

WYROK

z dnia 8 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2011 r. przez **Roche Diagnostics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr Jana Biziela w Bydgoszczy – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 85-168 Bydgoszcz, ul. Ujejskiego 75**

przy udziale wykonawcy **Siemens spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert z dokonaniem czynności odrzucenia oferty Siemens spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie zadania 1.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr Jana Biziela w Bydgoszczy, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im. dr Jana Biziela w Bydgoszczy**

na rzecz **Roche Diagnostics Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr Jana Biziela w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatury/urządzeń* (nr sprawy NZZ/07/P/11).

16 maja 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał Odwołującemu – Roche Diagnostics Polska spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Siemens spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie.

26 maja 2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz zaniechania odrzucenia oferty Siemens spółki z o.o., zarzucając Zamawiającemu, że czynności te zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenie oferty Siemens.
3. Dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Oferta Siemens jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.”) z następujących przyczyn.

W rozdziale V pkt 5 s.i.w.z. napisano, że: *Przedmiot zamówienia określony został szczegółowo w załączniku nr 1 do SIWZ w rozbiciu na zadania. W załączniku tym (w zakresie zadania 1), wśród wymaganych parametrów granicznych dla odczynników, w pkt. 6 tabeli znalazło się postanowienie, zgodnie z którym: Oferent zapewni udział laboratorium w pełnych cyklach Programu Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych – kontroli międzynarodowej dla wymienionych powyżej oznaczeń. Szczegółową informację na temat proponowanej kontroli Oferent przedstawi w swojej ofercie przetargowej. Informacja ta powinna zawierać następujące dane: nazwa badania, nazwa kontroli międzynarodowej.*

W ofercie Siemens nie ma szczegółowej informacji na temat proponowanej kontroli, zawierającej co najmniej nazwę badania i nazwę kontroli międzynarodowej. Powyższe stanowi o niezgodności treści oferty Siemens z treścią s.i.w.z. i implikuje obowiązek jej

odrzućenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Siemens wypełniając tabelę załącznika nr 1 w ostatniej kolumnie wskazał, że oferuje bezpłatnie Zamawiającemu udział w pełnych cyklach Programu Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych LABQUALITY dla wymienionych badań, w tym dla prokalcytoniny. Taka wzmianka nie może zastępować informacji jakiej wymagał Zamawiający choćby z tego powodu, że nie wynika z niej jaki rodzaj i nazwa materiału kontrolnego przynależy do poszczególnych parametrów.

Jednakże w programie Labquality nie występuje możliwość zewnętrznej kontroli badań prokalcytoniny. Skoro Siemens zaoferował program (Labquality), który nie pozwala na wykonanie prokalcytoniny, to znaczy, że oferta tego wykonawcy nie jest kompletna, a zakres jego świadczenia nie pokrywa całego przedmiotu zamówienia. Skutkiem musi być odrzucenie oferty.

Zamawiający zwrócił na to uwagę prosząc Siemens pismem z dnia 8 kwietnia 2011 r. o wyjaśnienie jaki rodzaj kontroli zapewnia wykonawca dla prokalcytoniny. Dopiero wtedy Siemens zorientował się, że jego oferta pod tym względem jest wybrakowana i w odpowiedzi dokonał zmiany oferty składając brakujący jej element w postaci informacji na temat kontroli międzynarodowej. Jednocześnie dokonał innej zmiany, a mianowicie zastąpił kontrolę prokalcytoniny z Labquality, na program Radox RQ9125a. Z powyższych działań płyną wnioski, iż nastąpiła zmiana treści oferty, zarówno jeśli chodzi o jej uzupełnienie o szczegółowe dane na temat kontroli międzynarodowej, jak i sam rodzaj kontroli w przypadku prokalcytoniny.

Niemniej i ta zmiana (pomimo że sama w sobie niedozwolona) nie doprowadziła treści oferty do stanu zgodności z treścią s.i.w.z. Kontrola Radox RQ9125a dla prokalcytoniny nie jest kontrolą rutynową i oferowaną komercyjnie przez firmę Radox, a jedynie pilotażową i tymczasową akcją marketingową, mającą na celu rozeznanie rynku. Firma Radox nie gwarantuje dostępności kontroli dla prokalcytoniny po zakończeniu programu pilotażowego, a tym samym Zamawiający będzie pozbawiony możliwości kontroli prokalcytoniny przez cały okres trwania umowy tj. 3 lata. Zaoferowanie pilotażowego i tymczasowego produktu bez gwarancji ciągłości dostaw przez okres 3 lat stanowi niespełnienie warunku granicznego pkt. 6. Natomiast z samego faktu dokonania zmiany kontroli wynika przyznanie, że zaoferowana kontrola Labquality była nieodpowiednia dla prokalcytoniny.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

30 maja 2011 r. Siemens spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (w reakcji na

wzewanie Zamawiającego z 27 maja 2011 r.) zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do odmowy temu wykonawcy prawa udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący, natomiast Odwołujący poparł wniesione odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 lutego 2011 r. pod nr 2011/S_22-035521, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.biziel.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego dla wszystkich 13 zadań objętych postępowaniem na kwotę 3.460.336,00 zł co stanowi równowartość 901.363,90 euro.

W postępowaniu na zadanie nr 1 zostały złożone dwie oferty: Przystępującego z najniższą ceną wynoszącą 1.786.328,40 zł i Odwołującego z ceną 1.790.889,11 zł (po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej), przy czym zgodnie z s.i.w.z. cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, Odwołujący złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko najtańszej ofercie Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co liczył.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, pism zawierających kierowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień i odpowiedzi udzielone przez Przystępującego, a także z protokołu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał dokonania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na sprzeczność treści tej oferty z treścią s.i.w.z.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby, podzielającego utrwalony w

doktrynie i orzecznictwie poglądy, zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaofertowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego, konkretyzacji przedmiotu oferty przez podanie np. nazwy, modelu, typu – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności.

Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Odwołujący wykazał, iż z treści oferty Przystępującego wynika zaofertowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

W rozdziale V *Przedmiot zamówienia*, w pkt. 1 Zamawiający określił, iż *przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatury/urządzeń na okres 36 miesięcy w zakresie 13 zadań*. Jednocześnie Zamawiający wskazał, w pkt. 5, iż *przedmiot zamówienia określony został szczegółowo w załączniku nr 1 do SIWZ w rozbiciu na zadania*, a w pkt. 6, iż *wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty wypełniony załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pt. „Przedmiot zamówienia” w odniesieniu do zadania do którego przystępuje*. W załączniku nr 1 dla zadania nr 1 *Dostawa odczynników do oznaczeń immunochemicznych z dzierżawą 2 analizatorów (lub 3 analizatorów, jeżeli będzie to konieczne)*, oprócz tabeli określającej ilość testów na okres 3 lat dla poszczególnych badań immunochemicznych, Zamawiający zamieścił tabelę pn. *Wymagania graniczne dla odczynników*, zawierającą opis 6 wymaganych parametrów granicznych, przy czym dla każdego z nich należało określić jego spełnianie przez wpisanie „tak” lub „nie”, a także w odrębnej rubryce opisać oferowane parametry. W pkt. 6 tabeli Zamawiający zawarł następujący opis: *Oferent zapewni udział laboratorium w pełnych cyklach Programu Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych – kontroli międzynarodowej dla wymienionych powyżej oznaczeń. Szczegółową informację na temat*

proponowanej kontroli Oferent przedstawi w swojej ofercie przetargowej. Informacja ta powinna zawierać następujące dane: nazwa badania, nazwa kontroli międzynarodowej.

W rozdziale III Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w pkt. 3 Zamawiający określił, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do oferty należy załączyć:

3.1. Oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia jest dopuszczony do obrotu i do używania zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679) bądź oświadczenie że oferowany przedmiot zamówienia nie jest klasyfikowany jako wyrób medyczny (dotyczy odczynników i przedmiotu dzierżawy) – oświadczenie wykonawca sporządzi we własnym zakresie.

3.2. Wykonawca jest zobowiązany do załączenia materiałów dotyczących zaoferowanego przedmiotu zamówienia dla:

a) dostaw przedmiotu zamówienia – katalogi producenta lub część wymienionych katalogów lub inne posiadane dokumenty umożliwiające zweryfikowanie zgodności parametrów (oferowanego przedmiotu zamówienia – odczynników),

b) dzierżawy przedmiotu zamówienia - prospekty lub broszury lub wyciągi z instrukcji lub foldery lub zdjęcia lub katalogi lub część katalogów lub inne posiadane dokumenty umożliwiające zweryfikowanie zgodności parametrów (oferowanego przedmiotu dzierżawy).

3.3. Oświadczenie Wykonawcy że w razie wyboru jego oferty zobowiązuje się dostarczyć w terminie 4 dni roboczych licząc od dnia zawarcia umowy dokumenty dopuszczające do obrotu i używania zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych np. deklarację zgodności lub wpis do rejestru Wytwórców i Wyrobów Medycznych (dotyczy odczynników i przedmiotu dzierżawy) oraz także karty charakterystyki substancji niebezpiecznych (dotyczy odczynników). Wymienione dokumenty należy przedłożyć w formie papierowej – 1 egzemplarz.

3.4. Harmonogram przeglądów okresowych dla przedmiotu dzierżawy.

3.5. Informacja na temat kontroli międzynarodowej tam gdzie jest to wymagane.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do s.i.w.z. w § 1 Przedmiot i wartość umowy Zamawiający określił w ust. 1, iż przedmiotem umowy jest: 1) dostawa odczynników laboratoryjnych objętych zadaniem nr.. o parametrach określonych w załączniku nr 1 do SIWZ (przedmiot zamówienia) za cenę brutto (...) określoną w formularzu oferty cenowej oraz szczegółowym formularzu cenowym. 2) dzierżawa aparatury w przypadku przedmiotu umowy objętego zadaniem nr 1/2/3/4/6 lub (...), o parametrach określonych w załączniku nr 1 do SIWZ (przedmiot zamówienia) za cenę brutto (...) określoną w formularzu oferty cenowej oraz szczegółowym formularzu cenowym, 3) instalacja, uruchomienie i przeszkolenie teoretyczne i praktyczne personelu medycznego Zamawiającego w zakresie

określonym w załączniku nr 1 do SIWZ (przedmiot zamówienia) aparatury/czynnika, o której/którym mowa w punkcie 2 niniejszego ustępu, w ramach ceny określonej w punkcie 2 niniejszego ustępu, 4) udział w programie Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych – kontroli międzynarodowej w zakresie określonym w załączniku nr 1 do SIWZ (przedmiot zamówienia) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w punktach poprzedzających. Natomiast w ust. 2 Zamawiający wskazał, iż Formularz oferty, szczegółowy formularz cenowy i załącznik nr 1 do SIWZ 9 przedmiot zamówienia) stanowi integralną część umowy

Przystępujący wpisał „TAK” w złożonym w ofercie wypełnionym załączniku nr 1 dla zadania 1, w pkt. 6 wymagań granicznych odczynników, konkretyzując oferowane parametry w następujący sposób: *Oferujemy Zamawiającemu bezpłatnie, w ramach kontraktu udział w pełnych cyklach Programu Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych – Nazwa kontroli: LABQUALITY dla badań: Troponina I, CK-MB masa, BNP lub NT-proBNP, TSH, FT3, FT4, Anty-TPO, Anty-TG, Witamina B12, Kwas foliowy w surowicy, Ferrytyna, HBs-Ag, HBs-Ab, HBs-test potwierdzenia, HBc-IgM, HCV-Ab, PSA całkowite, AFP, CEA, CA 125, LH, FSH, Prolaktyna, Progesteron, Estradiol, Kortyzol w surowicy, Testosteron, DHEA-S, HCG lub HCG β lub HCG+ β , Intact PTH, Prokalcytonina, Toxo IgM, Toxo IgG.*

Pismem z 8 kwietnia 2011 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty, wskazując, iż *prosi o wyjaśnienie dotyczące zadania nr 1 w kwestii: jaki rodzaj kontroli międzynarodowej zapewnia Wykonawca dla pro kalcytoniny?* W odpowiedzi Przystępujący w piśmie z 11 kwietnia 2011 r. złożył następujące wyjaśnienia: *uprzejmie informujemy, że dla badania immunochemicznego pro kalcytonina, oferujemy kontrole Randox RQ9125a wraz z programem pilotażowym RQ 9142. Zwracamy również uwagę, że w treści naszej oferty, w opisie parametru oferowanego dla pkt. 6 omyłkowo umieściliśmy przy informacji dotyczącej testów kontrolowanych w LabQuality również prokalcytoninę. Oświadczamy, że zgodnie z potwierdzeniem spełnienia parametru granicznego dla odczynników – pkt. 6 zapewniamy udział laboratorium w pełnych cyklach Programu Zewnętrznej Oceny Jakości Badań Laboratoryjnych – kontroli międzynarodowej dla wszystkich oznaczeń wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 1. Jednocześnie w załączeniu przedstawiamy szczegółową informację na temat proponowanej kontroli dla wszystkich oznaczeń immunochemicznych określonych przez Zamawiającego w zadaniu nr 1. Lista uwzględnia nazwę badania immunochemicznego, nazwę i numer proponowanej kontroli międzynarodowej, rodzaj materiału kontrolnego, składniki oraz częstotliwość kontroli. W*

załączonej tabeli w pkt. 31 wpisano w poszczególnych kolumnach: [*Nazwa badania immunochemicznego*] *Prokalcytonina*; [*Numer i nazwa programu kontroli*] *Randox RQ9125a wraz z programem pilotażowym RQ 9142*; [*Rodzaj materiału kontrolnego*] *12 próbek (5ml)*; [*Składniki*] *53 parametry immunochemiczne*; [*Częstotliwość*] *marzec, wrzesień*.

W ocenie składu orzekającego Izby treść postanowień s.i.w.z. obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu wskazuje jednoznacznie na to, iż elementem treści oświadczenia woli każdego wykonawcy składającego ofertę w tym postępowaniu było sprecyzowanie oferowanej kontroli międzynarodowej dla poszczególnych badań przez podanie nazwy tej kontroli przyporządkowanej dla nazw poszczególnych badań. Wynika to z pkt. 6 rozdziału V nakazującego wypełnienie załącznika nr 1 do s.i.w.z., zawierającego, oprócz niepodlegających zmianie elementów opisu przedmiotu zamówienia, także opis wymagań granicznych, dla których należało podać parametry oferowane przez danego wykonawcę. Jednym z takich wymagań granicznych dla odczynników do oznaczeń immunochemicznych w zadaniu 1 było zapewnienie udziału laboratorium Zamawiającego w kontroli międzynarodowej oznaczeń w zakresie wszystkich 33 badań immunochemicznych – zgodnie z pkt. 6 tabeli *Wymagania graniczne dla odczynników*. Zamawiający wymagał nie tylko złożenia ogólnego oświadczenia, że wymóg graniczny jest spełniony (przez wpisanie „tak”), ale również sprecyzowania sposobu jego spełnienia przez podanie szczegółowej informacji na temat proponowanej kontroli. Pomimo użycia określenia „szczegółowa informacja” z następnego zdania wynika jednak, że wystarczające było podanie nazwy kontroli międzynarodowej przyporządkowanej dla nazwy danego badania.

Przystępujący w złożonej ofercie dla wszystkich badań, w tym dla prokalcytoniny, zaoferował udział w kontroli międzynarodowej Labquality. W toku postępowania odwoławczego niesporna między Stronami i Przystępującym była okoliczność, iż program kontroli Labquality nie obejmuje badania prokalcytoniny. Z uwagi na obiektywną niemożliwość wykonania kontroli międzynarodowej prokalcytoniny w ramach kontroli Labquality, złożona oferta Przystępującego była niezgodna z treścią s.i.w.z. w zakresie wymagań granicznych dla odczynników. Wbrew stanowisku Zamawiającego na rozprawie, treść oferty stanowi nie tylko generalne potwierdzenie oferowania kontroli międzynarodowej dla prokalcytoniny, ale także sprecyzowanie jaka to konkretnie kontrola będzie, przez podanie co najmniej jej nazwy – zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wyrażonym w s.i.w.z. Natomiast pomimo ogólnego oświadczenia potwierdzającego oferowanie kontroli międzynarodowej, skonkretyzowanie oferty w zakresie dotyczącym prokalcytoniny wskazuje, iż Przystępujący nie zaoferował wymaganej kontroli dla tego badania immunochemicznego. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie może mieć natomiast znaczenia okoliczność, iż na

etapie badania ofert i w toku postępowania odwoławczego Zamawiający stwierdził, iż istotne i wystarczające jest dla niego samo zapewnienie możliwości udziału w kontroli międzynarodowej, niezależnie od tego jaki konkretnie będzie to program. Stanowisko to byłoby uzasadnione i niepozbawione znaczenia gdyby w postanowieniach s.i.w.z. Zamawiający poprzestał na wymaganiu od wykonawców jedynie generalnego potwierdzenia zapewnienia udziału laboratorium w kontroli międzynarodowej. Z kolei oczywistym jest, że Zamawiający wymagając dodatkowo sprecyzowania nazwy kontroli, pozostawił w tym zakresie dowolność wykonawcom, w innym przypadku nie byłoby miejsca na konkretyzację oświadczenia woli, wystarczyłoby potwierdzenie. Natomiast nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, czy na etapie wykonania zawartej umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w zakresie programu kontroli międzynarodowej (przywoływane postanowienie § 8 ust. 1 lit. e wzoru umowy). Z tych względów dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie wnosi nic istotnego pisemne oświadczenie z 3 czerwca 2011 r. Kierownika Szpitalnego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej wskazujące na powyższe okoliczności.

Zamawiający może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty tylko spośród ofert, których treść jest zgodna z treścią s.i.w.z. Zatem wymaganie skonkretyzowania nazwy kontroli międzynarodowej zobligowało jednocześnie Zamawiającego do zbadania, czy oferowany program kontroli obejmuje swoim zakresem badania immunochemiczne, dla których został wskazany przez danego wykonawcę. W przypadku oferty Przystępującego, dopiero w wyniku wglądu do dokumentacji przez Odwołującego i treści otrzymanej od niego notatki, Zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości wskazania kontroli międzynarodowej Labquality dla prokalcytoniny (wewnętrzne pisma Zamawiającego z 5 i 8 kwietnia 2011 r. oraz *Notatka z wglądu do oferty firmy Siemens – zadanie nr 1* z 4 kwietnia 2011 r.). W wyniku wezwania skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 pzp Zamawiający otrzymał odpowiedź, która jednoznacznie potwierdziła niezgodność treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie objęcia zaoferowaną kontrolą międzynarodową Labquality badania prokalcytoniny. Oprócz tego w wyjaśnieniach tych pojawił się zupełnie nowy element oferty – Przystępujący wskazał zamiast dotychczasowego programu kontroli kontrolę Randox RQ9125a wraz z programem pilotażowym RQ9142 (program RIQAS). W ocenie składu orzekającego Izby na tej podstawie Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż tak złożone wyjaśnienia doprowadziły do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. w pkt. 6 wymagań granicznych dla odczynników w zakresie dotyczącym prokalcytoniny. Pomimo złożonych wyjaśnień nadal w treści wypełnionego załącznika nr 1, który ma być załączony do podpisanej umowy, widnieje dla prokalcytoniny kontrola Labquality. Przede wszystkim jednak instytucja wyjaśnień z przepisu art. 87 ust. 1 pzp nie może zmieniać złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, lecz służy pomocą przy wykładni jego treści, jeżeli jest ona

niejasna dla zamawiającego. Zatem obiektywnie nie da się wyjaśnić, iż oferowanie kontroli według programu Labquality oznacza zaoferowanie kontroli według programu RIQAS, gdyż są to dwa różne produkty dwóch różnych producentów i dwa oświadczenia woli o odmiennej treści. Na zakaz dokonywania takiej zmiany wskazuje wprost zdanie drugie przepisu art. 87 ust. 1 pzp, z którego wynika nie tylko niedopuszczalność prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, ale również zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści, z zastrzeżeniem jednego wyjątku.

Tym jedynym wspólnym dla wszystkich trybów postępowania wyjątkiem jest regulacja art. 87 ust. 2 pzp dopuszczająca, a nawet nakładająca na zamawiającego obowiązek poprawienia oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych (pkt. 1 i 2), jak również innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ustawa pzp dopuszcza zatem wyjątkowo korektę treści oferty niezgodnej z s.i.w.z., jeżeli nie spowoduje to istotnej zmiany treści złożonego oświadczenia woli. Z dokumentacji postępowania i przebiegu postępowania odwoławczego wynika, iż Zamawiający w ogóle nie brał pod uwagę możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do niezgodności oferty Przystępującego z s.i.w.z. w zakresie kontroli międzynarodowej dla prokalcytoniny. W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy jest to co do zasady stanowisko słuszne, choć sposób w jaki Zamawiający skorzystał z instytucji wyjaśnień *de facto* doprowadził do swoistej próby poprawienia treści oferty Przystępującego. Poprawienie powstałej niezgodności, niezależnie od tego czy można uznać ją za rezultat omyłki popełnionej przez Przystępującego, nie byłoby możliwe bez uzyskania przez Zamawiającego dodatkowego oświadczenia ze strony Przystępującego co do oferowanego programu kontroli międzynarodowej prokalcytoniny. Zamawiający mógłby bowiem we własnym zakresie hipotetycznie co najwyżej poprawić omyłkowe wpisanie słowa „nie”, jeżeli ze szczegółowego oświadczenia woli wynikałoby oferowanie konkretnej kontroli międzynarodowej obejmującej prokalcytoninę.

W ocenie składu orzekającego Izby ponieważ wypełnienie pkt. 6 tabeli wymagań granicznych dla odczynników zadania nr 1 stanowiło element treści oferty, niemożliwe jest w odniesieniu do tego dokumentu zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Również postanowienia s.i.w.z. tylko pozornie mogą prowadzić do wniosku, iż *szczegółowa informacja na temat proponowanej kontroli międzynarodowej, zawierająca nazwę badania i nazwę kontroli międzynarodowej*, stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, na zasadzie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby, niezależnie od wymagania sprecyzowania w treści oferty (opisania parametrów oferowanych w ramach wymaganych parametrów granicznych), Zamawiający zażądał w pkt. 3.5 rozdziału III, odrębnej *Informacji na temat*

kontroli międzynarodowej tam gdzie jest to wymagane, na zasadzie dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanej w ofercie kontroli międzynarodowej z jego wymaganiami. Inna sprawa, że wobec braku wskazania przez Zamawiającego jakichś szczegółowych wymagań w tym zakresie, zakres tej informacji mógł być zupełnie dowolny. Przystępujący złożył taką informację jako załącznik do wyjaśnień, wskazując w niej dla danej nazwy badania immunochemicznego: numer i nazwę programu kontroli, rodzaj i składniki materiału kontrolnego oraz częstotliwość wykonywania kontroli. Dopełnienie tego niesprecyzowanego wymagania okazało się natomiast o tyle istotne, że gdyby Przystępujący sporządzając ofertę przygotował z taką starannością szczegółową informację dotyczącą oferowanej kontroli międzynarodowej, to mógłby wykryć swój błąd w zakresie zaoferowania dla prokalcytoniny programu Labquality. Natomiast nawet gdyby do tego nie doszło, Zamawiający mógłby z dokumentów złożonej oferty samodzielnie wywieść informację w jaki sposób dokonać poprawienia w tym zakresie treści oferty w pkt. 6 tabeli wymagań granicznych zadania 1.

Wobec stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. w zakresie dotyczącym kontroli międzynarodowej oferowanej dla prokalcytoniny, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy drugorzędne znaczenie ma stwierdzenie, czy zaoferowany w wyjaśnieniach program kontroli RIQAS spełnia wymagania Zamawiającego. Izba zważyła jednak, iż Odwołujący nie wskazał postanowień s.i.w.z., który zabraniałyby oferowania kontroli międzynarodowej oferowanej w ramach nieodpłatnego programu pilotażowego. Jednocześnie ze złożonego przez Odwołującego na rozprawie pisma z 31 maja 2011 r. od polskiego wyłącznego przedstawiciela firmy Randox wynika jedynie, iż na dzień wystawienia tego dokumentu brak jest możliwości sprzedaży programu kontroli RIQAS obejmującego prokalcytoninę, gdyż jest ona przedmiotem nieodpłatnego programu pilotażowego, co powoduje także niemożliwość podania terminów komercyjnych dostaw na najbliższe trzy lata. Zarówno z tego dokumentu, jak i dokumentów przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego wynika jednak, iż program pilotażowy prowadzony jest w celu włączenia oznaczania prokalcytoniny do rutynowego programu RIQAS. W *Ofercie handlowej nr OS11/096* z 2 czerwca 2011 r. przedstawiciel Randox w Polsce zaoferował Siemens oprócz sprzedaży kontroli RQ9125/a, korzystanie z programu pilotażowego RQ9142 – przy czym w obu przypadkach oferta jest ważna do końca 2011 r. Natomiast z dokumentu *RIQAS Program Pilotażowy – Immunoassay 3* wprost wynika, iż prowadzenie tego programu pilotażowego w 2011 r. ma na celu włączenie go jako rutynowo dostępnego w 2012 r. dla programu kontroli RIQAS dostępnego dla wszystkich zainteresowanych.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego

przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....