

WYROK

z dnia 16 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Jolanta Markowska

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Dignostics Polska Sp. z o. o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-521 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski w Sosnowcu ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec** protestu z dnia 9 listopada 2009 r.

przy udziale **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. ul. śupnicza 11, 03-821 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu w zakresie 7 części zamówienia unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. oraz dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski w Sosnowcu ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego **Roche Dignostics Polska Sp. z o. o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-521 Warszawa**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy)** przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski w Sosnowcu ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec** na rzecz **Roche Dignostics Polska Sp. z o. o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-521 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł. 00 gr. (słownie: XXX)** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556,00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **Roche Dignostics Polska Sp. z o. o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-521 Warszawa**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatów do wykonywania badań, dostawą odczynników, dostawą części zużywalnych do analizatorów oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego i testów, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (Dz. Urz. UE 2009 /S 153 – 223310 z 12.08.2009 r.), w dniu 9 listopada 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Roche Dignostics Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w zakresie 7 części zamówienia na dostawę pasków testowych do analizy moczu wraz z dzierżawą czytnika testów.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 2 listopada 2009 r. o wyborze oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. na część 7 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpitalowi Miejskiemu w Sosnowcu a naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr

2

19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Powołując się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o.,
- 2) wykluczenie wykonawcy Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. oraz odrzucenie jego oferty,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu, odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią załącznika nr 4.7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jednym z bezwzględnie wymaganych warunków granicznych dla odczynników było: doliczenie do zaoferowanej ilości pasków testowych do analizy moczu, dodatkowej ilości pasków, niezbędnej do wykonania badań kontrolnych. W ocenie odwołującego, oferta wykonawcy Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. (dalej Siemens) nie spełnia tego wymagania, zaś oświadczenie samego wykonawcy, że warunek został dotrzymany, uznał odwołujący za nieprawdziwe, gdyż Siemens w formularzu cenowym, zaoferował jedynie podaną przez zamawiającego ilość 10 – parametrowych pasków testowych do analizy moczu, wynikającą z przeliczenia ilości badań przez wielkość opakowania, tzn. 45 000 oznaczeń (100 sztuk pasków w opakowaniu = 450 opakowaniom). Niezgodność tą zauważył sam zamawiający i pismem z dnia 20 października 2009 r. zwrócił się do firmy Siemens o udzielenie wyjaśnień, dotyczących oświadczenia w ofercie – punkcie 8 warunków granicznych w odniesieniu do odczynników. W odpowiedzi Siemens podał, iż materiały kontrolne są dostarczane wraz z paskami testowymi, niezbędnymi do wykonania kontroli zgodnie z ilością podaną w ofercie i w związku z tym została skalkulowana ilość opakowań pasków, wynikająca z podanej ilości wykonywanych badań. W przekonaniu odwołującego, nie było podstaw, aby występować o wyjaśnienia do wykonawcy Siemens, skoro zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż ilość zaoferowanych pasków wystarcza jedynie na wykonanie wymaganej ilości badań podstawowych, a tym samym, że brakuje pasków do wykonania badań kontrolnych.

Odwołujący uznał wyjaśnienia firmy Siemens za niewiarygodne i prowadzące do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty. Podtrzymał jednocześnie twierdzenie, iż w ofercie konkurencyjnego wykonawcy nie zostały uwzględnione paski testowe do analizy moczu służące do wykonania badań kontrolnych. Siemens w swoich wyjaśnieniach twierdził, iż brakujące paski znajdują się przy materiałach kontrolnych, co zdaniem odwołującego nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, ponieważ nigdzie w ofercie nie podano informacji na ten temat. Z podanej wielkości i numeru katalogowego opakowań, nie wynika, aby ten towar

3

zawierał w sobie paski testowe do analizy moczu - do badań kontrolnych. Odwołujący zarzucał, iż wybrany wykonawca firma Siemens działając w złej wierze, świadomie oszukała zamawiającego. Stwierdził również, iż działanie takie wyczerpuje znamiona podania nieprawdziwej informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. z postępowania i odrzucenia złożonej oferty, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a dodatkowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, ze względu na nie spełnienie warunku granicznego określonego w SIWZ (pkt 8 załącznika nr 4.7 do SIWZ) oraz błędu w obliczeniu ceny (niedoszacowania oferty). Odwołujący wskazywał na podstawę zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, jako niespełnienie postanowień punktu 6 rozdział XI SIWZ – Opisu sposobu obliczenia ceny. Stanowi on, iż cena powinna być

obliczona na podstawie cen jednostkowych według asortymentu określonego w załącznikach 4.1 - 4.16. Natomiast zgodnie z punktem 3 formularza asortymentowo – cenowego (załącznik 4.7 do SIWZ), elementem, który należało wycenić było: materiał kontrolny do zewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości z możliwością uzyskania certyfikatu i zapewnienie udziału w zewnętrznej kontroli jakości przez cały czas trwania umowy, co najmniej 2 razy w roku. Firma Siemens nie wyceniła „tej kontroli,” oświadczając iż jest bezpłatna. Tymczasem zamówienie publiczne jest zawsze umową odpłatną, jak stanowi art. 2 pkt 13 Pzp. Zdaniem odwołującego, oferta pod tytułem darmym nie może doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 listopada 2009 r. do postępowania wywołanego protestem, w dniu 13 listopada 2009 r. zgłosił swoje przystąpienie wykonawca wybrany na część 7 zamówienia Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., który wniósł o utrzymanie czynności wyboru jego oferty, jako odpowiadającej w pełni treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdził, iż uwzględnił w cenie ogólnej oferty, ilość pasków testowych niezbędną do wykonania badań kontrolnych, oraz że wraz z zaoferowanym materiałem kontrolnym Chek-stix Combo Pack, będzie dostarczał bezpłatne testy paskowe do analizy moczu w ilości wymaganej dodatkowo do wykonywania kontroli. Powołał się na swoje wcześniejsze wyjaśnienia na zapytanie zamawiającego. W zakresie zarzutów odnoszących się do poz. 3 formularza asortymentowo – cenowego, materiałów i pasków do kontroli zewnątrzlaboratoryjnej, podał, iż firma Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. wychodząc naprzeciw oczekiwaniom klientów od 2002 r. oferuje użytkownikom jego analizatorów moczu (aparatów CLINITEK) bezpłatnie kontrolę zewnętrzną poprawności prowadzonych badań (międzynarodową), przy użyciu aparatów i materiałów oraz odczynników firmy Siemens, która stanowi wartość dodaną do kontraktu, a taki sposób prowadzenia kontroli jest korzystny dla klienta. W Polsce w programie uczestniczy 165

4

laboratoriów, a sposób zaoferowania kontroli międzynarodowej jest zgodny z SIWZ. Przystępujący podniósł i omówił zarzuty przeciwko ofercie odwołującego, wywodząc, iż to właśnie oferta odwołującego jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ, na dowód czego do przystąpienia załączył ulotkę „producenta kontroli Liquitchek „– firmy Bio-Rad.

Pismem z dnia 20 listopada 2009 r. doręczonym w dniu 23 listopada 2009 r., zamawiający oddalił protest w całości.

Zamawiający odpierając zarzuty protestu, stwierdził, iż zaoferowana ilość asortymentu oraz jego wartość jest wystarczająca do wykonania zakładanych badań oraz, że wybrany wykonawca w złożonej ofercie, potwierdził oświadczeniem spełnienie warunków granicznych, wśród których punkt 8 obligował wykonawcę do doliczenia ilości pasków testowych niezbędnej do wykonania badań kontrolnych. Zamawiający przyznał, iż miał wątpliwości co do treści oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. i dlatego wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wykonawca w odpowiedzi podał, iż materiały kontrolne są dostarczane wraz z paskami testowymi (do analizy moczu) niezbędnymi do wykonania kontroli, zgodnie z ilością podaną w ofercie. Zamawiający przywołał warunki zawarte w rozdziale XI SIWZ, gdzie określił, iż oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę, obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków. Cena oferty musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, obejmujący wartość oferty, koszty dostawy, ubezpieczenia, przeszkolenia pracowników (dotyczy pakietów 1-8) oraz koszty związane z utylizacją odpadów stałych (np. opakowania po zużytych odczynnikach). Ceny jednostkowe, cenę łączną należy podać do dwóch miejsc po przecinku. Cena winna być obliczona na podstawie cen jednostkowych według asortymentu określonego w załącznikach 4.1 - 4.16. Zamawiający wywiódł wniosek, iż powyższe zapisy nie stanowią zakazu zaoferowania poszczególnych pozycji bezpłatnie. Wykonawca wybrany zaoferował kontrole, które będą dostarczane wraz z paskami testowymi bezpłatnie, nie podał więc ich ceny, co według zamawiającego nie jest naruszeniem prawa. Zamawiający stwierdził, iż zawarta umowa będzie odpłatna, a zaoferowanie czegoś bezpłatnie jest dopuszczalne, na co wskazuje treść wyroku w sprawie KIO/UZP 22/09.

W odwołaniu wniesionym w dniu 30 listopada 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z

wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego;
- 3) odrzucenia oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o.

5

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił całą argumentację protestu. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, uznał je za błędne. Zaznaczył, iż nie można pomijać warunków granicznych dla odczynników, które w załączniku 4.7 nakazywały by do zaoferowanej ilości pasków testowych, doliczyć ilość pasków niezbędną do wykonania badań kontrolnych. Oferta wybrana Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. tego warunku nie spełnia, a samo oświadczenie wykonawcy, że warunku dotrzymał, w ocenie odwołującego, nie wywołało skutku, z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie bowiem takiego oświadczenia prowadziłoby do zmiany treści oferty, której zakres wyznacza tylko i wyłącznie jej pisemny wymiar. Odwołujący wskazał, iż z tego samego powodu, co zaniechał odrzucenia oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy BIO-MAR Diagnostyka Sp. z o. o., gdzie treść oferty była taka sama jak wybranego wykonawcy, z tą różnicą, iż wymieniony w odpowiedzi na zapytanie, przyznał iż uwzględnił tylko ilość pasków, niezbędną do wykonania oznaczonej przez zamawiającego w formularzu 4.7 ilości badań. Odwołujący podtrzymał również zarzuty i argumentację protestu, iż oferta wybranego wykonawcy, zawiera błąd w obliczeniu ceny, zatem powinna i z tej przyczyny zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zaś sam wykonawca powinien zostać wykluczony, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył nieprawdziwe oświadczenie. Powołując się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, odwołujący podtrzymał zgłoszone żądania.

Pismem z dnia 26 stycznia 2010 r., doręczonym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wybrany wykonawca na część 7 zamówienia - Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., oferty wnosząc o oddalenie odwołania, ponawiając uzasadnienie podane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. W szczególności Izba w oparciu o przedstawione dodatkowo dowody, omówione w postanowieniu w protokole postępowania, stwierdziła iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do odwołania, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty Siemens

6

Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., oferty odwołującego, oferty BIO-MAR Diagnostyka Sp. z o. o., zapytania zamawiającego i udzielonej przez Siemens odpowiedzi, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Na część 7 zamówienia, obejmującą dostawy pasków testowych do analizy moczu wraz z dzierżawą czytnika testów, oferty złożyli:

- odwołujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o, podając cenę brutto 40 022,64 zł.,
- BIO-MAR Diagnostyka Sp. z o. o. cena brutto 45 103,14 zł. (oferta odrzucona),
- Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., z ceną brutto 36 240,34 zł.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia w części III przewiduje, sukcesywne dostawy odczynników przez okres do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy, lub do wyczerpania wartości umowy.

Część XI opis sposobu obliczenia ceny zawiera następujące postanowienia:

1. wykonawca poda cenę ofertową na formularzu zał. nr 1,
2. oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę, obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków,
3. cena oferty musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, obejmujący wartość oferty, koszty dostawy, ubezpieczenia, przeszkolenia pracowników (dotyczy pakietów 1-8) oraz koszty związane z utylizacją odpadów stałych (np. opakowania po zużytych odczynnikach),
4. ceny jednostkowe, cenę łączną, podatek VAT należy podać do dwóch miejsc po przecinku.
5. cena ma być wyrażona w złotych polskich,
6. cena winna być obliczona na podstawie cen jednostkowych według asortymentu określonego w załącznikach 4.1 - 4.16.
7. w przypadku przeliczenia wymaganej ilości na proponowane przez wykonawcę opakowania, przeliczona ilość nie może być mniejsza niż wymagana przez zamawiającego,
8. w przypadku ilości ułamkowej opakowania należy zaokrąglić w górę do pełnego opakowania.

Kryterium oceny ofert stanowiła jedynie cena oferty.

7

W formularzu oferty – załączniku nr 1 do SIWZ, dla poszczególnych części zamówienia należało podać wartość netto, wartość podatku VAT oraz wartość zamówienia brutto. Obowiązkiem wykonawców, składających ofertę na część 7, było złożenie załącznika nr 4.7 do oferty – formularza asortymentowo – cenowego, zawierającego w zakresie dostawy pasków do analizy moczu i materiału kontrolnego, następujące trzy pozycje:

1. 10 – o parametrowe paski do analizy moczu,
2. materiał kontrolny do wewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości z częstotliwością jeden raz w tygodniu na dwóch poziomach,
3. materiał kontrolny do zewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości z możliwością uzyskania certyfikatu. Zapewnienie udziału w zewnętrznej kontroli jakości przez cały czas trwania umowy, co najmniej 2 razy w roku.

Formularz zał. 4.7 określa ilość badań 45 000. Wykonawca zobowiązany był podać ilość opakowań, wielkość opakowań, nr katalogowy, producenta, cenę netto za opakowanie, podatek VAT, wartość netto, brutto, koszt pojedynczego oznaczenia, jako ceny jednostkowe. W zakresie warunków granicznych – „Odczynniki” formularz zawiera między innymi dyspozycje:

- 1) pkt 8 - do zaoferowanej ilości pasków, doliczyć ilość pasków niezbędną do wykonania badań kontrolnych,
- 2) pkt 9 - zapewnienie udziału w zewnętrznej kontroli jakości przez cały czas trwania umowy, co najmniej 2 razy w roku.
- 3) pkt 5 wszystkie dane dotyczące pasków oraz materiałów kontrolnych powinny zawierać się w dołączonej instrukcji w języku polskim.

W § 5 ust. 4 wzoru umowy zawarte jest postanowienie, iż rozliczanie odczynników będzie następowało za dostarczoną partię towaru, (...). W § 6 ust. 3 wzoru umowy, zamawiający przewidział między innymi odbiór ilościowy dostarczanej partii towaru. W § 7 zostały przewidziane kary za zwłokę w dostarczeniu zamówionej partii towaru. W punkcie 5 rozdziału V SIWZ, zamawiający wymagał przedłożenia dla odczynników metodyki oznaczeń.

Pismem z dnia 20 października 2009 r. o treści: „stwierdza się, iż ilość zaoferowanych pasków wystarcza jedynie na wykonanie wymaganej ilości badań. W związku z powyższym prosimy o udzielenie wyjaśnień w zakresie oświadczenia w pkt 8 warunków granicznych odczynników,” zamawiający zwrócił się do firmy Siemens w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W odpowiedzi z dnia 20 października 2009 r. wybrany wykonawca podał, iż „materiały kontrolne są dostarczane wraz z paskami testowymi,

niezbędnymi do wykonania kontroli, zgodnie z ilością podaną w ofercie, w związku z powyższym została skalkulowana ilość opakowań pasków, wynikająca z podanej ilości

8

wykonywanych badań.” W piśmie z dnia 13 listopada 2009 r. – przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, Siemens oświadczył, iż wraz z zaoferowanym materiałem kontrolnym Chek-stix Combo Pack, będzie dostarczał bezpłatnie testy paskowe (do analizy moczu), w ilości wymaganej dodatkowo do wykonywania kontroli. Podał również, iż nie wycenił pozycji 3 formularza asortymentowo – cenowego, gdyż oferuje użytkownikom aparatu CLINITEK bezpłatnie kontrolę zewnątrzlaboratoryjną w ramach kontraktów, co nie stanowi naruszenia przepisów prawa.

Formularz asortymentowo – cenowy na część 7 zamówienia firmy Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. na stronie 16-18 oferty, w pozycji 1 podaje 450 opakowań po 100 sztuk – Multistix 10 SG numer katalogowy A2300B21, koszt pojedynczego oznaczenia 0,61 zł. W pozycji 2 podaje ilość opakowań materiału kontrolnego do wewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości – 7 opakowań, zawierających 50 sztuk materiałów, oznaczonych numerem katalogowym Check – stix Combp Pack 1364E, koszt pojedynczego oznaczenia 3,38 zł. W pozycji 3 podaje ilość opakowań materiału kontrolnego do zewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości – 12 opakowań, zawierających 4 sztuki (bezpłatnie). Co wchodzi w skład opakowań materiałów kontrolnych, (czy zawierają dodatkowe paski testowe do analizy moczu wykorzystywane do badań kontrolnych), oferta Siemens nie podaje. Okoliczność ta została wyjaśniona w toku rozprawy. Materiał Check – stix Combp Pack 1364E, to specjalne paski liofilizowane do wykonywania kontroli poprawności wyników analiz, służące do uzyskiwania preparatu płynnego z użyciem wody destylowanej, w odróżnieniu do oferowanych pasków do analizy moczu Multistix 10 SG, które również są używane przy wykonywaniu kontroli, w ilości uzależnionej od stosowanej metody. Oferta Siemens nie podaje wprost, jakie ilości pasków testowych do analizy moczu, są niezbędne dla zabezpieczenia zakładanej ilości kontroli przeprowadzonej zaoferowaną przez wykonawcę metodą. Wykonawca BIO MAR, mimo, iż zaoferował materiały kontrolne, podając ilość ich opakowań, to przyznał, iż nie zaoferował pasków testowych do badań kontrolnych i zamawiający przedmiotową ofertę odrzucił. Oferta Siemens zawiera jedynie materiały informacyjne na temat stosowania pasków do kontroli Chek – Stix oraz pasków do analizy moczu Multistix 10 SG. Oferta tego wykonawcy nie zawiera odrębnej metodyki badań kontrolnych poprawność przeprowadzanych analiz moczu, która wprost podaje ilość zużywanych pasków testowych na zaoferowaną ilość materiału kontrolnego.

Izba zważyła co następuje.

W skład materiałów kontroli nie muszą wchodzić paski testowe (do analizy moczu). Inaczej, skoro paski wchodziłyby w skład zestawów opakowań do kontroli, wyników prowadzonych analiz, zamawiający nie stawiałby osobnego wymogu podania ilości pasków

9

do tego celu, ani też zgodnie z zasadami logiki mając zaoferowaną ilość opakowań kontroli, nie zadawałby pytania, czy wykonawca w swojej ofercie ujął owe paski. Natomiast ilość materiałów kontroli, tak w zakresie podanej ilości opakowań, jak i ich zawartości nie równa się ilości pasków testowych do kontroli. Strony zgodnie przyznały, iż zarówno do badań kontrolnych wewnątrzlaboratoryjnych, jak i zewnątrzlaboratoryjnych, niezbędne są paski testowe, takie same jak do analizy moczu. Pozycja 2 i 3 formularza zał. 4.7 oferty firmy Siemens w opisie nie zawiera żadnej wzmianki, iż mieszczą się w niej paski testowe (do analizy moczu) do badań kontrolnych. Wymienia jedynie materiały kontrolne, które same przez się nie obejmują pasków testowych. Podane ilości opakowań i wielkość opakowań określają jedynie ilość materiałów kontrolnych, a nie pasków testowych. Testy paskowe do analizy moczu, podane w poz. 1 zał. 4.7 to odrębne testy od pasków (lub preparatu płynnego) do kontroli, wymaganych do oznaczenia w poz. 2 i 3 załącznika 4.7, wraz z podaniem ich ilości i jednostkowej wyceny. Te ostatnie paski znajdują zastosowanie w programach jakości i prawidłowości analizy i badania moczu. Materiały kontrolne, to między innymi mianowany mocz kontrolny przeznaczony do oceny dokładności analiz

laboratoryjnych moczu. Korzystanie z materiałów kontrolnych pozwala na obiektywne określenie dokładności metod i technik wykorzystywanych do oznaczeń określonych analitów. W trakcie rozprawy przystępujący przyznał, iż w skład opakowań materiałów kontrolnych, które zaoferował nie wchodziły żądane paski testowe (do analizy moczu) konieczne do badań kontrolnych. Zatem stwierdzenie firmy Siemens w wyjaśnieniu, którego udzielił: „że materiały kontrolne są dostarczane wraz z paskami testowymi niezbędnym do wykonywania kontroli, zgodnie z ilością podaną w ofercie,” nie znalazło potwierdzenia w przeprowadzonych dowodach.

W ocenie Izby, zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wymagał, aby w formularzu asortymentowo – cenowym zostały podane ilości testów paskowych (do analizy moczu), przeznaczonych do kontroli, które oferta odwołującego ujmuje pod pozycją 2 i 3. Natomiast wykonawca Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., w formularzu asortymentowo – cenowym nie zawarł oświadczenia, iż oferuje oznaczoną ilość testów paskowych, przeznaczonych do kontroli, oprócz ilości wskazanej przez zamawiającego, jako zasadniczą - zamawianą 45 000 badań – analizy moczu przez okres trzech lat. Okolicznością bezsporną i przyznaną wprost przez zamawiającego i wykonawcę wybranego Siemens jest, iż nie podał w ofercie, że oferuje określoną liczbowo ilość pasków testowych (do analizy moczu) do wykonywania kontroli, ani ich nie wycenił dla pozycji 2 i 3, przez podanie cen jednostkowych. W ocenie Izby, jest to równoznaczne z niezaoferowaniem tego zakresu dostawy (świadczenia), a zatem pozbawienie zamawiającego możliwości domagania się, aby wykonawca realizując umowę, dostawę taką wykonał w ilości oznaczonej i za cenę podaną w ofercie. Nawet jeżeli doszłoby do dostawy przedmiotowych

10

pasków, to brak określenia ich ceny w ofercie, uniemożliwia przeprowadzenie rozliczeń, w oparciu o ceny jednostkowe tego asortymentu, za faktycznie dostarczoną ilość. Wykonawca miał je prawo wycenić inaczej niż w poz. 1 zał. 4.7, a więc realizując umowę, może utrzymywać, iż nie zaciągnął takiego zobowiązania (z podaniem konkretnej ilości i ceny), a więc uchylić się od jego realizacji. Nie ulega bowiem wątpliwości i wynika to wprost z wzoru umowy, iż rozliczenia stron będą się odbywały w oparciu o ustalone w wymienionym formularzu ceny jednostkowe oznaczeń i opakowań, za odebrane ilości towaru. Innych uregulowań w tym zakresie umowa nie zawiera. Skoro zamawiający wymagał podania ilości (w tym pasków do analizy moczu do badań kontrolnych) i cen jednostkowych przedmiotu dostawy, a ceny owe mają służyć do rozliczeń, to ich pominięcie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią istotnych warunków zamówienia. Tego rodzaju brak nie poddaje się konwalidacji, w drodze wyjaśnień do treści oferty, udzielanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., nie oferując materiałów testów paskowych (do analizy moczu) do przeprowadzania badań kontrolnych w poz. 3 i 4 załącznika nr 4.7, nie ujął ich również w cenie całkowitej oferty, stanowiącej podsumowanie wszystkich pozycji w kolumnie wartość brutto w załączniku nr 4.7. Wykonawca nie może pozostawić bez wyceny, takich elementów zamówienia, których zamawiający wymagał (cen jednostkowych), a ponadto gdy miały one stanowić podstawę do wzajemnych rozliczeń stron, gdyż jest jednoznaczne z błędem w obliczeniu ceny oferty i niezgodnością oferty z treścią SIWZ.

Okoliczność, iż wprost w ofercie nie została podana ilość pasków testowych (do analizy moczu) służących do wykonywania kontroli (poz. 2 i 3) załącznika 4.7, została przez zamawiającego i przystępującego przyznana. Deklaracja nieodpłatnej dostawy w ofercie firmy Siemens obejmowała co najwyżej poz. 3, czyli sam materiał kontrolny tam podany. Oświadczenie firmy Siemens, że nieodpłatnie dostarczy paski testowe (do analizy moczu) do wykonania badań kontrolnych, pojawiło się nie w samej ofercie, ani w wyjaśnieniu, ale na etapie przystąpienia do postępowania wywołanego protestem. W przekonaniu Izby, deklarowanie po terminie złożenia oferty, iż nieujęty i niewyceniony wprost w ofercie, zakres przedmiotu zamówienia zostanie wykonany nieodpłatnie, nie stanowi właściwego sposobu uzupełniania braków i niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ustanowił szerokie możliwości dla dokonywania poprawy omyłek w ofertach wykonawców, które to regulacje nie znajdują jednak zastosowania, gdy treść oferty przedstawiona jest w określony sposób celowo.

Jeżeli nawet wykonawca Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., miał wolę

zaoferować określony zakres dostawy nieodpłatnie, czego rzeczywiście ustawa prawo zamówień publicznych nie zabrania, to dla celów złożenia oferty, winien ten zakres dokładnie

11

oznaczyć: tak w zakresie przedmiotu (paski do analizy moczu do badań kontrolnych), podać ich liczbę, cenę, wartość, a następnie zadeklarować, iż oznaczone świadczenie będzie miało charakter nieodpłatny, jeżeli taka była jego wola. Zaoferowanie nieodpłatnie jakiegokolwiek zakresu dostawy nie zwalnia wykonawcy od przestrzegania wszelkich wymagań określonych w SIWZ. Zobowiązanie do świadczenia nieodpłatnego, jak każde inne zobowiązanie, jedynie wtedy można uznać za skutecznie podjęte, jeżeli jego istotne elementy zostały wprost oznaczone. Inaczej jest to jedynie deklaracja nie wywołująca skutków prawnych. Bez określenia istotnych postanowień w tym zakresie (w tym wypadku zarówno ilości, dokładnego oznaczenia nieodpłatnego świadczenia), nie ma bowiem podstaw do egzekwowania takiego zobowiązania. Przyjęcie oferty na materiały podstawowe wymusza korzystanie z materiałów kontrolnych danego producenta i przy tak niedookreślonych deklaracjach, zamawiający mógłby stanąć przed faktem konieczności dokupienia brakujących materiałów. Świadczenie nieodpłatne co do zasady stanowi opodatkowany przychód podmiotu korzystającego, który powinien mieć zatem wiedzę co wartości tego zakresu świadczenia. Ponadto brak podania cen jednostkowych, uniemożliwia korzystanie przez zamawiającego z § 7 pkt 1 b) wzoru umowy i – naliczenia kar za zwłokę w dostarczeniu poszczególnych partii towaru w wysokości 0,2% wartości zamówionej partii towaru za każdy dzień zwłoki. Twierdzenie Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., iż ten zakres zamówienia (paski testowe do analizy moczu) do kontroli, zostanie wykonany bezpłatnie, a zatem jest zgodny z SIWZ nie może znaleźć aprobaty, ze względów wyżej podanych. Izba uznała, iż brak dowodów na to, by paski testowe przy wykonywaniu kontroli, w jakikolwiek sposób zostały ujęte (z podaniem ich ilości) w ofercie wybranego wykonawcy w pozycji 2 i 3. Skoro nie został zaoferowany pełen zakres świadczenia, ofertę należy uznać za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji brak wyceny przedmiotowej pozycji, stanowi również błąd w obliczeniu ceny oferty, która powinna obejmować cenę brutto podsumowania wszystkich pozycji. Zamawiający z góry nie oznaczył ilości pasków do badań kontrolnych, ponieważ zależało to od zaproponowanego w ofercie wykonawcy sposobu kontroli. Metodę tą miał podać wykonawca, a w ślad za tym podać stosowne do wybranej metody ilości pasków testowych i wycenić przez podanie ich cen jednostkowych. Potwierdza to punkt 8 formularza 4.7 Na wykonawcy spoczywał obowiązek obliczenia ilości materiałów zużywanych do kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i zewnętrznej, w tym pasków testowych w zależności od zaoferowanej metody, a zatem obliczenia i podania konkretnej ilości w ofercie. Zostało potwierdzone, iż ilość kontroli nie oznacza ilości pasków testowych (do analizy moczu) zużywanych do tej kontroli. Jeżeli wykonawca Siemens utrzymuje, iż przez zaznaczenie słowa „tak” przy punkcie 8 formularza 4.7 spełnił warunek graniczny, to nie spełnił go w zakresie podania ilości przedmiotowych pasków i ich ceny.

12

Została podana jedynie konkretna ilość pasków do wykonania analizy moczu wymagana i z góry podana przez zamawiającego, w przeliczeniu na liczbę badań. Natomiast żadnej konkretnie oznaczonej liczbą ilości pasków (do analizy moczu) do badań kontrolnych wybrany wykonawca nie podał, mimo takiego obowiązku. Z zaznaczenia słowa „tak” przy punkcie 8 przypisów do załącznika 4.7 nie wynika, iż wykonawca zaoferował dodatkowe paski do kontroli i w jakiej ilości. Wynika co najwyżej, iż przyjął do wiadomości istnienie takiego wymogu.

Zarówno treść oferty, jak i sposób oceny przez zamawiającego, powinny stanowić odzwierciedlenie stawianych wymagań, co pozwala na przyjęcie, iż postępowanie prowadzone jest w sposób jawny i przejrzysty. Nie odpowiada takim celom, pozornie czy faktycznie bezpłatne świadczenie, jako ewentualnie skalkulowane w innym elemencie wyceny, niż wymagane do rozliczeń, gdyż oprócz naruszania zasady równego traktowania wykonawców, i uczciwej konkurencji stwarza niejasne relacje między uczestnikami postępowania, oferującymi niedokreślone nieodpłatne świadczenia a zamawiającymi.

Oferta Siemens nie podaje odrębnie dokładnej metodyki badań kontrolnych, czego

wymagała SIWZ. Nie zawiera też co było wymagane w punkcie 5 formularza 4.7 asortymentowo cenowego, instrukcji przedstawiających wszystkie dane, dotyczące pasków i materiałów kontrolnych (w tym ich ilości na oznaczoną liczbę badań). Na ten temat oferta Siemens zawiera jedynie informacje ogólne, z czego wprost nie da się ustalić jakie ilości pasków testowych są zużywane do badań kontrolnych na podaną liczbę oznaczeń wyników analizy moczu w ilości 45 000. Zarówno przedmiot dostawy jak i ilości powinny być zaoferowane zgodnie z postawionymi wymaganiami, a oferta wykonawcy, aby mogła być uznana za odpowiadającą wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może pozostawać niedookreślona. Musi wprost zawierać informacje potwierdzające spełnienie wymagań. W ocenie Izby nie jest możliwe, zastępowanie braków oferty w tym zakresie, oświadczeniem wykonawcy, iż mimo, że nie zostało to wprost podane, to oferta Siemens oferuje potrzebną (nie wiadomo jaką) ilość pasków do przeprowadzania badań kontrolnych. Takie oświadczenie przekracza granicę wyjaśnień treści oferty, stanowiąc niedopuszczalne uzupełnianie jej treści, po upływie terminu składania ofert i jest nieskuteczne.

Izba uznała natomiast za niedowiedziony, zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. Wyjaśnienia wprowadzone zostały złożone w sposób dwuznaczny, wręcz pokrętny, sugerujący skalkulowanie ilości pasków testowych do wykonywania kontroli w cenie oferty, czemu zaprzeczyło późniejsze stanowisko Siemens, o nieodpłatnym charakterze tej części dostawy. Nie można jednak zakładać, iż wykonawca ten deklarując wykonanie nieodpłatne zakresu dostawy, który był wymagany, a nie został ujęty w ofercie oraz niewyceniony, zamierzał wprowadzić zamawiającego w błąd i nie wywiązać

13

się z tych zapewnień. Deklaracja ta pozostaje jednak gołosłowna, bowiem Siemens nawet nie określił ilości pasków do kontroli, którą to ma dostarczyć nieodpłatnie. Niewątpliwie jednak tego rodzaju deklaracja wpłynęła na decyzję zamawiającego o dokonaniu wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej w kryterium ceny na część 7 zamówienia.

W ocenie Izby, nie służy zasadzie przejrzystości prowadzenia postępowania oświadczenia wykonawcy, iż oferuje pewien nieoznaczony zakres objętej zamówieniem dostawy nieodpłatnie. Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić dokumenty formularza cenowo – asortymentowego oferty w pełnym zakresie oferowanej dostawy i jej wyceny. W tym przypadku, pominięte wymaganie zaoferowania i podania przez wykonawcę wprost ilości pasków (do analizy moczu) do badań kontrolnych, miało charakter graniczny, a więc obligatoryjnie wymagany, zatem żadną miarą niezgodność taka nie podlega konwalidacji w drodze oświadczenia o nieodpłatnym charakterze tej części przedmiotu zamówienia, czego nawet nie było w oświadczeniu woli w samej ofercie, zatem przesądza to o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Rozpatrzeniu podlegają jedynie zarzuty protestu podtrzymane w odwołaniu i na rozprawie, w odniesieniu do czynności zamawiającego wyboru oferty. W żadnej mierze przystępujący nie jest legitymowany, aby w przystąpieniu wskazywać zarzuty i niezgodności oferty odwołującego z postanowieniami SIWZ. Zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, stanowisko przystępującego może się jedynie sprowadzać do określenia własnych żądań w zakresie zarzutów podniesionych w proteście. Skoro przystępujący uznawał, iż oferta odwołującego winna być odrzucona przez zamawiającego, to służyła droga własnego protestu na zaniechanie zamawiającego rzetelnego zbadania wymienionej oferty oraz zaniechanie jej odrzucenia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza asortymentowo – cenowego, który z natury rzeczy jako określający treść oferty, nie może ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie jest uprawniony, aby po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań, a w szczególności odnoszących się do treści oferty. Postawienie znaku równości

zawsze narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców i respektowania reguł uczciwej konkurencji.

Oferta wykonawcy Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o. w jej obecnym kształcie jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający każdorazowo przed odrzuceniem oferty zobowiązany jest ocenić i wyczerpać procedurę określoną w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli ustali, iż zachodzą ku temu uzasadnione podstawy. Izba rozpatrywała sprawę w granicach zarzutów protestu, gdyż taki zakres kognicji wyznacza jej przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Z tych względów nie mogła zająć stanowiska odnośnie składanych wniosków i podnoszonej argumentacji przez przystępującego Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o. o., iż pominięcie podania ilości pasków testowych (do analizy moczu) do badań kontrolnych i ich wyceny, przedstawia znikomą wartość, mogło być wyliczone w oparciu o opis materiału kontrolnego, zatem jest możliwe dokonanie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 oferty, gdyż nie stanowiłoby to istotnej zmiany treści oferty i nie spowodowało zmiany kolejności ofert według przyjętego kryterium. Okoliczności takie zostały przywołane dopiero na rozprawie. Zarówno w wyjaśnieniach, jak i w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, Siemens utrzymywał, iż jego oferta spełnia wszelkie postawione wymagania.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego kwotę 8 044,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b oraz ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, Dz. U. Nr 182, poz. 1122).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*