

Sygn. akt: KIO 2410/13

WYROK

z dnia 29 października 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2013r. przez **wykonawcę:** Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29 B; 02-737 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ ul. Piotra Skargi 9-11; 70-935 Szczecin

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ ul. Piotra Skargi 9-11; 70-935 Szczecin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29 B; 02-737 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ ul. Piotra Skargi 9-11; 70-935 Szczecin na rzecz Centrum Diabetologii Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 29 B; 02-737 Warszawa kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie

Przewodniczący:

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

W dniu 11 października 2013r. złożone zostało odwołanie, w którym odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie jego oferty.

Odwołujący uzasadniając interes do wniesienia odwołania wskazał, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo i gdyby zamawiający jej nie odrzucił to byłaby oferta wybrana.

W odwołaniu wskazano na naruszanie szeregu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz.907) zwanej dalej „ustawą”.

Wśród naruszeń ustawy wskazano następujące artykuły: art.29 ust.1 poprzez jego niezastosowanie w związku z odrzuceniem oferty odwołującego, która to oferta odpowiadała przedmiotowi zamówienia jasno i jednoznacznie opisanemu w SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia), art.89 ust.1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty odwołującego, której treść odpowiadała treści SIWZ; art.89 ust.1 pkt 2 oraz art.82 ust.3 poprzez uznanie, że treść oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdańskie 6 B; 01-531 Warszawa (Roche Dianostics) jest zgodna z treścią SIWZ i nie podlega odrzuceniu; art.91 ust.1 poprzez rozstrzygnięcie postępowania z zastosowaniem kryterium nie opisanego w SIWZ; art.7 ust.1 i 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to jest przez nie odrzucenie oferty wykonawcy Roche Diagnostics mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejszą w myśl obowiązujących SIWZ, zaniechania udzielenia zamówienia odwołującemu, którego oferta odpowiada słusznie rozumianemu interesowi publicznemu.

W związku z podniesionymi zarzutami naruszenia przepisów ustawy odwołujący zażądał: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty złożonej przez wykonawcę Profarm PS Sp. z o.o. ul. Słoneczna 96; 05-500 Stara Iwiczna (Profarm); unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, odrzucenia oferty firmy Roche jako nie odpowiadającej treści SIWZ, powtórzenia czynności badania i oceny ofert; równego traktowania wszystkich wykonawców składających oferty, dokonania wyboru oferty odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Przedmiotem sporu co do oferty odwołującego było odrzucenie oferty z powodu zaoferowania przedmiotu zamówienia nie odpowiadającego wszystkim parametrom opisanym i oczekiwanym przez zamawiającego. Przedmiotem zamówienia są paski do badania poziomu glikemii wraz z kompatybilnymi glukometrami, których jednym z parametrów był szeroki zakres temperatury przechowywania min.4-min.40 stopni C.

Według odwołującego składając ofertę a następnie wyjaśniając ofertę na podstawie wezwania zamawiającego, odwołujący wykazał w pełnym zakresie zgodność treści oferty z wymogiem SIWZ.

Co do oferty Roche to odwołujący podniósł, że paski i glukometry zaoferowane przez tę firmę nie spełniają następujących kryteriów: paski zawierają enzym GDH-PQQ - inny od wymaganego przez zamawiającego enzym oksydazy glukozy GOD; paski nie są automatycznie kodowane, lecz wymagają niedopuszczonego przez zamawiającego klucza kodującego. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych i załączonych do odwołania.

Pismem z dnia 22 października 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nich zawarte.

Zamawiający uważa, że odwołujący wiedząc, że nie spełnia parametrów temperatury celowo w ofercie nie złożył wymaganych dokumentów a co zresztą potwierdził w wyjaśnieniach na wezwanie zamawiającego. Bowiem w wyjaśnieniach stwierdził, że producent rekomenduje przechowywanie testów w temperaturze 2-32 stopnie Celsjusza. Co do zarzutów skierowanych pod adresem firmy Roche Diagnostics to zamawiający stwierdził, że oferta ta zajmuje w rankingu ofert trzecią pozycję biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert to jest cenę i nie miałaby ona wpływu na wynik postępowania przetargowego. Również zamawiający nie naruszył art.29 ust.1 ustawy, ponieważ jak sam odwołujący przyznaje przedmiot zamówienia opisano w sposób jednoznaczny co do zakresu wymaganej temperatury(od 4 do 40 stopni C).

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2013r. opublikowanego pod numerem 2013/S 139 - 240970 o numerze nadanym przez zamawiającego: DZP 35/16/2013.

Zamówieniu prowadzonemu w trybie przetargu nieograniczonego nadano nazwę: dostawa materiałów opatrunkowych oraz sprzętu medycznego jednorazowego użytku dla zamawiającego.

Izba w toku przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów wskazanych przez strony dokonała następujących ustaleń.

Przedmiotowe odwołanie dotyczy zadania oznaczonego nr 40 to jest na dostawę pasków do badania poziomu glikemii wraz z kompatybilnymi glukometrami – 1 pozycja asortymentowa.

Zamawiający w SIWZ w rozdz. IX pn. Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, inne dokumenty w postępowaniu w akapicie o tytule: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w dwóch punktach to jest pkt-ach 10 i 11: 10) podpisane oświadczenie, że oferowane produkty posiadają aktualne świadectwa rejestracyjne (załącznik nr 3); 11) wszystkie posiadane materiały w języku polskim dotyczące oferowanych produktów – ulotki, karty katalogowe, wraz z charakterystyką, opisem, potwierdzające parametry określone przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach.

Z kolei w rozdziale XIV SIWZ pn. Opis sposobu przygotowania ofert znajdują się następujące postanowienia (punkty od 1 do 16): pkt 4) Do formularza dołączyć wszystkie dokumenty, załączniki i oświadczenia wymienione w rozdziale IX niniejszej SIWZ.

Pkt 5) Zaleca się złożenie oferty i załączników do oferty w następującej kolejności (lit. od a) do l):

c) formularz ofertowy wykonawcy; d) oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu aktualnych dokumentów rejestracyjnych oferowanych produktów (załącznik nr 3); l) dokumenty dotyczące oferowanych produktów- ulotki, karty katalogowe itp.

Na podstawie załączników do SIWZ Izba ustaliła.

Załącznik nr 3 do SIWZ o nazwie „Oświadczenie Wykonawcy” następującej treści: „Wykonawca oświadcza: Oferowane przez nas produkty spełniają wymogi określonych norm oraz posiadają wszystkie niezbędne dokumenty potwierdzające dopuszczenie oferowanych produktów do użytku szpitalnego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Oferowane przez nas produkty są oznakowane znakiem CE wg ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych. Zobowiązujemy się udostępnić powyższe dokumenty na każde wezwanie Zamawiającego.”

Załącznik nr 1 do SIWZ pn. Formularz ofertowy obejmuje 52 zadania.

Przedmiotem sporu objęte jest zadanie nr 40 pn. paski do badania poziomu glikemii wraz z kompatybilnymi glukometrami, w którego zamieszczonym opisie znajduje się między innymi parametr o treści: „Zakres przechowywania pasków min4 –min 40 stopni C”.

Na podstawie oferty odwołującego znajdującej się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanych z potwierdzeniem za zgodność z oryginałem przez zamawiającego, stanowiące akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła.

W ofercie znajduje się Załącznik nr 1 do SIWZ wypełniony przez odwołującego i podpisany zgodny w swej treści z formularzem tego załącznika. Z treści tego załącznika wynika między innymi, że odwołujący w zakresie zadania 40 oferuje paski do badania poziomu glikemii wraz z kompatybilnymi glukometrami za kwotę brutto 30.780,00 ; nazwa handlowa/ nr katalogowy Gmate; producent Philosys z zapisem oczekiwanych parametrów w tym w zakresie wymaganej temperatury przechowywania (min4 –min.40stopniC.). Znajduje się również oświadczenie według treści załącznika nr 3 do SIWZ. Zgodnie z tym oświadczeniem odwołujący zapewnia, że oferowany produkt spełnia wymogi określonych norm, posiada wszystkie niezbędne dokumenty potwierdzające dopuszczenie oferowanych produktów do użytku szpitalnego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zapewnia, że oferowane produkty są oznakowane znakiem CE wg ustawy o wyrobach medycznych. Zawarte jest również zobowiązanie do udostępnienia dokumentów na każde wezwanie zamawiającego.

W części dotyczącej dokumentów oferowanych produktów- ulotki, karty katalogowe itp. znajdują się: oświadczenie o składaniu oferty na paski testowe – Gmate koreańskiej firmy Philosys. Oświadczenie to zawiera porównawcze zestawienie parametrów w stosunku do aktualnie używanych przez zamawiającego glukometrów systemu iXell. W piśmie tym zawarta jest informacja o załączeniu oświadczenia producenta dotycząca możliwości przechowywania pasków w temp. do 40 st. C. Zawarte oświadczenie z dnia 16 maja 2013r. z nadrukiem producenta Philosys w języku angielskim. Według tłumaczenia odwołującego zamieszczonego na tym oświadczeniu znajduje się następująca w oryginale treść: Oświadczenie dotyczące temperatury przechowywania. Temperatura przechowywania pomiędzy 2-40 st. C nie ma wpływu na jakość testów paskowych GmateTM służących do pomiaru stężenia glukozy we krwi. Osoba składająca oświadczenie: Byeong Ku Kim stanowisko; kierownik ds. jakości.

Izba przeprowadziła również dowody z dokumentów wskazanych przez zamawiającego to jest: pisma z dnia 29.07.2013r. Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych L.dz. UR.DOL.070.194.2013.AC; notatki służbowej sporządzonej przez specjalistę farmacji aptecznej Zamawiającego na okoliczność dokonanych ustaleń w zakresie spełnienia wymogów SIWZ systemu Gmate oferowanego przez odwołującego, karty katalogowej systemu Gmate to jest paski testowe do badania

glukozy we krwi (strona pierwsza), porównania podpisu na oświadczeniu producenta załączonego do oferty z podpisem na załączniku do odwołania.

Z treści pisma Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych L.dz. UR.DOL.070.194.2013.AC z dnia 29.07.2013r. wynika, że jedynie Charakterystyka Produktu Leczniczego (ChPL), zatwierdzona przez Prezesa Urzędu Rejestracji jest źródłem informacji dotyczącej prawidłowego przechowywania produktu leczniczego. Wszelkie zmiany w ChPL powinny być wprowadzone przez Podmiot Odpowiedzialny w procedurze zmian po rejestracyjnych a ChPL powinna być zgodna z aktualnym stanem wiedzy. Urząd stwierdza, że wątpliwość budzi fakt podawania przez podmioty odpowiedzialne informacji niezgodnych z ChPL.

Z kolei z przedłożonej pierwszej strony karty katalogowej wynika, że Gmate to jest paski testowe do badania glukozy we krwi - przechowywać paski testowe w fiolce w chłodnym i suchym miejscu o temperaturze pomiędzy 2 stop. C i 32 stop. C. Ta sama informacja co do temperatury przechowywania wynika z opakowania Gmate paski testowe do badania glukozy we krwi.

Z notatki służbowej wynika, że w dokumentach do rejestracji wyrobu medycznego nie podano temperatur przechowywania („Nadmieniam, że do pisma nie dołączono ani kopii powiadomienia ani certyfikatów zgodności zawierających informację o zakresie temperatur przechowywania wyrobu medycznego”). Natomiast temperatury te są podane w ulotkach informacyjnych o wyrobie jak i na opakowaniu wyrobu. W związku z tym uważa się, że oświadczenie producenta zostało wystawione na użytek przedmiotowego postępowania prowadzonego przez zamawiającego i jest w sprzeczności z materiałami informacyjnymi o wyrobie producenta.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego zakwestionował prawdziwość oświadczenia producenta załączonego do oferty z którego wynika, że wyrób może być przechowywany w temp. min. 2 i min. 40 stopni Celsjusza, ponieważ podpisy na dokumencie załączonym z kolei do odwołania różnią się pomimo, że dotyczą tej samej treści oświadczenia.

Celem wyjaśnienia postawionego zarzutu na rozprawie przez zamawiającego Izba z urzędu przeprowadziła dowód z przesłuchania w charakterze strony przedstawiciela zarządu spółki odwołującego z treści którego wynika (...)"Izba postanawia przesłuchać stawającego członka zarządu Pana Jerzego Grzesiaka w charakterze strony co do prawdziwości złożonych oświadczeń i w tym miejscu poucza go o odpowiedzialności karnej pozbawiania wolności do lat 3 w przypadku zeznania nieprawdy lub zatajenia prawdy w związku ze złożonym dokumentem mającym służyć za dowód w postępowaniu tj art. 233 § 1 Kpk.

W tym miejscu pan Jerzy Grzesiak jako członek zarządu odwołującego składa oświadczenie do protokołu w związku z zauważaniem przez pełnomocnika zamawiającego, iż podpisy na oświadczeniu w ofercie i zał. nr 4 do odwołania różnią się co świadczy o braku

wiarygodności dokumentu, wyjaśnia że oryginał, który okazał na rozprawie z którego Izba sporządziła dokument za zgodność z oryginałem został załączony do oferty, a odwołujący otrzymał ten dokument pocztą kurierską, a dokument załączony do odwołania jako zał. nr 4 jest to wersja w PDF, która została przesłana emailem do odwołującego”(...).

Izba na podstawie pisma zamawiającego z dnia 17.09.2013r. do odwołującego ustaliła. Pismem tym zamawiający w oparciu o art.26 ust.4 ustawy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści dokumentu załączonego do oferty. Stwierdził zamawiający w piśmie tym (...)”Istnieją rozbieżności dotyczące temperatury przechowywania pasków do badania poziomu glikemii. Prosimy o wyjaśnienie zaistniałych rozbieżności. Wiążące są informacje, które podane zostały przy zgłoszeniu wyrobu medycznego do rejestru wyrobów medycznych.”(...).

Odwołujący udzielając odpowiedzi pismem z dnia 17.09.2013r. stwierdził: 1.Testy paskowe Gmate (...)”Zamawiający może przechowywać w zakresie temperatur:2-40st.C.”(...) 2.,,Informujemy, iż w dniu 14.03.2013r. dokonaliśmy ”powiadomienia” Prezesa Urzędu o wprowadzeniu do obrotu pasków testowych Gmate zgodnie z art.58 pkt 3 Ustawy o Wyrobach Medycznych (kopię powiadomienia załączamy do pisma). W tego typu dokumentach nie podaje się szczegółowych informacji dotyczących temperatury przechowywania wyrobów medycznych.3.Producent testów Gmate – firma Philosys Co Ltd. rekomenduje ich przechowywanie w zakresie temp.2-32 st. C.”(...)”Gdyby jednak Zamawiający zamierzał przechowywać testy w temp. 40 st. C.- to na podstawie oświadczenia producenta może to zrobić bez utraty gwarancji ich jakości”.(...).

W dniu 02.10.2013r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty odwołującego. Z treści pisma wynika, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, ponieważ zamawiający wymagał pasków do badania poziomu glikemii z zakresem przechowywania pasków min 4 –min 40 stopni C. (...)”Wykonawca dołączył do oferty dokumenty, w których zaistniała rozbieżność dotycząca temperatury przechowywania. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił sprzeczności pomiędzy złożonymi dokumentami. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę ww Wykonawcy w tym pakiecie.”

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ określił zakres wymaganych dokumentów przez wskazanie, że do oferty należy załączyć ulotki, karty katalogowe producenta oferowanego wyrobu medycznego (paski testowe na badanie poziomu cukru we krwi), które potwierdzają parametry wymagane przez zamawiającego w SIWZ.

Przedmiotem sporu jest czy oferowany wyrób medyczny można przechowywać w temperaturze do 40 stopni Celsjusza.

W ocenie zamawiającego oferowany wyrób medyczny można przechowywać w temperaturze do 32 st. C, a nie jak oczekuje zamawiający w temperaturze do 40 st. Celsjusza.

Natomiast według twierdzeń odwołującego wyrób medyczny oferowany przez niego to jest Gmate producenta południowokoreańskiego Philosys Co. Ltd. można przechowywać w temperaturze do 40 st. Celsjusza.

Na podstawie opisanych powyżej ustaleń Izba stwierdza, że odwołujący w sposób skuteczny pod względem sformułowanych wymagań SIWZ zapewnił zamawiającego o spełnieniu warunku przechowywania pasków testowych w temperaturze do 40 st. Celsjusza. Powyższe uczynił składając ofertę i załączając do niej oświadczenie przedstawiciela producenta, w którym jednoznacznie stwierdza się o parametrach przechowywania wyrobu w temp. od 2 st.C. do 40 st.C. (w SIWZ postawiono wymóg min.4 st.C. – min 40 st.C.).

Z formalnego względu oświadczenie to nie podlega zastrzeżeniom, ponieważ zamawiający precyzując formę wykazania spełnienia parametrów w SIWZ zawarł otwarty katalog tych dokumentów precyzując powyższe w pkt 11 rozdz. IX. (pkt 11) „wszystkie posiadane materiały w języku polskim dotyczące oferowanych produktów – ulotki, karty katalogowe, wraz z charakterystyką, opisem, potwierdzające parametry określone przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach”). Tak sformułowany zapis w SIWZ w ocenie Izby dopuszcza jako materiał potwierdzający parametry określone w SIWZ – oświadczenie przedstawiciela producenta. Takie oświadczenie zostało złożone do oferty z potwierdzeniem tłumaczenia na język polski przez odwołującego, a na rozprawie zostało przedłożone w wersji oryginalnej. W oświadczeniu stwierdza się o zakresie przechowywania od 2 do 40 stopni Celsjusza („temperatura przechowania w zakresie od 2 do 40 stopni Celsjusza nie ma wpływu na jakość pasków testowych Gmate.”)

Co do kwestionowania przez zamawiającego prawdziwości oświadczenia w trakcie rozprawy w związku z różnymi podpisami (parafami) co do kształtu na dokumencie załączonym do oferty i na dokumencie załączonym jako zał. nr 4 do odwołania związku z ich identyczną treścią to Izba dała wiarę oświadczeniu złożonym na rozprawie przez członka zarządu przesłuchiwanego w charakterze strony, którego pouczone o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Z oświadczenia członka zarządu odwołującego wynika, że tej

samej treści dokument raz odwołujący otrzymał na etapie składania ofert pocztą kurierską a drugi raz załączając do odwołania otrzymał podpisane oświadczenie producenta drogą mailową. W związku z tym Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienie, że tej samej treści dokument może mieć różne do co kształtu podpisy (parafa).

Natomiast co do rozbieżności między informacjami w kartach katalogowych wyrobu a oświadczeniem producenta to w ocenie Izby oświadczenie producenta wystawione w dniu 16.05.2013r. jest miarodajne. Okoliczność, że w obiegu rynkowym funkcjonuje karta katalogowa, które nie jest złożona do przetargu nie niweczy ważności oświadczenia przedstawiciela producenta, które złożone jest w ofercie przetargowej i zawiera inne treści niż karta katalogowa (32 st.C a 40 st.C.) Tym bardziej, że odwołujący został wezwany w trybie art.26 ust.4 ustawy do złożenia wyjaśnień w związku z zaistniałymi rozbieżnościami z przywołaniem przez zamawiającego, że ważne są dokumenty i zawarte w nich informacje o wyrobie medycznym składane do rejestracji wyrobu w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W ocenie Izby odwołujący w sposób jednoznaczny składając wyjaśnienie pismem z dnia 17.09.2013r. oświadczył, że dotrzyma parametru do 40 st. C. (Testy paskowe Gmate zamawiający może przechowywać w zakresie temperatur: 2-40 st.C.) i takie wyjaśnienie dla zamawiającego jest wiążące. Natomiast składając to wyjaśnienie w piśmie z dnia 17.09.2013r. oświadczył również, że podawane temperatury przechowywania pasków testowych do 32 st.C są rekomendacją dla użytkowników.

Ze złożonego wyjaśnienia wynika więc, że informacja na wyrobie czy ulotkach nie wyklucza możliwości ich przechowywania do temperatury 40 st.C. Z kolei w zakresie wezwania zamawiającego co obowiązku powołania się na dokumenty i zawarte w nich informacje służące do rejestracji wyrobu to odwołujący wyjaśnił, że tego rodzaju parametr nie był podawany przy zgłoszeniu wyrobu do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

W związku z powyższym Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do wątpliwości co do oświadczenia się co do wymaganego parametru maksymalnej temperatury przechowywania pasków do badania poziomu cukru we krwi oferowanych przez odwołującego.

Zamawiający powinien oceniać spełnienie stawianego wymogu SIWZ według treści oferty to jest załączonego do niej oświadczenia przedstawiciela producenta.

Natomiast w związku z powziętymi wątpliwościami wyczerpując procedurę art. 26 ust.4 ustawy zamawiający otrzymał wyjaśnienie, że wyrób medyczny oferowany ma faktycznie ulotki producenta, z których wynika rekomendacja przechowywania wyrobu w temperaturze do 32 s. Celsjusza. Niemniej w przypadku zaistnienia takiej rozbieżności zamawiający powinien oceniać ważność oferty o dokumenty zgromadzone w ofercie oraz jak w tym

przypadku o otrzymane wyjaśnienia z dnia 17.09.2013 roku. W wyjaśnieniach odwołujący gwarantuje przechowywanie wyrobu w temperaturze do 40 st. C pomimo, że istnieją rekomendacje producenta przechowywania pasków testowych w temperaturze do 32 st. Celsjusza.

W związku z powyższym rekomendację przechowywania w temp. do 32 st. C (ulotki producenta) należy rozumieć jako zalecenie oczekiwane przez producenta co nie wyklucza możliwości przechowywania wyrobu w temperaturze do 40 st.C w związku ze złożonym w dniu 16 maja 2013r. oświadczeniem przedstawiciela producenta, załączonym do oferty odwołującego.

Oceniając przedłożone przez zamawiającego na rozprawie pismo z dnia 29.07.2013r. Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych to stwierdza się w nim, że taka praktyka producentów budzi wątpliwości („(...)Wszelkie zmiany w Charakterystyce Produktu Leczniczego powinny być wprowadzane przez Podmiot Odpowiedzialny w procedurze zmian po rejestracyjnych a ChPL powinna być zgodna z aktualnym stanem wiedzy(...), oraz, że kwestie poruszone zostaną przekazane do wiadomości Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Powyższe pismo nie daje podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Reasumując powyższe ustalenia w sprawie, nie dają one podstaw do odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ z uwagi na oświadczenie przedstawiciela producenta o dotrzymaniu parametrów pomimo znajdowania się w obiegu rynkowym czy w Internecie informacji o granicznej temperaturze poniżej parametru określonego w SIWZ.

Zamawiający odrzucając ofertę nie udowodnił, że oświadczenie złożone do oferty jest nieprawdziwe to jest, że sporny wyrób medyczny nie może być przechowywany w temperaturze do 40 st. Celsjusza. Natomiast w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 02.10.2013r. stwierdził, że „Wykonawca dołączył do oferty dokumenty, w których zaistniała rozbieżność dotycząca temperatury przechowywania. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadnił sprzeczności pomiędzy złożonymi dokumentami” a co według ustaleń Izby, w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie, nie miało miejsca.

W związku z powyższym zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie miał podstaw do stwierdzenia sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ to jest odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Co do zarzutu podniesionego do produktu Roche Diagnostics jako nie spełniającego wymogi SIWZ to zamawiający nie potwierdził stawianego zarzutu a odwołujący jego nie udowodnił. Przy czym zasadnie zamawiający odnosząc się do postawionego zarzutu stwierdził, że z uwagi na to, że oferta Roche zajmuje ostatnie miejsce w rankingu ofert to nawet potwierdzenie zarzutu nie miałoby wpływu na wynik postępowania.

Z kolei odwołujący nie postawił zarzutów do oferty wybranej zajmującej drugą pozycję w zakresie zaoferowanej ceny będącej jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Oferta złożona przez odwołującego ma najkorzystniejszą cenowo propozycję, w związku z tym stwierdzony brak podstaw do odrzucenia jego oferty decyduje o uwzględnieniu odwołania w myśl art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: