

Sygn. akt: KIO 2449/10

**WYROK**  
**z dnia 23 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w dniu 09 listopada 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „**Pro-Medica**” w **Ełku Sp. z o.o., ul. Baranki 24, 19-300 Ełk**

przy udziale wykonawcy **Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa i nakazuje**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz „**Pro-Medica**” w **Ełku Sp. z o.o., ul. Baranki 24, 19-300 Ełk** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu 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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2449/10**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 193.000 EURO na dostawę odczynników koagulologicznych wraz z dzierżawą analizatora przez okres 24 miesięcy - nr sprawy 5037/2010, zostało wszczęte przez „Pro-Medica” w Ełku Sp. z o.o., ul. Baranki 24, 19-300 Ełk zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych 285075-2010 w dniu 13.10.2010 r.

W dniu 04.11.2010 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 odrzuceniu oferty: Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zwanego dalej: „Siemens” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp wskazując, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanego dalej: „SIWZ”, tzn. jest niedoszacowana w ilości opakowań AT III. W ofercie są 4 opakowania na 24 m-ce, a powinno być 7 opakowań oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy: Comesa Polska Sp. z o.o., ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa zwanej dalej: „Comesa Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”.

W dniu 09.11.2010 r. (wpływ emailem do Prezesa KIO za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego) na podstawie art. 182 ust. 1 Pzp, Siemens wniósł odwołanie na w/w czynności, tj.: 1) czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z powodu rzekomego nie odpowiadania treści oferty Odwołującego treści SIWZ; 2) czynności wadliwego wyboru oferty firmy Comesa Polska Sp. z o.o. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.11.2010 r. (faxem). Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3, jak i art. 91 ust. 1 poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji podjęcie wadliwych decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji braku podstaw faktycznych do podjęcia takich decyzji. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W jego ocenie decyzja o odrzuceniu jego oferty nie zawiera w swojej treści jakiegokolwiek uzasadnienia. Powyższy zarzut jest całkowicie niezasadny mając na uwadze dokumentację postępowania z następujących przyczyn:

Zamawiający w SIWZ określił szacowaną ilość oznaczeń przez okres 24 miesięcy (w poz. 5 „*pierwszej – tabeli*” na str. 2 SIWZ – nazwa badania AT II – ilość oznaczeń 200). Jednocześnie w projekcie umowy odczynnikowej zał. nr 2 do SIWZ w § 5 określił warunek: „*Sprzedający gwarantuje, iż wszystkie odczynniki, kalibratory i kontrole muszą posiadać długie terminy ważności gwarantujące optymalne wykorzystanie zamawianych produktów - minimum 12 miesięcy od momentu zamówienia*”. Zamawiający określił również w zakresie kalkulowania ilości asortymentu podał w Rozdz. II: „*Opis przedmiotu zamówienia*” – „*druga – tabela*” na str. 2 SIWZ: „*Zestawienie parametrów technicznych ocenianego analizatora*”.

Poz. 11 - Do przetargu należy doliczyć ilość odczynnika na kalibracje i kontrole. Kontrole: PT, APTT 1x dziennie N lub P, D-dimery 1x dziennie L lub H; Poz. 23 - Odczynniki do oznaczania czasu protrombinowego w oparciu o rekombinowaną tromboplastynę (ISI ok.1). Trwałość odczynnika po rekonstytucji 10 dni w aparacie; Poz. 24 - Odczynnik do oznaczania APTT - ciekły, trwałość na pokładzie co najmniej 5 dni; Poz. 25 - Odczynnik do D-dimerów- do oznaczeń ilościowych, w oparciu o przeciwciała monoklonalne: trwałość co najmniej 4 tygodnie w temperaturze lodówki. Odczynnik posiada certyfikat FOA poświadczający jego wiarygodność do wykluczania choroby zatorowo-zakrzepowej (zarówno zatoru płucnego jak i zakrzepicy żył głębokich).

Z powyższych zapisów SIWZ wynikało, iż badanie AT III, jako badanie stanowiące ułamkową ilość wszystkich badań określonych przez Zamawiającego, będzie wykonywane w sposób nieregularny, a Zamawiający skoro nie umieścił wymogu stabilności odczynnika na pokładzie w warunkach SIWZ, będzie opierał się na minimalnym terminie ważności odczynnika określonym w § 5 projektu umowy odczynnikowej.

Odwołujący, jak wskazał, zadał również szereg pytań do Zamawiającego w piśmie z dnia 18.10.2010 r., z którego jedno dotyczyło również sposobu kalkulowania oferty cenowej w zakresie odczynników i kontroli. „*W celu poprawnego skonstruowania oferty cenowej prosimy o podanie częstotliwości wykonywania oznaczeń kontrolnych dla wszystkich wymaganych testów*”. Zamawiający w piśmie z dnia 18.10.2010 r. udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 2: „*Ad.2 PT, APTT 1 x dz. N lub P D-dimer 1 x dz. L lub H AT III-1 poziom z każdym badaniem*”. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi w sposób jednoznaczny i bezsporny określił, że badania PT, APTT, D-dimer badania kontrolne 1 x dziennie poziom Normalny i Patologiczny, badania D-dimer 1 x dziennie poziom Niski lub Wysoki, badanie AT III-1 poziom z każdym badaniem. Jak wynikało również z udzielonej odpowiedzi tylko podstawowe badania, czyli PT, APTT, D-dimer Zamawiający będzie kontrolował codziennie, natomiast w zakresie badania AT III kontrola będzie wykonywana z każdym wykonywanym badaniem, co również utwierdziło Odwołującego w przyjętym sposobie kalkulowania oferty.

Podkreślił, że dla Odwołującego tak określone przez Zamawiającego zasady wyczerpania w dokumentacji postępowania zarówno kontroli, jak i odczynników do AT III nie

budziły najmniejszych wątpliwości (należało uwzględnić ilość odczynnika dla 200 badań AT III oraz dla wykonania 200 kontroli). Odwołujący zaoferował 4 opakowania do Antytrombiny (AT III), w łącznej ilości 544 oznaczeń, z których Zamawiający będzie mógł wykonać wymaganą ilość badań. Zaoferowana ilość jest wystarczająca, a nawet przewyższa ilość badań określoną przez Zamawiającego w SIWZ. W związku z powyższym, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazał, iż odrzucając ofertę złożoną przez Odwołującego bez możliwości złożenia Odwołującemu wyjaśnień, dotyczących wątpliwości, co do treści oferty odwołującego (sposobu kalkulowania oferty) Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. W świetle tego przepisu Zamawiający powinien wyjaśnić wątpliwości w zakresie treści naszej oferty, jednak tego nie uczynił, jedynie wezwał nas do dostanie ulotek dotyczących oferowanych odczynników, jednakże w wezwaniu nie przedstawił żadnych wątpliwości, co do treści naszej oferty. Zaniechanie tej czynności miało również wpływ na niewłaściwą ocenę oferty odwołującego, a co za tym idzie jej odrzucenie.

W świetle braku uzasadnienia zarzutu ze strony Zamawiającego dotyczącego odrzucenia naszej oferty w treści pisma z dnia 04.11.2010 r., gdyby hipotetycznie przyjąć, że w trakcie oceny oferty, podstawy istniały, Zamawiający mógł dokonać korekty oferty z 4 op. na 7 op. odczynnika ATM III na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mając na uwadze treść oferty. Ewentualna korekta wprowadzona przez Zamawiającego w dalszym ciągu nie zmieniłaby pozycji oferty Odwołującego, która nadal byłaby ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryterium oceny ofert (100% - cena). Korekta w cenie wskazana przez Zamawiającego wynosiłaby 668,25 zł netto + 7% VAT = 715,03 zł brutto.

Wybór oferty Przystępującego naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert (100% cena) zawarty i w SIWZ. Powyższy wybór łamie również zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp).

Zamawiający w dniu 10.11.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.11.20010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comesa Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odwołujący w swojej ofercie (Formularz asortymentowo-cenowy, str. 3 oferty, pkt 3) uwzględnił jedynie 4 opakowania odczynnika do antytrombiny Innovance Antithrombin OPFH03, z których każdy składa się z 4 niezależnych części (obejmujących: odczynnik, bufor i substrat). Każda z tych części, zgodnie z ulotką

producenta, po pierwszym otwarciu jest stabilna i może być wykorzystana przez 4 tygodnie (przy przechowywaniu w lodówce; ulotka nie przewiduje możliwości mrożenia). Z powyższego wynika, że zaoferowana ilość zestawów do antytrombiny nie wystarczy na pokrycie pełnego trwania umowy 24 miesiące, czyli 104 tygodnie (wystarczy jedynie na 64 tygodni /4 opak. x 4 części x 4 tygodnie).

Określenie termin ważności (stabilności, przydatności do użycia) odczynników może dotyczyć nieotwartego odczynnika - taki termin jest podany na opakowaniu (etykiecie produktu) lub odczynnika otwartego, tzw. roboczego, z którego wykonuje się badania. Termin ważności odczynnika roboczego (po pierwszym otwarciu) jest zazwyczaj znacząco krótszy niż termin ważności nieotwartego odczynnika podany na opakowaniu.

Jest oczywistym, że Zamawiający chciał, aby Wykonawca zapewnił odczynniki zapewniające możliwość wykonywania badań (a więc stabilność odczynników roboczych) w całym czasie trwania umowy, a nie tylko w niektórych jej okresach. Treść SIWZ i wyjaśnienia Zamawiającego nie pozwalają na przyjęcie tezy Odwołującego, że badania AT III będą wykonywane w sposób nieregularny.

Chociaż parametr antytrombina, rzeczywiście, tak jak podkreśla Odwołujący, wykonywany jest przez Zamawiającego w niewielkich ilościach, nie znaczy to jednak, że może on być w którymkolwiek dniu trwania umowy niedostępny. Powszechnie bowiem wiadomo, że oznaczenie antytrombiny jest ważne dla wyjaśnienia problemu niewłaściwej odpowiedzi układu krzepnięcia pacjenta na leczenie heparyną, a także w diagnostyce szeregu stanów chorobowych (np. DIC, zatorowości, wrodzone i nabyte niedobory antytrombiny). Oznaczenie to należy do zakresu podstawowych oznaczeń koagulologicznych w szpitalach prowadzących działalność leczniczą 24 h na dobę. Wykonuje się je każdorazowo po otrzymaniu zlecenia, a nie gromadzi się próbek w celu wykonywania okresowo serii takich oznaczeń i lepszego wykorzystania odczynników.

Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 1 ust. Pzp. Przytacza wyroki KIO z dnia 26 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 305/10 oraz wyrok KIO z dnia 22.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1782/09. Zamawiający w trakcie oceny oferty Siemens nie mógł poprawić oferty Siemens w zakresie liczby opakowań AT III na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Siemens twierdzi, że jego oferta jest prawidłowa i że nie ma w niej żadnej omyłki. Ponadto, w ocenie Przystępującego ewentualna korekta oferty Siemens w tym zakresie stanowiłaby istotną zmianę w treści oferty.

Przystępujący podnosił także, że oferta Siemens wykazuje również inne niezgodności z SIWZ. Po pierwsze, w ofercie Siemens w formularzu cenowym skalkulowano tylko 12 czynszów dzierżawnych za analizator podczas, gdy zgodnie z Rozdz. I pkt. 2 SIWZ i § 5 załączonego do SIWZ projektu umowy (załącznik nr 1) czas trwania umowy to 24 miesiące i stosownie do tego czynsz dzierżawny powinien być płacony co miesiąc, do 30 każdego

miesiąca, przez kolejne 24 miesiące.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania dotyczące SIWZ (pismo z dnia 18.10.2010 r.), ofertą Przystępującego, wezwaniem z dnia 25.10.2010 r. przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp skierowanym do Odwołującego, wyjaśnieniami z dnia 25.10.2010 r. Odwołującego dotyczącymi jego oferty wraz z załącznikami, pismem z dnia 03.11.2010 r. skierowanym do Odwołującego przez Zamawiającego informującego o działaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zawiadomieniem z dnia 04.11.2010 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Przystępującego, odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzią na odwołanie złożoną na rozprawie przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron przez 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.

Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter.

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 postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ (pismo z dnia 18.10.2010 r.), oferty Przystępującego, wezwania z dnia 25.10.2010 r. przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Odwoływającego, wyjaśnień z dnia 25.10.2010 r. Odwoływającego dotyczącymi jego oferty wraz z załącznikami, pisma z dnia 03.11.2010 r. skierowanego do Odwoływającego przez Zamawiającego informującego o działaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zawiadomienia z dnia 04.11.2010 r. o odrzuceniu oferty Odwoływającego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Przystępującego, odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty Odwoływającego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji podjęcie wadliwych decyzji o odrzuceniu oferty Odwoływającego, w sytuacji braku podstaw faktycznych do podjęcia takich decyzji, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu: Zamawiający w SIWZ określił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników koagulologicznych wraz z dzierżawą analizatora przez okres 24 miesiące. Wskazał także szacowaną ilość oznaczeń przez okres 24 miesięcy – m. in. w poz. 5 „*pierwszej – tabeli*” na str. 2 SIWZ - Rozdz. II: „*Opis przedmiotu zamówienia*” – nazwa badania AT III – ilość oznaczeń 200. Zamawiający określił również w tym samym rozdziale: „*Zestawienie parametrów technicznych ocenianego analizatora*”. M.in. poz. 11 zestawienia - Do przetargu należy doliczyć ilość odczynnika na kalibrację i kontrole. Kontrole: PT, APTT 1x dziennie N lub P, D-dimery 1x dziennie L lub H; poz. 23 zestawienia - Odczynniki do oznaczania czasu protrombinowego w oparciu o rekombinowaną tromboplastynę (ISI ok.1). Trwałość odczynnika po rekonstytucji 10 dni w aparacie; poz. 24 zestawienia - Odczynnik do oznaczania APTT - ciekły, trwałość na pokładzie co najmniej 5 dni; poz. 25 zestawienia - Odczynnik do D-dimerów - do oznaczeń ilościowych, w oparciu o przeciwciała monoklonalne: trwałość co najmniej 4 tygodnie w temperaturze lodówki. Odczynnik posiada certyfikat FOA poświadczający jego wiarygodność do wykluczania choroby zatorowo-zakrzepowej (zarówno zatoru płucnego jak i zakrzepicy żył głębokich). W projekcie umowy odczynnikowej zał. nr 2 do SIWZ w § 5 Zamawiający wskazał, że: „*Sprzedający gwarantuje, iż wszystkie odczynniki, kalibratory i kontrole muszą posiadać długie terminy ważności gwarantujące optymalne*



*wykorzystanie zamawianych produktów - minimum 12 miesięcy od momentu zamówienia".*

Zamawiający w piśmie z dnia 18.10.2010 r. udzielił odpowiedzi na następujące pytanie: 1. Czy Zamawiający w „szacunkowej ilości oznaczeń przez 24 miesiące” uwzględnił także, dla wszystkich parametrów, oznaczenia kontrolne?

2. W celu poprawnego skonstruowania oferty cenowej prosimy o podanie częstotliwości wykonywania oznaczeń kontrolnych dla wszystkich wymaganych testów.

3. Czy Zamawiający dopuści odczynnik do PT, o stabilności na pokładzie wynoszącej 96 godzin? Konfekcjonowanie proponowanego odczynnika w odniesieniu do szacunkowej liczby oznaczeń, zapewnia racjonalne zużycie, bez strat odczynnikowych.

4. Czy Zamawiający dopuści odczynnik do APTT gotowy do użytku, o stabilności na pokładzie wynoszącej 96 godzin? Konfekcjonowanie proponowanego odczynnika, w odniesieniu do szacunkowej liczby oznaczeń, zapewnia racjonalne zużycie, bez strat odczynnikowych.

5. Czy Zamawiający dopuści odczynnik do fibrynogenu bez możliwości zamrażania? Kalkulacja uwzględniać będzie stabilność odczynnika na pokładzie analizatora i skonstruowana będzie w taki sposób, żeby Zamawiający nie ponosił żadnych dodatkowych kosztów?

6. Czy Zamawiający dopuści odczynnik do D-Dimerów, posiadający certyfikat FDA poświadczający wiarygodność testu do wykluczenia zatorowości płucnej (PE) oraz jako pomocy do diagnozowania żyłnej choroby zakrzepowo-zatorowej (VTE) [zakrzepicy żył głębokich (DVT) lub zatorowości płucnej (PE)]. Metoda oznaczania D-Dimerów jest metodą immunoturbidymetryczną, wystandaryzowana jest w jednostkach FEU (wg złotego standardu testu met. ELISA Vidas) z wartością odcinającą dla wykluczenia ZP i ZŻG na poziomie 0,5 mg/l FEU (0,5 µg/ml FEU, 500 µg/l FEU lub 500 µg/ml FEU). Odczynnik jest trwały w temperaturze lodówki 4 tygodnie.

7. Czy zamawiający dopuści materiał kontrolny dla PT, Fib i ATIII o stabilności na pokładzie analizatora mniejszej niż 24h, ale z potwierdzoną przez producenta możliwością zamrażania osocza kontrolnego?

Wskazał: „Ad.1 Należy doliczyć oznaczenia kontrolne. Ad.2 PT, APTT 1 x dz. N lub P D-dimer 1 x dz. L lub H AT III-1 poziom z każdym badaniem. Ad 3. Dopuszcza. Ad 4. Dopuszcza. Ad 5. Dopuszcza. Ad 6. Dopuszcza. Ad. 7. Dopuszcza”.

Odwołujący w formularzu asortymentowo-cenowym (str. 3 oferty, pkt 3) uwzględnił 4 opakowania odczynnika do antytrombiny Innovance Antithrombin, Nr katalogowy: OPFH03, 200 oznaczeń (szacunkowa ilość oznaczeń na 24 miesiące), 136 testów z opakowania, cena jednostkowa netto: 171, 60 zł, wartość netto: 891,00 zł, VAT%: 7%, wartość brutto 953,37 zł.

W ramach wyjaśnień z dnia 25.10.2010 r. Odwołującego dotyczącymi jego oferty wraz z załącznikami będących odpowiedzią na wezwanie z dnia 25.10.2010 r. przez

Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp, przedłożył ulotki odczynników zawierające terminy ważności odczynników i sposób ich konfekcjonowania (dotyczy PT, APTT, Fibrynogenu, AT III, D-dmerów). Oświadczył, że zawierają one informacje dotyczące konfekcjonowania, jak i terminy trwałości po rekonstrukcji, zaś terminy ważności odczynników znajdują się na opakowaniach i wynoszą min. 6 miesięcy. Załączył m. in. ulotkę Innovance Antithrombin ze wskazaniem terminu stabilności po pierwszym otwarciu (4 tygodnie).

Pismem z dnia 03.11.2010 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp poprawił w ofercie Odwołującego wyliczenie dzierżawy analizatora z 12 na 24 miesiące.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba potwierdziła, że dwa pierwsze pytania w ramach których Zamawiający odpowiedział 18.10.2010 r. dotyczyły kwestii częstotliwości badań kontrolnych, a nie częstotliwości oznaczeń parametrów. Z kolei pytanie 3, 4, 5, 6 i 7 dotyczyły kwestii stabilności odczynnika, czy też materiału kontrolnego, ale na pokładzie analizatora. Nie można równać częstotliwości badań kontrolnych z częstotliwością oznaczeń parametrów. W ocenie Izby, Odwołujący wyciągnął zbyt pochopne wnioski. Inną kwestią jest, że nie zadał pytania odnośnie częstotliwości oznaczeń parametrów. W konsekwencji Izba nie uznała argumentacji z odwołania oraz wyjaśnień Odwołującego z rozprawy za wiarygodne.

P drugie, w ocenie Izby Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ, że: „ (...) wszystkie odczynniki, kalibratory i kontrole muszą posiadać długie terminy ważności gwarantujące optymalne wykorzystanie zamawianych produktów - minimum 12 miesięcy od momentu zamówienia”. W żadnym wypadku nie można uznać, że powyższego zapisu - o długich terminach ważności gwarantujących optymalne wykorzystanie - nie należało odnieść również do kwestii trwałości odczynnika po otwarciu, czy też przed otwarciem. W tym kontekście, oświadczenie złożone w ramach wyjaśnień z dnia 25.10.2010 r. – odnośnie min. 6 miesięcznego terminu ważności odczynników (przed otwarciem) - z całą pewnością nie stanowiło działania zgodnego w przywołanym powyżej postanowieniem SIWZ. Należy wskazać, że oświadczenie z rozprawy o *de facto* 18 miesięcznym terminie ważności oferowanych odczynników dodatkowo w kontekście postanowienia § 5 projektu umowy, czyni działanie Odwołującego i składane przez niego oświadczenia niezrozumiałymi.

Po trzecie, Izba uznała, że Odwołujący doskonale wiedział o: „szacunkowej ilości oznaczeń przez 24 miesiące”, czyli konieczności skalkulowania oferty na okres 24 miesięcy. Biorąc także pod uwagę czasookres dzierżawy analizatora, jak i wole optymalnego wykorzystania przedmiotu dostawy przez Zamawiającego, na którą wskazywał też Odwołujący w pytaniach z dnia 18.10.2010 r. należy nie zgodzić się z argumentacją, że

oznaczenia AT III będą wykonywane w sposób nieregularny. W rezultacie Izba uznała zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z powodów wskazanych w uzasadnieniu.

Oдноśnie kwestii naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, tj. odrzucenia ofertę Odwołującego bez możliwości złożenia Odwołującemu wyjaśnień, dotyczących wątpliwości, co do treści jego oferty (sposobu kalkulowania oferty), Izba uznała że niniejszy zarzut winien być oddalony. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko i argumentacje Zamawiającego oraz Przystępującego uznając je za własne.

Względem zarzutu zaniechania dokonania przez Zamawiającego korekty oferty Odwołującego z 4 op. na 7 op. odczynnika AT III na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony. Z całokształtu okoliczności wynika, że stwierdzona wada w ofercie Odwołującego nie stanowi omyłki, lecz stanowi przejaw jego celowego działania. W konsekwencji niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie da się poprawić. Odwołujący świadomie i celowo wpisał w swojej ofercie - 4 op., a nie 7 op. odczynnika AT III, tj. ilość niezgodną z wymaganą biorąc pod uwagę 24 miesięczny czasookres trwania umowy, co potwierdził również na rozprawie. Izba wskazuje także na komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *„można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”* (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118.). Izba wyjaśnia również, że mimo znajdowania się ceny jednostkowej w formularzu ofertowym oraz braku wpływu ewentualnej korekty na pozycje oferty, nie mogła uznać konieczności jej dokonania albowiem ani z całokształtu oferty, jak i żadnego ogólnego, czy też szczegółowego oświadczenia złożonego w ofercie nie wynika zamiar oferowania odczynnika AT III w ilości wystarczającej na okres 24 miesięcy. Nie może stanowić takiej podstawy tytuł oferty, czy też oświadczenie ze strony 7 oferty.

Oдноśnie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Izba uznała, że z uwagi na nie potwierdzenie się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust.1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie uwzględni odwołania w zakresie tych zarzutów.

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

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. 3 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 Zamawiającego 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:**

.....