Sygn. akt: KIO 214/12

WYROK

z dnia 13 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2012 r. przez wykonawcę Sysmex Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szpital Kolejowy im. dr med. Wł. Roeflera SP ZOZ w Pruszkowie
przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego Abbott Laboratories Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Sysmex Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Sysmex Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 214/12

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„dzierżawa aparatu hematologicznego i dostawa odczynników do oznaczania morfologii krwi”,* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia wynosi 204.601 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 22 grudnia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 342887-2011.

Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2012 r., za pomocą poczty elektronicznej, przekazał Wykonawcom, którzy złożyli oferty, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 1 lutego 2012 r. Odwołujący, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego i w konsekwencji wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, złożonej przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wnosząc o *uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty z postępowania i przywrócenie jej do przetargu, następnie dokonanie jej oceny, wybór i podpisanie umowy z odwołującym*.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zawarł następującą argumentację:

Analizator Sysmex XT-2000i dokonuje pomiaru # oraz % retykulocytów oraz płytek metodą optyczną w tym samym kanale pomiarowym Ret. Oznaczenie retykulocytów i płytek metodą optyczną odbywa się w tym kanale jednocześnie, przy użyciu tego samego odczynnika Retsearch II. Odczynnik Retsearch II posiada stabilność 60 dni po otwarciu, przed otwarciem 6 miesięcy. Zaoferowana ilość odczynnika Retsearch II, gwarantuje zatem Zamawiającemu ciągłość pracy z zapewnieniem stabilności po otwarciu i zapewni wykonanie zakładanej ilości płytek optycznych i retykulocytów i została oszacowana zgodnie z zapisami SIWZ.

Materiał kontrolny dostarczany jest kwartalnie zgodnie z harmonogramem dostaw, ważność materiału kontrolnego przed otwarciem wynosi 3 miesiące. Zgodnie z procedurą postępowania z materiałem kontrolnym oraz praktyczną wiedzą na temat stabilności materiału kontrolnego, krew kontrolna zachowuje stabilność do 3 miesięcy po otwarciu, tak więc zaoferowana ilość materiału kontrolnego na 3 lata gwarantuje Zamawiającemu ciągłość pracy z zapewnieniem stabilności po otwarciu i została oszacowana zgodnie z zapisami

SIWZ. Sysmex Polska Sp. z o.o. składając ofertę spełniła wszystkie podstawowe wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia. Wszystkie odczynniki i materiały zostały skalkulowane w sposób pozwalający Zamawiającemu wykonać wyspecyfikowane i opisane oznaczenia zgodnie z zapisami SIWZ. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego jest w oczywisty sposób pozorne, nieuzasadnione i bez podstawy merytorycznej. To Wykonawca posiada wiedzę jaka jest konieczna ilość komponentów, która pozwala wykonać zamówienie; szacunki Zamawiającego są oparte o błędne założenie. Sysmex Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie spełnił wszystkie wymagane warunki opisane w SIWZ, spełniając tym wszystkie wymagane parametry oferowanego analizatora, stąd uzasadnienie odrzucenia oferty jest dla Sysmex Polska Sp. z o.o. jest – w ocenie Odwołującego - nie do przyjęcia.

Argumentem za dokonaniem wyboru oferty Sysmex Polska Sp. z o.o. jest również różnica w zaoferowanej kwocie brutto przez Sysmex Polska Sp. z o.o. vs. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. (2 906,61 zł brutto), stwarzająca Zamawiającemu sytuację zdecydowanie korzystniejszą z punktu widzenia ekonomicznego, a przede wszystkim finansowego w okresie całego okresu dzierżawy analizatora.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podkreślił, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie wskazał przedmiot zamówienia (posiłkując się tabelą asortymentowo - ilościową stanowiącą załącznik nr 2 do SIWZ) oraz czas realizacji zamówienia (3 lata). Ponadto we wskazanej tabeli asortymentowo-ilościowej w poziomych rubrykach jest wskazany dokładnie okres czasu realizacji zamówienia tj. „Ilość oznaczeń na 3 lata", „ilość opakowań na 36 miesięcy", „wartość na 36 miesięcy brutto", „wartość na 36 miesięcy netto". W związku z tym SIWZ w sposób jednoznaczny precyzowała przedmiot zamówienia i jego zakres. Zgłoszona przez Odwołującego się wykonawcę oferta nie odpowiadała treści SIWZ gdyż zawarta ilość opakowań (fiolek) materiału kontrolnego jest nie wystarczająca na cały wskazany w SIWZ okres wykonywania umowy. Zgodnie z opinią Laboratorium zamawiającego, zaoferowana ilość materiału kontrolnego, w świetle deklarowanej przez producenta przydatności wynoszącej 7 dni po otwarciu opakowania, jest niewystarczająca dla określonego w SIWZ okresu realizacji dostaw tj. 3 lata. Zaoferowana przez Zamawiającego liczba fiolek (opakowań) materiałów kontrolnych ujętych w poz.4, 5 i 6 tabeli asortymentowo-ilościowej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ (po 18 na każdym poziomie materiału kontrolnego) wynosi łącznie 54 (3x18). Biorąc pod uwagę wskazaną deklarowaną przydatność materiału po otwarciu opakowania czyli 7 dni, zaoferowanego materiału kontrolnego starczy zaledwie na 378 dni (niewiele ponad 1 rok), zaś Zamawiający potrzebuje dostaw na okres 3 lat, a więc 1096 dni. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, treść oferty Wykonawcy nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadniało odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. l pkt 2 Prawa zamówień publicznych

wobec jednoznacznego sprecyzowania w SIWZ przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołał się na uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 25.10.2010 r. (KIO 2220/10): „*Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego 1 opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom...*" oraz z dnia 30.07.2010 r. (KIO 1484/10): „*Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień SIWZ. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego, rozumianej jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia.*" Zdaniem Zamawiającego, oferta wykonawcy Sysmex Polska sp. z o.o. nie była zgodna z merytorycznymi oczekiwaniami zamawiającego jednoznacznie określonymi w SIWZ. Wskazany w odwołaniu argument, iż „*zgodnie z procedurą postępowania z materiałem kontrolnym oraz praktyczną wiedzą na temat stabilności materiału kontrolnego krew kontrolna zachowuje stabilność do 3 miesięcy po otwarciu*" jest dla zamawiającego bez znaczenia. Zamawiający oraz podmioty kontrolujące zamawiającego są związane i zwracają uwagę jedynie na pisemną gwarancją producenta a nie bliżej nie określoną procedurę postępowania czy praktyczną wiedzę. Gwarancja producenta jest w tej mierze wiążąca. Zamawiający na podstawie Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych z dnia 23 marca 2006 r. (Dz.U. z 2006 r., Nr 61, poz. 435) zobowiązany jest do ścisłego prowadzenia systematycznych kontroli jakości a ponadto z uwagi na posiadanie Akredytacji Ministra Zdrowia i certyfikatu jakości ISO podlega ciągłym kontrolom. Użycie zaoferowanej przez wykonawcę materiału kontrolnego zgodnie z sugestią wykonawcy zawartą w odwołaniu poza tym, iż niezgodne z SIWZ narażałoby zamawiającego na dalsze negatywne konsekwencje np. kary finansowe a także, w przyszłości, roszczenia odszkodowawcze ze strony pacjentów. Zamawiający podał, iż Odwołujący nie skorzystał z możliwości przewidzianej w ustawie i nie składał zapytań do treści załącznika nr 2 (tabeli asortymentowo-ilościowej), co świadczy, iż był on dla niego jednoznaczny. Zdaniem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 14.09.2010 r. (KIO 1867/10) „*Zwrócenie się o wyjaśnienia treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem, jednak ryzyko nieprawidłowej interpretacji SIWZ i sporządzenia oferty niezgodnej z jej wymaganiami obciąża wykonawcę. Tym samym w jego interesie jest uzyskanie pełnej i wyczerpującej wiedzy co do wymagań stawianych przez zamawiającego...*" Tym samym wykonawca nie występując z zapytaniami do załącznika nr 2 i nieprawidłowo interpretując SIWZ sporządził niezgodną z SIWZ (w tym załącznikiem nr 2) ofertę i obciąża to jedynie jego. Drugi wykonawca biorący udział

w przetargu złożył ofertę zgodną z SIWZ co świadczy o tym, iż jej zapisy były jednoznaczne i wystarczały do sporządzenia prawidłowej czyli zgodnej z SIWZ oferty.

Wskazany w odwołaniu argument ekonomiczny, który zdaniem Odwołującego wykonawcy przemawiał za wyborem jego oferty (jego oferta była tańsza o około 3000 zł) jest – zdaniem Zamawiającego – chybiony: po pierwsze cena nie była jedynym kryterium w tym przetargu. Po drugie, w sytuacji gdy oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu, bez znaczenia jest zawarta w ofercie cena choćby była ona niższa od oferty Wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako dzierżawa aparatu hematologicznego wraz z dostawami odczynników do oznaczania morfologii krwi dla Szpitala Kolejowego SP ZOZ w Pruszkowie. Zamawiający zastrzegł także, że wykonawca będzie sukcesywnie dostarczał odczynniki laboratoryjne, zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego według specyfikacji asortymentu określonego i opisanego parametrami wymaganymi w tabelach asortymentowo - ilościowych, stanowiących załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt III.6) ogłoszenia oraz pkt VI D ppkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą tabeli asortymentowo - ilościowej wypełnionej i podpisanej przez wykonawcę - załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (również w wersji elektronicznej na płycie CD).

W załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zamieścił tabelę asortymentowo – ilościową, zawierającą wymagane odczynniki, a także ilość planowanych oznaczeń na 3 lata, dla których wykonania w tym okresie wykonawcy mieli zaoferować odpowiednią ilość odczynników. Rzeczą wykonawców było podać w tabeli asortymentowo – ilościowej, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujące, właściwe dla oferowanych odczynników ilości: wielkość oferowanego opakowania, cena opakowania netto, cena opakowania brutto, ilość opakowań na 36 miesięcy, wartość na 36 miesięcy netto, wartość na 36 miesięcy brutto, nr katalogowy i nazwę handlową odczynnika.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący w tabeli asortymentowo – ilościowej podał następujące ilości oferowanego odczynnika Retsearch II:

- do oznaczania poziomu retikulocytów – oferowane opakowanie 1 L 12 ml – 1 opakowanie na 36 miesięcy (poz. 3 tabeli);
- w celu oznaczania poziomu płytek metodą optyczną - oferowane opakowanie 1 L 12 ml – 22 opakowania na 36 miesięcy (pozycja 2 tabeli).

Odwołujący zaoferował także następujące ilości materiału kontrolnego (pozycje 4, 5 i 6 tabeli asortymentowo – ilościowej):
- kontrola L – wielkość opakowania 1 x 4,5 ml – 18 opakowań na 36 miesięcy (poz. 4 tabeli);
- kontrola M - wielkość opakowania 1 x 4,5 ml – 18 opakowań na 36 miesięcy (poz. 5 tabeli);
- kontrola H - wielkość opakowania 1 x 4,5 ml – 18 opakowań na 36 miesięcy (poz. 6 tabeli).

Dowód: oferta Odwołującego.

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2012 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie terminu ważności zaproponowanego odczynnika do retykulocytów przed otwarciem i po otwarciu opakowania a także w zakresie terminu ważności zaproponowanych materiałów kontrolnych przed otwarciem i po otwarciu każdej fiolki materiału kontrolnego.

Dowód: pismo Zamawiającego z 9 stycznia 2012 r.

W odpowiedzi Odwołujący podał, iż odczynnik Retsearch II do oznaczania retykulocytów posiada stabilność 60 dni po otwarciu, przed otwarciem 6 miesięcy a także, iż materiał kontrolny dostarczany jest kwartalnie zgodnie z harmonogramem dostaw, ważność materiału kontrolnego przed otwarciem wynosi 3 miesiące. Zgodnie z procedurą postępowania z materiałem kontrolnym oraz praktyczną wiedzą na temat stabilności materiału kontrolnego, krew kontrolna zachowuje stabilność do 3 miesięcy po otwarciu, tak wiec zaoferowana ilość materiału kontrolnego na 3 lata gwarantuje Zamawiającemu ciągłość pracy z zapewnieniem stabilności po otwarciu i została oszacowana zgodnie z zapisami SIWZ.

W dniu 11 stycznia 2012 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego *o przesłanie oryginalnych ulotek bądź katalogów dotyczących zaproponowanych materiałów kontrolnych zawierających terminy ważności przed otwarciem fiolek i po otwarciu fiolek materiału kontrolnego.*

Dowód: pismo Zamawiającego z 11 stycznia 2012 r. w postaci korespondencji elektronicznej

Odwołujący w odpowiedzi powołał się na brzmienie rozdziału VI pkt C lit e specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający wymagał oświadczenia o spełnianiu podstawowych wymagań, wskazując, że takie oświadczenie zostało złożone. Odwołujący podkreślił, że *Zamawiający nie może żądać dokumentów nie ujętych w ogłoszeniu i SIWZ, gdyż działanie takie nie ma podstawy prawnej oraz nie może za sobą pociągać rygoru wykluczenia lub odrzucenia oferty.* Jednocześnie Odwołujący złożył ulotkę dotyczącą oferowanego materiału kontrolnego.

Dowód: odpowiedź Odwołującego z dnia 13 stycznia 2012 r.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając ją za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający podał: *firma Sysmex zaoferowała po 18 fiolek na 3 poziomach materiału kontrolnego (poz. 4, 5, 6 tabeli asortymentowo – ilościowej, załącznik nr 2). 18 x 3 daje nam 54 fiolki. Deklarowana przydatność do użycia po otwarciu opakowania jest 7 dni. Jest to zdecydowanie za mało, ponieważ umowa ma być zawarta na 3 lata, tj. 1096 dni. Medyczne laboratoria diagnostyczne muszą prowadzić systematyczną kontrolę jakości. Zobowiązuje nas do tego Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2006 r.: Standardy jakości w zakresie czynności laboratoryjnej diagnostyki medycznej, w tym immunologicznej oceny ich jakości i wartości diagnostycznej oraz laboratoryjnej interpretacji i autoryzacji wyników badań oraz dobra praktyka laboratoryjna, z.p.zm. Jeśli wykonawca ma wątpliwości, co do ścisłości zapisów w SIWZ powinien zadać pytania przed przysłaniem oferty. Firma oferująca odczynniki powinna zadeklarować ilości odczynnika <u>według terminów ważności gwarantowanych przez producenta</u> a nie opierać się na terminach „w praktyce", gdyż jest to określenie nieprecyzyjne i nie może być brane pod uwagę w takiej sytuacji.*
Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2012 r.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego wraz z jej wyjaśnieniami, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Sporną w sprawie jest kwestia, czy Odwołujący zaoferował wystarczającą ilość odczynnika do oznaczania materiału kontrolnego. Odwołujący zaoferował łącznie 54 opakowania materiału kontrolnego (kontrola L, kontrola M i kontrola H – po 18 opakowań każdego odczynnika – poz. 4, 5 i 6 tabeli asortymentowo – ilościowej w ofercie Odwołującego). Argumentacja odwołania dotycząca zaoferowania właściwej ilości

odczynnika do oznaczania poziomu retykulocytów pozostaje bez znaczenia, wobec faktu, że podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie było zaoferowanie zbyt niskiej ilości tego odczynnika, ale materiału kontrolnego.

Materiał kontrolny (krew kontrolna) e-CHECK (XE) - jak wynika z treści ulotki złożonej na wezwanie Zamawiającego a także ulotki złożonej na rozprawie – jest materiałem pochodzącym z krwi ludzkiej. Zawiera on *stabilizowane ludzkie krwinki czerwone, ludzkie krwinki białe i sztuczne płytki krwi człowieka w roztworze soli fizjologicznej.*

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyraził wymaganie, by wykonawcy zaoferowali taką ilość odczynników do analizatora będącego przedmiotem dzierżawy, by wystarczyło ich na cały okres trwania umowy, tj. na 36 miesięcy. Zamawiający bowiem w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącym tabelę asortymentowo - ilościową zawarł informacje, z których wynika, na jaki okres czasu należy dostarczyć odczynniki, w tym materiał kontrolny: *„Ilość oznaczeń na 3 lata", „ilość opakowań na 36 miesięcy", „wartość na 36 miesięcy brutto", „wartość na 36 miesięcy netto"*. W pkt III *Opis przedmiotu zamówienia,* ppkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał przy tym, iż *Terminy ważności przysyłanych odczynników nie powinny być krótsze niż 2/3 całego terminu ważności.*

Rzeczą wykonawców było zatem, oszacować niezbędną ilość odczynników, odpowiednio do oferowanego analizatora, sposobu jego działania i zapotrzebowania na odczynniki i podać ich ilość w tabeli asortymentowo – ilościowej, według załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie sposób w tych okolicznościach przyjąć, by specyfikacja istotnych warunków zamówienia była nieprecyzyjna. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia opracowana na użytek przedmiotowego postępowania wyraźnie wskazuje, że obowiązkiem wykonawców jest zaoferowanie odczynników oraz materiału kontrolnego na okres 3 lat. Powyższe oznacza tyle, że rzeczą wykonawców jest założenie takiej ilości odczynników i materiału kontrolnego, by przez całe trzy lata Zamawiający nieprzerwanie miał je zapewnione w celu prowadzenia badań. Nie jest także tak, że zapewnienie właściwej ilości odczynników oraz materiału kontrolnego miało się odbyć na podstawie znanej z praktyki trwałości i przydatności tych środków, niezależnie od wartości deklarowanych przez ich producentów. Nie ulega wątpliwości, że dostawa jest realizowana na potrzeby jednostki obowiązanej do świadczenia usług medycznych, oraz że środki służą do analiz na potrzeby medyczne. Zamawiający wymaga, by oferowane środki spełniały standardy właściwe dla celów, jakim mają służyć: w pkt VI Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ppkt C specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymaga złożenia świadectwa dopuszczenia

do obrotu i stosowania wymaganego prawem, zgodnie z obowiązującą ustawą o wyrobach medycznych, deklarację zgodności CE producenta na odczynniki i części zużywalne na aparatu, karty charakterystyki substancji niebezpiecznych – po wygraniu przetargu, spełniające wymagania określone w *Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 5 marca 2009 r. w sprawie oznakowania opakowań substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz niektórych preparatów chemicznych*. W § 3 pkt 10 wzoru umowy, Zamawiający konsekwentnie zastrzegł, że wykonawca prześle wraz z umową wydrukowane karty charakterystyki substancji zawartych w proponowanych odczynnikach, przy czym karty te maja zawierać informacje zgodne z *Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 5 marca 2009 r. w sprawie oznakowania opakowań substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz niektórych preparatów chemicznych.*

Wymagań dotyczących odczynników oraz materiału kontrolnego nie można zatem rozpatrywać w oderwaniu od informacji podawanych przez producentów jako okres ważności, przydatności do użytku zgodnie z przeznaczeniem i bez zmniejszenia działania odczynnika lub materiału kontrolnego.

W analizowanej sprawie, Zamawiający ustalił na podstawie daty przydatności materiału kontrolnego deklarowanej przez producenta, w oparciu o ulotkę złożoną przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego, że po otwarciu opakowania materiał kontrolny ma przydatność 7 dni. Z treści tej ulotki wynika, iż *e-CHECK (XE) należy przechowywać w lodówce (zalecana temperatura + 2 do + 8ºC) przed i o otwarciu próbki. W takich warunkach materiał e-CHECK (XE) pozostanie stabilny do momentu upływu daty ważności podanej na opakowaniu i fiolkach i wynosi 3 miesiące. Po otwarciu producent gwarantuje niezmienność parametrów oznaczanych przez co najmniej 7 dni. W praktyce materiał kontrolny zachowuje stabilność przez ok. 3 miesięcy po otwarciu pod warunkiem jego właściwego użytkowania.* Zamawiający, przy przyjęciu zdatności do użycia materiału kontrolnego przez 7 dni i zaoferowanej jego ilości łącznie 54 opakowań wyliczył, że materiału kontrolnego zaoferowanego przez Odwołującego wystarczy zaledwie na 378 dni (54 opakowania x 7). Niewątpliwym jest przy tym, że Zamawiający postawił wymaganie dostarczenia materiału kontrolnego na okres 36 miesięcy, czyli około 1096 dni.

W okolicznościach analizowanej sprawy zgodzić się należy, że ilość zaoferowanych odczynników, w tym materiału kontrolnego wykonawcy byli obowiązani przyjąć dla 36 miesięcznego okresu trwania umowy z założeniem takiej ich trwałości, ważności i zdatności do użycia, jaka wynika z informacji oficjalnie podawanych przez producenta w dokumentach dotyczących oferowanego środka (przykładowo instrukcji używania, katalogów, ulotek informacyjnych, przeprowadzonych badań). Okoliczność, że Zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych źródeł prawa, którym zadość

mają czynić oferowane odczynniki i materiał kontrolny nie oznacza, że dopuszczona została możliwość zaoferowania ilości tych środków z uwzględnieniem ich używania przez okres dłuższy, aniżeli podawany przez producenta jako termin zdatności do użytku w sposób zgodny z przeznaczeniem, bez zmniejszenia właściwości używanego materiału. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymaganie, by zaoferowana została ilość odczynników i materiału kontrolnego, zabezpieczająca w kolejnych dostawach okres 3 lat użytkowania aparatu, w tym że dostarczane każdorazowo środki muszą być „świeże" – to jest ogólny termin ważności przesyłanych odczynników nie powinien być krótszy niż 2/3 całego terminu ważności. Powyższe oznacza, że nie jest tutaj dopuszczona swoboda w zakresie terminu używania materiału kontrolnego, niezależnie od terminów podawanych przez producenta, zaś zakres oferowanego przedmiotu ma uwzględniać przeznaczenie do analizy medycznej oraz wynikające z tego regulacje.

W treści złożonej przez Odwołującego ulotki producent wskazał, iż gwarantuje niezmienność parametrów oznaczanych przez co najmniej 7 dni, co oznacza, że po tym czasie producent nie zapewnia pełni walorów materiału kontrolnego i niezmienności parametrów oznaczanych. O ile, istotnie, w ulotce wskazano, iż gwarancja niezmienności parametrów oznaczanych wynosi „co najmniej" siedem dni, to przy takiej treści ulotki nie sposób wnioskować, by zasadnym było przyjęcie, znacząco dłuższej aniżeli 7-dniowa gwarancji niezmienności parametrów. Nie może przy tym być uznana za uzasadniającą przyjęcie dłuższego terminu stosowania materiału dalsza treść ulotki, zgodnie z którą: *W praktyce materiał kontrolny zachowuje stabilność przez ok. 3 miesięcy po otwarciu pod warunkiem jego właściwego użytkowania.* Rzeczywista stabilność materiału, jaką można osiągnąć stosując materiał po upływie 7 dni, nie może być brana pod uwagę, wobec wcześniejszego wskazania, iż producent *gwarantuje niezmienność parametrów oznaczanych przez co najmniej 7 dni.* Stabilność materiału kontrolnego „w praktyce" nie jest tożsama z jego pełną zdolnością i przydatnością do badań, jaka jest gwarantowana przez producenta. Zgodnie bowiem z treścią ulotki, jakkolwiek producent materiału kontrolnego informuje o zachowywanej przez ten materiał stabilności w praktyce przez ok. 3 miesięcy, to gwarantuje jego pełne działanie (niezmienność parametrów) tylko przez „co najmniej" 7 dni.

Przyjęcie, że podany termin co najmniej 7 dni gwarantowanej niezmienności parametrów należy utożsamiać z okresem stabilności, jaką ten materiał zachowuje „w *praktyce" (przez ok. 3 miesięcy po otwarciu pod warunkiem jego właściwego użytkowania),* oznaczałoby, że materiał kontrolny, prawidłowo przechowywany posiada stabilność do upływu daty ważności, wynoszącej 3 miesiące, przy czym po otwarciu fiolki, pod warunkiem właściwego użytkowania, ta stabilność „w praktyce" nadal jest zachowana przez ok. 3 miesięcy. Dla wartości diagnostycznej – stabilności materiału kontrolnego nie miałoby zatem

znaczenia otwarcie opakowania, skoro ta stabilność, wynosząca 3 miesiące nadal ma się utrzymywać mimo otwarcia fiolki. W tych warunkach nie miałaby także żadnego znaczenia deklaracja podawana w ulotce przez producenta, iż *gwarantuje niezmienność parametrów oznaczanych przez co najmniej 7 dni.*

Nie sposób uwzględnić argumentacji Odwołującego, iż *zgodnie z procedurą postępowania z materiałem kontrolnym oraz praktyczną wiedzą na temat stabilności materiału kontrolnego, krew kontrolna zachowuje stabilność do 3 miesięcy po otwarciu*. Miarodajny dla oceny przydatności i zdolności do zastosowania dla celów przewidzianych przez Zamawiającego może być jedynie okres przydatności materiału podawany przez producenta na opakowaniu, jako gwarantowany w zakresie niezmienności parametrów oznaczanych. Ten zaś, jak wynika ze złożonej ulotki wynosi „co najmniej 7 dni" (czyli około 4 opakowania na miesiąc), co nie pozwala przyjąć znacząco dłuższego okresu, a w każdym razie okresu założonego przez Odwołującego przy zaoferowanej ilości materiału kontrolnego (łącznie 54 opakowania), to jest jednego opakowania na dwa miesiące dla każdego z poziomów kontroli: L, M i H.

Z tych względów nieuniknioną i poprawną jest ocena przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego Sysmex Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, skoro Zamawiający wymagał zaoferowania takiej ilości odczynników i materiału kontrolnego, by zapewnić opisaną w załączniku nr 2 do specyfikacji – tabeli asortymentowo – ilościowej ilość oznaczeń w okresie 3 lat.

Nie dyskwalifikuje tej oceny okoliczność, że informacje o okresie gwarantowanej niezmienności parametrów oznaczanych pochodzą z ulotki, której złożenia Zamawiający nie wymagał od wykonawców. Istotnie, Zamawiający w pkt VI C ppkt e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia jedynie *oświadczenia o spełnianiu podstawowych wymagań* – według załącznika nr 5 do specyfikacji. Załącznik ten, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego, wymienia w 26 punktach cechy i właściwości analizatora. Zamawiający nie postawił też oczekiwania, by wykonawcy wraz z ofertą składali ulotki, katalogi czy instrukcje używania lub inne tego rodzaju dokumenty.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający wystosował takie wezwanie w zakresie terminów ważności materiału kontrolnego przed i po otwarciu fiolek w dniu 9 stycznia 2012 r. Kolejne wezwanie dotyczyło złożenia oryginalnych ulotek bądź katalogów, dotyczących zaproponowanych materiałów kontrolnych zawierających terminy ważności przed otwarciem fiolek i po otwarciu fiolek

materiału kontrolnego. Podkreślenia wymaga, że zasadą jest, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający może oczekiwać złożenia jedynie tych dokumentów, których wymaganie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść wezwania Zamawiającego o złożenie ulotek wskazuje, iż jego przedmiotem jest uzyskanie informacji w zakresie treści oferty, to jest terminów ważności materiału kontrolnego przed otwarciem fiolek i po otwarciu fiolek. W tych okolicznościach, wobec braku żądania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów w postaci ulotek, wskazane wezwanie do ich złożenia nie mogłoby pociągać negatywnych skutków dla wykonawcy w razie ich niezłożenia. Odwołujący złożył taką ulotkę, dostrzegając zarazem brak uprawnienia Zamawiającego do skutecznego, tj. obarczonego rygorami wynikającymi z ustawy żądania takiego dokumentu. Złożenie przez Odwołującego ulotki, w kontekście treści wezwania nawiązującego do terminów ważności materiału kontrolnego przed otwarciem fiolek i po otwarciu fiolek, mieści się w zakresie wyjaśnienia treści oferty - zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego kwestiami do wyjaśnienia.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że Odwołujący złożył w postępowaniu o zamówienie publiczne ulotkę dotyczącą materiału kontrolnego, że uczynił to w związku z wezwaniem Zamawiającego nawiązującym do treści oferty - terminów ważności przed otwarciem fiolek i po otwarciu fiolek materiału kontrolnego i w celu wykazania, czy te terminy odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie sposób pomijać tego dokumentu przy ocenie oferty. Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest bowiem wyczerpanie pewnego stanu formalnego, uzyskanie przez Zamawiającego pewnego kompletu dokumentów – tak jak zostały one wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale uzyskanie przez zamawiającego przekonania, że złożona oferta odpowiada na wymagania postawione treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że jest z nią zgodna.

Jeśli zatem Zamawiający, na podstawie całokształtu dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu uzyska podstawy do uznania, że oferta nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie jest zobligowany do przyjęcia oferty za zgodną ze specyfikacją jedynie dlatego, że nie żądał danego dokumentu dla potwierdzenia zgodności oferty ze specyfikacją. Zamawiający może bowiem polegać jedynie na oświadczeniach wykonawcy, zaś oceny oferty dokonywać na podstawie własnego profesjonalnego osądu i wiedzy merytorycznej o oferowanym przedmiocie, z pomocą biegłego – po myśli art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy posiłkując się innymi źródłami. Stąd sam fakt, że dokument nie był wymagany w postępowaniu nie determinuje jeszcze, że nie może być on uwzględniany przy ocenie oferty, szczególnie w okolicznościach, że pochodzi od zainteresowanego wykonawcy i może mieścić się w zakresie wyjaśnienia oferty. Odwołujący złożył na rozprawie ulotkę dotyczącą materiału

kontrolnego o nieco zmienionej treści w stosunku do tej, jaką złożył w postępowaniu o zamówienie publiczne na wezwanie Zamawiającego – jest to ulotka w wersji zaktualizowanej na rok 2011 (rev. 2011/08), podczas gdy złożona w postępowaniu pochodzi z 2010 r. (wersja 7.1-2010). Odwołujący wyjaśnił powyższe, że złożona wobec Zamawiającego ulotka zawiera informacje w zakresie będącym przedmiotem zapytania Zamawiającego, to jest ważności materiału przed i po otwarciu fiolek. Powyższe potwierdza ocenę, że złożenie tej ulotki winno być rozpatrywane właśnie w kontekście wyjaśnienia kwestii ważności i zdatności do użytku materiału kontrolnego po otwarciu opakowania (fiolki). Złożona na rozprawie ulotka powyższej ocenie nie zaprzecza. Zawarto w niej, w części dotyczącej przechowywania i trwałości informację, zgodnie z którą *e-CHECK (XE) należy przechowywać w lodówce (zalecana temperatura + 2 do + 8 ℃) przed i po otwarciu próbki. W takich warunkach materiał e-CHECK (XE) pozostanie stabilny do momentu upływu daty ważności podanej na opakowaniu i fiolkach.* Z tej informacji nie wynika gwarantowana przez producenta zdatność do użytku po otwarciu fiolki, zatem nie można wnioskować, by z tej ulotki wynikał wniosek przeciwny do informacji podanej w ulotce złożonej przez Odwołującego wobec Zamawiającego.

Nie może zostać także uznany za potwierdzający termin przydatności do użytku po otwarciu opakowania gwarantowany przez producenta, złożony przez Odwołującego na rozprawie *Harmonogram dostaw krwi kontrolnej mianowanej e-CHECK (XE)*. Wynika z niego, że dostawy do polski tego materiału odbywają się z częstotliwością niespełna dwóch miesięcy i że terminy ważności dostarczanego materiału w każdej partii będącej przedmiotem dostawy wynoszą ponad dwa miesiące (około dwóch miesięcy i tygodnia od daty dostawy). Data ważności oraz rekomendowana data użytkowania nie odnoszą się do gwarantowanej przez producenta zdatności do użytku - niezmienności parametrów oznaczanych po otwarciu opakowania. Nie stanowi także takiego potwierdzenia złożone przez Odwołującego oświadczenie pochodzące z Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Szpitala, Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej w Grodzisku Mazowieckim, zgodnie z którym krew kontrolna dostarczana jest przez Odwołującego w partiach produkcyjnych kolejnych serii co dwa miesiące i że zgodnie z oświadczeniami Sysmex jedna fiolka każdego z poziomów (L, N i H) to ilość wystarczająca na okres 2 miesięcy, zarówno pod względem terminu ważności jak i stabilności. Okoliczność, że w ocenie innego podmiotu wykonującego badania, jego zapotrzebowanie na krew kontrolną jest realizowane dostawami co dwa miesiące oraz że jedna fiolka w jego działalności wystarcza pod względem terminu ważności i stabilności parametrów na dwa miesiące nie odnosi się do terminu ważności zgodnego z deklaracjami producenta po otwarciu opakowania.

Stąd za zasadną uznano ocenę Zamawiającego, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodność oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie może być również rozważana przez pryzmat obowiązku poprawienia oferty z zastosowaniem instrumentów przewidzianych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ewentualna poprawa tej niezgodności prowadziłaby do istotnej zmiany w treści oferty, czemu sprzeciwia się brzmienie powołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z opisanych wyżej względów nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co determinowało oddalenie odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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).

Przewodniczący: