

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Werfen Polska Sp. z o.o. – lider konsorcjum, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, FABIMEX B i W W..... Sp.j., ul. Cedrowa 16, 04-565 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7; 80-952 Gdańsk**,

przy udziale **Euroimmun Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7; 80-952 Gdańsk** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Werfen Polska Sp. z o.o. – lider konsorcjum, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, FABIMEX B i W W..... Sp.j., ul. Cedrowa 16, 04-565 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego, ul. Dębinki 7; 80-952 Gdańsk** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Werfen Polska Sp. z o.o. – lider konsorcjum, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, FABIMEX B i W W..... Sp.j., ul. Cedrowa 16, 04-565 Warszawa**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7; 80-952 Gdańsk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę odczynników dla Laboratorium Immunologii Klinicznej, Transplantacyjnej i Hematologii wraz z dzierżawą analizatora dla UCK” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 29 listopada 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 9 grudnia 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Werfen Polska Sp. z o.o. – lider konsorcjum, ul. Wolińska 4, 03-699 Warszawa, FABIMEX B i W W..... Sp. j., ul. Cedrowa 16, 04-565 Warszawa (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) dokonania wyboru oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej oceny oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Euroimmun Polska Sp. z o.o., jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.;

- 3) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż 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 swoimi czynnościami i zaniechaniami sprecyzowanych w odwołaniu przepisów ustawy, oferta odwołującego zostałaby wybrana, jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający, dnia 10 grudnia 2013 roku, przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 12 grudnia 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Euroimmun Polska Sp. z o.o.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego oraz przystępującego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący podał, iż treść oferty Euroimmun jest niezgodna z treścią s.i.w.z. Niezgodność oferty Euroimmun dotyczy następujących parametrów granicznych wymaganych przez zamawiającego.

1. Odczynniki do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko kardiolipinie.

W pkt 16, 17 i 18 Załącznika nr 6 do s.i.w.z. (Formularz asortymentowo-cenowy), zamawiający wymagał w zakresie opłaszczenia dołków odczynników do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko kardiolipinie w klasach IgA, IgM, IgG natywnej wołowej, oczyszczonej kardiolipiny + B2-glikoproteiny.

Euroimmun zaoferował testy o numerach kat. EA 1621-9601 A, EA 1621-9601 M, EA 1621-9601 G, w których jako substancja opłaszczająca dołki użyta jest natywna wołowa kardiolipina.

Niezgodność treści oferty Euroimmun z treścią s.i.w.z. polega na tym, że zaoferowane przez Euroimmun odczynniki nie zawierają dodatku B2-glikoproteiny, jako czynnika opłaszczającego dołki. Czynnikiem takim w teście zaoferowanym przez Euroimmun jest wyłącznie natywna wołowa kardiolipina. Powyższe wynika jednoznacznie z materiałów przedstawionych przez Euroimmun. W instrukcji używania sporządzonej przez producenta, B2-glikoproteina nie jest wymieniona jako substancja stosowana do opłaszczania dołków mikro płytki. Wymieniona jest wyłącznie natywna wołowa kardiolipina. Zgodnie z pkt 8.7 załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 roku w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro* (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1127) instrukcja używania wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* musi obowiązkowo zawierać:

- 1) dane określone w ust. 8.4, z wyłączeniem pkt 4 i 5 (w szczególności nazwę lub nazwę handlową wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* oraz nazwę i adres wytwórcy;

- 2) informacje niezbędne użytkownikowi do jednoznacznej identyfikacji wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* i zawartości opakowania);
- 3) skład produktu odczynnikowego określony przez rodzaj i ilość lub stężenie substancji aktywnego składnika lub aktywnych składników odczynnika, odczynników lub zestawu, jak również, jeżeli dotyczy, stwierdzenie, że wyrób medyczny do diagnostyki *in vitro* zawiera inne składniki, które mogą wpłynąć na pomiar.

Brak wskazania w instrukcji B2-glikoproteiny, jako substancji użytej do opłaszczenia dołków, bezwzględnie potwierdza nieobecność tej substancji w wymaganym zakresie. Podmiot używający testu musi posiadać wiedzę, co do obecności substancji w teście. Również z tego względu nie jest możliwe, żeby substancja ta występowała w oferowanym teście. Okoliczność taką potwierdza również fakt obecności tej substancji w buforze płuczącym (wynika to z instrukcji używania testu).

W ramach prowadzonego postępowania zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności oferty złożonej przez Euroimmun z treścią s.i.w.z. i wezwał Euroimmun do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi, Euroimmun przedstawiła oświadczenie z dnia 5 listopada 2013 r. podpisane przez dr n. med. G..... O..... (Product Managera Euroimmun Medizinische Labordiagnostika AG), w którym wskazano, że w testach produkowanych przez tę spółkę, B2-glikoproteina występuje w buforze do próbek, jako kofaktor dla rozpoznawania antygeny. Należy zauważyć, że z powyższego oświadczenia nie wynika, że w testach zaoferowanych przez Euroimmun, B2-glikoproteina jest wymaganym przez zamawiającego czynnikiem opłaszczającym dołki. Zamawiający zawarł parametr graniczny w postaci opłaszczenia dołków w oddzielnej rubryce załącznika nr 6 do s.i.w.z., wskazującego parametry graniczne. Oznacza to, że parametr ten jest szczególnie istotny dla zamawiającego, zatem wszelkie odstępstwa w tym zakresie należy uznać za niedopuszczalne, a w konsekwencji niezgodne z treścią s.i.w.z. Fakt, że w odczynniku zaoferowanym przez Euroimmun B2-glikoproteina występuje w buforze do rozcieńczania próbek, nie świadczy o spełnieniu przez odczynnik wymagań wskazanych w s.i.w.z. Jedynie bowiem taki odczynnik, którego dołki opłaszczone są kombinacją oczyszczonej, natywnej kardiolipiny wołowej oraz B2-glikoproteiny spełnia wymagania s.i.w.z.

## 2. Odczynniki do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko dsDNA.

W pkt 21 Załącznika nr 6 do s.i.w.z. (Formularz asortymentowo-cenowy), zamawiający wymagał, w zakresie opłaszczenia dołków odczynników do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko dsDNA wysokooczyszczonego genomowego dsDNA.

Euroimmun zaoferował do opłaszczania dołków wyżej wskazanych odczynników wysokooczyszczony genomowy dsDNA w kompleksie z nukleosomami.

Niezgodność treści oferty Euroimmun z treścią s.i.w.z. polega na tym, że zamawiający wymagał do opłaszczania dołków konkretnej substancji (tj. wysokooczyszczzonego genomowego dsDNA), natomiast Euroimmun do opłaszczania dołków zaoferował mieszaninę substancji (tj. wysokooczyszczony genomowy dsDNA + nukleosomy). Powyższa rozbieżność ma daleko idące znaczenie w zakresie wyników testów. Mianowicie, użycie do opłaszczenia dołków dodatkowej substancji (nukleosomów) istotnie modyfikuje wyniki testów przeprowadzanych z użyciem odczynników do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko dsDNA. W związku z tym, wyniki testów, do których użyto odczynników z dołkami opuszczonymi wysokooczyszczonym genomowym dsDNA w kompleksie z nukleosomami są inne niż wyniki testów, do których użyto odczynników z dołkami opuszczonymi jedynie wysokooczyszczonym genomowym dsDNA.

Należy podkreślić, że parametr graniczny w postaci opłaszczenia dołków odczynników został zawarty w oddzielnej rubryce tabeli, stąd zamawiający przypisywał mu szczególne znaczenie. W zakresie odczynników do oznaczania obecności przeciwciał przeciwko dsDNA, zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga opłaszczenia dołków wyłącznie wysokooczyszczonym genomowym dsDNA. W toku wyjaśnień do s.i.w.z., zamawiający nie dopuścił w tym zakresie żadnych zmian. W związku z tym, mieszanina substancji zaoferowana przez Euroimmun do opłaszczenia dołków nie spełnia wymagań s.i.w.z.

### 3. Analizator immunologiczno-enzymatyczny - pojemniki na bufory płuczące

W pkt 19 ppkt 1 Załącznika nr 7 do s.i.w.z. (Analizator immunologiczno-enzymatyczny), zamawiający wymagał zaoferowania systemu obsługującego w ramach programowania przemywania minimum 4 pojemniki na bufory płuczające.

Euroimmun zaoferował analizator zawierający 3 pojemniki 2 litrowe na bufory płuczające i 1 litrowy pojemnik służący do mycia głowicy przy użyciu wody destylowanej.

Niezgodność treści oferty Euroimmun z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polega na tym, że zaoferowany przez Euroimmun analizator jest przystosowany do jednoczesnego załadowania oraz obsługiwanego maksymalnie 3 butli z buforami płuczającymi. Natomiast 1 litrowy pojemnik musi być stale wypełniony wodą destylowaną (która nie jest buforem płuczającym) i służy wyłącznie do mycia głowicy. Wyraźnie należy podkreślić różnicę pomiędzy funkcją „płuczającą” bufora a „myciem” elementu urządzenia. Bufor płuczający ma za zadanie wypłukanie odpowiednich substancji z testu, stąd też jego skład jest wyraźnie ukierunkowany na odpowiednie działanie i do tego celu niezbędne są specjalnie dedykowane pojemniki do dozowania buforu płuczającego. Mycie elementu urządzenia i pojemnik, na wymaganą instrukcją obsługi analizatora, wodę destylowaną do mycia, ma całkowicie odmienną funkcję i absolutnie nie może być utożsamiany z pojemnikiem na bufor płuczający. Co więcej, pojemniki te w żadnym razie nie mogą być wymiennie stosowane.

1 litrowy pojemnik nie może być wypełniony buforem płuczącym, stąd nie można go zakwalifikować jako pojemnik na bufor płuczący zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w s.i.w.z.

#### 4. Analizator immunologiczno-enzymatyczny - obsługa serwisowa

W pkt 45 Załącznika nr 7 do s.i.w.z. (Analizator immunologiczno-enzymatyczny), zamawiający wymagał obsługi serwisowej świadczonej przez podmiot, z siedzibą na terenie Polski, posiadający aktualną autoryzację producenta analizatora na świadczenie serwisu. Zgodnie z § 7 projektu umowy dzierżawy nr 139/DZP/PN-DAM/2013 stanowiącej załącznik nr 4 do s.i.w.z., wykonawca wskaże podmiot gospodarczy, który w okresie trwania umowy będzie uprawniony do świadczenia usług gwarancyjnych oraz serwisowych (autoryzowany serwis producenta urządzeń).

Euroimmun dołączył do oferty oświadczenie, zgodnie z którym obsługę serwisową oferowanego w dzierżawę urządzenia będzie świadczyło Euroimmun Polska Sp. z o.o. oraz przedstawił listę autoryzowanych serwisantów - 3 pracowników Euroimmun. Oświadczenie przedstawione przez Euroimmun podpisane jest przez Euroimmun Polska, a nie przez producenta, tak jak wymagał tego zamawiający. Podpis i poświadczenie producenta znajduje się pod listą pracowników Euroimmun Polska Sp. z o.o. Jednoznacznie oznacza to, iż autoryzację do serwisowania urządzenia posiadają wyłącznie pracownicy, a nie Spółka Euroimmun Polska. Uzyskanie autoryzacji producenta w zakresie prowadzenia serwisu autoryzowanego jest procesem wieloetapowym i obejmuje nie tylko czynności podejmowane przez inżynierów, ale również całokształt czynności biurowo-administracyjnych, logistycznych oraz odpowiedzialność za podejmowane działania wynikającą ze stosownych przepisów prawa polskiego. Niezgodność treści oferty Euroimmun z treścią s.i.w.z. polega na tym, że Euroimmun nie wskazał podmiotu gospodarczego (zgodnie § 7 projektu umowy dzierżawy nr 139/DZP/PN-DAM/2013 stanowiącej załącznik nr 4 do s.i.w.z.) posiadającego aktualną autoryzację producenta analizatora na świadczenie serwisu, lecz jedynie 3 pracowników Euroimmun. Z przedstawionego stanu faktycznego wynika zatem, iż brak jest pewności, iż ewentualny serwis w okresie objętym umową będzie serwisem autoryzowanym zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W przypadku wypowiedzenia lub rozwiązania stosunku pracy przez pracowników Euroimmun, wykonawca ten nie będzie mógł zapewnić autoryzowanego serwisu urządzenia. Istnieje zatem wyraźna rozbieżność pomiędzy oświadczeniem złożonym przez Euroimmun Polska a autoryzacją producenta w zakresie podmiotu, który ma świadczyć autoryzowany serwis.

W następstwie swoich działań zamawiający, zdaniem odwołującego naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.



Zdaniem zamawiającego ocena oferty przystępującego, dokonana na etapie oceny ofert nie pozostawiała wątpliwości, iż oferta złożona przez przystępującego zgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, iż dysponuje aparatami i odczynnikami, które stanowią przedmiot oferty przystępującego już od 2010 roku i tym samym nie miał wątpliwości, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem poczynionym w specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu czwartego zamawiający podniósł, że nie jest zasadne łączenie przez odwołującego wymagań, które odnoszą się do analizatora z wymaganiami innymi wskazanymi w projekcie umowy. Zwrócił uwagę, że przystępujący wskazał podmioty, które będą świadczyć serwis i posiadają autoryzacje. Są to trzy osoby, trzy odrębne podmioty (str. 35-37 oferty przystępującego).

Odnosząc się do zarzutu trzeciego zamawiający wskazał, że według własnego doświadczenia wie, że woda destylowana służy również jako bufor płuczący. Jest możliwość modyfikacji oferowanego przez przystępującego analizatora w taki sposób, aby przyłączyć pojemnik (1 litrowy) i używać go jako bufora płuczącego. Zamawiający oświadczył, że już raz korzystał z takiej opcji i nie było żadnych problemów w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu drugiego zamawiający podał, że dodatek w postaci czynnika genomowego (nukleosomy) służy jako element mocujący antygen jako opłaszczenie dołka. Wskazuje, że różni producenci używają różnych czynników mocujących. Nie zawsze taka informacja znajduje się w instrukcji używania testów. Nadto dodanie tego elementu pozostaje bez istotnego wpływu na wynik badania.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego zamawiający podał, że została przeprowadzona kontrola zewnątrz-laboratoryjna, która potwierdziła, że ten dodatek na pewno zawiera się w opłaszczonym dołku, gdyż w przypadku jego braku wyniki badań byłyby zgoła odmienne.

Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego wskazał, odnosząc się do zarzutu pierwszego, że aby test mógł być prawidłowo przeprowadzony zawsze do wskazanego opłaszczenia dołków dodawany jest dodatkowy element, który nawet jeśli nie jest wymieniony w instrukcji i tak jest zawsze dodawany i stosowany, gdyż bez tego składnika nie jest możliwe przeprowadzenie prawidłowych testów.

Odnosząc się do zarzutu drugiego przystępujący wskazał, że z wyników testów między laboratoryjnego programu kontroli jakości wynika, że otrzymany wynik za pomocą testu oferowanego przez przystępującego nie odbiega od wyników testów innych producentów w zakresie dsDNA. Zwrócił uwagę, że inni producenci również zawsze muszą w danym teście załączać jakąś substancję wiążącą. Nukleosomy używane przez przystępującego są nowością w tego typu rodzajach testów.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego przystępujący wskazał, że oferowany analizator jest systemem otwartym, w którym czwarty pojemnik może być również przeprogramowany i używany jako bufor płuczający.

Odnosząc się do zarzutu czwartego przystępujący złożył oświadczenia producenta, tj. jedno dotyczące autoryzacji przystępującego wraz z pracownikami oraz drugie dotyczące autoryzacji samego przystępującego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba uznaje argumentację odwołującego, w zakresie zarzutów 1-3, za prawidłową, dodatkowo wskazując na następujące okoliczności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załączniki numer 6 i 7 do s.i.w.z.) jasno i precyzyjnie wskazał jakiego wymaga przedmiotu dostawy i jakie określone parametry dostarczony przedmiot dostawy będzie musiał spełniać, aby wypełnić wymagania zamawiającego. Analogicznie zamawiający określił parametry analizatora, które muszą być spełnione w celu potwierdzenia spełnienia wymagań, jakie oczekuje zamawiający, tj. jakimi parametrami musi legitymować się analizator, aby został osiągnięty zamierzony przez zamawiającego cel.

Przystępujący składając swoją ofertę nie odpowiedział na żądania zamawiającego w sposób prawidłowy. Wskazać należy, że bez znaczenia dla sprawy jest fakt, iż zamawiający pracuje od kilku lat na dostarczanych przez przystępującego testach, jak też wykorzystuje dostarczony przez przystępującego analizator. Liczy się bowiem treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowana przez zamawiającego, której treść wiąże na równi wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania. Zwrócić bowiem uwagę należy na okoliczność, iż ocena ofert dokonana przez zamawiającego wprowadza dyskryminujące i nierówne traktowanie wykonawców, poprzez swobodną, nie popartą żadnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenę, która to ocena doprowadziła *de facto* do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał, na etapie składania ofert, że przedmiot oferty odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosnie pierwszego z zarzutów Izba podziela pogląd prezentowany przez odwołującego, iż oferta przystępującego nie zawiera wymogu bezwzględnego posiadania przez oferowany test dodatku B2-glikoproteiny. Z żadnego dokumentu załączonego do oferty nie wynika bowiem taka okoliczność. Fakt, iż prawdopodobnie test oferowany przez przystępującego zawiera taki dodatek nie wynika z załączonych do oferty dokumentów. Okoliczność powyższa została bezpośrednio potwierdzona przez przystępującego w treści oferty. Co prawda przystępujący w treści tabeli załącznika Nr 6 do s.i.w.z. w pozycjach 16, 17 i 18 podał, że opłaszczenie dołków zawiera dodatek w postaci B2-glikoproteiny, jednakże z treści

załączników przedstawionych do oferty przystępującego (instrukcja używania), jak też z dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie wynika, że oferowane przez przystępującego opłaszczenie dołków nie zawiera dodatku w postaci B2-glikoproteiny.

Tym samym zamawiający oceniając ofertę przystępującego tylko i wyłącznie na podstawie żądanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów nie mógł stwierdzić, że oferowany test zawiera wymagany dodatek. W powyższym względzie zamawiający podjął próbę wyjaśniania powyższej kwestii, jednakże oświadczenie złożone przez pracownika producenta testu nie wyjaśniało w sposób dostateczny powyższej okoliczności. Wskazać bowiem należy, że ocena ofert dokonywana przez zamawiającego musi być dokonywana w sposób maksymalnie obiektywny, tak aby z dokumentacji postępowania w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości można było ustalić, czy przedmiot oferty odpowiada opisowi ze s.i.w.z. czy też temu opisowi nie odpowiada. Doświadczenie zamawiającego w tym względzie ma drugorzędne znaczenie, gdyż obowiązuje treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ta wykluczała swobodną ocenę opartą na dotychczasowej praktyce. Co prawda przystępujący na rozprawie złożył dowód w postaci oświadczenia producenta, w którym osoba podpisująca to oświadczenie potwierdziła, że *w zestawach testowych EUROIMMUN anti-Kardiopilina ELISA (nr kat. EA 1621 - #### #) studzienki opłaszczone są zarówno kardiopiliną, jaki B2-glikoproteiną I* – jednakże okoliczność powyższa nie wynika z instrukcji używania testu, w której zgodnie z obowiązującymi przepisami (załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 roku w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro*), instrukcja używania wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* musi obowiązkowo zawierać, m.in. skład produktu odczynnikowego określony przez rodzaj i ilość lub stężenie substancji aktywnego składnika lub aktywnych składników odczynnika, odczynników lub zestawu, jak również, jeżeli dotyczy, stwierdzenie, że wyrób medyczny do diagnostyki *in vitro* zawiera inne składniki, które mogą wpłynąć na pomiar. Skoro zatem w instrukcji używania nie został wymieniony składnik, który wymagany jest przez zamawiającego treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie sposób dokumentu takiego (instrukcji używania), który stanowi oficjalne źródło informacji na rynku produktów medycznych, zastąpić oświadczeniem osoby występującej w imieniu producenta testu. Czynność taka z mocy prawa nie jest możliwa.

Nadmienić należy, że zamawiający, jako ośrodek o wysokim stopniu specjalizacji, znając rynek zamawianych przez siebie produktów, powinien dołożyć szczególnie należytej staranności przez takie sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która wykluczałaby swobodną ocenę złożonych ofert. Opis przedmiotu zamówienia powinien bowiem zawierać wszelkie dopuszczone przepisami prawa rozwiązania. W przeciwnym wypadku zamawiający narażony jest bowiem (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) na

zarzut nierównego traktowania wykonawców. Nierówność powyższą kwalifikuje bowiem okoliczność sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenie złożonych ofert, której konsekwencją było doprowadzenie przez zamawiającego (w przedmiotowym postępowaniu) do wyboru oferty, której treść nie odpowiadała treści s.i.w.z.

Analogiczną sytuację odnajdujemy w odniesieniu do zarzutu nr 2. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, iż dopuszcza rozwiązanie wariantowe przewidujące możliwość rozbudowania podstawy testu o dodatkowe czynniki. Dodatkowo, podtrzymując wcześniej prezentowaną argumentację wskazać należy, że taka ocena ofert na bieżącym etapie postępowania ograniczać mogła uczciwą konkurencję, gdyż na rynku mogłyby znaleźć się podmioty, które mogłyby zaoferować odczynniki rozbudowane o dodatkowe elementy, których jednak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie dopuścił. Tym samym ocena zamawiającego oferty przystępującego dopuszczająca takie wariantowe rozwiązanie narusza równe traktowanie wykonawców. W powyższym zakresie dziwi również zachowanie przystępującego, który w swojej ofercie handlowej posiada produkt odpowiadający warunkom postawionym przez zamawiającego. Składając swoją ofertę na produkt rozbudowany o dodatkowy antygen, przystępujący uniemożliwił uznanie swojej oferty za zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także i w zakresie powyższego zarzutu wskazać należy, iż zamawiający chcąc dopuścić rozwiązanie oparte o możliwość dostarczenia mieszaniny substancji – powinien taką sytuację dopuścić w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro bowiem takiego fakultatywnego rozwiązania zamawiający nie dopuścił, to nie jest możliwe aby rozwiązanie zaoferowane przez przystępującego uznać można było za prawidłowe i zgodne z treścią s.i.w.z.

Odnosnie zarzutu Nr 3 wskazać należy, że przystępujący nie zaoferował analizatora, który posiada minimum 4 pojemniki na bufory płuczące. Okoliczność powyższa wynika bezpośrednio z treści oferty przystępującego, gdzie z instrukcji obsługi jasno i precyzyjnie wynika, że oferowany analizator posiada jedynie 3 tego rodzaju pojemniki. W powyższym zakresie należy podtrzymać wcześniejszą argumentację, która znajduje swoje zastosowanie również w odniesieniu do tego zarzutu, zwracając jednocześnie uwagę, że jeżeli zamawiający dopuszczał zaoferowanie analizatora z trzema pojemnikami z możliwością rozbudowy (nawet przez stosowne ustawienia w oprogramowaniu) to taki wymóg powinien zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena dokonana przez zamawiającego wprowadzała w błąd potencjalnych wykonawców, przez co zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu Nr 4 Izba stwierdziła, że przystępujący potwierdził wymóg posiadania obsługi serwisowej z pkt 45 załącznika nr 7 poprzez złożenie oświadczenia przez producenta. Bez znaczenia jest bowiem okoliczność podnoszona przez odwołującego, iż

koniecznym było wskazanie podmiotu gospodarczego, gdyż wskazanie personalne osób, które dodatkowo są pracownikami przystępującego w pełnym stopniu spełnia wymogi zamawiającego co do potwierdzenia tego parametru. Dodatkowo okoliczność powyższą potwierdziły oświadczenia producenta złożone na rozprawie przez przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczona jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....