

Sygn. akt: KIO 1663/11

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Siemens sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Szpitala Klinicznego Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** kwotę **4.076 zł 00 gr** (słownie: czterech tysięcy siedemdziesięciu sześciu złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa (kupno) odczynników wraz z dzierżawą analizatorów i urządzeń pomiarowo-badawczych, dostawa sprzętu laboratoryjnego i materiałów do badań oraz dostosowanie pomieszczeń laboratoryjnych do potrzeb Laboratorium Nr 1 ul. Długa 1/ 2 i Laboratorium Nr 2 ul. Szamarzewskiego 82/84.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 26 stycznia 2011 r. nr 2011/S 17-026733.

W dniu 25 lipca 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w Warszawie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Siemens sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „przystępującym” oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a także wobec zaniechania dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego i zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 4 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniem zamawiającego odwołujący zarzucił:

- a) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- b) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- c) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp;

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia własnej oferty (zarzut I odwołania) odwołujący argumentował, że zaoferował jako podstawowy analizator cobas 6000. Wspomagającym w stosunku do niego jest Cobas Integra 400 plus. Obydwa urządzenia wykorzystują te same odczynniki. Najbardziej prawdopodobnym błędem, jest to, że zamawiający bezpodstawnie założył iż do oznaczeń elektrolitów (moduł ISE) wykorzystuje się odczynniki. Tymczasem moduł ISE nie pracuje na odczynnikach, wykorzystując jedynie

elektrody oraz płyny systemowe (tzw. materiały zużywalne). W ofercie odwołującego zostało to wyraźnie zaznaczone poprzez odesłanie w wierszach formularza cenowego dla poszczególnych odczynników do ISE do odpowiednich pozycji tabeli materiałów zużywalnych. Zamawiający nie wymagał nigdzie w SIWZ aby analizator biochemiczny podstawowy i wspomagający pracowały na tych samych materiałach zużywalnych. Zastrzeżenie zawarte w pkt. 9.IV załącznika nr 1 do SIWZ dotyczyło wyłącznie odczynników.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wywodził, że podał on nieprawdziwe informacje dotyczące stabilności odczynników na pokładzie dla testów z poz. 34, 35, 36, 40, 42 Załącznika nr 1 (str. 5 formularza oferty), a w konsekwencji zaoferował zbyt małą ilość opakowań odczynników w stosunku do ilości badań w okresie 4 lat. Podana w ofercie przystępującego stabilność 30 dni dotyczy odczynnika (flexu) przed otwarciem, natomiast po otwarciu, na pokładzie analizatora, termin przydatności do użycia jest o wiele krótszy i wynosi kilka dni w zależności od testu. W związku z powyższym przy realizacji kontraktu zamawiający nie będzie mógł dysponować odczynnikami w terminie ważności, a brakująca ilość opakowań ww. testów nie pozwoli na realizację umowy przez okres 4 lat. Zdaniem odwołującego przystępujący ze wskazanych powodów podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a jego oferta, niezależnie, kwalifikuje się do odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 (sprzeczność z treścią SIWZ) oraz pkt 6 (niedoszacowanie).

Odwołujący podniósł również iż przystępujący nie wskazał danych dotyczących stabilności odczynników na pokładzie dla poz. 38, 39, 48, 49, 50, 51 i 54 Załącznika nr 1 (str. 5 formularza oferty). Zdaniem odwołującego zamawiający wyraźnie określił w specyfikacji wymóg wpisania konkretnego okresu ważności testów. Odwołujący zamiast tego zamieścił informację "do daty ważności", której nie można traktować jako konkretnej wartości. Nie można uznać za prawidłowe zachowanie polegające na tym, że na pytanie jaka jest ważność testu, ktoś odpowiada „do daty ważności”.

Odwołujący argumentował także, że oferta przystępującego nie odpowiada postanowieniu punktu IC ppkt. 3 tabeli z wymaganiami dla części immunochemicznej wraz z częścią pomocniczą (strona 8 załącznika nr 1 do SIWZ). Znajduje się tam postanowienie, że w przypadku parametrów immunochemicznych oferowane analizatory muszą pracować w oparciu o takie same zestawy odczynnikowe. Tymczasem parametry immunochemiczne proBNP (poz. 40 Załącznika nr. 1, str. 5 formularza oferty) oraz troponina I (poz. 42 Załącznika nr 1, str. 5 formularza oferty) wykorzystują inne zestawy odczynnikowe niż zaoferowane analizatory Centaur XP, adria Centaur CP oraz Immulite XPI.

Odwołujący podnosił również sprzeczność treści oferty z punktem IA ppkt. 12 tabeli systemu integracyjnego (strona 7 załącznika nr 1 do SIWZ). Dla parametrów: Troponiny I lub T , CKMB mass, PCT wymagane było zaoferowanie wolnostojącego w pełni automatycznego systemu back-up, stale gotowego do pracy, pozwalającego na wykonanie testów w momencie awarii systemu zintegrowanego. W ofercie przystępującego brak jest systemu back-up dla zaoferowanego analizatora Dimension ExL z LM, w związku z czym Zamawiający nie będzie miał możliwości wykonania testów i zaoferowanych odczynników do oznaczania troponiny I oraz CK-MB mass w przypadku awarii systemu zintegrowanego.

Odwołujący zarzucał także, że przystępujący podał nieprawdziwą informację dotyczącą stabilności odczynników na pokładzie dla testów z poz. 22 i 30 (str. 83 formularza oferty), a w związku z powyższym zaoferował zbyt małą ilość opakowań odczynników. Podana stabilność 30 dni dotyczy odczynnika (flexu) przed otwarciem, natomiast po otwarciu na pokładzie termin przydatności do użycia jest o wiele krótszy i wynosi kilka dni w zależności od testu. W ocenie odwołującego przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (w zakresie stabilności odczynników na pokładzie analizatora), a jego oferta kwalifikuje się do odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 (sprzeczność z treścią SIWZ wobec nieuwzględnienia wystarczającej ilości odczynników wbrew jednoznacznej zapisowi na stronie 68 załącznika nr 1 - „Ilość opakowań odczynników dostosować do ilości badań , trwałości odczynników, ważności kalibracji i należy uwzględnić, że podana ilość badań musi być równomiernie rozłożona w czasie na okres 4 lat tj. na czas trwania umowy”) oraz pkt 6 (niedoszacowanie).

Odwołujący zarzucał także, że oferowane przez przystępującego analizatory Dimension ExL z LM oraz Advia Centaur XP nie posiadają modułu integrującego je w jeden system (Versa Cell) poprzez jeden podajnik próbek, co stoi w sprzeczności z postanowieniami p.9.1.a i p. 9.1.b strona 62 załącznika nr 1 do SIWZ.

Odwołujący podnosił również zarzut braku potwierdzenia przez przystępującego spełnienia warunków granicznych dla zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz analizatora wspomagającego dla biochemii (p. 9 - str. 81 i 82 oferty przystępującego).

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- 3) wykluczenia z postępowania przystępującego oraz odrzucenia jej oferty;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołania, pismo procesowe przystępującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualny wybór oferty przystępującego, która podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub którego oferta podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta odwołującego może nie podlegać odrzuceniu, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Zarzut I odwołania

Odnosząc się do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty złożonej przez odwołującego Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że:

- 1) zamawiający w części I SIWZ Załącznik nr 1 do SIWZ (Laboratorium nr 2, ul. Smarzewskiego 82/84) pkt 9.IV, s. 63 wymagał, aby analizator biochemiczny wspomagający, wykorzystywał te same odczynniki, co podstawowy analizator biochemiczny, te same zakresy referencyjne, wydajność (z ISE) minimum 400 oznaczeń na godzinę,
- 2) w ofercie odwołujący oświadczył, iż potwierdza spełnienie ww. parametru,

- 3) odwołujący zaoferował jako podstawowy analizator biochemiczny cobas c 501, zaś jako wspomagający do niego Cobas Integra 400 plus (tabela: dzierżawa analizatora w ofercie odwołującego),
- 4) w formularzu cenowym w tabeli 9A załącznika nr 1 odwołujący określił wymagane przez zamawiającego rodzaje odczynników. W pkt 24 w ofercie odwołującego jako przedmiot zamówienia wskazano elektrolity: potas, sód, chlorki i adnotację, że szczegółowe zestawienie kosztów eksploatacji podano w pkt 51 – materiały zużywalne. Następnie w pkt 51 odwołujący wymienił szereg pozycji asortymentowych w tym produkty służące do wykonania badań elektrolitów,
- 5) w przypadku analizatora głównego Cobas 501 wykorzystywane są następujące substancje: ISE Diluent (5x300 ml), ISE Internal Standard (5x600 ml), ISE Referencje Electrolyte Solution ((5x300 ml), ISE Standard High, ISE Standard Low (10x3 ml), zaś w przypadku analizatora pomocniczego Cobas Interga 400 plus: ISE Etcher (6x11ml), ISE Reference Electrolyte (1 x 250ml)).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż odwołujący zaproponował jako analizator pomocniczy Cobas Integra 400 plus do głównego Cobas 501. Nie ulegało wątpliwości że są to systemy analityczne o odmiennej technologii wyprodukowane przez różnych producentów Roche Diagnostics oraz Hitachi High-Technologies (deklaracje zgodności urządzeń). Tak więc do pracy modułów ISE w obu aparatach wykorzystane będą różne substancje.

Strony różniły się w rozumieniu pojęcia odczynnik. Stanowisko odwołującego, iż substancje wymienione przez niego w pkt 51 tabeli 9A załącznika nr 1 są materiałami zużywalnymi jest nieprzekonujące. Odwołujący na potwierdzenie swej tezy złożył formularz zamówieniowy jakim posługuje się w relacjach handlowych i w którym sporne substancje traktuje jako materiały zużywalne. Jednakże formularz wewnętrzny i stosowana w nim nomenklatura nie może być dowodem kwalifikowania określonych substancji jako materiału zużywalne. Należy zaznaczyć bowiem, że z załączonych do oferty odwołującego deklaracji zgodności (również jako załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołania), a także z kart katalogowych oznaczonym znakiem CE i katalogów (załączniki nr 4, 5, 6, 7 do odpowiedzi na odwołanie) dotyczących spornych substancji wynika, że do oznaczania elektrolitów zastosowanie mają substancje określane mianem „odczynniki”, bądź „odczynniki pomocnicze”, zaś nazwa ta używana jest również w odniesieniu do substancji, które w odwołaniu odwołujący określił mianem „materiałów zużywalnych”.

Izba wzięła pod uwagę, że celem zamawiającego było zaoferowanie przez wykonawców systemów pracujących w jak najbardziej zbliżony sposób, istotnym dla niego była porównywalność wyników oraz ekonomiczne i ergonomiczne wykorzystywanie

substancji wykorzystywanych w trakcie oznaczania elektrolitów, o czym świadczyło wymaganie o konieczności stosowania tych samych zestawów odczynników i uzyskiwania tych samych wartości referencyjnych. Odwołujący jako podmiot profesjonalnie działający na rynku na podstawie tak sprecyzowanych postanowień SIWZ mógł i powinien mieć świadomość założonego przez zamawiającego celu. Zaś cel ten poprzez zaoferowanie systemów Cobas Integra 400 plus i Cobas 501 pracujących w oparciu o inne substancje nie zostanie osiągnięty.

Zarzut II ppkt 1a i 2a odwołania

Odnosząc się do zarzutu związanego z zaniechaniem wykluczenia przystępującego i zaniechaniem odrzucenia złożonej przez niego oferty z powodu podania przez niego nieprawdziwych informacji dotyczących stabilności odczynników oraz zaoferowania zbyt małej ilości opakowań odczynników (pkt 1.a i 2a odwołania) Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że:

- 1) w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 1 dla pakietu Laboratorium nr 1 ul. Długa 1/2 zamawiający żądał wypełnienia tabeli z podaniem stabilności odczynnika na pokładzie (kolumna 10 tabeli). Zarazem pod tabelami (strona 5 załącznika) zastrzeżono, że ilość opakowań należy dostosować do ilości badań (na cztery lata), trwałości odczynników, ważności kalibracji i należy uwzględnić, że podana ilość badań musi być równomiernie rozłożona w czasie na okres 4 lat tj. na czas trwania umowy,
- 2) w zakresie wymagań dla Laboratorium nr 2, ul. Szamarzewskiego 82/84, w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 1 zamawiający żądał wypełnienia tabeli z podaniem stabilności odczynnika na pokładzie (kolumna 10 tabeli). Zarazem pod tabelami (strona 5 załącznika) zastrzeżono, że ilość opakowań należy dostosować do ilości badań (na cztery lata), trwałości odczynników, ważności kalibracji i należy uwzględnić, że podana ilość badań musi być równomiernie rozłożona w czasie na okres 4 lat tj. na czas trwania umowy,
- 3) odpowiadając na pytanie nr 108 w dniu 20 czerwca 2011 r. zamawiający wyjaśnił, że ilość oferowanych opakowań odczynników należy skalkulować zgodnie z ich trwałością po otwarciu opakowania,
- 4) przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnioną tabelę załącznika nr 1 do SIWZ, w której na str. 5, w poz. 34 (tacrolimus), 35 (sirolimus), 36 (kwas mykofenolowy), 40 (pro BNP – LNT PROBNP (LOCI)), 42 (Troponina – Troponina I (LOCI)) podał jako stabilność odczynnika na pokładzie – 30 dni, z adnotacją, iż jest to stabilność odczynników dla jednego flexa,
- 5) przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnioną tabelę załącznika nr 1 do SIWZ, w której na str. 83, w poz. 22 (Troponina I lub T Troponina I (LOCI)) i 30 (Pro BNP – LNT

PROBNP LOCI) podał jako stabilność odczynnika na pokładzie – 30 dni, z adnotacją, iż jest to stabilność odczynników dla jednego flexa.

- 6) odpowiadając na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty przystępujący potwierdził, że oferowana przez niego ilość odczynników, podana w ofercie na okres 4 lat będzie zabezpieczała wykonanie badań (oznaczeń), jakie zamawiający określił w SIWZ z uwzględnieniem wszystkich odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 19 lipca 2011 r.)

Odwołujący podnosił, że podana w ofercie wykonawcy stabilność 30 dni dotyczy odczynnika (flexu) przed otwarciem, natomiast po otwarciu, na pokładzie analizatora, termin przydatności do użycia jest o wiele krótszy i wynosi kilka dni w zależności od testu. W związku z powyższym przy realizacji kontraktu Zamawiający nie będzie mógł dysponować odczynnikami w terminie ważności, a brakująca ilość opakowań ww. testów nie pozwoli na realizację umowy przez okres 4 lat. Wykonawca złożył w tym zakresie informacje nieprawdziwe i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a niezależnie od tego jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający wymagał podania danych o stabilności odczynników na pokładzie (kolumna 10 tabeli) bez sprecyzowania, że chodzi o stabilność przed czy po otwarciu. Określona przez przystępującego w formularzu cenowym stabilność rzeczywiście dotyczy zamkniętych porcji odczynnika (tzw. celek, bądź studzienek) na pokładzie i wynosi 30 dni tak jak oświadczył przystępujący (przykładowo: ulotka producenta dla Sirolimus, ulotka producenta dla Troponina I LOCI, pismo przystępującego - informacja o metodach, złożone w trakcie rozprawy). Ponadto okres stabilności przed otwarciem w odniesieniu do ww. odczynników faktycznie różni się od stabilności otwartej celki. Jednakże wobec braku wyraźnego odmiennego zastrzeżenia, na gruncie przytoczonych postanowień SIWZ, zwłaszcza brzmienia nagłówka kolumny 10 tabeli podanie przez przystępującego stabilności odczynnika na pokładzie przed otwarciem celek nie może być uznane za złożenie informacji nieprawdziwych.

Konsekwencją powyższego ustalenia było również to, że informacje o stabilności odczynników nie mogły być przez zamawiającego wykorzystane do zweryfikowania prawidłowości skalkulowania ilości oferowanego odczynnika przez poszczególnych wykonawców. W SIWZ nie było informacji, iż na podstawie informacji o stabilności odczynników zamawiający weryfikował będzie oferowaną ilość odczynników. Zastrzeżenie zawarte pod tabelą (strona 5 załącznika) zgodnie z którym ilość opakowań należy dostosować do ilości badań (na cztery lata), trwałości odczynników, ważności kalibracji i

wymaganie, że podana ilość badań musi być równomiernie rozłożona w czasie na okres 4 lat tj. na czas trwania umowy, rzeczywiście wskazywało na to, że wykonawca przy szacowaniu ilości niezbędnych odczynników zobowiązany był uwzględnić stabilność studzienek po otwarciu. Na takie rozumienie przywoływanego zastrzeżenia wskazywała również odpowiedź na pytanie nr 108 z dnia 20 czerwca 2011 r., natomiast z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, iż parametr stabilności po otwarciu należało ujawnić w formularzu cenowym.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaoferowania zbyt małej ilości odczynników stwierdzić należy, że w kwestionowanych pozycjach 34 (tacrolimus), 35 (sirolimus), 36 (kwas mykofenolowy), 40 (pro BNP), 42 (Troponina), oraz w przypadku Laboratorium nr 2 – w pozycjach 22 (Troponina) i 30 (Pro BNP) Izba stwierdziła, że zamawiający określił wymaganą ilość oznaczeń na rok tj. odpowiednio 350, 200, 300, 600, 14000, 912, 781. Odwołujący, odnosząc się przykładowo do pozycji poz. 34 (tacrolimus), wywodził, że przystępujący powinien zaoferować minimum 92 opakowania zamiast 80. Przedstawił wyliczenie oparte o następujące założenia: 1 opakowanie zawiera 4 flexy z których każdy ma 4 dni przydatności (2 celki odczynnikowe każda po 2 dni). Skoro każdy flex ma przydatność 4 dni to otrzymujemy stabilność na poziomie 16 dni z 1 opakowania, a więc na 1460 dni (4 x365) badań wymagane są 92 opakowania odczynnika. Odwołujący wywodził, że analogiczny mechanizm występuje w przypadku poz. 35, 36, 40 i 42, jednakże dla tych pozycji nie przedstawił stosownych wyliczeń.

Izba stwierdziła, że przedstawione przez odwołującego przykładowe wyliczenie dla pozycji 34 formularza cenowego oparte jest na błędnych założeniach. Po pierwsze, odwołujący przy szacunku pominął okoliczność, że w pozycji 34 zamawiający nie wymagał ilości odczynników, które zapewniłyby wykonywanie oznaczeń codziennie, lecz jedynie przez 350 w roku. Konieczności zapewnienia ilości badań równomiernie rozłożonych w czasie 4 lat tj. na czas trwania umowy nie przekreślała możliwości uwzględnienia w roku mniejszej ilości oznaczeń. Zamawiający nigdzie bowiem w SIWZ nie określił wymaganego dziennego obciążenia. Podobna okoliczność dotyczyła również pozycji 35 i 36 formularza cenowego. Ponadto, o ile okres stabilności studzienek (celek) 1-6 rzeczywiście w analizowanej pozycji 34 formularza cenowego wynosi 2 dni, to jednak w przypadku studzienek 7-8 wynosi 6 dni. Z tego powodu wyliczenie odwołującego jest uproszczone i nie dowodzi prawidłowości twierdzenia o zaoferowaniu przez przystępującego zbyt małej ilości odczynników. Wyliczenia dotyczącego pozostałych kwestionowanych pozycji odwołujący nie przedstawił, a więc zarzut zaoferowania zbyt małej ilości opakowań odczynników i niedoszacowania oferty należało uznać za nieudowodniony.

Zarzut pkt II ppkt 1b odwołania

Odnosząc się do zarzutu związanego z zaniechaniem podania stabilności odczynników na pokładzie Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że:

- 1) W załączniku nr 1 do SIWZ, w punkcie 1 dla pakietu Laboratorium nr 1 ul. Długa 1/2 zamawiający żądał wypełnienia tabeli z podaniem stabilności odczynnika na pokładzie (kolumna 10 tabeli). Zarazem pod tabelami (strona 5 załącznika) zastrzeżono, że ilość opakowań należy dostosować do ilości badań (na cztery lata), trwałości odczynników, ważności kalibracji i należy uwzględnić, że podana ilość badań musi być równomiernie rozłożona w czasie na okres 4 lat tj. na czas trwania umowy,
- 2) przystępujący złożył wraz z ofertą wypełnioną tabelę załącznika nr 1 do SIWZ, w której na str. 5, w poz. 38 (kortyzol 200 T), 39 (Syfilis 200 T), 48 (CMV IgG 200 T), 49 (CMV IgM 200T), 50 (EBV VCA IgM 200 T), 51 (EBV VCA IgG 200 T), 54 (beta 2 – mikroglobulina 200 T) podał w kolumnie „stabilność odczynnika na pokładzie” adnotację : „do daty ważności”,
- 3) odpowiadając na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty przystępujący potwierdził, że oferowana przez niego ilość odczynników, podana w ofercie na okres 4 lat będzie zabezpieczała wykonanie badań (oznaczeń), jakie zamawiający określił w SIWZ z uwzględnieniem wszystkich odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 19 lipca 2011 r.).

Oceniając przedstawiony stan faktyczny, stwierdzić należy w pierwszej kolejności, że w pochodzących od producenta instrukcjach wykonania dedykowanych dla ww. odczynników rzeczywiście używane jest sformułowanie „do daty ważności” i takim sformułowaniem posłużył się w treści formularza cenowego przystępujący (por. przykładowo: instrukcja wykonania dla CMV IgG 200 T, złożona przez przystępującego w trakcie rozprawy). Po drugie dostrzec wymaga, że informacja taka dotyczyła tylko tych odczynników, których trwałość nie ulega pogorszeniu na pokładzie analizatora i jest to informacja istotna dla zamawiającego. Podzielić należy stanowisko odwołującego, że sformułowanie "do daty ważności", rzeczywiście nie można traktować jako udzielenia informacji o konkretnej wartości stabilności odczynnika. Jednakże należało wziąć również pod uwagę, że trwałość ww. odczynników nie ulega pogorszeniu na pokładzie analizatora, a po drugie, że informacje o stabilności odczynników nie mogły być przez zamawiającego na gruncie badanej SIWZ wykorzystane do zweryfikowania prawidłowości skalkulowania ilości oferowanego odczynnika przez poszczególnych wykonawców. W tej sytuacji brak podania takiej informacji nie przesądza o niezgodności treści oferty z SIWZ i może być traktowany jedynie jako uchybienie o charakterze formalnym.

Zarzut pkt II ppkt 1 c i 1d odwołania

Odnosząc się do zarzutu związanego z niezapewnieniem w przypadku parametrów immunochemicznych pracy analizatorów w oparciu o te same zestawy odczynnikowe oraz zaniechania zaoferowania dla parametrów: Troponiny I lub T, CKMB mass, PCT zaoferowania automatycznego systemu back-up Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że:

- 1) w pkt I C ppkt. 3 tabeli z wymaganiami dla części immunochemicznej wraz z częścią pomocniczą (strona 8 załącznika nr 1 do SIWZ) zamawiający wymagał, aby w przypadku parametrów immunochemicznych oferowane analizatory pracowały w oparciu o takie same zestawy odczynnikowe,
- 2) w pkt I A ppkt. 12 tabeli systemu integracyjnego (strona 7 załącznika nr 1 do SIWZ) zamawiający wymagał dla parametrów: Troponiny I lub T, CKMB mass, PCT zaoferowania wolnostojącego w pełni automatycznego systemu back-up, stale gotowego do pracy, pozwalającego na wykonanie testów w momencie awarii systemu zintegrowanego, w ofercie przystępującego w formularzu cenowym na str. 12 oświadczył on, iż oferuje ww. system.
- 3) Przystępujący dla proBNP zaoferował oznaczania na analizatorze Dimension EXL z LM, zaś jako back-up zaoferował System Dimension EXL 200, dla Troponiny I zaoferował oznaczanie na analizatorze Dimension EXL z LM, zaś jako back-up zaoferował System Dimension EXL 200, dla CKMB mass zaoferował oznaczanie na analizatorze Advia Centaur XP, zaś jako back-up – Advia Centaur CP, dla PCT zaoferował oznaczanie na analizatorze Advia Centaur XP, zaś jako back-up – Advia Centaur CP,
- 4) Systemy Dimension EXL z LM oraz Dimension EXL 200 pracują na tych samych zestawach odczynnikowych.

W trakcie rozprawy odwołujący sprecyzował, iż zamawiający w obu laboratoriach wymagał oddania do dzierżawy analizatora podstawowego biochemicznego i immunochemicznego, a niezależnie od tego wymagał wydzierżawienia analizatorów pomocniczych dla każdego z analizatorów podstawowych. Dla wszystkich tych analizatorów można stosować różne odczynniki jednakże zamawiający wymagał możliwości pracy w oparciu o takie same zestawy odczynnikowe. Wywodził, że jeśli chodzi o parametry Pro BNP oraz troponinę I co do zasady są to parametry immunochemiczne wykonywane w analizatorze immunochemicznym jednakże przystępujący te oznaczenia immunochemiczne wykonuje na analizatorze biochemicznym. Użycie na str. 5 oferty przystępującego w wierszach 40 i 42 sformułowania odpowiednio „LNT PROBPNP (LOCI) oraz troponina I (LOCI)” wskazuje, iż badania te wykonuje się na analizatorze biochemicznym z tzw. przystawką LM (LOCI MODULE). Powołując się na str. 9 oferty przystępującego wywodził, iż przystępujący zaoferował do dzierżawy jako główny analizator biochemiczny DIMENSION

EXL z LM, zaś jako analizator pomocniczy biochemiczny DIMENSION EXL 200. Analizator pomocniczy biochemiczny nie może wykonywać oznaczeń immunochemicznych bez części LM, a więc nie można wykorzystać do oznaczeń troponiny oraz Pro BNP.

Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swego twierdzenia, iż analizatora biochemicznego pomocniczego Dimension EXL 200 nie będzie można wykorzystać do oznaczeń troponiny oraz Pro BNP albowiem nie posiada on przystawki LM (LOCI MODULE) nie złożył żadnego dowodu, a stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp to na nim, jako wywodzącym skutki prawne z przywoływanego faktu spoczywał ciężar udowodnienia ww. okoliczności. Za dowód taki nie może zostać uznana ulotka producenta dla Troponiny I, złożona przez przystępującego w trakcie rozprawy, na którą powołał się również odwołujący. Z ulotki tej wynika jedynie, że oznaczenia Troponiny I można wykonywać w systemie biochemicznym Dimension EXL z modułem LOCI, natomiast ulotka ta w żadnym zakresie nie jest dowodem tego, że analizator Dimension EXL 200 nie posiada modułu LOCI.

Zarzut pkt II ppkt 2b odwołania

Odnosząc się do zarzutu związanego z zaniechaniem zaoferowania modułu integrującego w jeden system (Versa Cell) analizatorów Dimension ExL z LM oraz Advia Centaur XP w zakresie Laboratorium nr 2 Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że:

- 1) w p.9.I. załącznika nr 1 do SIWZ strona 62 (wymagania dotyczące zintegrowanego systemu biochemiczno – immunologicznego oraz analizatora wspomagającego do biochemii)
ppkt a („Wymaga się zintegrowania analizatora głównego biochemicznego z immunochemicznym, poprzez jeden podajnik próbek umożliwiający aspirację materiału do badań biochemicznych-immunologicznych z tej samej próbki, bez konieczności ręcznego przenoszenia próbek między aparatami".)
ppkt b (Analizator zintegrowany biochemiczny główny z immunochemicznym głównym),
- 2) przystępujący na s. 81 potwierdził zaoferowanie zintegrowania analizatora głównego biochemicznego z immunochemicznym poprzez jeden podajnik próbek umożliwiający aspirację materiału do badań biochemicznych – immunochemicznych z tej samej próbki , bez konieczności ręcznego przenoszenia próbek między aparatami.
- 3) przystępujący zaoferował dzierżawę analizatora główny biochemicznego zintegrowanego Dimension ExL z LM oraz analizatora immunochemicznego Advia Centaur XP (s. 87 oferty),
- 4) pismem z dnia 1 lipca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Siemens do wyjaśnienia, czy wykonawca zaproponował analizator biochemiczny główny wraz z podajnikiem

próbek umożliwiającym aspirację materiału do badań biochemiczno – immunologicznych z tej samej próbki, bez konieczności ręcznego przenoszenia próbek między aparatami,

5) w piśmie z dnia 4 lipca 2011 r. wykonawca Siemens odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wyjaśnił, że zaoferował do dzierżawy analizator biochemiczny Dimension EXL z LM zintegrowany z podajnikiem próbek VersaCell umożliwiającym aspirację materiału do badań biochemiczno – immunologicznych z tej samej próbki, bez konieczności ręcznego przenoszenia próbek między aparatami. Wyjaśnił, że koszt dzierżawy analizatora głównego uwzględnia podajnik próbek Versa Cell , zaś potwierdzenie zaproponowania podajnika próbek oraz jego funkcji znajduje się w załączonym do oferty opisie Versacell (s. 112-113).

Odwołujący wywodził, że oferowane przez przystępującego analizatory Dimension ExL z LM oraz Advia Centaur XP w zakresie Laboratorium nr 2 nie posiadają modułu integrującego je w jeden system (Versa Cell) poprzez jeden podajnik próbek. Odwołujący swe twierdzenie wywodził z zaoferowania przez przystępującego dzierżawy analizatora immunochemicznego, który w wierszu trzecim w tabeli 9 na s. 87 nie został określony jako „zintegrowany”. Izba wzięła pod uwagę, że tabela ta służyła wyłącznie kalkulacji ceny, więc o tym iż system został zaoferowany można było wnioskować w oparciu o oświadczenie złożone przez wykonawcę na s. 81 oferty. Po drugie w tabeli nr 9 na s. 87 zamawiający nie wymagał wyodrębnienia w postaci osobnej pozycji formularza zaoferowania modułu integrującego. Po trzecie w wierszu 1 przystępujący jednoznacznie określił, że oferuje dzierżawę analizatora głównego biochemicznego zintegrowanego, przy czym słowo zintegrowany może wskazywać na fakt integracji z analizatorem immunochemicznym. Wreszcie okoliczność ta została wyjaśniona przez wykonawcę pismem z dnia 4 lipca 2011 r., zaś opis modułu integrującego znajduje się w ofercie przystępującego na str. 112-113.

Zarzut pkt II ppkt 2c odwołania

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego niezłożenia przez przystępującego na str. 81 i 82 oferty oświadczenia o potwierdzeniu spełnienia warunków granicznych dla zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego oraz analizatora wspomagającego dla biochemii, albowiem odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

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 przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 3600,00 zł, oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 476 zł na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: