

Sygn. akt: KIO 1959/11

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Członkowie:** Barbara Bettman

Przemysław Dzierzędzki

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2011 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b w postępowaniu prowadzonym przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, 40-074 Katowice, ul. Raciborska 15

przy udziale wykonawcy LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1959/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert w tym nakazuje odrzucenie oferty Lek S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Roche

Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy LEK S.A., 95-010 Stryków, Podlipie 16 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na rzecz wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach na dostawę w okresie 24 miesięcy odczynników oraz dzierżawę urządzeń wraz z niezbędnymi akcesoriami, materiałami zużywalnymi, systemami sterującymi i oprogramowaniem koniecznym do wykonania badań w kierunku RNA HIV + RNA HCV + DNA HBV metodami biologii molekularnej dla 240 000 donacji wraz z archiwizacją próbek osocza (numer postępowania ZP/PN/35/11), wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej „LEK” S.A., wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 12 września 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1959/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 września 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia przekazanego faksem w dniu 2 września 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawione został zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w stosunku do którego nie wszczęto trybu uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy, a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 2b ustawy.

W uzasadnieniu, odwołujący odniósł się do okoliczności mającej wskazywać na brak dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu – opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż: 1 000 000,00 zł. Zdaniem odwołującego, złożona polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności określonej, jako „Przemysł farmaceutyczny” nie potwierdza wymagania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia, który obejmuje dostawę wyrobów medycznych, podlegających przepisom ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Funkcjonowanie przemysłu farmaceutycznego podlega odrębnej regulacji prawnej zawartej w ustawie z dnia 6 września 2001 r. „Prawo farmaceutyczne”, które stanowi odrębny reżim,

któremu podlegają produkty lecznicze stosowane u ludzi. „Przemysł farmaceutyczny” musi być utożsamiany z produkcją (pozyskiwaniem, przetwarzaniem i dystrybucją) produktów leczniczych, a nie wyrobów medycznych, których dotyczy przedmiotowe postępowanie.

W dalszej części uzasadnienia, odwołujący wskazywał na nieudowodnienie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (doświadczeniem w dostawie przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł netto) – braku odpowiedniego zobowiązania wymaganego w art. 26 ust. 2 b ustawy. Załączone do oferty oświadczenie podmiotu trzeciego – Vovartis Vaccines and Diagnostics Services AG, zdaniem odwołującego, jest niewystarczające dla uznania, iż wykonawca będzie dysponował odpowiednimi zasobami, gdyż z jego treści nie wynika w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, w którym wskazuje się na konieczność zobowiązania się podmiotu trzeciego do uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy przez podmiot udostępniający swój potencjał, którego kopia wraz z tłumaczeniem została poświadczona przez pracownika LEK. Zdaniem odwołującego dokumenty dotyczące podmiotów trzecich muszą być poświadczane przez te podmioty, a nie samego wykonawcę (zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Wskazane powyżej okoliczności mają prowadzić do stwierdzenia zasadności żądania wykluczenia z postępowania LEK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Uzupełnienie braków w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie może się odbyć, gdyż zdaniem odwołującego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Jedynie z ostrożności procesowej, w sytuacji gdyby zarzuty opisane w dalszej części uzasadnienia nie znalazły uznania, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie okoliczności dotyczących zarzutu zaniechania odrzucenia oferty LEK, odwołujący wskazywał na brak w treści oferty (tabela nr 1, str. 10 oferty – kalkulacja cenowa) wymaganych informacji – zestawienia niezbędnych akcesoriów i materiałów zużywalnych. Spis niezbędnych odczynników oraz elementów zużywalnych zawarty na str. 76 oferty wskazuje na asortyment niezbędny do wykonania zamówionych badań, z którego tylko jeden odczynnik (Procleix Ultrio PLUS) został wyszczególniony w tabeli nr 1. Powyższe oznacza, że w tabeli pominięto niezbędne akcesoria i materiały zużywalne zaniechując podania ich ilości i wartości całkowitej, co świadczy o niezgodności oferty LEK z treści swiz (rozdział III pkt 7 lit. b siwz). Zdaniem odwołującego, spis niezbędnych odczynników oraz elementów zużywalnych zawarty na stronie 76 oferty jest niekompletny i nie zawiera wymaganej

informacji o płytkach do archiwizacji i zatyczkach do nich oraz końcówkach do pipetowania (konieczność ich zastosowania wynika z opisu technicznego aparatu Procleix SP), próbkach, w których wykonywane będą pule, a także wadze do ich pomiaru (których wyniki należy wprowadzić do programu NAT Tracker), końcówkach do Procleix SP i próbkach kontroli dodatkowej (tzw. run control, wymagane w załączniku nr 1 pkt 1.8.e siwz. Zamawiający wymagał sporządzenia spisu niezbędnych odczynników, materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych wraz z podaniem ich nazw, ilości w jednym opakowaniu, terminów ważności zamkniętych opakowań, terminów ważności otwartych opakowań). Ujawnione braki skutkować winny negatywną oceną zgodności oferty z siwz.

Zdaniem odwołującego, wśród urządzeń oferowanych na str. 75 i 78 oferty brakuje niezależnego monitora temperatury (IMT), który jest niezbędny do wykonania badań testami zaoferowanymi przez LEK – zgodnie z załączoną instrukcją (str. 130 oferty). Urządzenie to nie zostało wymienione zarówno w spisie oferowanych urządzeń, jak również w tabeli aparatów oferowanych do dzierżawy (tabela nr 2). W ofercie nie uwzględniono ponadto wagi do pomiaru próbek przed utworzeniem puli oraz po jej przygotowaniu oraz Pompy próżniowej. Zdaniem odwołującego w ofercie nie wyceniono pominiętych elementów niezbędnych do wykonania badań.

Dalsze niezgodności oferty z siwz wynikać miały z:

- braku danych technicznych dla urządzenia do przygotowania odczynników RPI, monitora temperatury, oprogramowania SP, pomp próżniowych, komputerów (niezgodne z punkt. II.1 załącznika nr 1 do siwz),

- braku uwzględnienia w ofercie i wyceny systemu podtrzymania napięcia (UPS) oraz pomp próżniowych. Uwzględniony w tabeli nr 2 UPS (jako część Procleix TIGRIS) nie stanowi wyposażenia Procleix SP – systemu do pulowania i archiwizacji próbek, który miał być wyposażony w system podtrzymywania napięcia (zgodnie z pkt II.8 załącznika nr 1 do siwz),

- braku deklaracji zgodności CE dla materiałów zużywalnych niezbędnych do wykonania badań (wymaganych na str. 8 siwz, ostatni akapit),

- braku akceptacji czułości zaoferowanej metody przez jednostkę nadzorującą badania wykonywane przez zamawiającego (pkt I.10 załącznika nr 1 do siwz). Zaoferowana metoda badań z wykorzystaniem testu Procleix Ultrio PLUS w pulach z 8 donacji oraz aparatów Procleix nie została zaakceptowana przez RCKiK. W załączonej do oferty ocenie przydatności testu stwierdzono, że mogą być wykonywane w puli ale jej wielkość musi uwzględniać aktualne rekomendacje. Z pisma Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 16.01.2009 r. wynika, że testami Ultrio wykonuje się badania w pojedynczej donacji.

Wskazane okoliczności potwierdzające niezgodność oferty LEK z treści siwz powinny prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności odrzucenia oferty LEK, wykluczenia LEK z postępowania (z ostrożności wezwania LEK do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy) i dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego się.

W dniu 16 września 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – LEK S.A.

Zamawiający w piśmie przekazanym do Krajowej Izby Odwoławczej faksem w dniu 21 września 2011 r., a następnie złożonym w oryginale, uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 23 września 2011 r., uczestnik postępowania odwoławczego zgłaszający przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów. Oświadczenie zostało przekazane do Izby za pomocą faksu w dniu 23.09.2011 r., a następnie zostało potwierdzone w piśmie złożonym do akt sprawy.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do uznania jego oferty jako najkorzystniejszej i tym samym do uzyskania zamówienia.

W związku z wniesieniem sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, Izba na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwaną ustawą Pzp), rozpoznała odwołanie.

Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż dalej idący zarzut, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej – Lek S.A., był zasadny w zakresie wskazywanych okoliczności dotyczących niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uwzględnienie w tym zakresie odwołania powodowało, iż pozostałe zarzuty związane z oceną spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym ewentualnego zaniechania wezwania Lek S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, traciły na znaczeniu dla rozstrzygnięcia sprawy. Potwierdzenie się okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty stanowiłoby przeszkodę do ewentualnego uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu przy ustaleniu, że wykonawca nie złożył dokumentów, lub zawierałyby one błędy. W tych okolicznościach, decydującym dla wyniku postępowania odwoławczego było rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz jej błędów w obliczeniu ceny.

Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba miała na uwadze przede wszystkim treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymagania zamawiającego dotyczące sposobu przygotowania oferty, która miała zawierać wszystkie wypełnione przez wykonawców załączniki wymienione w Formularzu Oferty (Rozdział II pkt 1 siwz). Zamawiający w załączniku nr 1 – stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określił swoje oczekiwania względem oferowanego przedmiotu świadczenia, wskazując między innymi na konieczność sporządzenia przez wykonawców spisu niezbędnych odczynników, materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych wraz z podaniem ich nazw, ilości w jednym opakowaniu, terminów ważności zamkniętych opakowań, terminów ważności opakowań otwartych (Załącznik nr 1. I. pkt 1). Zamawiający wymagał dołączenia do oferty spisu oferowanych urządzeń zawierającego dane techniczne (Załącznik nr 1. II. ppkt 1). Zamawiający przygotował formularz „Kalkulacja cenowa” – tabela nr 1, którego wypełnienia oczekiwał od wykonawców, w którym należało podać nazwy odczynników, akcesoriów lub materiałów zużywalnych (kolumna nr 2), ilości odczynników wraz z niezbędnymi akcesoriami i materiałami zużywalnymi do badań oraz archiwizacji próbek (kolumna nr 3). W tabeli nr 2 – opisującej aparaturę dzierżawioną w okresie 24 miesięcy, zamawiający wymagał wymienienia rodzaju aparatury oraz liczby ich komponentów (kolumna 2 i 3).

W swojej ofercie Lek S.A. załączyło wypełniony załącznik nr 1, wskazując między innymi, iż „Lista odczynników wchodzących w skład zaoferowanego testu Procleix Ultrio PLUS wraz z nazwami, ilościami w jednym opakowaniu, terminami ważności opakowań zamkniętych i otwartych znajduje się w Załączniku 1 dołączonym do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”. Załącznik ten zawierał wypełnione tabele nr 1 i 2 (str. od 10 i 11 oferty). Izba ustaliła, iż w ofercie sporządzono dodatkowo: spis oferowanych urządzeń,

składających się na dwie kompletne linie do wykonania badań NAT (str. 75), spis niezbędnych odczynników oraz elementów zużywalnych (str. 76) zakres oferty, wyposażenie, czas wykonania badań (str. od 78 – 80) oraz daty ważności zestawu Procleix Ultiro PLUS – opakowań nie otwartych i po otwarciu (str. 81). Na dalszych stronach oferty, Lek S.A. przedstawił foldery, opis pracy urządzeń i prowadzenia badań.

Na wstępie Izba ustaliła, iż wymaganą, zgodnie z zapisami siwz, treść oferty stanowiło nie tylko określenie ceny za wykonanie zamówienia, ale również szczegółowe wyspecyfikowanie oferowanego przedmiotu, na który składały się odczynniki do wykonania badań oraz niezbędny sprzęt, będący przedmiotem dzierżawy. Obowiązkiem wykonawcy było wyspecyfikowanie odczynników, materiałów zużywalnych, akcesoriów oraz urządzeń (aparatury), niezbędnych do przeprowadzenia badań. W ocenie Izby, postanowienia siwz przywołane na wstępie w sposób jednoznaczny określały wymagania zamawiającego, co do oczekiwanego przez niego sposobu prezentacji w ofercie zakresu świadczenia. Oceny tej nie zmieniała przywoływana przez przystępującego odpowiedź zamawiającego z dnia 14.07.2011 r. na pytanie nr 1, które dotyczyło sposobu prezentacji ceny oferty, a nie oferowanego przedmiotu świadczenia. Zamawiający uznając stanowisko prezentowane w pytaniu zrezygnował z konieczności określenia w ofercie cen jednostkowych opakowań i dokonał zmiany w załączniku nr 1 (tabela nr 1), usuwając kolumny do wypełnienia: „wielkość opakowań”, „zaoferowana ilość opakowań”, „wartość netto opakowania”, „wartość brutto opakowania”. Izba uznała, iż obowiązkiem wykonawcy było szczegółowe określenie oferowanego przedmiotu, czego nie wypełniało podanie nazwy testu Procleix Ultiro PLUS wraz ze wskazaniem, iż „test zawiera wszystkie elementy zużywalne do wykonania oznaczeń i archiwizacji dla 240 000 donacji” (tabela nr 1, str. 10 oferty). Jak wynika z załączonych do oferty – instrukcji wykonywania badań z wykorzystaniem tego testu, jego składowymi są odczynniki, kalibratory i zestawy – str. 130 oferty. Poza wymienionymi powyżej wskazanymi w instrukcji, jako „materiały dostarczane”, w instrukcji opisano „materiały wymagane, lecz dostarczane osobno (odczynniki sondy selekcyjnej, płyny, odczynniki automatycznego wykrywania, kontrole, materiały jednorazowego użytku, zapasowe nakrywki odczynnika, zestawy buteleczek oraz sprzęt (analyzer PROCLEIX TIGRIS system, inkubator przygotowania odczynników (RPI) i niezależny monitor temperatury (ITM) oraz instrukcje obsługi) – str. 130 oferty. W dokumencie wymienione zostały inne materiały do użytku dostępne do nabycia (kalibratory, olej, ogólny sprzęt/oprogramowanie) oraz materiały wymagane, lecz nie dostarczane (wybielacz, zamienniki wybielacza, alkohol, woda do analizatora). Izba w oparciu o informacje zawarte w instrukcji uznała, iż samo oznaczenie w załącznikach do oferty, jako oferowanego - testu Procleix Ultiro Plus było niewystarczające dla stwierdzenia jaki zakres odczynników, akcesoriów i materiałów zużywalnych został uwzględniony w ofercie i zostanie dostarczony.

Wywodzenie tych informacji z treści instrukcji, składanej na potwierdzenie parametrów określonych w siwz (zgodnie z pkt g formularza oferty), było nieprawidłowe, gdyż prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty wykonawcy po jej otwarciu. Oświadczenia wykonawcy dotyczącego oferowanego zakresu świadczenia nie mogły zastępować dokumenty mające charakter informacyjny, specyfikujące charakterystykę urządzeń i badań prowadzonych z ich wykorzystaniem. To na wykonawcy spoczywał ciężar wyspecyfikowania w treści oferty elementów dostarczanych zestawów i ich ilości, czego nie wyczerpywało wskazanie jedynie nazwy produktu, co wykonawca uczynił zarówno w tabeli nr 1 (str. 10) i tabeli nr 2 (str. 11 oferty), jak również w dalszej treści oferty na stronach 75, 78 i kolejnych. Wykonawca jedynie wskazał, iż oferuje test Procleix Ultrio Plus do wykonania oznaczeń w pulach składających się z 8 próbek wraz z analizatorami: 2 x Procleix SP, 2x procleix Tigris oraz oprogramowaniem NatTracker ze stacją roboczą. Podobnie, za niekompletną uznała Izba informację dotyczącą oferowanych analizatorów: Procleix Sp (urządzenie do pulowania i archiwizacji próbek badanych) oraz Procleix Tigris (analizator NAT). Lek S.A. w tabeli nr 2 (str. 11 oferty) oraz na str. 75 i 78, poza opisem urządzenia wskazującym na ich przeznaczenie nie zamieścił informacji o urządzeniach, materiałach eksploatacyjnych i zużywalnych dostarczanych w ramach systemu, który to wymóg zamawiający ujął w treści załącznika nr 1 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt III ppkt 1 siwz. Sposób przygotowania oferty Lek S.A., nie pozwalał na potwierdzenie objęcia ofertą niezbędnych elementów potrzebnych do przeprowadzenia testów, wskazanych poniżej. Zamawiający oczekiwał, aby oferowane urządzenia były wyposażone w system podtrzymania napięcia (załącznik nr 1, pkt II.8). W ofercie Lek S.A. urządzenie UPS zostało uwzględnione tylko przy opisie dzierżawionego urządzenia Procleix Tigris, natomiast nie zostało wskazane przy urządzeniu Procleix SP (tabela nr 2, str. 11 oferty). Z opisu oprogramowania NatTracker (str. 183 oferty) wynika, iż dokonuje on pomiaru grawimetrycznego, co umożliwia zachowanie integralności pul, poprzez porównanie wyników wagi próbki z pulą przed i po pipetowaniu, co daje dodatkową weryfikację aparatu do pulowania. Istnieje możliwość wyłączenia opcji pomiaru grawimetrycznego dla pojedynczej donacji. Ponieważ zaoferowany został test do prowadzenia badań w puli, zatem należy przyjąć, iż przy tym badaniu dokonuje się pomiaru grawimetrycznego, co potwierdza okoliczność dowodzoną przez odwołującego, iż w ofercie nie zaoferowano potrzebnej do przeprowadzenia pomiaru, wagi. W ofercie, nie wyszczególniono, jako dostarczanych koniecznych do przeprowadzenia badań próbek MPT, w których odbywa się badanie zlanych próbek, jak również informacji o ich ilości. Izba uznała stanowisko odwołującego, w którym wskazywał on na brak uwzględnienia w treści oferty koniecznego do przeprowadzenia badań urządzenia – niezależnego monitora temperatury (ITM), i które znajdowało uzasadnienie w treści instrukcji obsługi testu – str. 130 oferty. Lek S.A. w ofercie, w tabeli nr 2 (str. 11) wyszczególniło sprzęt dzierżawiony, tj.

Procleix Tigris ze stacją roboczą, UPS oraz inkubator RPI, które zostały wymienione w instrukcji, jako sprzęt wymagany razem z monitorem ITM. Przystępujący nie zaprzeczał, iż oferowany system nie wymaga urządzenia – monitora ITM, tłumacząc, iż stanowi on część składową inkubatora RTI, wyszczególnionego w tabeli na stronie 11 oferty. Izba uznała te wyjaśnienia za niewiarygodne, dając wiarę treści dokumentu przedłożonego w ofercie, który nie potwierdza wyjaśnień Lek S.A. Izba potwierdziła słuszność stanowiska odwołującego, który zarzucał brak wyszczególnienia urządzenia koniecznego do przeprowadzenia badań – pompy próżniowej. Jak wynika z broszury dotyczącej systemu Procleix Tigris, w jego skład wchodzi: system, analizator, komputerowa stacja robocza, UPS, pompa próżniowa, inkubator do przygotowania próbek (RPI) – str. 104 oferty. W tabeli nr 2, jak również w dalszych oświadczeniach ze str. 75 i 78 oferty, wykonawca pominął jedynie pompę próżniową, która stanowi osobne urządzenie, o podanych w specyfikacji wymiarach i wadze. Treść ta nie pozostawiała wątpliwości i prowadziła do uznania, iż tego elementu systemu w ofercie nie uwzględniono.

Mając na uwadze potwierdzone przez Izbę braki w treści oferty, ich wystąpienie nie pozwalało na ustalenie elementów objętych dostawą, w tym w szczególności ilości i rodzaju odczynników i innych materiałów koniecznych do przeprowadzenia badań, co stanowiło o niezgodności treści oferty Lek S.A. ze specyfikacją, w której wymagano przedstawienia stosownego spisu (załącznik nr 1 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 1). W ocenie Izby, praktycznie uniemożliwiały one określenie zakresu zaoferowanego w ofercie Lek S.A. świadczenia, a tym samym jej ocenę, co wypełnia przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba uznała za nieudowodnione pozostałe okoliczności podnoszone przez odwołującego i mające wskazywać na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a dotyczące braku danych technicznych urządzeń, które zostały wskazane w broszurach dotyczących systemu. Zamawiający nie sprecyzował zakresu danych, których podania oczekiwał od wykonawców. Nie można zatem ustalić w sposób jednoznaczny, jakich danych technicznych nie zawierają załączone dokumenty.

Izba nie uwzględniła okoliczności podnoszonej w odwołaniu dotyczącej braku deklaracji zgodności CE dla materiałów zużywalnych. Powoływany przez odwołującego zapis siwz, nie wskazywał na konieczność przedłożenia deklaracji CE dla każdego wyrobu medycznego objętego ofertą, tym samym zarzut niezgodności oferty z siwz w tym zakresie Izba oddaliła.

Izba nie uwzględniła zarzucanej w odwołaniu niezgodności oferty Lek S.A. z siwz w zakresie braku akceptacji przez jednostkę nadzorującą RCKiK metody badania z wykorzystaniem testu Procleix Ultrio Plus w pulach z 8 donacji. Odwołujący powoływał się na zapis specyfikacji, w którym zamawiający wymagał przedstawienia dowodu na to, że czułość

jest nie niższa od wymaganej, podanej w powołanej publikacji (pozwalająca na wykrycie w osoczu dawcy przynajmniej 5000 IU RNA HCV/ml oraz 10 000 IU RNA HIV/ml). Zamawiający wymagał także akceptacji czułości oferowanej metody przez jednostkę nadzorującą badania wykonywane w RCKiK (załącznik nr 1 pkt I.10). Z postanowień tych nie wynika, aby zamawiający ustalił warunek akceptacji przez jednostkę nadzorującą RCKiK metody badań w pulach z 8 donacji, do czego zmierzała argumentacja odwołującego. Ze złożonych dokumentów miało wynikać potwierdzenie wymaganej czułości metody badania, co mogło być potwierdzone oświadczeniem lub informacją z instrukcji wykonania. Czułość oferowanej metody badania z wykorzystaniem testu Procleix Ultrio Plus nie była kwestionowana przez odwołującego. Zarzuty odwołującego dotyczą dokumentu, który nie był składany, jako dowód potwierdzający wymaganą minimalną czułość metody badania. Nie miał zatem znaczenia dla oceny zgodności oferty z siwz.

Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Lek S.A., jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, wykazywany podnoszonymi okolicznościami dotyczącymi niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby, samo wskazanie na niezgodność treści oferty, dotyczącą sposobu jej sporządzenia (braku wyszczególnienia koniecznych elementów systemu – czego wymagał zamawiający), jest niewystarczające dla wykazania popełnienia błędów w obliczeniu ceny. W oparciu o treść oferty nie można bowiem ustalić, w którym elemencie wyceny wykonawca popełnił błąd. Izba uwzględniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przyznała rację odwołującemu w tym, iż oferta nie zawierała wymaganej treści, pozwalającej na przeprowadzenie jej oceny. Nie oznacza to jednak przyznania, iż wykonawca w cenie oferty nie uwzględnił wszystkich koniecznych kosztów niezbędnych do pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba uznała zarzuty podnoszone względem dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu za niezasadne.

W ocenie Izby, załączony do oferty dokument polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, wskazanie w polisie na ubezpieczoną działalność, określoną jako „Przemysł farmaceutyczny”, potwierdza ubezpieczenie od działalności związanej z przedmiotem zamówienia, obejmującym dostawę i dzierżawę wyrobów medycznych. Argumentacja odwołującego sprowadzała się wyłącznie do wskazania na odrębność regulacji ustawowych, jakim podlegają produkcja i obrót farmaceutykami oraz wyrobami medycznymi. Stanowisko to, w ocenie Izby nie jest słuszne, gdyż działalność związana z przedmiotem zamówienia nie oznacza zachowania ich

tożsamości. Pozostawienie pewnej swobody w ocenie istnienia powiązania pomiędzy prowadzoną działalnością a przedmiotem zamówienia stanowi gwarancję przestrzegania zasady swobody działalności gospodarczej. Argumentacja odwołującego prowadziła do wniosku, iż jedynie ubezpieczenie działalności gospodarczej w zakresie związanym z obrotem i dystrybucją wyrobów medycznych, związane byłoby z przedmiotem zamówienia. Faktycznie taki zakres odpowiada przedmiotowi zamówienia. Nie ma podstaw do odmowy uznania za związaną z przedmiotem zamówienia, działalność polegającą na dostawie innego rodzaju produktu, od objętego zamówieniem. Ponieważ polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dotyczy grupy podmiotów i została zawarta przez ubezpieczającego, którego zasadnicza część działalności związana jest z przemysłem farmaceutycznym, Izba uznała, iż określenie ubezpieczonej działalności dotyczy ubezpieczającego. Załączony dodatkowo do oferty dokument – potwierdzenie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności ubezpieczonego, w ocenie Izby potwierdza objęcie ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej przez ubezpieczonego działalności i jest wystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba oddaliła zarzuty odwołującego dotyczące zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał (doświadczenie), które opierały się na tezie, iż dla skutecznego przekazania wykonawcy doświadczenia przez podmiot trzeci konieczne jest zobowiązanie się tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji zamówienia. Oczekiwanie to nie znajduje oparcia w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, co było przedmiotem rozważań przykładowo Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z dnia 24.03.2011 r. (sygn. akt XIX Ga 92/11) nie podzielił stanowiska KIO, że skoro w opisanej sytuacji przedmiotem udzielania są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, dlatego niemożliwy jest samodzielny nimi obrót i dalsze ich udzielanie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, a wykonawca winien przedłożyć wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Po pierwsze przepisy prawa tego nie wymagają, a wręcz dopuszczają każdą formę stosunku łączącego wykonawcę i inny podmiot a nadto, mimo iż faktycznie oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osobowego dla realizacji takiego przedsięwzięcia jak przedmiotowe jest mało prawdopodobne bez współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela lub dysponenta opisanego potencjału to jednak nie jest to zupełnie niemożliwe, dlatego każda wersja współpracy jest dopuszczalna. Mając na uwadze przyznaną na rozprawie przez przystępującego okoliczność, iż podwykonawcą części przedmiotu zamówienia w zakresie – instalacji wyposażenia, usługi szkolenia, serwisu i wsparcia technicznego, będzie podmiot udostępniający swój potencjał, Izba nie miała wątpliwości, iż złożone zobowiązanie tego podmiotu było wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba oddaliła również zarzut dotyczący wadliwej formy poświadczenia za zgodność z oryginałem złożonego w ofercie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy przez podmiot trzeci. Izba nie znalazła podstaw dla przyjęcia jako uzasadnionego treścią przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, twierdzenia o braku możliwości poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego przez wykonawcę składającego ofertę. Sam odwołujący zwracał uwagę na dopuszczalność różnej interpretacji przepisu rozporządzenia, co Izba również uwzględniła, dopuszczając złożenie dokumentu w kopii poświadczony tak przez sam podmiot, którego dokument dotyczy, jak również wykonawcę (w którego władaniu znajdował się oryginał dokumentu).

Mając na uwadze poczynione w pierwszej części ustalenia, które doprowadziły do uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp i nakazała w toku ponownej oceny ofert odrzucenie oferty Lek S.A.

Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) i obciążyła kosztami postępowania przystępującego. Izba zasądziła na rzecz odwołującego koszty poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania, zaliczanego na podstawie § 3 ust. 1 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....