

Sygn. akt: KIO 2180/10

WYROK
z dnia 20 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Comesa Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** w dniu 7 października 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie, ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin**

przy udziale wykonawcy **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie, ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin i nakazuje**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum firm: 1) Comesa Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie, ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Comesa Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 20 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2180/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia: *„Dostawa odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do badań laboratoryjnych wraz z wyposażeniem aparaturowym i wdrożeniem laboratoryjnego systemu informatycznego (LIS) dla potrzeb Zakładu Diagnostyki laboratoryjnej Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Koninie”* nr sprawy WSZ-FZ-51/2010, zostało wszczęte przez Wojewódzki Szpital Zespołowy w Koninie, ul. Szpitalna 45, 62 – 504 Konin zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 152-235137 w dniu 07.08.2010 r.

W dniu 27.09.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zwany dalej: *„Siemens”* albo *„Przystępującym”*. Druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) Comesa Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum Comesa”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 07.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, Konsorcjum Comesa wniosło odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.10.2010 r. (faxem). Odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia oferty Siemens na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2. dokonania wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej,
3. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrżucenie oferty Siemens;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego będącej ofertą najkorzystniejszą oraz dokonanie wyboru oferty Siemens nie będącej ofertą najkorzystniejszą,
3. naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty Siemens jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania oferty Siemens,
- odrzucenia oferty Siemens na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

Oferta Siemens wybrana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejsza, podlega na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 318/10. Za nieodpowiadającą treści SIWZ należy uznać ofertę, która proponuje niewystarczającą ilość przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zaoferowany przez Siemens przedmiot zamówienia, tj. ilości opakowań odczynników do oznaczania etanolu i mikroalbuminy nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia.

Zgodnie z § 3 SIWZ, do zadań wykonawcy należy dostarczanie odczynników do badań w zakresie wyszczególnionym w Załączniku nr 6 do SIWZ wraz z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi, kontrolnymi i innymi materiałami zużywalnymi niezbędnymi do wykonania tych badań. Zgodnie z §7 SIWZ, dostawy odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych odbywać się będą sukcesywnie przez okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W Załączniku nr 6 do SIWZ, w tabeli Biochemia Zamawiający wskazał rodzaj badań i ilość badań, które zamierza przeprowadzić w przeciągu 3 (trzech) lat.

1. Z oferty Siemens wynika (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 2 - Biochemia, poz. 32), że Siemens zaoferował zaledwie 1 opakowanie odczynnika do oznaczania etanolu (wielkości opakowania - 4x150 testów). Oznacza to, że aby Siemens mógł prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia, tj. dostarczyć wystarczającą ilość odczynnika na okres 36 miesięcy, termin ważności jednego opakowania odczynnika powinien wynosić minimum 36 miesięcy. Natomiast, ani oferowany przez firmę Siemens odczynnik ani inne odczynniki tego typu dostępne na rynku nie posiadają 36 miesięcznego terminu ważności. W związku z tym, aby zapewnić odpowiednią ilość odczynnika na cały okres zamówienia, tj. na 3 lata, Siemens powinien zaoferować minimum 3 opakowania tego odczynnika.
2. Z oferty Siemens wynika (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 2 - Biochemia, poz. 33), że Siemens zaoferowała 1 opakowanie odczynnika do oznaczania mikroalbuminy (wielkości opakowania - 4x105 testów). Oznacza to, że aby Siemens mógł prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia, tj. dostarczyć wystarczającą ilość odczynnika na okres 36 miesięcy, termin ważności jednego opakowania odczynnika

powinien wynosić minimum 36 miesięcy. Natomiast, ani proponowany przez firmę Siemens odczynnik, ani inne podobnego typu obecne na rynku odczynniki do oznaczania mikroalbuminy nie posiadają tak długiego 36 miesięcznego terminu ważności. W związku z tym, aby zapewnić odpowiednią ilość odczynnika na cały okres zamówienia, tj. na 3 lata, Siemens powinien zaoferować minimum 3 opakowania tego odczynnika.

W związku z powyższym, oferta Siemens jest niezgodna z SIWZ (z § 7 SIWZ oraz z załącznikiem nr 6 do SIWZ, tabela Biochemia), gdyż nie uwzględnia odpowiedniej ilości odczynników na wykonanie badań wymaganych przez Zamawiającego przez okres 3 lata. Zauważył, że z zapisów SIWZ dotyczących częstotliwości wykonywania badań kontrolnych dla planowanych parametrów (w ciągu okresu trwania umowy: codziennie lub 2 razy w tygodniu dla parametrów w ilości < 500 oznaczeń rocznie) wynika, że Zamawiający będzie wykonywać wszystkie badania w sposób ciągły w czasie całego okresu trwania Umowy. W przypadku oferty Siemens i wyżej wymienionych odczynników będzie to niemożliwe, gdyż Zamawiający musiałby pracować przy użyciu przeterminowanych odczynników (po dacie ważności podanej na opakowaniu).

Oferta Siemens jest niedoszacowana w zakresie ilości materiałów kontrolnych.

Zgodnie z § 3 SIWZ, do zadań wykonawcy należy dostarczanie odczynników do badań w zakresie wyszczególnionym w Załączniku nr 6 do SIWZ wraz z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi, kontrolnymi i innymi materiałami zużywalnymi niezbędnymi do wykonania tych badań. Zgodnie z § 7 SIWZ, dostawy odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych odbywać się będą sukcesywnie przez okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Załączniki nr 6 do SIWZ (uwaga Zamawiającego pod tabelkami) wymagają aby wykonawcy wyszczególnili w swoich ofertach odczynniki, kalibratory, materiały kontrolne i materiały zużywalne niezbędne do wykonania żądanej liczby oznaczeń. Ponadto następujące zapisy SIWZ i wyjaśnienia szczegółowo precyzują ilości materiałów kontrolnych, jakie Wykonawca winien zaproponować:

- Zgodnie z Załącznikiem nr 6 b do SIWZ (dotyczącym biochemii) - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych wymaganych dla analizatorów biochemicznych (uwaga nr 3 pod tabelkami), Zamawiający wymaga trzech poziomów materiałów kontrolnych (niski, normalny i wysoki) w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na trzech poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów.
- Zgodnie z Załącznikiem nr 6a, 6c, 6d (dotyczącym immunochemii, koagulologii, gazometrii) do SIWZ *„Zamawiający wymaga trzech materiałów kontrolnych (niski, normalny i wysoki) w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wszystkich parametrów”*
- Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 2 września 2010 r. (WSZ-FZ-51/749/2010) - odpowiedź na pytanie nr 6 - *„Zamawiający wyraża zgodę na*

zaoferowanie materiałów kontrolnych na dwóch poziomach jedynie dla parametrów: mikroalbuminuria, HbA1C, anty-TPO, prokalcytonina, markery wirusologiczne, D-dimer, fibrynogen, i AT III".

- Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 2 września 2010 r. (WSZ-FZ- 51/750/2010) - pkt 2 - „Zamawiający w zapisach pod tabelą zał. nr 6a, 6c i 6d wymaga codziennej kontroli na dwóch poziomach, natomiast w zapisach pod tabelą zał. nr 6b wymaga codziennej kontroli na trzech poziomach. Zamawiający dla parametrów poniżej 500 rocznie wyraża zgodę na częstotliwość wykonywania badań kontrolnych na dwóch poziomach dwa razy w tygodniu".

Oferta Siemens jest niedoszacowana w zakresie szeregu materiałów kontrolnych, np.: A) 694 Liquid Assayed Multiquel Control, level 1, 695 Liquid Assayed Multiquel Control, level 2 oraz 696 Liquid Assayed Multiquel Control, level 3.

Powyższe materiały kontrolne służą do oznaczeń biochemicznych: mocznika, kreatyniny, glukozy, kwasu moczowego, wapnia, fosforu, bilirubiny całkowitej, bilirubiny bezpośredniej, ALT, AST, cholesterolu, cholesterolu HDL, cholesterolu LDL, trójglicerydów, magnezu, żelaza, TIBC, LDH, CK-NAC, albuminy, białka całkowitego, ALP, amylazy, GGT ujętych w zał 6b. Wymagana jest więc kontrola codzienna na 3 poziomach zgodnie z zapisami SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 2 września 2010 r. (WSZ-FZ-51/750/2010).

Siemens zaoferował trzy rodzaje materiałów kontrolnych: 694 Liquid Assayed Multiquel Control, level 1 (12x3 ml - 7 opakowań), 695 Liquid Assayed Multiquel Control, level 2 (12x3 ml - 7 opakowań) oraz 696 Liquid Assayed Multiquel Control, level 3 (12x3 ml - 7 opakowań). Ich łączna zaproponowana objętość wynosi o łącznej objętości 756 ml. (załącznik nr 6, tabela 2 - biochemia, poz. 54, 55, 56). Ilość ta nie wystarczy na wykonanie badań kontrolnych dla tych parametrów przewidzianych w SIWZ (codziennie na 3 poziomach).

Warto dodać, że w poprzednim postępowaniu tj. w przetargu na dostawę odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do badań laboratoryjnych wraz z wyposażeniem aparaturowym i wdrożeniem laboratoryjnego systemu informatycznego (LIS) dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Koninie, nr WSZ - FZ-22/2010, (analogicznym jeśli chodzi o ilość planowanych badań dla tych parametrów i wymóg codziennej kontroli na 3 poziomach) Siemens zaproponował materiał kontrolny firmy Bio-Rad o numerze katalogowym 695x Liquid Assayed Multiquel Control (3x3 ml) w ilości 168 opakowań co w sumie daje objętość 1512 ml. Tak więc w bieżącym postępowaniu Siemens zaproponował stanowi zaledwie ½ objętości zaoferowanej w pierwszym postępowaniu. Z powyższego wynika, że oferta Siemens jest niedoszacowana w zakresie wyżej wskazanych materiałów kontrolnych.

B) materiał kontrolny QC ANTY-HBC.

Siemens zaferował za ledwie 1 opakowanie materiału kontrolnego QC ANTY-HBC (wielkość opakowania 2x2x7 ml; łączna objętość materiału 28 ml) (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 1 - Immunochemia, poz. 67) na cały okres trwania umowy. Obecnie na rynku nie istnieją materiały kontrolne posiadające aż tak długi okres ważności. Taka oferta zakłada więc z zasady wykonywanie kontroli jakości przeterminowanymi odczynnikami, co jest niezgodne z zasadami dobrej praktyki laboratoryjnej.

Powyższy materiał kontrolny służy do kontroli oznaczenia a-HBc. Zgodnie z zapisem SIWZ oznaczenie to (marker wirusologiczny; ilość oznaczeń <500 rocznie) powinno być kontrolowane na 2 poziomach 2 razy w tygodniu. Z materiałów producenta jednoznacznie wynika, że minimalna wielkość próbki dla anty-HBC wynosi 50 µl, co biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego wykonywania kontroli dwa razy w tygodniu na dwóch poziomach daje łączną wartość 31,2 ml (3 lata x 52 tyg. x 2 razy w tyg. x 2 poziomy x 0.05 ml)

W ofercie Siemens brakuje 3,2 ml materiału kontrolnego QC ANTY-HBC, bez uwzględnienia objętości martwej próbki. Ilość zaproponowanego materiału kontrolnego jest niedoszacowana nie tylko pod względem terminu ważności, lecz także objętości materiału koniecznego do wykonania planowanych przez Zamawiającego oznaczeń.

C) materiał kontrolny anty - HBc IgM.

Również materiał kontrolny QC ANTY- HBC IgM został zaproponowany w ilości tylko 1 opakowania (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 1 - Immunochemia, poz. 66), niewystarczającej z punktu terminu ważności. Nie istnieją bowiem materiały kontrolne o tak długim terminie trwałości (36 miesięcy tak jak czas trwania umowy).

D) materiał kontrolny QC ANTY-HBE.

Siemens zaferował 2 opakowania materiału kontrolnego QC ANTY-HBE (wielkość opakowania 2x2x7 ml; łączna objętość zaferowanego materiału wynosi 56 ml) (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 1 - Immunochemia, poz. 69). Natomiast z materiałów producenta jednoznacznie wynika, że minimalna wielkość próbki dla anty-HBE wynosi 100 µl co biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego wykonywania kontroli dwa razy w tygodniu na dwóch poziomach (parametr wirusologiczny, ilość oznaczeń < 500 rocznie) daje łączną wartość 62,4 ml (3 lata x 52 tyg. x 2 razy w tyg. x 2 poziomy x 0.1 ml). W związku z tym, w ofercie Siemens brakuje 6,4 ml materiału kontrolnego, bez uwzględnienia objętości martwej próbki.

E) Materiał kontrolny QC HBE AG.

Siemens zaferował za ledwie 2 opakowania materiału kontrolnego QC HBE AG (wielkość opakowania 2x2x7 ml; łączna objętość 56 ml) (załącznik nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 1 - Immunochemia, poz. 70). Natomiast z materiałów producenta jednoznacznie wynika, że minimalna wielkość próbki dla HBE Ag wynosi 100 µl

co biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego wykonywania kontroli dwa razy w tygodniu wirusologiczny, na dwóch poziomach (parametr wirusologiczny, ilość oznaczeń < 500 rocznie) daje łączną wartość 62,4 ml (3 lata x 52 tyg. x 2 razy w tyg. x 2 poziomy x 0.1 ml). Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego w ofercie firmy Siemens brakuje 6,4 ml materiału kontrolnego, bez uwzględnienia objętości martwej próbki.

F) Materiał kontrolny QC BHRAMS PCT.

Materiał ten (zał. nr 2 - Formularz asortymentowo-cenowy, tabela 1- Immunochemia poz. 71) służy do kontroli parametru prokalcytonina. Zgodnie z wymogami SIWZ prokalcytonina (jako parametr planowany w ilości > 500 oznaczeń rocznie/3000 oznaczeń na czas umowy) ma być kontrolowany codziennie na 2 poziomach. Zgodnie z materiałami producenta na 1 oznaczenie pobierane jest 100 µl, a więc potrzeba do wykonania badań kontrolnych 109,5 ml każdego z 2 poziomów (365 dni x 3 lata x 0,1 ml), czyli 219 ml materiału kontrolnego łącznie. Siemens zaoferował 25 opakowań (2 poziomy po 2 fiołki po 2 ml) a więc łącznie 200 ml. Niedoszacowanie wynosi więc 19 ml, nie uwzględniając objętości martwej próbki. W związku z powyższym oferta Siemens jest niezgodna z SIWZ (z § 3 i § 7 SIWZ) oraz cytowanymi wyżej szczegółowymi zapisami i wyjaśnieniami dotyczącymi ilości materiałów kontrolnych), gdyż nie uwzględnia odpowiednich ilości dla wszystkich materiałów kontrolnych na wykonanie badań wymagany przez Zamawiającego przez okres trwania umowy, tj. 3 lata.

Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, nakazujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro oferta Siemens podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i nie mogła podlegać wyborowi, to tym samym nie mogła być ona uznana za najkorzystniejszą zgodnie z postanowieniami ustawy.

Okoliczności wskazane powyżej przesądzają również o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający uprzywilejował wykonawcę Siemens, dokonując wyboru jego oferty, która winna być odrzucona i udziela zamówienia wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy. W wyniku wskazanych naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący poniósł szkodę. Odwołujący jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza oferta w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby Zamawiający nie naruszył swymi czynnościami i zaniechaniami sprecyzowanych w odwołaniu przepisów ustawy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 08.10.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp

uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.10.2010 r. (wpływ emailem do Prezesa KIO za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego) Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zwany dalej: „Siemens” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Interes Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego polega na tym, że odwołanie zmierza do podważenia przez Odwołującego zasadności czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Przystępujący uważa, że Zamawiający dokonując czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej postąpił zgodnie z Pzp, a zatem zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne, a przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego celowe.

W dniu 14.10.2010 r. (faxem) Zamawiającym wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wносиło o oddalenie w całości odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania zgodnie z przedłożonym rachunkiem. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu datowanym na dzień 06.10.2010 r. nie zasługują, w jego ocenie, na uwzględnienie. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust 3 Pzp i na tej podstawie domaga się powtórzenia czynności badania oferty Siemens i jej odrzucenia, a w konsekwencji tych czynności dokonania wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego, oferta Siemens jest niezgodna z treścią SIWZ. Oferuje ona bowiem jedno opakowanie odczynnika do oznaczania etanolu i jedno opakowanie odczynnika do oznaczania mikroalbuminy przez okres trwania umowy. Odwołujący podnosi fakt, iż na rynku nie ma tego rodzaju odczynników, które by posiadały 36 miesięczny termin ważności. W tej okoliczności Odwołujący upatruje niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący nie zarzuca wygranej ofercie, że źle wyliczono ilość koniecznych testów do realizacji przedmiotu zamówienia. Swój zarzut ogranicza do faktu, iż w ofercie na wykonanie testów do etanolu i mikroalbuminy określono tylko po jednym opakowaniu. Zamawiający w § 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, określił:

- Dostarczenie odczynników do badań w w/w zakresie szczegółowo wyszczególnionych w załączniku nr 6 wraz z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi, kontrolnymi i innymi materiałami zużywalnymi niezbędnymi do wykonania tych badań,

- wydzierżawienie sprzętu do wykonywania w/w badań, dostosowanie oraz instalacja systemu informatycznego, o specyfikacji technicznej opisanej w załącznikach 6a, 6b, 6c, 6d, 6e na czas trwania umowy,
- instalacja dzierżawionego sprzętu w laboratorium Zamawiającego, wdrożenie systemu informatycznego i przekazanie do eksploatacji oraz demontaż sprzętu po upływie terminu umowy,
- szkolenie w zakresie obsługi sprzętu oraz doradztwo aplikacyjne,
- zapewnienie bezpłatnego serwisu gwarancyjnego przez okres trwania umowy dzierżawy dla sprzętu oddanego w dzierżawę.

Oferowane analizatory muszą współpracować z oferowanym laboratoryjnym systemem informatycznym (LIS). Jednocześnie wskazał: Podane ilości badań są szacunkowe. Zamawiający zastrzega sobie wykonanie badań w ilości zgodnej z faktycznymi potrzebami Szpitala. Zamawiający określając ilości odczynników w załącznikach podał, że szacunkowa ilość badań uwzględnia ilości na kalibrację i kontrolę. Na pytanie jednego z wykonawców w zakresie sposobu kalkulacji odczynników do biochemii i immunochemii (pismo z dnia 02.09.2010 r.) udzielił odpowiedzi negatywnej:

Pytanie 5.

„Czy Zamawiający wymaga zaoferowania odczynników biochemicznych i immunochemicznych z uwzględnieniem trwałości odczynnika na pokładzie aparatu? Jeśli tak to prosimy o doprecyzowanie, które z wyszczególnionych testów immunochemicznych i biochemicznych w załączniku nr 6 do SIWZ będą wykonywane na analizatorze podstawowym, a które na pomocniczym. Odpowiedz: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”. Odpowiedz na pytanie, jednoznacznie potwierdza oczekiwania Zamawiającego w zakresie kalkulacji biochemii i immunochemii, tj. ilość opakowań i ich wielkość miała pokrywać w minimalny sposób szacunkową ilość badań określoną przez Zamawiającego w SIWZ. Wszyscy Wykonawcy, jak i Odwołujący właśnie w taki sposób uwzględnili ilość odczynników (Odwołujący zaoferował po 2 opakowania odczynnika do badań Etanolu (2 x 150 t. w opak.) i mikroalbuminy (4 x 100 t. w opak.), czy Vankomycyna 2 op. (2 x 100 t. w opak.) co ewidentnie jest sprzeczne z treścią uzasadnienia w odwołaniu.

Zamawiający, zarówno w SIWZ, jak i projekcie umowy stanowiącej jej integralną część podkreślał, że dostawy towarów mają odbywać się sukcesywnie, na podstawie częściowych zamówień określających ilość i asortyment zamawianego towaru. Ponadto Zamawiający wymaga by dostarczane towary były pozbawione wad. Z treści specyfikacji jak i też umowy nie można wywieść wniosku, że dostawy przedmiotowych odczynników mają nastąpić w dniu podpisania umowy. Tym samym argument, iż na rynku są dostępne odczynniki z okresem ważności do 12 miesięcy jest chybiony. Pragniemy również dodać, że Zamawiający nie przewiduje wykonania wszystkich badań określonych w SIWZ w sposób

ciągły, przez cały okres trwania umowy, jak również nie określił takiego warunku w SIWZ. Zamawiający tylko przy kalkulowaniu gazometrii, wymagał zgodnie z zapisem pod tabelą załącznika 6c, uwzględniania przy kalkulacji gwarancji producenta, czego potwierdzeniem było wymaganie od Wykonawców dołączenia do oferty tabel z czasem gwarancji na zestawy odczynnikowe, elektrody, materiały płuczące dla gazometrii. Zamawiający oceniając ofertę firmy Siemens stwierdził że jest ona zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Kolejne zarzuty w zakresie niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych przez wybranego. Wykonawcę, są całkowicie nietrafne. Podkreślił, że Zamawiający wymagał § 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia: dostarczenia odczynników do badań w w/w zakresie szczegółowo wyszczególnionych w załączniku nr 6 wraz z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi, kontrolnymi i innymi materiałami zużywalnymi niezbędnymi do wykonania tych badań”. W zakresie zaoferowanej ilości materiału kontrolnego do biochemii: Wykonawca w tabeli 2 (dla biochemii) poz. 54-56 nr kat. 694, 695 i 696 zaoferował kontrole poziomu 1, 2 i 3 konfekcjonowanych w ilości 12 x 3 ml po 7 opakowań każdego poziomu materiału co daje łącznie 252 ml materiału kontrolnego z każdego poziomu kontrolnego. Według Zamawiającego, ilość zabezpiecza wykonanie badań kontrolnych zgodnie z wymogiem SIWZ. Badając ofertę Siemens, Zamawiający na podstawie informacji z opisu analizatora ADVIA 1800, na stronie 54 oferty Siemens, uwzględnił informację w zakresie maksymalnej objętości próbki potrzebnej do codziennej kontroli każdego poziomu (58 µl) i uznał na tej podstawie, że oferowana ilość zabezpiecza w pełni wykonanie wszystkich badań kontrolnych zgodnie z SIWZ. Zwrócił uwagę, że poprzedni przetarg zawierał inne warunki w tym zakresie i powoływanie się na treść oferty z poprzedniego przetargu jest niezasadne. Odnosząc się do zarzutów w zakresie niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych do immunochemii (QC ANTY-HBC, QC ANTY-HBC IgM, QC ANTY-HBE, QC ANTY-HBE AG i QC BRAHMS PCT) Zamawiający wyjaśnił badając ofertę Siemens w tym zakresie, uznał zaoferowane ilości materiałów kontrolnych jako w pełni wystarczające i zgodnie z wymogami SIWZ. Zamawiający nie wymagał dostarczenia ulotek producenta, opierając się przy ocenie na wyliczeniach Wykonawców. W ocenie Zamawiającego, wszyscy Wykonawcy wyliczyli ilość oferowanych kontroli w podobny sposób, zakładając zalecenia producenta, dobrą praktykę laboratoryjną i wymogi SIWZ. Zgodnie z wcześniejszą argumentacją Zamawiający dowiódł, że badania wyspecyfikowane w małych ilościach zamierza wykonywać w czasie, w którym będzie zapotrzebowanie na wykonywanie danych testów. Dlatego też Zamawiający w pełni uznaje sposoby wyliczeń Wykonawców i uznaje podane przez Wykonawców ilości opakowań kontroli jako prawidłowe.

Podkreślił jeszcze, że zgodnie z warunkami SIWZ oraz warunkami umowy Zamawiający jest zabezpieczony w odpowiednie ilości odczynników, mat. kontrolnych, kalibracyjnych itp. przenosząc ryzyko kalkulacji na Wykonawców. Zamawiający nie wymagał

dołączenia ulotek więc wybór opiera na wiedzy i deklaracji Wykonawców, z jednoczesnym zapewnieniem, z ich strony stosownym oświadczeniem w formularzu asortymentowo – cenowym - załącznika nr 2: „2 Podane wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia”, czyli wykonawca zobowiązany jest w podanej kwocie oferty zapewnić wykonanie wszystkich badań, a co za tym idzie chroni to Zamawiającego przed możliwością zaniżenia oferty. Zamawiający na podstawie tego zapisu jak również zapisów umowy (m.in. dotyczących reklamacji) jest zabezpieczony względem wszelkich ryzyk związanych z kalkulowaniem oferty, jak również Wykonawcy składając takie oświadczenie biorą takie ryzyko w wartość oferty. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO o niezgodności oferty z SIWZ można mówić wtedy gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowego zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. Analizując oferty Siemens i Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że obydwaj oferenci zapewniają realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres trwania umowy. Z ostrożności, Zamawiający wyjaśnił, że spośród wszystkich ofert, oferta Siemens jest najbardziej korzystna finansowo. Ceny oferty: 1. Siemens HD Sp. z o.o. - 2 314 731,52 zł brutto; 2. Konsorcjum Comesa Polska Sp. z o.o./Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. - 2 635 812,63 zł brutto; 3. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. - 2 803 853,60 zł brutto. Najkorzystniejsza oferta była, aż o 13 % tańsza od kwoty oferty Odwołującego (321 081,11 zł). Oceny dotyczące spełnienia drugiego kryterium przez oferentów były zbliżone.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.09.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp,

uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów odnośnie oferty Przystępującego. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz po ofercie Przystępującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, wyjaśnień do SIWZ z dnia 02.09.2010 r.: pismo Nr: WSZ- FZ-51/747/2010; pismo Nr: WSZ- FZ-51/748/2010; pismo Nr: WSZ- FZ-51/749/2010; pismo Nr: WSZ- FZ-51/750/2010; pismo Nr: WSZ- FZ-51/751/2010, tudzież wyjaśnień do SIWZ z dnia 07.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ-FZ- 51/754/2010; oferty Przystępującego, odwołania, przystąpienia do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Ponadto przedłożono także na rozprawie w charakterze materiałów dowodowych: przez Odwołującego - 1) zestawienie ilości zaoferowanych opakowań przez Przystępującego w przetargach Zamawiającego w V i IX 2010; 2) zestawienie odczynników immunochemicznych oferowanych przez Przystępującego w przetargach Zamawiającego w V i IX 2010; 3) informacja dotycząca odczynników biochemicznych Przystępującego w zakresie terminu ich ważności; 4) zdjęcie etykiety z terminem ważności etanolu przez Odwołującego; 5) zestawienie materiału kontrolnego (poz. 54, 55, 56 – biochemia – tabela 2) zaoferowanego w postępowaniu majowym, jak i aktualnie prowadzonym; 6) wyciąg z materiałów producenta /Siemens/ (prokalcytonina /procalcitonina/) – 2 egz. i 7) metodyka kalibracji urządzenia oferowanego przez Przystępującego (ADVIA 1800). Przystępujący przedłożył: wyciąg z instrukcji aparatu ADVIA 1800 dotyczący opcji rozcieńczeń. Do poszczególnych materiałów dowodowych złożonych na rozprawie Izba odniesie się szczegółowo w ramach uzasadnienia poniżej.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, czyli zaniechanie odrzucenie oferty Przystępującego, Izba uznała za zasadny.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że został on potwierdzony w zakresie niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych, tj. w pkt od 2b do 2f biorąc pod uwagę numerację przyjętą przez Odwołującego w odwołaniu. Izba uznała, że niniejszy zarzut nie

został potwierdzony odnośnie zaoferowania ilości opakowań odczynników etanolu i mikroalbuminy nie pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia. Podobnie Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych w pkt 2a biorąc pod uwagę numerację przyjętą przez Odwołującego w odwołaniu. W konsekwencji Izba uwzględniła zarzut wskazany powyżej, jednocześnie wskazując na możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ramach powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zamawiający w § 3 SIWZ: „*Opis przedmiotu zamówienia*”, określił, że do zadań Wykonawcy należy:

- dostarczenie odczynników do badań w w/w zakresie szczegółowo wyszczególnionych w załączniku nr 6 wraz z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi, kontrolnymi i innymi materiałami zużywalnymi niezbędnymi do wykonania tych badań,
- wydzierżawienie sprzętu do wykonywania w/w badań, dostosowanie oraz instalacja systemu informatycznego, o specyfikacji technicznej opisanej w załącznikach 6a, 6b, 6c, 6d, 6e na czas trwania umowy,
- instalacja dzierżawionego sprzętu w laboratorium Zamawiającego, wdrożenie systemu informatycznego i przekazanie do eksploatacji oraz demontaż sprzętu po upływie terminu umowy,
- szkolenie w zakresie obsługi sprzętu oraz doradztwo aplikacyjne,
- zapewnienie bezpłatnego serwisu gwarancyjnego przez okres trwania umowy dzierżawy dla sprzętu oddanego w dzierżawę.

Oferowane analizatory muszą współpracować z oferowanym laboratoryjnym systemem informatycznym (LIS). Podane ilości badań są szacunkowe. Zamawiający zastrzega sobie wykonanie badań w ilości zgodnej z faktycznymi potrzebami Szpitala. W § 7 SIWZ: „*Termin wykonania zamówienia*” stwierdził, że: „*Dostawy odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do badań laboratoryjnych odbywać się będą sukcesywnie przez okres 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy*”. W załączniku nr 5 do SIWZ: „*projekcie umowy*” w § 1 ust. 3 podał ponownie, że: „*Podane ilości badań są szacunkowe. Zamawiający zastrzega sobie wykonanie badań w ilości zgodnej z faktycznymi potrzebami Szpitala*”. Natomiast w § 3 ust. 1 do 3 określił, że: „*Strony ustalają termin realizacji przedmiotu umowy: 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Dostawy odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do badań laboratoryjnych odbywać się będą sukcesywnie. Zamawiający każdorazowo złoży zamówienie z odpowiednim wyprzedzeniem, określając ilość i rodzaj zamawianego asortymentu. Termin każdorazowej dostawy odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do 5 dni od*

momentu złożenia zamówienia”.

Załącznikami do SIWZ były m.in.: załącznik nr 6 – rodzaj badań i ilość – immunochemia, biochemia, gazometria, koagulacja (hemostaza i krzepnięcie); załącznik nr 6a zestawienie parametrów dla analizatorów immunochemicznych, załącznik nr 6b zestawienie parametrów dla analizatorów biochemicznych, czy też załącznik nr 6c zestawienie parametrów dla analizatorów gazometrycznych.

Zgodnie z Załącznikiem nr 6 b do SIWZ (Biochemia) - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych wymaganych dla analizatorów biochemicznych (uwaga nr 3 - pod tabelkami), Zamawiający wymaga trzech poziomów materiałów kontrolnych (niski, normalny i wysoki) w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na trzech poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów. W uwadze 2 z kolei wskazał, że: *„(..) wymaga, aby zaproponowane przez Wykonawcę ilości materiałów kalibracyjnych i materiałów zużywalnych były wystarczające do ilości podanych parametrów zgodnie z zaleceniami producenta”.* W załączniku nr 6 a do SIWZ (immunochemia) – w uwadze 3 jest zawarty zapis, że Zamawiający wymaga codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów. Uwaga 2 jest tożsamej treści co powyżej. W załączniku nr 6c do SIWZ w uwadze 2 stwierdza się, że *„(..)zgodnie z gwarancjami udzielonymi przez producenta”*, w uwadze 3: *„Zamawiający wymaga codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wymienionych parametrów”*, dodano też inne uwagi, w tym 4: *„Zamawiający wymaga dołączenia tabel z czasem gwarancji na zestawy odczynnikowe (..)”*.

W ramach załącznika nr 2: *„Formularz asortymentowo – cenowym”* Zamawiający pod tabelami 1, 2, 3 i 4 zapisał, że: *„(..) wymaga, aby zaproponowane przez Wykonawcę ilości materiałów kalibracyjnych i materiałów zużywalnych były wystarczające dla ilości podanych parametrów zgodnie z zaleceniami producenta”*. Zawarł tam także oświadczenie, że: *„2 Podane wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia”*. Tabele określały tylko ilość badań w okresie 3 lat oraz nazwę badania. Wielkość opakowania, jak i liczba opakowań nie była określona.

Zamawiający udzielił zgodnie z wyjaśnieniami do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ- FZ-51/747/2010) - odp. na pytanie 4 (Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie do badań biochemicznych materiałów kontrolnych w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów ?) i 5 (Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie do badań wirusologicznych oraz prokalcytoniny dwóch poziomów materiałów kontrolnych ?): *„Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie materiałów kontrolnych na dwóch poziomach jedynie dla parametrów: mikroalbuminuria, HbA1C, anty-TPO, prokalcytonina, markery wirusologiczne, D-dimer, fibrynogen, i AT III”*.

Podobnie Zamawiający odpowiedział na pytanie 1 (wyjaśnienia do SIWZ z dnia

02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/748/2010) – Dotyczy immunochemii i biochemii (wymóg w uwagach pod tabelami parametrów pkt 3 – zał. nr 6a i 6b): Czy Zamawiający dopuści zaoferowanie materiałów kontrolnych na 2 poziomach dla parametrów: mikroalbuminuria, HbA1C, anty-TPO, PCT oraz parametrów zakaźnych, które rutynowo mają jedyne kontrole negatywną i pozytywną ? Identyczną odpowiedź udzielił na pytanie 6 (wyjaśnienia do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/749/2010) - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie do badań biochemicznych materiałów kontrolnych w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów ? Odpowiedź na pytanie 3 (wyjaśnienia do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/750/2010) również była tożsama, jak i na pytanie 2 i 4 (wyjaśnienia do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/751/2010).

W ramach wyjaśnień do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/749/2010 - udzielił również odpowiedzi na pytanie 5 (*„Czy Zamawiający wymaga zaoferowania odczynników biochemicznych i immunochemicznych z uwzględnieniem trwałości odczynnika na pokładzie aparatu ? Jeśli tak to prosimy o doprecyzowanie, które z wyszczególnionych testów immunochemicznych i biochemicznych w załączniku nr 6 do SIWZ będą wykonywane na analizatorze podstawowym, a które na pomocniczym).* Stwierdził, że: *„Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”*.

Z kolei w ramach wyjaśnień do treści SIWZ z dnia 02.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ-FZ-51/750/2010) – odpowiedź na pytanie 2 (W związku z zapisami po tabelami załączników 6a – 6 d określających dostarczenie materiałów kontrolnych w ilości zapewniającej codzienną kontrolę na dwóch poziomach dla wszystkich wymienionych parametrów, prosimy o odstępnie od tego wymogu dla parametrów oznaczonych okresowo i w niewielkich ilościach (poniżej 600 rocznie) i określenie dla tych parametrów oznaczonych okresowo częstotliwości wykonywania kontroli na dwóch poziomach (np.: jeden raz w tygodniu). Jest to zgodne z powszechną praktyką laboratoryjną i ekonomizacją kosztów przy parametrach zlecanych w niewielkich ilościach) wskazał, że: *„Zamawiający w zapisach pod tabelą zał. nr 6a, 6c i 6d wymaga codziennej kontroli na dwóch poziomach, natomiast w zapisach pod tabelą zał. nr 6b wymaga codziennej kontroli na trzech poziomach. Zamawiający dla parametrów poniżej 500 rocznie wyraża zgodę na częstotliwość wykonywania badań kontrolnych na dwóch poziomach dwa razy w tygodniu”*. W odpowiedzi na pytanie 2 (Czy w związku z faktem średniej ilości 630 badań biochemicznych dziennie Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie analizatorów biochemicznych o łącznej wydajności 800 testów fotometrycznych na godzinę/wraz z modułem ISE 1600 testów na godz./?) - wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 07.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ-FZ- 51/754/2010), Zamawiający stwierdził, że: *„Zamawiający podtrzymuje wymagania SIWZ zawarte w załączniku nr 6 B (..)”*.

Przystępujący złożył stosowną ofertę wraz formularzem asortymentowo-cenowym

(załącznik nr 2) – str. 5 do 15 oferty oraz zestawieniami parametrów m.in. dla analizatorów immunochemicznych, analizatora biochemicznego, analizatorów gazometrycznych, (str. od 16 do 22 oferty) jak i materiały informacyjne (m.in. ADVIA 1800 od str. 54 oferty), np. opis oferowanych analizatorów. Immunochemia (tabela 1), Biochemia (tabela 2), Gazometria (tabela 3) w ramach formularza asortymentowo-cenowego. Zakwestionowane pozycje - poz. 32, 33 – tabela 2 – etanol i mikroalbumina; poz. 54, 55 i 56 – tabela 2; poz. 66, 67, 69, 70, 71 – tabela 1.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do kwestii zaoferowania ilości opakowań odczynników etanolu i mikroalbuminy nie pozwalającej na prawidłową realizację zamówienia, Izba wyjaśnia, że zarzut odnosił się tylko i wyłącznie do ilości opakowań, nie zaś ilości koniecznych testów do realizacji przedmiotu zamówienia, tudzież materiału kalibracyjnego, czy też materiału kontrolnego.

Rozszerzenie zakresu zarzutu o materiały kalibracyjne (poz. 34 i 35 – tabela 2- Biochemia), na co wskazywał Odwołujący na rozprawie było działaniem spóźnionym i wykraczało ponad to co było zawarte w odwołaniu. W ocenie Izby materiały dowodowe złożone przez Odwołującego w tym zakresie, tj. zestawienie ilości zaoferowanych opakowań przez Przystępującego w przetargach Zamawiającego w V i IX 2010, czy też zestawienie odczynników immunochemicznych oferowanych przez Przystępującego w przetargach Zamawiającego w V i IX 2010, nie mogą być wzięte pod uwagę przez Izbę z uwagi na to, że odnoszą się one do innego postępowania przetargowego toczącego się kilka miesięcy wcześniej. Należy wskazać, że oświadczenie Odwołującego o tożsamości przedmiotu zamówienia nie zostało poparte żadnym dowodem, chociażby SIWZ z tego postępowania. Ponadto, Odwołujący nie zaprzeczył pewnym zmianom dokonanych przez Zamawiającego w SIWZ obowiązującym w obecnym postępowaniu przetargowym. Dodatkowo, Izba nie może uznać, że przez 4 miesiące nie zmieniły się uwarunkowania rynkowo-biznesowe u Przystępującego oraz analiza potrzeb Zamawiającego, które wpłynęły na złożenie odmiennej cenowo oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Przystępujący, jak i Odwołujący mieli prawo dostosować swoje oferty asortymentowo-cenowo w granicach dopuszczonych przez SIWZ z uwzględnieniem zasad wolnego rynku.

Oдноśnie kwestii terminu ważności zakwestionowanych odczynników nie było to przedmiotem sporu i zostało przyznane przez Zamawiającego, jak i Przystępującego, z tych względów konieczność dowodzenia nie istnienia na rynku – odczynników z terminem ważności na etykiecie, czy też na pokładzie - 36 miesięcznym jest bezprzedmiotowe (dowód: Informacja dotycząca odczynników biochemicznych Przystępującego w zakresie terminu ich ważności, jak i zdjęcie etykiety z terminem ważności etanolu).

Izba wskazuje, że Odwołujący swoją argumentację oparł na wyjaśnieniach SIWZ udzielonych przez Zamawiającego, w szczególności z dnia 02.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ-FZ- 51/750/2010) – odpowiedź na pytanie 2, dotyczących materiału kontrolnego, jednakże biorąc pod uwagę tak zakres zarzutu, jak i literalne ich brzmienie, na które wielokrotnie powoływał się podczas rozprawy Odwołujący, nie została wykazana przez niego, konieczność odniesienia tych wyjaśnień do obu odczynników i ich wiążący charakter w tym zakresie. Izba nie dopuściła ponadto, przedłożonego przez Odwołującego wyciągu z metodyki kalibracji urządzenia oferowanego przez Przystępującego (ADVIA 1800), gdyż został przedłożony dla potrzeb argumentacji dotyczącej materiału kalibracyjnego, co nie było objęte zarzutem dotyczącym etanolu i mikroalbuminy.

Odnosząc się do kwestii niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych w pkt 2a biorąc pod uwagę numerację przyjętą przez Odwołującego w odwołaniu, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił w odróżnieniu od Przystępującego, jak i Zamawiającego zasadność swoich twierdzeń. Dowód w postaci zestawienia materiału kontrolnego (poz. 54, 55, 56 – biochemia – tabela 2) zaoferowanego w postępowaniu majowym, jak i aktualnie prowadzonym, Izba uznała za niewystarczający. W tym zakresie Izba przywołuje argumentację odnośnie zestawienia złożonego przez Odwołującego w ramach wcześniej omawianej kwestii. Izba uznała, że biorąc pod uwagę str. 54 oferty Przystępującego i zawarte tam informacje, ilość materiału kontrolnego jest wystarczającą dla potrzeb Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, tzn. nie przedstawił żadnego dowodu, że wielkość próbek jest inna od wykazywanej na str. 54 oferty Przystępującego. Oświadczenie z rozprawy oparte na wywiadzie laboratoryjnym Izba uznała za niemiarodajne i niepotwierdzone, żadnym pisemnym oświadczeniem podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła niniejsze uwzględniając także wiążący charakter wyjaśnień SIWZ, w szczególności z dnia 02.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ-FZ- 51/750/2010) – odpowiedź na pytanie 2, dotyczących materiału kontrolnego, o czym wypowie się w dalszej części uzasadnienia.

Odnosząc się do kwestii niedoszacowania ilości materiałów kontrolnych, tj. w pkt od 2b do 2 f biorąc pod uwagę numerację przyjętą przez Odwołującego w odwołaniu, Izba uznała po szczegółowej analizie SIWZ, wzoru umowy i wyjaśnień do SIWZ udzielonych przez Zamawiającego, zasadność podnoszonych zarzutów. Dokonane ustalenia potwierdzają m.in. w oparciu o wskazywane wyjaśnienia do SIWZ, w szczególności z dnia 02.09.2010 r. (pismo Nr: WSZ-FZ- 51/750/2010) – odpowiedź na pytanie 2, przywołane na rozprawie przez Odwołującego, że częstotliwość kontroli wymagała skalkulowania w zakwestionowanych pozycjach. Jednakże Izba jest związana zakresem zarzutu, dlatego odnosiła się tylko do kilku zakwestionowanych pozycji, nie jest jej rolą analiza wszystkich pozycji oferty Przystępującego. Ma to o tyle znaczenie, że zarzut nie potwierdził się we

wszystkich kwestionowanych pozycjach, nie można więc wykluczyć, że nie byłoby podobnie w ewentualnych innych pozycjach.

Względem zaś, samych zakwestionowanych pozycji, Izba stwierdza, że uwzględniła zarzuty, a w konsekwencji samo odwołanie albowiem Przystępujący, ani Zamawiający nie przedłożyli żadnego przeciwdowodu względem argumentacji i dowodom Odwołującego. Przystępujący nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, nie przedłożył żadnego dowodu, że wielkość próbek jest inna od wskazywanej w odwołaniu. Odnośnie materiału kontrolnego z pkt 2 f biorąc pod uwagę numerację przyjęta przez Odwołującego w odwołaniu, także nie kwestionował wyciągu z własnych materiałów (prokalcytonina /procalcitonina/), powoływał się jedynie na inne postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia do SIWZ.

Zamawiający podkreślił sukcesywny charakter dostaw dokonywanych na podstawie zleceń jednostkowych oraz wymagane ilości badań w okresie 3 letnim i szacunkowy charakter zamawianego asortymentu. Jednakże, abstrahował od faktu, że oferty złożone muszą mieć charakter porównywanym, a przytoczone postanowienia SIWZ należy uwzględnić biorąc pod uwagę wskazane przez niego w SIWZ częstotliwości kontroli. W ocenie Izby sukcesywny, a nie jednorazowy charakter dostawy, co jest częstym zjawiskiem u Zamawiających mających ograniczone zaplecze magazynowe lub jego całkowity brak, tudzież rozproszony charakter placówek, nie stoi w sprzeczności z częstotliwością kontroli określonej przez Zamawiającego. Wynika z nich bowiem, nie ciągły charakter dostaw, ale dokonywanych kontroli.

Izba zastrzega, że oparła się na postanowieniach SIWZ, które jak sam wskazał Zamawiający, uważa - za pozbawione sprzeczności i logiczne. Należy zauważyć, że argumentacja Zamawiającego z rozprawy stanowiła przejaw ewentualnych intencji Zamawiającego, które nie zawierały się w SIWZ, w tym zakresie rozstrzygające są wyjaśnienia do SIWZ i to nie tylko przywołane przez Odwołującego, ale inne, które wskazują na pewną konsekwencję udzielanych odpowiedzi (wyjaśnienia do SIWZ z dnia 02.09.2010 r.: pismo Nr: WSZ- FZ-51/747/2010 - odp. na pytanie 4 i 5; pismo Nr: WSZ- FZ-51/748/2010 – odp. na pytanie 1; pismo Nr: WSZ- FZ-51/749/2010 - odp. na pytanie 6; pismo Nr: WSZ- FZ- 51/750/2010 – odp. na pytanie 2 i 3; pismo Nr: WSZ- FZ-51/751/2010 – odp. na pytanie 2 i 4, tudzież wyjaśnienia do SIWZ z dnia 07.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ-FZ- 51/754/2010 – odp. na pytanie 2). W tym zakresie, odpowiedź wskazana przez Zamawiającego i Przystępującego niewiele wnosi (wyjaśnienia do SIWZ z dnia 02.09.2010 r. - pismo Nr: WSZ- FZ-51/749/2010 - odpowiedzi na pytanie 5). Zamawiający podnosił, że tylko w gazometrii zawarł zapis odnoszący się do materiałów producenta (załącznik nr 6 c – uwaga 2 i 4), Izba nie przeczy temu, ale Odwołujący ma prawo dowodzić trafności swoich twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Zamawiający i Przystępujący mogą wywodzić

przeciwnie, ale muszą czyniąc to obalić twierdzenia Odwołującego, czego nie uczynili w zakresie – wielkości próbek producenta.

Argumentacja Przystępującego odnośnie rozcieńczalników – ze str. 8 oferty poz. 73 – 83 – tabeli 1 – Immunochemia oraz dowód z rozprawy wyciąg z instrukcji aparatu ADVIA 1800 dotyczący opcji rozcieńczeń nie obala twierdzeń Odwołującego.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie jednocześnie wskazując, że Zamawiający ma możliwość skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w ramach powtórzonej czynności badania i oceny złożonych ofert, pod warunkiem, że wielkość dokonanych korekt w pozycjach uwzględnionych przez Izbę, nie spowoduje zmiany pozycji Odwołującego i Przystępującego, a oferta Przystępującego zawiera ceny jednostkowe pozwalające na dokonanie stosownych wyliczeń wskazanych przez Odwołującego, z uwzględnieniem wielkości próbki wskazanej przez producenta. Izba nie wydała wyroku oddalającego odwołanie uznając, że ostateczną decyzję w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp leży w gestii Zamawiającego i nie będzie w tym zakresie nakazywać czegokolwiek.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 oraz art. 7 ust.3 Pzp, Izba uznała, że mimo częściowego potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, nie uwzględni odwołania w zakresie tych zarzutów.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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).). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....