

Sygn. akt: KIO 930/15

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2015 r. przez wykonawcę **Centrum Diabetologii sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Diabetologii sp. z o.o. w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Diabetologii sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Centrum Diabetologii sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Szczecinie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa pasków do glukometrów wraz z jednorazowymi nakłuwaczami i glukometrami dla SPWSZ w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 kwietnia 2015 r., poz. 46847.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Centrum Diabetologii sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 5 maja 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo iż odpowiada ona przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i nie powinna podlegać odrzuceniu,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieuwzględnienie wyjaśnień odwołującego zaakceptowanych przez zamawiającego w analogicznym postępowaniu z roku 2014 oraz zaniechanie zweryfikowania tych wyjaśnień za pomocą posiadanych przez zamawiającego próbek złożonych przez odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jednym z wymagań zamawiającego sformułowanym w punkcie 2a załącznika 1A do SIWZ jest:

„dostarczone zostaną materiały kontrolne - 2 poziomy:

- poziom niski - poniżej 100 mg/dl, gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 30 mg/dl

- poziom wysoki - powyżej 100 mg/dl gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 100 mg/dl”.

Odwołujący wywiódł, że w skład systemu pomiarowego będącego przedmiotem postępowania wchodzi: glukometr - urządzenie elektroniczne z wyświetlaczem, paski do pomiaru glukozy, materiał kontrolny. Materiał kontrolny to roztwór glukozy produkowany w sposób powtarzalny przez producenta całego systemu pomiarowego zawierający określoną ilość glukozy. Dostarczony przez odwołującego materiał kontrolny posiada nominalną wartość 95 mg/dl, co zostało potwierdzone przez odwołującego w wyjaśnieniu z 17 kwietnia 2015 roku na wezwanie zamawiającego NZ/220/38/WO/2015 z dnia 16 kwietnia. Zamawiający mógł, ale nie sprawdził jakie wartości pomiaru można było uzyskać za pomocą dostarczonego przez odwołującego jako próbki do postępowania materiału kontrolnego o poziomie niskim oraz paskami i glukometrami. Takie badanie zostało w dniu 5 maja 2015 roku przeprowadzone przez odwołującego z wykorzystaniem pasków i materiału kontrolnego o poziomie niskim i numerach seryjnych materiału kontrolnego i pasków identycznych z numerami seryjnymi dostarczonymi jako próbki do zamawiającego. Wszystkie uzyskane w tym badaniu wyniki miały wartość niższą niż 100 mg/dl i potwierdzają w sposób jednoznaczny udzielone przez odwołującego wyjaśnienia. Zdaniem odwołującego, nieuwzględnienie wyjaśnień odwołującego z dnia 17 kwietnia 2014 roku oraz zaniechanie zweryfikowania tych wyjaśnień za pomocą udostępnionych próbek należy traktować jako naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający w analogicznym postępowaniu na taki sam przedmiot zamówienia ogłoszony i rozstrzygnięty w 2014 roku (znak sprawy NZ/220/35/2014) postawił literalnie taki sam wymóg. W postępowaniu z 2014 odwołujący prezentował dokładnie takie samo stanowisko w sprawie wartości nominalnej płynu kontrolnego o wartości niskiej, jakie zostało zajęte w obecnym postępowaniu. Wartość stężenia płynu kontrolnego o poziomie niskim w postępowaniu jest wręcz niższa i wynosi 95 mg/dl, podczas, gdy analogiczna wartość w postępowaniu z 2014 r. wynosiła 97 mg/dl. Zamawiający w postępowaniu z 2014 roku wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą akceptując tym samym rozumienie punktu 2a załącznika nr 1A do SIWZ oraz ugruntowując to rozumienie w tym postępowaniu. W konsekwencji odwołujący wywiódł, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia**

**SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwania zamawiającego z 16 kwietnia 2015 r. skierowane do odwołującego, odpowiedzi odwołującego na ww. wezwania z 17 kwietnia 2015 r., zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego i o unieważnieniu postępowania z 30 kwietnia 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, protokół badania systemu Superior z dnia 05.05.2015 r. załączony do odwołania, specyfikację istotnych warunków zamówienia na dostawę pasków do glukometrów wraz z jednorazowymi nakłuwaczami i glukometrami dla zamawiającego znak NZ/220/35/2014, fragmenty oferty i wyjaśnień odwołującego złożonych w ww. postępowaniu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z tego powodu, że uznał iż w postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Odwołujący kwestionował zasadność odrzucenia własnej oferty. W tej sytuacji ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego – jako jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu - mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że w świetle rozdziału III pkt 1-2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zw. z załącznikiem nr 1 do SIWZ przedmiotem zamówienia są:

a) paski do glukometrów,

- b) glukometry,
- c) nakłuwacze jednorazowe,
- d) materiał kontrolny do glukometrów 2 poziomy w 1 opakowaniu poziom niski i wysoki.

Zamawiający w pkt 2 załącznika 1a do SIWZ sprecyzował następujące wymogi odnośnie glukometrów:

*Glukometr oznakowany symbolem CE współpracujący z oferowanymi paskami, spełniającymi następujące parametry:*

- czas wykonania pomiaru – do 10 sekund
- objętość pobieranej krwi do badania – poniżej 2 mikrolitrów
- wynik wyrażony w mg/dl

*Glukometr spełniający wymagania Zamawiającego dotyczące dokładności – badania przy użyciu 2 wybranych losowo glukometrów przeprowadzone zostaną w Laboratorium Centralnym SPWSZ przez 2 kolejne dni:*

*a/ dostarczone zostaną materiały kontrolne – 2 poziomy:*

- poziom niski - poniżej 100 mg/dl, gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 30 mg/dl
- poziom wysoki – powyżej 100 mg/dl gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 100 mg/dl

*b/ wszystkie pomiary kontrolne (po 2 oznaczenia przez 2 kolejne dni) wykonane przy użyciu materiału kontrolnego dostarczonego przez Wykonawcę znajdują się w zakresie podanym przez producenta,*

*c/ 95 % pomiarów wykonanych we krwi pacjenta z wartością hematokrytu 30-55% (po 5 oznaczeń przez dwa kolejne dni) znajduje się w zakresie:*

*Dla stężeń poniżej 100 mg/dl :  $\pm 15$  mg/dl w porównaniu do wyniku uzyskanego metodą referencyjną.*

*Dla stężeń  $\geq 100$  mg/dl:  $\pm 15$  % w porównaniu do wyniku uzyskanego metodą referencyjną.*

*Metoda referencyjna: z heksokinazą, cobas 6000/ c501 firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z wykorzystaniem próbek hemolizowanych krwi pełnej. Wartości stężenia glukozy w osoczu wyrażone w jednostkach: mg/dl.*

W pkt 8 wzoru załącznika nr 1a do SIWZ zamawiający sformułował następujące wymogi odnośnie materiału kontrolnego (roztworów kontrolnych do glukometrów):

- opakowanie zawierające 2 poziomy: niski i wysoki (minimum po 2 ml z każdego poziomu)
- poziom niski - poniżej 100 mg/dl, gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 30 mg/dl

- poziom wysoki – powyżej 100 mg/dl gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 100 mg/dl

W załączniku nr 1 do SIWZ znajdują się następujące zapisy: Wykonawca zobowiązany jest do złożenia próbek:

- paski do glukometru - po dwa najmniejsze opakowania handlowe pochodzące z jednej serii
- materiały kontrolne: 2 poziomy, gdzie
  - poziom niski - poniżej 100 mg/dl i zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 30 mg/dl
  - poziom wysoki – powyżej 100 mg/dl i zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną stanowi nie więcej niż 100 mg/dl;
- glukometr – 3 sztuki

Zamawiający na etapie badania oferty zastrzega sobie prawo przetestowania dostarczonych przez Wykonawcę zaoferowanych wyrobów, celem potwierdzenia spełnienia wymagań opisanych w pozycji 1-3 w Załączniku nr 1A do SIWZ.

Ustalono także, że odwołujący zaoferował zamawiającemu dostawę płynu kontrolnego Superior producenta DELBio INC, nr kat. DAC06 (oferta asortymentowo-cenowa do przetargu, s. 3 oferty). Złożył oświadczenie, iż spełnia wymogi pkt 8 wzoru załącznika nr 1 do SIWZ (s. 4 oferty). Odwołujący złożył zamawiającemu próbki oferowanego materiału kontrolnego Superior DELBio INC DAC06. Na próbkach tych w przypadku poziomu niskiego znajduje się zakres opisany przez producenta od 80 do 110 mg/dl (okoliczność niesporna, oględziny próbek przeprowadzone na rozprawie).

Ustalono również, że pismem z 16 kwietnia 2015 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów opisujących przedmiot zamówienia (np. katalogi, strony katalogowe, foldery, ulotki informacyjne) w jęz. polskim dla oferowanych wyrobów tj. pasków i kontroli, ze wskazaniem w nim oferowanego asortymentu, potwierdzające spełnienie wymagań / parametrów opisanych w załączniku nr 1, 1a. Zamawiający wskazał m.in., że w ofercie została dołączona jedynie ulotka dotycząca glukometru i nakłuwaczy. Nie ma dokumentu potwierdzającego spełnianie np. (...) pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ (...).

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 17 kwietnia 2015 r., w którym w zakresie wymogu z pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ informuje, że zakresy dla płynów kontrolnych są wydrukowane na każdej fiołce z dostarczonymi paskami. Dla dostarczonych próbek pasków zakresy kształtują się następująco:

- a) *poziom niski – 80-110 mg/dl – zgodnie z SIWZ czyli w zakresie  $\pm 30$  mg/dl*
- b) *poziom normalny (w siwz określony jako wysoki) – 123 -192 mg/dl – zgodnie z SIWZ czyli w zakresie  $\pm 100$  mg/dl.*

*Stężenie glukozy zawarte w płynie kontrolnym przypada na „środek” zakresu wydrukowanego na fiolce z paskami, czyli odpowiednio na 95 mg/dl dla poziomu niskiego (zgodnie z SIWZ) oraz 158 mg/dl dla poziomu wysokiego (zgodnie z SIWZ).*

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy załączonymi próbkami materiału kontrolnego dla poziomu niskiego (LOW) i potwierdzeniem przez odwołującego spełnienia warunku granicznego określonego w pkt 8. Dostarczona próbka kontroli LOW ma zakres 80 – 110 mg/dl inny niż potwierdzono w pkt 8 warunku granicznego zał. nr 1a do SIWZ (nie mieści się poniżej 100 mg/dl).

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 17 kwietnia 2015 r., w którym informuje, iż *zakresy dla płynów kontrolnych są wydrukowane na każdej fiolce z dostarczonymi paskami. Dla dostarczonych próbek pasków zakresy kształtują się następująco:*

- a) *poziom niski – 80-110 mg/dl – zgodnie z SIWZ czyli w zakresie  $\pm 30$  mg/dl*
- b) *poziom normalny (w siwz określony jako wysoki) – 123 -192 mg/dl – zgodnie z SIWZ czyli w zakresie  $\pm 100$  mg/dl.*

*Stężenie glukozy zawarte w płynie kontrolnym przypada na „środek” zakresu wydrukowanego na fiolce z paskami, czyli odpowiednio na 95 mg/dl dla poziomu niskiego (zgodnie z SIWZ) oraz 158 mg/dl dla poziomu wysokiego (zgodnie z SIWZ).*

Ustalono także, że pismem z dnia 30 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający poinformował także odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swej czynności zamawiający przywołał wymóg dotyczący materiału kontrolnego z pkt 8 zał. nr 1a do SIWZ, tj. poziom niski – poniżej 100 mg/dl, gdzie zakres pomiędzy wartością minimalną a maksymalną stanowi nie więcej niż 30 mg/dl. Zamawiający argumentował, że wartość zaoferowanego przez odwołującego materiału kontrolnego poziomu niskiego jest wyższa od 100 mg/dl i nie spełnia warunku opisanego przez zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.



Zamawiający postanowił w SIWZ, iż jednym z elementem przedmiotu zamówienia jest dostawa 25 opakowań materiału kontrolnego (roztworów kontrolnych do glukometrów). Zamawiający sformułował także wymagania odnośnie oferowanego materiału kontrolnego. Jednym z wymagań, określonym w pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ, był obowiązek zaoferowania materiału kontrolnego, na który składają się opakowania zawierające dwa poziomy (niski i wysoki). Jak postanowił zamawiający, w przypadku poziomu niskiego – poziom ten musiał się kształtować poniżej 100 mg/dl, a ponadto zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną miał stanowić nie więcej niż 30 mg/dl.

Literalna wykładnia przywołanego postanowienia SIWZ prowadziła zatem do wniosku, że wymóg postawiony przez zamawiającego spełnia tylko taki materiał kontrolny, co do którego poziom nie przekracza 100 mg/dl, a jednocześnie zakres pomiędzy wartością minimalną i maksymalną nie przekracza 30 mg/dl.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że odwołujący zaoferował zamawiającemu materiały kontrolne, w których – w przypadku poziomu niskiego - wartość minimalna wynosiła 80 mg/dl, zaś maksymalna - 110 mg/dl. Powyższe wynikało także z wyjaśnień odwołującego z 17 kwietnia 2015 r. składanych zamawiającemu, jak również próbek materiałów, które okazano Izbie na rozprawie. Odwołujący wywodził, że w przypadku zaoferowanego przez niego materiału kontrolnego „wartość nominalna”, czyli „stężenie glukozy przypadające na środek zakresu”, miała wartość poniżej 100 mg/dl, co wynikało z dokumentu prywatnego - protokołu badania systemu Superior z dnia 05.05.2015 r. załączonego do odwołania. Na tej podstawie wywodził, że treść złożonej przez niego oferty odpowiada pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający nie posłużył się w pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ sformułowaniami „wartość nominalna”, czy „stężenie glukozy przypadające na środek zakresu”. Zamawiający wskazał, że wartość poziomu niskiego ma wynosić poniżej 100 mg/dl, a więc – przy braku sprecyzowania, że chodzi tu o wartość nominalną – dotyczyło to całego zakresu podawanego przez producenta, a więc nie tylko wartości nominalnej, ale i zarówno wartości minimalnej jak i maksymalnej. W konsekwencji zarówno wartość minimalna jak i maksymalna musiała mieścić się poniżej tego progu. Ponieważ treść oferty odwołującego była niezgodna z tym wymaganiem, gdyż wartość maksymalna (110 mg/dl) przewyższała wymagane 100 mg/dl, zatem zasadnie została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezasadnym okazał się również zarzut jakoby zamawiający zaniechał przeprowadzenia badania dostarczonych próbek materiału kontrolnego celem ustalenia ich „wartości nominalnej”. Zdaniem Izby oczekiwanie odwołującego nie znajdowało oparcia w treści SIWZ. Po pierwsze, zamawiający wyraźnie w załączniku nr 1 do SIWZ wskazał, że składane próbki służyć będą weryfikacji wymogów z pozycji 1-3 załącznika nr 1a do SIWZ.

Zamawiający wśród parametrów, które mają być weryfikowane, nie wymienił spornych wymogów z pkt 8 załącznika nr 1a do SIWZ. Po drugie, jak wynikało z postanowień pozycji 2 załącznika nr 1a do SIWZ, próbka materiału kontrolnego miała służyć wyłącznie do weryfikacji oferowanych glukometrów. Po trzecie zaś, zamawiający nigdzie w SIWZ nie sformułował żadnego parametru, który odnosić się miał do „wartości nominalnej”.

Podkreślenia wymagało również, że analiza zgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odnosić się miała do specyfikacji w postępowaniu w którym złożono tę ofertę. Opieranie tezy o zgodności oferty ze specyfikacją na tej podstawie, że zamawiający w ubiegłym roku nie odrzucił podobnej treściowo oferty uznając ją za zgodną ze zbliżoną treściowo specyfikacją ubiegłoroczną, było chybione. Dostrzeżenia wymagało, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na dostawę pasków do glukometrów wraz z jednorazowymi nakłuwaczami i glukometrami dla zamawiającego znak NZ/220/35/2014 materiał kontrolny nie był elementem przedmiotu zamówienia. Zamawiający w ub. r. wymagał dostarczenia jedynie kilku opakowań materiału, które miały jedynie posłużyć weryfikacji poprawności działania oferowanych glukometrów w laboratorium centralnym. Ponieważ jednak materiał kontrolny nie był elementem przedmiotu zamówienia, a tylko służył zbadaniu poprawności działania innej próbki, to zamawiający w ubiegłorocznym postępowaniu nie mógł odrzucić oferty złożonej przez odwołującego jako niezgodnej z SIWZ z powodu zaoferowania nieprawidłowego materiału. Uszło uwadze odwołującego, że odrzuceniu podlegają tylko takie oferty, których treść nie odpowiada treści SIWZ. Skoro materiał kontrolny nie był elementem przedmiotu zamówienia to jego ewentualne wady nie mogły prowadzić do niezgodności oferty ze specyfikacją. Zamawiający w ubiegłym roku co najwyżej mógł być uprawniony do odmowy przyjęcia w terminach wskazanych w specyfikacji materiału kontrolnego nie odpowiadającego jego wymaganiom, czego jednak nie uczynił.

Tymczasem materiał kontrolny na gruncie obecnej specyfikacji miał podwójne zastosowanie. Z jednej strony służyć miał ocenie poprawności próbek zaoferowanych glukometrów wykonywanej w laboratorium centralnym analogicznie jak w zeszłym roku. Z drugiej jednak strony był także przedmiotem zamówienia i służyć miał do bieżącej kontroli poprawności glukometrów dokonywanej w toku realizacji zamówienia na oddziałach zamawiającego. Na powyższe wskazywała choćby znacząco wyższa liczba opakowań tego materiału, przy mniejszej liczbie zamawianych glukometrów.

Tym samym wywodzenie, że w bieżącym roku podobna oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu wyłącznie w oparciu o ubiegłoroczne rozstrzygnięcie zamawiającego, było zbyt daleko idące. Ponadto nawet gdyby hipotetycznie założyć, że zamawiający w postępowaniu prowadzonym w ubiegłym roku popełnił błąd i zaniechał odrzucenia oferty

odwołującego, to nie oznaczało jeszcze, że obowiązany jest powielać analogiczny błąd w obecnie prowadzonym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż jej treść okazała się niezgodna z treścią SIWZ.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....