzygnięcia postępowania w Pakiecie nr 1, pn. *testy i odczynniki do wykonywania procedury badania bakteriologicznego wraz z dzierżawą automatycznych urządzeń laboratoryjnych.*

Odwołujący, wskazując na wstępnie zachowanie wymagań w zakresie terminu wniesienia odwołania, zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- 1) m.in. 87 ust. 1 przez zaniechanie czynności należytej weryfikacji oferty bioMérieux Polska Sp. z o.o. w toku badania i oceny ofert;
- 2) m.in. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy bioMérieux Polska Sp. z o.o., jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”;
- 3) m.in. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty bioMérieux Polska Sp. z o.o., z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 4) m.in. 7 ust. 1 i ust. 3 – w konsekwencji dopuszczenie przez zamawiającego do powstania zaniechania oraz dokonania czynności niezgodnej z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) anulowanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponowne przeprowadzenie czynności rzetelnego badania i oceny ofert;

- 3) odrzucenie ofert nie spełniających postanowień SIWZ, na podstawie m.in. 89 ust. 1 pkt 2;
- 4) wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, przyjętych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zamawiający, w dniu 29 listopada 2012 r., udzielił pisemnych odpowiedzi na zapytania wykonawców w ramach, których dokonał modyfikacji SIWZ, w tym w zakresie kryteriów oceny ofert, przewidzianych w ramach Pakietu nr 1. W treści zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi została wprowadzona następująca modyfikacja SIWZ – Pytanie nr 21 – dotyczy załącznika na 7 do SIWZ – Aparat do hodowli drobnoustrojów oraz załącznika Nr 6 do SIWZ – Formularz asortymentowo-cenowy, Pakiet nr 1 poz. 15 oraz 16 (Podłoża płynne z inaktywatorem antybiotyków):

Czy Zamawiający zgodzi się na możliwość wyceny w formularzu cenowym i zaoferowania podłoży specjalistycznych do hodowli drobnoustrojów z krwi oraz płynów ustrojowych w miejsce podłoży płynnych w poz. 15 oraz 16 tabeli – załącznik nr 6 do SIWZ? Jednocześnie, w związku z wprowadzeniem możliwości zaoferowania specjalistycznych podłoży do tabeli asortymentowo – cenowej, Pakiet nr 1, zwracamy się z prośbą o uwzględnienie i możliwość włączenia zaoferowania tych podłoży do oceny punktowej parametrów oferowanego aparatu do hodowli drobnoustrojów, poprzez wprowadzenie punktów podlegających ocenie, m.in. Zaoferowanie podłoża litycznego – 5 pkt; Zaoferowanie podłoża selektywnego dla grzybów – 5 pkt.

Odpowiedź: Zamawiający uwzględni w parametrach ocenianych przydzielenie dodatkowych punktów za zaoferowanie specjalistycznych podłoży do hodowli grzybów i podłoży litycznych. Zamawiający modyfikuje zapis pkt 15 na „podłoża płynne z inaktywatorem do izolacji drobnoustrojów tlenowych z krwi” i dopuszcza zaoferowanie, w ramach 35 000 butelek, 3000 specjalnych, selektywnych podłoży do hodowli grzybów.

Zamawiający, w pkt 16, dopuszcza zaoferowanie w ramach 35 000 butelek 3000 specjalnych podłoży z czynnikiem rozpuszczającym elementy morfotyczne krwi.

Dodatkowo, zamawiający udzielił kolejnych odpowiedzi z dnia 20 grudnia 2012 r., w których, na zapytanie nr 4, podtrzymał postanowienia zawarte w odpowiedziach z dnia 29 listopada 2012 r., modyfikując jednocześnie ilości podłoży, które powinny zostać zaoferowane przez wykonawców:

Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze do hodowli grzybów, jako części podłoży dla bakterii tlenowych, w ilości 2 tys. szt. oraz podłoży litycznych, jako część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych w ilości 2 tys. szt.

Zamawiający dopuszcza stosowne modyfikacje tabeli przez oferenta.

Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie w/w podłoży specjalistycznych.

5. *Modyfikacje* dokonane przez zamawiającego wskazują na fakt, że wykonawcy potwierdzający spełnianie dodatkowego parametru ocenianego, polegającego na dostępności podłoży specjalistycznych, powinni je zaoferować w ilości określonej przez zamawiającego.

W ofercie bioMérieux Polska Sp. z o.o. potwierdził spełnianie parametru dostępności podłoża z czynnikiem rozpuszczającym elementy morfotyczne krwi, za co otrzymał 5 pkt oceny jakościowej, jednak w formularzu asortymentowo-cenowym wykonawca nie zaoferował podłoża, które byłoby zgodne z poświadczeniem jego dostępności. Zamawiający przyznał dodatkową punktację wykonawcy, który nie zaoferował i jednocześnie nie zamieścił wyceny podłoża specjalistycznych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca bioMérieux Polska Sp. z o.o. posiada w swojej ofercie handlowej podłoża z czynnikiem rozpuszczającym elementy morfotyczne krwi. Posiada podłoża, do których należy dodać obowiązkowy suplement uzupełniający obecność saponiny (czynnik rozpuszczający elementy morfotyczne krwi), który również nie został zaoferowany przez wykonawcę.

2. Kolejna rozbieżność oferty w stosunku do SIWZ polega na tym, że podłoża z suplementem zawierającym saponinę znajdują się w szklanych butelkach, w sytuacji, gdy w załączniku nr 7, pkt 10.1, dla aparatu do hodowli drobnoustrojów, zamawiający wymagał *Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g.*

3. Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów za ocenę parametru jakości, załącznik nr 7, Analizator bakteriologiczny, pkt 11, dotyczący możliwości przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej. Wykonawca potwierdził spełnianie parametru, jednak w ofercie nie występują informacje potwierdzające złożone oświadczenie.

Odwołujący stwierdził, że posiada informacje zaprzeczające oświadczeniu wykonawcy. Podniósł, że prawidłowa temperatura do przechowywania zaoferowanych paneli wynosi od 2° do 8° C. Zamawiający nie był w stanie zweryfikować kryterium na podstawie załączonych do oferty dokumentów. Odwołujący wskazał na możliwość żądania wyjaśnień w trybie m.in. 87 ust. 1 Pzp.

4. W pkt 8 załącznika nr 7, w zakresie parametrów opisanych dla aparatu bakteriologicznego, zamawiający zamieścił parametr punktowany w zakresie kryterium

jakości, opisując następująco: *Brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych (nie dotyczy preparatu Grama, oksydazy, katalazy, hemolizy)*. Parametr został oceniony w wybranej ofercie na podstawie oświadczenia wykonawcy, na 20 punktów. Odwołujący podał, że w dokumencie producenta oferowanego asortymentu pn. *Informacja o produkcji VITEK 2 Systems*, podano wykaz dodatkowych testów zewnętrznych, które należy wykonać w przypadku wątpliwych identyfikacji. Wymagane dodatkowe testy zewnętrzne znacząco wykraczają poza zakres dopuszczony przez zamawiającego, tj. *preparat Grama, oksydaza, katalaza oraz hemoliza*.

5. Pkt 16 załącznika nr 7 – *Analizator bakteriologiczny: Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania*, zamawiający ocenił ofertę wykonawcy w tym parametrze na 15 pkt (maksymalną ilość). W ocenie odwołującego, z opisu urządzenia wynika, że automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania, powinno odbywać się na zewnątrz urządzenia. Z informacji dotyczącej opisu analizatora bakteriologicznego VITEK 2 Compact, załączonego do oferty wykonawcy wynika, że system zbudowany jest z elementów: komory inkubacyjno-pomiarowej, komputera z monitorem, drukarki, czytnika kodów kreskowych, urządzenia UPS, co wskazuje, że budowa zaoferowanego aparatu uniemożliwia funkcjonalność automatycznego usuwania z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania. Całkowite usunięcie możliwe jest jedynie sposobem manualnym, polegającym na wyjęciu przez operatora urządzenia paneli i opróżnieniu tacy wraz ze zużytymi panelami testowymi do zewnętrznego pojemnika na odpady medyczne, co przesądza o braku wymaganej funkcjonalności – pełnej automatyzacji usuwania zużytych paneli z komory inkubacyjnej, a zatem także braku podstaw do przyznanej oceny punktowej ocenianego parametru.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu m.in. 179 ust. 1 Pzp, złożył ofertę w Pakiecie nr 1 jako jeden z dwóch wykonawców, zatem wykazanie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert, stwarza odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Wykonawca bioMérieux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego (zwany w skrócie „przystępującym”) i wniósł o oddalenie odwołania.

W postępowaniu odwoławczym nie złożono dodatkowych pisemnych stanowisk stron i przystępującego. Izba dokonała ustalenia stanu faktycznego sprawy oraz oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, na podstawie akt sprawy, przedłożonej dokumentacji postępowania w zakresie odnoszącym się do treści odwołania oraz wyjaśnień i dokumentów złożonych na rozprawie przez strony i przystępującego.

Pierwotna treść SIWZ została zmieniona m.in. w zakresie wskazanym w odwołaniu, w wyniku odpowiedzi na pytania: nr 21 z 29 listopada 2012 r. i nr 4 z 20 grudnia 2012 r., udzielonych na podstawie m.in. 38 ust. 2 Pzp oraz zmodyfikowana na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp (m.in. załącznik nr 7 - Analizator bakteriologiczny i Aparat do hodowli drobnoustrojów, załącznik nr 6 Formularz asortymentowo-cenowy w zakresie pakietu nr 1, SIWZ część XIII Pakiet 1 pkt 8).

Pytanie nr 21 - pismo z 29 listopada 2012 r. brzmiało: Czy Zamawiający zgodzi się na możliwość wyceny w formularzu cenowym i zaoferowania podłoży specjalistycznych do hodowli drobnoustrojów z krwi oraz płynów ustrojowych w miejsce podłoży płynnych w poz. 15 oraz 16 tabeli - załącznik nr 6 do SIWZ? Jednocześnie, w związku z wprowadzeniem możliwości zaoferowania specjalistycznych podłoży do tabeli asortymentowo-cenowej, Pakiet nr 1, zwracamy się z prośbą o uwzględnienie i możliwość włączenia zaoferowania tych podłoży do oceny punktowanej parametrów oferowanego aparatu do hodowli drobnoustrojów, poprzez wprowadzenie punktów podlegających ocenie, np. Zaoferowanie podłoża litycznego - 5 pkt; Zaoferowanie podłoża selektywnego dla grzybów - 5 pkt.

Odpowiedź: Zamawiający uwzględni w parametrach ocenianych przydzielenie dodatkowych punktów za zaoferowanie specjalistycznych podłoży do hodowli grzybów i podłoży litycznych. Zamawiający modyfikuje zapis pkt 15 na „Podłoża płynne z inaktywatorem do izolacji drobnoustrojów tlenowych z krwi” i dopuszcza zaoferowanie w ramach 35 tys. butelek, 3 tys. specjalnych, selektywnych podłoży do hodowli grzybów.

Zamawiający w pkt 16 dopuszcza zaoferowanie w ramach 35 tys. butelek, 3 tys. specjalnych podłoży z czynnikiem rozpuszczającym elementy morfotyczne krwi.

Pytanie nr 4 - pismo z 20 grudnia 2012 r. brzmiało: Czy Zamawiający wycofa odpowiedź na pytanie 21 udzieloną w dniu 29.11.2012 r. i nie będzie punktował wymienionych w nim parametrów, szczególnie, że nie zostały one wyspecyfikowane w tabeli cenowej?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze do hodowli grzybów, jako części podłoży dla bakterii tlenowych w ilości 2 tys. szt. oraz podłoży litycznych, jako część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych w ilości 2 tys. szt. Zamawiający dopuszcza stosowne modyfikacje tabeli przez oferenta. Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie ww. podłoży specjalistycznych.

W piśmie z 20 grudnia 2012 r. zamieszczono informację o modyfikacji m.in. załączników nr 1, 6 i 7, o zmianie pkt XIII ppkt 8 SIWZ w Pakiecie nr 1 - opis kryteriów oceny ofert wraz z ich znaczeniem i sposobem oceny ofert - (Każdy z członków komisji może przyznać max. 200 punktów przeliczeniowych, wg zasad określonych w SIWZ. Punkty przyznawane będą w ilości i zgodnie z zasadami określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ).

Odwołanie dotyczy załączników: nr 6 do SIWZ (Formularz asortymentowo-cenowy) i nr 7 (Aparat do hodowli drobnoustrojów i Analizator bakteriologiczny), Pakiet nr 1.

Charakter i znaczenie załączników nr 6 i 7 zostały opisane w pkt III. 1 SIWZ, w którym podano, że przedmiotem zamówienia jest dostawa testów i odczynników do diagnostyki mikrobiologicznej opisanych w załączniku nr 6 do SIWZ wraz z dzierżawą aparatury laboratoryjnej o parametrach określonych w załączniku nr 7 do SIWZ.

Z udzielonych odpowiedzi oraz zmiany SIWZ wynika, że załącznik nr 6 (Formularz asortymentowo-cenowy), to w Pakiecie nr 1 *Testy i odczynniki do wykonywania procedury badania bakteriologicznego wraz z dzierżawą automatycznych urządzeń laboratoryjnych*, gdzie w tabeli wyszczególniono kolumny wskazujące m.in. przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego, jednostkę miary - szt. oraz ilość. Wykonawcy zobowiązani zostali do wskazania ceny, producenta i numeru katalogowego.

W poz. 15 zostało wyszczególnione, jako wymagane - *podłoże płynne z inaktywatorem do izolacji drobnoustrojów tlenowych z krwi* - 35000 szt., w poz. 16 - *podłoże płynne z inaktywatorem do izolacji bakterii beztlenowych z krwi* - 35000 szt.

Wynika również, że zamawiający wprowadził możliwość złożenia oferty na podłoża specjalne w ilości po 2000 szt., w ramach wymaganych ilości po 35000 szt. opisanych w załączniku nr 6 poz. 15 i 16, na co wskazuje opis - *jako części podłoży dla bakterii tlenowych* oraz - *jako część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych*, dodatkowo punktowanych - 5 pkt. Ponadto wynika, że zaoferowanie podłoży specjalnych zmniejsza limit podłoży płynnych do 33000 szt. wskazany w poz. 15 i 16 załącznika nr 6 (fakt przyznany przez zamawiającego na rozprawie).

Zamawiający dopuścił *stosowne modyfikacje tabeli przez oferenta*, nie wprowadzając jednak modyfikacji do zmienionego załącznika, pozostawiając decyzję w tym zakresie wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zaoferowanie *Dostępności specjalnego podłoża rozpuszczającego elementy morfotyczne krwi* (załącznik nr 7 poz. 7 - Aparat do hodowli drobnoustrojów), stwarzające podstawę uzyskania dodatkowej punktacji oferty, powinno skutkować wykazaniem specjalnych podłoży w załączniku nr 6 w poz. 15 i 16. Zamawiający nie wprowadził takiego obowiązku w odpowiedzi nr 21 z 29 listopada 2012 r., również nr 4 z 20 grudnia 2012 r., stanowiąc, że *dopuszcza stosowne modyfikacje*.

Zatem, brak jest podstaw, by uznać, że zaniechanie modyfikacji załącznika przez przystępującego, może stanowić niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Załącznik nr 7 zawiera kolumny, w których opisano parametry wymagane, warunek graniczny (opis potwierdzający „TAK”), ocenę w punktach oraz pozostawiono kolumnę *Parametry oferowane, opis, komentarz* - do wypełnienia przez wykonawców.

Załącznik nr 7 podzielony został na 2. części: Aparat do hodowli drobnoustrojów 1 szt. w ocenie, którego można było uzyskać 100 pkt i Analizator bakteriologiczny 1 szt. - maksymalna ocena również 100 pkt.

W pkt III. 5 SIWZ zamawiający opisał, że niespełnienie chociażby jednego z parametrów granicznych określonych w załączniku nr 7, spowoduje odrzucenie oferty.

Kryteria oceny ofert zostały ustalone, jako: cena oferty - znaczenie 80%, jakość - 20%. Punktacja ceny oferty została dokonana na podstawie wzoru: x (wartość punktowana) = cena minimalna (najniższa cena) : cena oferty ocenianej x 80 pkt; wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 80 pkt. Jakość oceniana była według wzoru, z uwzględnieniem ilości członków komisji przetargowej - x (wartość oceniana) = suma punktów przyznanych przez członków komisji przetargowej : (liczba członków komisji przetargowej x maksymalna liczba punktów przeliczeniowych, jaką może przyznać jeden członek komisji przetargowej) x 20 pkt. Każdy z członków komisji przetargowej mógł przyznać max. 200 pkt przeliczeniowych, według zasad opisanych w SIWZ, wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 20 pkt.

W Pakiecie nr 1 złożono 2 oferty: oferta odwołującego: - najem analizatora bakteriologicznego: BD Phoenix 100 i dodatkowego BD Crystal Auto Reader, zamawiający przyznał łącznie 40 pkt, natomiast wykonawcy bioMérieux Polska Sp. z o.o. oferującemu

najem analizatora VITEK 2 Compact 60, zamawiający przyznał 70 pkt (na 100 pkt możliwych). Różnica dotyczyła oceny parametrów w załączniku nr 7:

- Analizator bakteriologiczny, w zakresie objętym odwołaniem: *poz. 8. Brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych (nie dotyczy preparatu Grama, oksydazy, katalazy, hemolizy)*, ocena maksymalna 20 pkt, przystępujący uzyskał 20 pkt, odwołujący 20 pkt; *poz. 11. Możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej*, ocena maksymalna 20 pkt, przystępujący uzyskał 20 pkt, odwołujący 20 pkt; *poz. 16. Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania*, ocena maksymalna 15 pkt, przystępujący uzyskał 15 pkt, odwołujący 0 pkt.
- Aparat do hodowli drobnoustrojów, zamawiający przyznał przystępującemu 95 pkt, odwołującemu 70 pkt (na 100 pkt możliwych). Różnica dotyczyła *poz. 7. Dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi*, możliwa ocena 5 pkt, przystępujący uzyskał 5 pkt i odwołujący 5 pkt; *poz. 10.1. Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g*, możliwa ocena 30 pkt, przystępujący uzyskał 30 pkt, odwołujący 0 pkt).

Zamawiający przyznał łącznie w kryterium jakość, przystępującemu 165 pkt, odwołującemu 110 pkt. Różnica w punktacji jakość, ustalona z zastosowaniem kryterium 20%, wynosi 5,5 pkt na korzyść przystępującego. Różnica w punktacji ceny ofert z zastosowaniem kryterium 80% (cena oferty przystępującego - 1 877 857,67 zł, odwołującego - 1 816 684,95 zł, = 61 171,72 zł) wynosi 2,61 pkt (dwa miejsca po przecinku) na korzyść odwołującego. Zatem, różnica w całkowitej punktacji ofert wynosi 2,89 pkt. Ustalenia zostały dokonane na podstawie załączników nr 6 i 7 do SIWZ oraz protokołu z oceny ofert z dnia 21 stycznia 2013 r.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu wyłącznie wskazane parametry oceniane, podnosząc niezasadność podwyższenia punktacji oferty przystępującego.

Na podstawie analizy dokonanej na rozprawie, Izba podzieliła pogląd odwołującego, co do oceny punktowej parametrów *Dostępność specjalnego podłoża rozpuszczającego elementy morfotyczne krwi* (załącznik nr 7 poz. 7 - Aparat do hodowli drobnoustrojów) oraz oceny *Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g* - poz. 10.1 tego załącznika.

Z opisów dokonanych przez zamawiającego, w szczególności z odpowiedzi nr 4 zamieszczonej w piśmie z 20 grudnia 2012 r., do którego załączono m.in. zmieniony załącznik nr 7, wynika, że jeśli wykonawca deklaruje *Dostępność specjalnego podłoża*, uzyskując za ten parametr dodatkowe 5 pkt, to mając na uwadze, że zaoferowanie podłoży specjalnych stanowi część podłoży dla bakterii tlenowych i część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych (w ilości po 2 000 szt.), w istocie oferuje zmniejszoną ilość podłoży płynnych,

wymaganą w załączniku nr 6 poz. 15 i 16 (po 33 000 szt.) oraz oferuje podłoża specjalne wyłącznie w butelkach szklanych (okoliczność bezsporna). Zatem, w takiej sytuacji, przystępujący nie oferuje wszystkich podłoży w butelkach plastikowych (około 7% w butelkach szklanych), co stanowiło wymóg uzyskania oceny w poz. 10.1 tego samego załącznika (30 pkt). W zakresie rodzaju butelek, parametrem wymaganym, stanowiącym warunek graniczny, były butelki plastikowe lub inne, zapewniające transport w sposób opisany w pkt 10. Natomiast uzyskanie oceny 30 pkt zostało przypisane, jak wyjaśniono na rozprawie, zaoferowaniu wszystkich podłoży w butelkach plastikowych poniżej 100 g.

Przystępujący uzyskując 5 pkt za dostępność podłoży specjalnych, oferowanych wyłącznie w butelkach szklanych, nie zaferował wszystkich podłoży w butelkach plastikowych. Zatem, ocena dwóch wskazanych parametrów przez przyznanie maksymalnej ilości punktów w każdym z nich wskazuje, jak podniósł odwołujący, na wzajemne wykluczenie oferowania tych parametrów.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i przystępującego, że *dostępność specjalnych podłoży* należy traktować, jako dostępność w istocie niezaferowaną, gdyż przeczą temu odpowiedzi zamawiającego o treści: *dotatkowe punkty za zaoferowanie podłoży specjalnych* - odpowiedź nr 21 z 29 listopada 2012 r.; *możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze; Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie (...) podłoży specjalistycznych* - odpowiedź nr 4 z 20 grudnia 2012 r., z których wynika, że oceniane podłoża specjalne musiały być zaferowane, ponadto należy podnieść, że przedmiot parametru punktowanego w kryterium oceny ofert, powinien stanowić przedmiotowy zakres oferty.

Izba uznała za potwierdzony zarzut dotyczący oceny możliwości przechowywania paneli w temperaturze pokojowej - załącznik nr 7 poz. 11 Analizator bakteriologiczny (20 pkt).

Odwołujący przedłożył na rozprawie 2 opakowania różnych testów: *VITEK®2 GP REF 21 342* i *GN REF 21 341*, jednostkowe opakowania testów, w tym okazał opakowanie GN 2102036 (zalecana temperatura przechowywania 2°C - 8°C) oraz złożył opracowanie pt. *Informacje o produkcji VITEK®2 Systems*, wskazując strony 1-3, 2-3, 6-2, na których podano, że karty należy przechowywać zamknięte w oryginalnym opakowaniu, w temperaturze od 2 do 8° C. Zamawiający i przystępujący nie podważyli przedstawionego dowodu, utrzymując, że w opisie SIWZ nie sprecyzowano, zarówno temperatury pokojowej oraz okresu przechowywania kart (*nie określono limitów temperaturowych i czasowych*), wskazując także, że każdy panel identyfikacyjny bezpośrednio przed jego zastosowaniem powinien być pozostawiony w temperaturze pokojowej.

Wobec braku odmiennego stanowiska w tym przedmiocie, Izba mając na uwadze, że kontradyktoryjność postępowania odwoławczego obciąża strony i przystępującego, jako uczestnika postępowania odwoławczego, obowiązkiem wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 Pzp), uznała za zasadne stanowisko odwołującego, że możliwość przechowywania paneli w temperaturze pokojowej, to nie krótki okres poprzedzający bezpośrednio zastosowanie paneli, lecz zgodnie z opisanym wymogiem, właściwość paneli identyfikacyjnych umożliwiającą przechowywanie ich w temperaturze pokojowej przez okres przydatności.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego o naruszeniu przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, uznając stanowisko zamawiającego za zasadne w tym zakresie, ze względu na treść przepisu normującą uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, co powoduje, że niezastosowanie tego przepisu nie może stanowić, zgodnie z orzecznictwem arbitrażowym i sądowym, podstawy skutecznego zarzutu jego naruszenia.

W ocenie Izby, nie zostały potwierdzone pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące załącznika nr 7 Analizator bakteriologiczny: poz. 8. *Brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych (nie dotyczy preparatu Grama, oksydazy, katalazy, hemolizy)* i poz. 16. *Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania.*

Odnosnie pierwszego z podanych zarzutów - odwołujący wskazał złożoną już *Informację o produkcji VITEK® 2 Systems*, podnosząc, że w opracowaniu na str. 1-16, 1-17, 1-18, 1-19, podano testy uzupełniające ANC, na str. 3-20, 3-21, 3-22, 3-23, 3-24, 3-25 testy uzupełniające dla karty GN. Powyższe wskazuje, że poza testami opisanymi przez zamawiającego, jako standard - *preparat Grama, oksydaza, katalaza, hemoliza* - pozostałe zaoferowane testy wymagają wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych, jako testów następczych, w przypadku wątpliwych identyfikacji.

Zamawiający przedstawił stanowisko, że opis zawarty w pkt 8 załącznika nr 7 dotyczy wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych przed przystąpieniem do właściwego użycia testu z zastosowaniem analizatora. Wymóg zamawiającego polegał na tym, by wykonawcy nie oferowali testów, które wymagałyby użycia dużej liczby wstępnych testów dodatkowych. Wyjaśnił również, że opis zamieszczony w pkt 8, w kontekście *Informacji o produkcji VITEK® 2 Systems*, wskazującej konieczność stosowania znacznej ilości testów dodatkowych, oznacza, że wskazane w *Informacji* testy są testami następczymi, wykonywanymi po dokonaniu pierwotnego badania w automacie i koniecznymi w przypadku

uzyskania nierozstrzygającego wyniku badania podstawowego. Zamawiającemu chodziło natomiast o wyeliminowanie stosowania dodatkowych testów przed badaniem.

Przystępujący wyjaśnił, że testy dodatkowe, które zaznaczono w złożonej przez odwołującego *Informacji o produkcji VITEK® 2 Systems*, są to standardowe metody wykorzystywane w laboratoriach mikrobiologicznych - po, bądź przed wykonaniem zasadniczego testu. Złożył kserokopię strony nr 4-32 *Podręcznika użytkownika systemu BD Phoenix*, który dotyczy produktu oferowanego przez odwołującego i wskazał pkt 4.10.1 *Dodawanie/modyfikacja wyników testu ID*, z którego wynika, że *Rodzaj faktycznie występującego mikroorganizmu można określić przez testy uzupełniające*, co ma potwierdzać, że mimo akceptacji parametru z pkt 8 załącznika, przedstawionej w ofercie odwołującego, występuje potrzeba wykonywania także dodatkowych testów zewnętrznych.

Przystępujący złożył również stronę 4-9 opisu obsługi aparatu Panele Phoenix Strep, w której podano (ramka UWAGA), że *Bulion AST-S oraz roztwór wskaźnika AST-S należy stosować tylko do pracy z panelami Phoenix Strep (SMIC/ID, SMIC). Te odczynniki nie są równoważne bulionowi AST i roztworowi wskaźnika AST, używanymi do pracy z panelami Phoenix do testowania bakterii Gram-dodatnich i Gram-ujemnych*. Zacytowany opis oznacza, w ocenie przystępującego, konieczność wykonywania dodatkowego testu, mimo że na str. 26 oferty, odwołujący wskazał brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów.

Wobec rozbieżnej interpretacji opisu zamieszczonego w pkt 8 załącznika, Izba uznała stanowisko zamawiającego, jako wyznaczające podstawę oceny parametru. Uwzględniła wyjaśnienie, że opis parametru miał doprowadzić do zaoferowania testów, które nie wymagałyby użycia dużej liczby wstępnych testów dodatkowych.

Na uwagę zasługuje też stanowisko przystępującego, że rodzaj zaoferowanych testów przez odwołującego, w przypadku niejasnego bądź niewiarogodnego wyniku, wymaga potwierdzenia testami dodatkowymi na takiej samej zasadzie, jak w ofercie przystępującego. Przystępujący stwierdził ponadto, że w jego ocenie, 99% wyników można podać bez wykonywania dodatkowych testów. Obu wykonawcom przyznano w tym parametrze po 20 punktów.

Zatem, Izba uznała, że zarzut odwołującego nie został wykazany w sposób uzasadniający jego uwzględnienie.

Zarzut Automatycznego usuwania z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania, poz. 16 załącznika.

Odwołujący podtrzymał stanowisko wskazując, że na str. 143 oferty przystępującego, pod dwoma zdjęciami, zamieszczono opis, z którego wynika, że po otrzymaniu wyników, testy są

automatycznie usuwane z czytnika, natomiast nie zamieszczono opisu, że testy są automatycznie usuwane z komory inkubacyjnej. W ocenie odwołującego, zdjęcia przedstawiają komorę inkubacyjno-pomiarową, gdzie uwidoczniło ręczne wkładanie i wyjmowanie testów przez operatora.

Zamawiający wyjaśnił, że budowa aparatu przedstawionego w ofercie przystępującego, element pierwszy opisu budowy, tj. komora inkubacyjno-pomiarowa, w istocie zawiera w sobie moduł inkubacyjno-pomiarowy, moduł napełniania karty, moduł zamykania karty i pojemnik na zużyte karty. Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej zużytych paneli polega na ich fizycznym usunięciu z modułu inkubacyjno-pomiarowego do pojemnika w obrębie aparatu. W opisie zamieszczonym w SIWZ, zamawiającemu chodziło o zabranie zużytych paneli z miejsca ich inkubacji, a więc o zwolnienie miejsca w inkubacji dla następnego testu. Na str. 143 wybranej oferty, 2 zdjęcia wskazane przez odwołującego, przedstawiają umieszczanie statywu z kartami w module napełniającym. Są to czynności wykonywane przed umieszczeniem testu w module inkubacyjno-pomiarowym.

Przystępujący złożył do akt sprawy opis urządzenia (4 strony) zaoferowanego w jego ofercie, gdzie na ostatniej stronie 2-18 został opisany mechanizm ostatecznego usuwania kart testowych z podajnika po zakończeniu testowania.

Przystępujący podkreślił, że z opisu pkt 16 załącznika wynika, iż zamawiający oczekiwał automatycznego usuwania z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli, po zakończeniu badania. Zwrócił uwagę na wyrażenie „usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora” z uwagi na fakt, że odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut braku automatycznego usuwania paneli testowych z komory inkubacyjnej aparatu na zewnątrz urządzenia (str. 5 odwołania), w przeciwieństwie do opisu zamieszczonego w załączniku.

Przystępujący potwierdził stanowisko, że zdjęcia zamieszczone na str. 143 oferty, przedstawiają manualny załadunek kart do części, w której następuje ich napełnianie.

W ocenie Izby, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawione okoliczności wskazują, że zarzut wynika z niewłaściwej oceny zdjęć zamieszczonych w ofercie przystępującego.

Odwołujący utożsamiał wymóg automatycznego usuwania z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania, z usunięciem ich na zewnątrz urządzenia, w sytuacji, gdy zamawiający wymagał automatycznego całkowitego usunięcia zużytych paneli z inkubatora.

Oceniając zebrany materiał dowodowy, Izba uznała, że zachodzi konieczność powtórzenia oceny oferty przystępującego w zakresie parametrów - dostępne specjalne podłoża

rozpuszczające elementy morfotyczne krwi, podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g oraz możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej - z uwagi na dokonaną ocenę z pominięciem opisu zamawiającego, w tym wynikającego ze zmiany SIWZ, dokonanej w toku postępowania. Zakwestionowana przez odwołującego ocena parametrów miała wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt 1 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: