

Sygn. akt KIO/UZP 577 /09

WYROK
z dnia 19 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Armii Krajowej 7, 98-200 Sieradz** protestu z dnia 15 kwietnia 2009 r., wniesionego przez **ABBOT Laboratories Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Armii Krajowej 7, 98-200 Sieradz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Armii Krajowej 7, 98-200 Sieradz** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa**.

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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sieradzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą dwóch aparatów.

W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Czynność tę oprotestował wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z póź. zm.), zwanej w skrócie Pzp, :

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1, tj. dokonanie wyboru oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, poprzez bezprawne nieodrzućenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.,
- 4) w konsekwencji, na zasadzie związku przyczynowo – skutkowego, spowodowałyby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa,

- 5) art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,

- 6) jednocześnie złamanie 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podał.

Treść oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny i jest niedoszacowana.

I. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (formularz cenowy) do wartości odczynników należało dodać koszt kontroli:

do testów biochemicznych 2 poziomy x 1 dziennie, przez 365 dni w roku z wyjątkiem poz. 6, 24, 29 - 1 x w tygodniu 2 poziomy,

do testów immunochemicznych 2 poziomy x 1 dziennie, przez 365 dni w roku z

wyjątkiem poz. 6, 7, 9, 11, 12, 14, 16, 18, 23 – 1 x w tygodniu 2 poziomy. Powyższy wymóg oznacza, że poza zaoferowaniem odpowiedniej ilości materiału kontrolnego każdy wykonawca powinien uwzględnić w ofercie dodatkowe testy potrzebne do wykonania testów kontrolnych. W związku z tym: 2 poziomy 1 raz dziennie przez 365 dni to = 365 (dni) x 2 poziomy (2 badania) x 365 dni w roku x 4 lata daje 2920 dodatkowych badań,

2 poziomy 1 raz w tygodniu to = 2 x 52 (tygodnie w roku) x 4 (lata) daje 416 dodatkowych badań.

Nieprawidłowość oferty firmy Roche jest jednoznacznie widoczna na przykładzie wyliczenia ilości testów do oznaczenia anty HBs (poz. 2 immunochemia - czyli zgodnie z SIWZ schemat kontroli przewidywał 2 poziomy x 1 dziennie, przez 365 dni w roku). Zamawiający określił ilość testów w przedmiocie zamówienia na 2400, a samych testów na kontrolę, stosownie do rekomendowanej metodologii, potrzebnych jest 2920. Zatem, łączna ilość testów, jaką powinna zaoferować firma Roche to 5320. Przykład ten dowodzi jednoznacznie, że ilość testów podana w SIWZ nie uwzględniała testów na kontrole.

II. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (formularz cenowy) Zamawiający umieścił następujące uwagi:

- 1) dopuszcza się stosowanie w obliczeniach tylko pełnych opakowań w skali 4 lata,
- 2) przy wyliczeniach należy uwzględnić terminy przydatności poszczególnych testów na pokładzie przy średniej liczbie oznaczeń miesięcznie,
- 3) przy obliczeniach materiałów kontrolnych należy uwzględnić objętość martwą, dlatego dokonując prostych matematycznych wyliczeń np. dla HCV, którego stabilność wynosi 72 h tj. 3 dni: $1460 \text{ (dni w ciągu 4 lat)} / 3 \text{ dni (stabilność na pokładzie daje)} = 487 \text{ opakowań}$.

Firma Roche zaoferowała w ofercie 53 opakowania, zatem niedoszacowanie wynosi 434 opakowania.

Protestujący załączył wykaz pozycji niedoszacowanych (53 pozycje) wraz z ich wartością.

III. W wybranej ofercie występuje niespójność w kwotach podanych w:

w załącznik nr 2 str. 4 oferty punkt „do wartości odczynników na w/w testy należy dodać”:

- pkt 1. Koszt wszystkich materiałów.... (sposób liczenia str. 4), firma Roche nad tabelą podała kwotę 360.818,80 PLN brutto, a następnie w tabeli jest kwota 345.263,68 PLN brutto,
- pkt 4. Koszt kalibratorów (sposób liczenia str. 6 oferty), firma Roche nad tabelą podała kwotę 65.608,12 PLN brutto, a następnie w tabeli jest kwota 60.985,72 PLN brutto,
- pkt 6. Koszt kontroli (sposób liczenia str. 7 oferty), firma Roche nad tabelą podała kwotę 48.875,46 PLN, a w tabeli jest 34.969,74 PLN.

Wskazując powyższe, protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu,
- 2) odrzucenie oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 4) dokonanie wyboru oferty protestującego,
- 5) udzielenie firmie ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. zamówienia publicznego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., podając.

Protest jest całkowicie bezpodstawny i zasługuje na oddalenie w całości.

Protestujący nie ma interesu prawnego wnosząc protest.

Interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp jest równoznaczny z możliwością pozyskania konkretnego zamówienia. Zatem, podstawę skutecznego protestu, odwołania lub skargi, mogą stanowić tylko zarzuty, których uwzględnienie dawałoby szansę zawarcia umowy

w danym postępowaniu. Utrwalony jest również pogląd, że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności wniesienia środka ochrony prawnej. Wobec tego, niewskazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka.

Oferta Protestującego opiewa na cenę wyższą niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stąd nie może być przyjęta, a tym samym z Protestującym nie może dojść do zawarcia umowy. Dlatego jego protest powinien być oddalony.

Zarzuty w stosunku do oferty Przystępującego są całkowicie niezasadne.

Ad. I. Oferta firmy Roche Diagnostics Polska Sp z o.o. złożona została prawidłowo i zgodnie z warunkami i wymogami SIWZ. W formularzu ofertowym (załącznik nr 2) zarówno dla części biochemicznej jak i immunochemicznej należało wyliczyć oferowaną ilość opakowań testów i ich wartość w okresie trwania umowy na podstawie podanej w kolumnie 3 deklarowanej ilości oznaczeń. Takie też obliczenia zostały prawidłowo wykonane w ofercie firmy Roche Diagnostics Polska. W dalszej części załącznika nr 2 należało wyliczyć koszt kontroli (a więc ilość opakowań i wartość) na podstawie podanych ilości planowanych kontroli (2 x 250 lub 2 x 150). Takie też obliczenia zostały wykonane w tej części w ofercie firmy Roche Diagnostics Polska. Niezrozumiały jest więc zarzut Protestującego skoro nigdzie w warunkach SIWZ nie ma wskazania o możliwości doliczenia dodatkowych ilości odczynników na kontrole. Gdyby tak było, konstrukcja formularza oferty wyglądałaby inaczej i zawierałaby kolumny umożliwiające wpisanie dodatkowych ilości odczynników. Protestujący Abbott nie zwrócił uwagi, że w formularzu oferty w kolumnie 3 Zamawiający zaznaczył, że chodzi o ilość oznaczeń, a nie badań, co czyni wszystkie dalsze wyliczenia Abbott niezasadnymi i błędnymi.

Ad II. Ilość zaoferowanych opakowań odczynników w ofercie firmy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. została wyliczona prawidłowo i zgodnie z wymogami SIWZ.

Uwzględniono więc także wymóg, aby przy wyliczeniach uwzględnić terminy przydatności

poszczególnych testów na pokładzie przy średniej liczbie oznaczeń miesięcznie. Z uwagi na specyfikę pracy oferowanego zintegrowanego analizatora biochemiczno-immunochemicznego cobas 6000, odczynniki na czas wykonywania oznaczeń przebywają cały czas na pokładzie analizatora, natomiast po wykonaniu badań mogą być przenoszone do lodówki, z możliwością znacznej wydłużonej gwarantowanego terminu ważności odczynników po ich otwarciu, zgodnie z procedurami i rekomendacjami producenta aparatu i testów. Kierując się opisaną przez Zamawiającego zasadą średniej ilości oznaczeń miesięcznie, wyliczono potrzebne ilości testów i takie też ilości zostały umieszczone w formularzu ofertowym.

Ad. III. Odnosząc się do ostatniego z zarzutów wykonawca zwrócił uwagę, że sam Protestujący posługuje się pojęciem "niespójności" oferty, a nie jej niezgodności z SIWZ, czy innej wadliwości. W myśl SIWZ (punkt 15.2.) cenę oferty należało podać zgodnie z formularzem cenowym. Nie ulega więc wątpliwości, że obowiązują kwoty podane w tabelkach, podsumowane na końcu jako "Łączna wartość PLN netto/brutto/4 lata".

Niezgodności zauważone przez Protestującego stanowią niedopatrzenie, dopiski które przez nieuwagę nie zostały zmienione po przeliczeniu poszczególnych pozycji. W ostateczności, zdaniem przystępującego, mogą być traktowane jako oczywiste omyłki rachunkowe, które mogłyby być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2Pzp. W żadnym jednak razie nie stanowią one o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ani o błędzie w obliczeniu ceny, stąd nie mogą stanowić podstawy dla żądania odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający rozstrzygnął protest następująco: oddalił protest w zakresie wyboru oferty Protestującego, w pozostałym zakresie uwzględnił protest.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał.

„Zamawiający, po ponownym dokonaniu szczegółowej analizy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stwierdził, że oferta Firmy Roche Diagnostic Polska podlega odrzuceniu, ponieważ jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie Zamawiający stwierdził nieprawidłowości w zapisach oferty Protestującego. Wobec powyższego nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnił postępowanie ze względu na brak oferty nie podlegającej odrzuceniu.”

Odwołujący wniósł odwołanie, jako uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten bezpodstawnie uwzględnił protest Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i odrzucił ofertę Odwołującego. Wskazał naruszenie przepisów Pzp:

art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu protestu i odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podał, że pismem z dnia 20.04.2009 r. Odwołujący przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, z wnioskiem o jego oddalenie w całości.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie żądania odrzucenia oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający lakonicznie stwierdził, że po ponownej analizie, ofertę Odwołującego należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ.

Wobec uwzględnienia protestu w zakresie żądania odrzucenia oferty Odwołującego, interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Dlatego podtrzymał swoje stanowisko i żądania wyrażone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i dodatkowo przedstawił następującą argumentację.

Twierdzenie Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie ma żadnego uzasadnienia. Zamawiający nie wskazał ani jednego postanowienia specyfikacji, z którym sprzeczna byłaby oferta Odwołującego. Takiego odniesienia nie zawiera również protest Abbott Laboratories.

I. Załącznik nr 2 do SIWZ określa zapotrzebowanie na odczynniki na 4 lata, a znajdująca się tam tabela zawiera konkretne ilości oznaczeń dla każdego parametru. Odwołujący nie miał uprawnień do modyfikacji tak oznaczonego przedmiotu zamówienia poprzez zmianę ilości widniejących w kolumnie 3 tabeli. Umieszczone w tabeli ilości oznaczeń jednoznacznie definiują, że ilości te zawierają już ilość testów na oznaczenie, zarówno pacjentów jak i ilości testów do wykonania kalibracji i kontroli (definicja oznaczenia). Świadczy o tym też fakt, że nigdzie w warunkach SIWZ nie ma wskazania ani postanowienia o konieczności doliczenia dodatkowych ilości odczynników na kontrole.

Odwołujący skalkulował koszty kontroli i przedstawił sposób liczenia (bezsporne), a więc zastosował się do literalnego brzmienia SIWZ i w cenach podanych w załączniku nr 2 uwzględnił koszt dodatkowych oznaczeń na potrzeby wykonania kontroli. W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku uwzględnienia protestu Abbott Laboratories, nastąpiło bezpodstawnie.

W zakresie zarzutu nr II i III protestu Abbott Laboratories, Zamawiający nie odniósł się, a jako powód odrzucenia podał wyłącznie argumenty z punktu I uzasadnienia protestu. Odwołujący „z ostrożności” podniósł, że są one chybione, popierając w tym zakresie stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania na etapie protestu.

II. Ilość zaoferowanych opakowań odczynników w ofercie Odwołującego została wyliczona prawidłowo i zgodnie z wymogami SIWZ. Uwzględniono więc także wymóg, aby przy wyliczeniach uwzględnić terminy przydatności poszczególnych testów na pokładzie przy średniej liczbie oznaczeń miesięcznie. Z uwagi na specyfikę pracy oferowanego zintegrowanego analizatora biochemiczno- immunochemicznego cobas 6000, odczynniki na czas wykonywania oznaczeń przebywają cały czas na pokładzie analizatora, natomiast po wykonaniu badań mogą być przenoszone do lodówki. Umożliwia to znaczne wydłużenie gwarantowanego terminu ważności odczynników po otwarciu i jest zgodne z procedurami i rekomendacjami producenta aparatu i testów.

Abbott Laboratories, przy braku znajomości specyfiki pracy na oferowanym analitorze, błędnie przyjął, że odczynniki muszą przebywać na pokładzie przez 24 godz. na dobę, gdy Zamawiający nigdzie nie określił takiego warunku w SIWZ, zwrócił natomiast uwagę na kierowanie się przy wyliczeniach średnią liczbą oznaczeń miesięcznie.

III. W kwestii ostatniego z zarzutów zwrócił, przede wszystkim uwagę na to, że nawet sam Protestujący Abbott Laboratories posłużył się pojęciem niezgodności z SIWZ, czy innej wadliwości. W myśl SIWZ (punkt 15.2.) cenę oferty należało podać zgodnie z formularzem cenowym. Nie ulega więc wątpliwości, że obowiązują kwoty podane w tabelkach, podsumowane na końcu jako "Łączna wartość PLN netto/brutto/4 lata". Niezgodności zauważone przez Abbott Laboratories stanowią niedopatrzenie, dopiski które przez nieuwagę nie zostały zmienione po przeliczeniu poszczególnych pozycji. Jeśli uznać je natomiast jako błędne wyniki jakichkolwiek działań matematycznych to znaczy, że występują oczywiste omyłkami rachunkowe, które powinny być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W żadnym jednak razie nie stanowią one o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ani o błędzie w obliczeniu ceny. Powyższe można było również wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym protest zasługiwał na oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, wyjaśnień stron postępowania i złożonych przez nich dowodów na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy, zostało ogłoszone w Dz. Urz. UE z dnia 18.02.2009 r. nr 2009 / S 33-048395.

W postępowaniu złożyli oferty tylko dwaj wykonawcy – Odwołujący i protestujący Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Pismem z dnia 6.04.2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego, z ceną 2.421.441,71 zł. Zaś cena oferty protestującego wynosi 3.334.634,35 zł. Kryteria oceny ofert opisano w SIWZ jako: cena o znaczeniu 80% i ocena techniczna o znaczeniu 20%. Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego 96 pkt, w tym w kryterium cena 80 pkt i w kryterium ocena techniczna 16 pkt. Ofercie protestującego Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. Zamawiający przyznał 76,09 pkt, w tym w kryterium cena 58,09 pkt i w kryterium ocena techniczna 18 pkt.

Różnica w cenie ofert spowodowała, że nawet, w przypadku przyznania ofercie protestującego maksymalnej ilości 20 pkt w kryterium ocena techniczna, łączna punktacja oferty wyniosłaby 78,09 pkt i byłaby i tak niższa od punktacji oferty Odwołującego o 17,91 punktów.

Protest wniósł wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i w wyniku częściowego uwzględnienia protestu, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podając, że wystąpił brak doliczenia do podanej ilości oznaczeń, dodatkowych oznaczeń koniecznych do wykonania kontroli.

Odwołujący wniósł odwołanie, jako uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc odwołanie, gdyż w razie uwzględnienia odwołania i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, ma on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Z dokumentów oraz wyjaśnień stron postępowania wynika, że Zamawiający na skutek rozstrzygnięcia protestu, częściowo uwzględnił protest, tj. w zakresie wyboru oferty Odwołującego i w uzasadnieniu pisma z dnia 22.04.2009 r. znak: SZP.215-12/09, pt. „Rozstrzygnięcie protestu” podał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Oferta protestującego Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. została również zweryfikowana na skutek wniesienia protestu, stąd Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i postępowanie unieważnił ze względu na brak oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł odwołanie, będące przedmiotem rozpoznania w dniu 15 maja 2009 r., w części odrzucenia jego oferty, ograniczając zakres odwołania podczas rozprawy do zarzutu nr I, a więc braku doliczenia do podanej ilości oznaczeń, dodatkowych oznaczeń koniecznych do wykonania kontroli, z uwagi na fakt, że wyłącznie ten zarzut stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego (co wynika z drugiego pisma Zamawiającego).

Drugim pismem, również z dnia 22.04.2009 r., ten sam znak, pt. „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej”, Zamawiający zawiadomił obu wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Obie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie czynności podanej w drugim piśmie (unieważnienie postępowania), Odwołujący wniósł w dniu 4 maja 2009 r. protest, który na dzień rozpoznawania przedmiotowego odwołania nie został ostatecznie rozstrzygnięty.

W zakresie merytorycznego zarzutu stanowiącego przedmiot rozpoznania w aktualnym odwołaniu, KIO ustaliła, że Zamawiający w SIWZ – załącznik nr 2 a pt. ”Zapotrzebowanie na odczynniki na 4 lata”, w 3 kolumnie – „Ilość oznaczeń na 4 lata”, żądał podania ilości oznaczeń. Na str. 10 SIWZ podał, że do wartości odczynników na wymienione testy należy dodać koszty kontroli do testów – biochemia i immunochemia (pkt 5 i 6, wskazując ilość kontroli 2 poziomy 1 x dziennie przez 365 dni w roku). Zamawiający nie wykazał, by w SIWZ żądał podania dodatkowych testów potrzebnych do wykonania testów kontrolnych, co było przedmiotem zarzutu nr 1 w uwzględnionym w tej części, proteście.

W toku rozprawy Odwołujący jednoznacznie wykazał, przy braku zaprzeczenia ze strony Zamawiającego, że wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. utożsamiał przyjmując, jako identyczne pojęcie: „ilość oznaczeń” z pojęciem „ilość badań”. Odwołujący wyjaśnił, że pojęcie „oznaczenie” dotyczy każdego przypadku użycia testu w związku z kalibracją, kontrolą i badaniem (pobranie materiału od pacjenta).

Wyjaśnił również, że nie istnieje definicja ustawowa pojęcia ”oznaczenie” i pojęcia „badanie”. Z tego powodu wystąpił w dniu 13.05.2009 r z pytaniem do pana prof. Jana K. i uzyskał opinię z dnia 14.05.2009 r., opisującą określenie pojęć „oznaczenie” i „badanie”, którą to opinię złożył jako dowód w sprawie.

KIO stwierdza, że opinia potwierdza stanowisko Odwołującego, iż pojęcie „oznaczenie” zawiera w sobie: oznaczenie próbki pacjenta, kalibrację i kontrolę. Natomiast wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. wnosząc protest przyjął, iż pojęcie „oznaczenie” równa się pojęciu „badanie”, czyli pobraniu próbki pacjenta. Z tego powodu protestujący niezasadnie zarzucił w proteście, że ilość oznaczeń w ofercie Odwołującego, jest za mała.

Odwołujący na potwierdzenie, iż wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., właściwie zrozumiał pojęcie „oznaczenie”, jako nierówne pojęciu „badanie”, złożył kserokopię trzech wyciągów: z SIWZ, z oferty ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., z oferty Odwołującego i wskazał na jeden z odczynników stanowiących przedmiot zamówienia – AFP.

Z przedstawionych opracowań wynika, że Zamawiający wymagał 400 oznaczeń rocznie. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. zaoferował taką ilość odczynników, jaką żądał Zamawiający, zgodną z SIWZ, nie doliczając dodatkowych odczynników na kalibrację czy kontrolę (przykład dotyczył postępowania prowadzonego przez Regionalny Szpital Onkologiczny w Szczecinie). Podany przykład świadczy, w ocenie KIO, o właściwym rozumieniu przez protestującego wskazanych pojęć.

Odwołujący złożył wyciąg z SIWZ, opracowanej przez Zamawiającego do powtórnego postępowania w tym przedmiocie, przy czym zapotrzebowanie na odczynniki Zamawiający określił, wskazując termin realizacji 12 miesięcy. Zapotrzebowanie to wynosi ¼ ilości wykazanej w aktualnym postępowaniu, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie.

Z załącznika nr 2 na 4 str., nowej SIWZ wynika informacja, że ilość oznaczeń uwzględnia w tym przypadku: ilość badań, kontroli i kalibracji. Informacji takiej nie było w SIWZ w rozpoznawanej sprawie.

Z tego wynika, że ilości oznaczeń podane w rozpoznawanym postępowaniu, uwzględniają kwestionowane przez Zamawiającego ilości dodatkowych oznaczeń.

Zamawiający zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, co do pojęcia „oznaczenia”, zgodził się również ze stanowiskiem prof. K. zawartym w przedłożonej opinii.

Przyznał, że nie doprecyzował pojęcia tego w dotychczasowej SIWZ, stąd w nowej SIWZ wprowadził jednoznaczne określenie, że pojęcie „oznaczenie” zawiera: ilość badań, kontroli i kalibracji.

Zamawiającego potwierdził, że nie żądał w SIWZ doliczenia do podanej ilości oznaczeń, dodatkowych oznaczeń koniecznych do wykonania kontroli, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę niesporne między stronami rozumienie pojęcia „oznaczenie”, zawartego w SIWZ, Izba stwierdziła, że jedyny zarzut będący przedmiotem rozpoznania Izby na rozprawie, znalazł potwierdzenie.

Zgodnie z art. 191 ust. 1a Pzp, KIO uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. KIO stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, gdyż odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z powodu braku doliczenia dodatkowych oznaczeń koniecznych do wykonania kontroli, w sytuacji, gdy doliczenia takiego zamawiający nie wymagał w SIWZ. Naruszenie przepisów przez Zamawiającego ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem stało się podstawą odrzucenia oferty, która nie podlega odrzuceniu z przyczyn podanych przez Zamawiającego.

Zatem, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający nie wykazał niezgodności jej treści z treścią SIWZ, co stanowi niezbędną przesłankę zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów, KIO orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a, ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....