Sygn. akt: KIO 432/12

WYROK
z dnia 19 marca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2012 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2012 roku przez wykonawcę PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach przy ulicy Wiosennej 22, 05-092 Łomianki w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Będzinie z siedzibą przy ulicy Małachowskiego 12, 42-500 Będzin

przy udziale wykonawcy Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach przy ulicy Wiosennej 22, 05-092 Łomianki i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach przy ulicy Wiosennej 22, 05-092 Łomianki tytułem wpisu od odwołania;

   2.2 zasądza od PZ Cormay S.A. z siedzibą w Łomiankach przy ulicy Wiosennej 22, 05-092 Łomianki na rzecz Zamawiającego Powiatowego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Będzinie z siedzibą przy ulicy Małachowskiego 12, 42-500 Będzin kwotę **3 651 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego oraz opłaty skarbowej od udzielonych wynagrodzenia pełnomocnika pełnomocnictw.

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 Katowicach.

Przewodniczący: ……..……

Członkowie: ……...……...

……...……..

Sygn. akt: KIO 432/12

UZASADNIENIE

Zamawiający Powiatowy Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Będzinie z siedzibą przy ulicy Małachowskiego 12, 42-500 Będzin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *„na dostawę odczynników wraz*

z dzierżawą automatycznego analizatora biochemicznego z przystawką ISE, systemu do rozdziału elektroforetycznego białka, a pretury do oznaczeń serologii transuzjologicznej opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2011 roku pod numerem 2011/S 219-356313.

23 lutego 2012 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że w zakresie Zadania I – dostawa odczynników wraz z dzierżawą automatycznego analizatora biochemicznego wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa. Zamawiający jednocześnie powiadomił Odwołującego, iż jego oferta złożona dla Zadania I został odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") z uwagi na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ").

2 marca 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu w szczególności: bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, zaniechanie wezwania do złożenia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, nie poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, do poprawy których Zamawiający był zobowiązany.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie jego oferty, która spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ,
2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędów w obliczeniu ceny, które nie miały miejsca,
3) art. 87 ust. 1 ustawy – przez niewezwanie do złożenia wyjaśnień,

4) art. 87 ust. 2 ustawy – przez niepoprawienie ewentualnych omyłek,
5) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy – przez niewezwanie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz ewentualnie nie wezwania do złozenia wyjaśnień w zakresie załączonych dokumentów podmiotowych
6) art. 7 ustawy – naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
7) art. 91 ustawy – przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza z punku widzenia kryteriów oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie określić na jakiej podstawie prawnej oraz faktycznej jego oferta została właściwie odrzucona. Powyższe stanowisko wynika z tego, że w informacji o odrzuceniu oferty przetargowej wskazano dwie różne (w naszej ocenie niezgodne ze stanem faktycznym) podstawy odrzucenia oferty przetargowej tj. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy.

Niezależnie od powyższego z żadną ze wskazanych przez Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty Odwołujący nie zgadza się.

Odnosząc się do bezprawnego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wyjaśnił, że oferta spełnia wszystkie wymagania narzucone przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w punkcie 4 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne analizatora do badań biochemicznych z przystawką ISE" wymagał możliwości wykonywania jonogramów Na, K, Cl o wydajności > 200/ 1h. Zamawiający nie określił czy wydajność 200 dotyczy poszczególnych testów czy ilości pacjentów. Praktyką producentów analizatorów analitycznych jest określenie wydajności aparatu przy założeniu pracy w określonym trybie jako łączna ilość wykonanych testów na godzinę. Z uwagi na specyfikę pracy i indywidualne zapotrzebowania na badania dla każdego z pacjentów jeden, dwa czy więcej testów,

wytwórcy nie określają wydajności dla poszczególnych pacjentów. Z tej samej przyczyny nie można określić wydajności aparatu biochemicznego podając ilość pacjentów, a jedynie ilość testów łącznie jaką urządzenie jest w stanie wykonać przy określonych założeniach w przyjętym trybie pracy. Odwołujący wobec braku jednoznaczności zapisu SIWZ w tym zakresie odczytał wymóg zgodnie z uznaną i stosowaną praktyką jako ilość testów

wykonywanych na godzinę, a nie ilości próbek, taka sama praktyka odnosi się do podanej wydajności dla modułu oznaczeń biochemicznych. Dlatego też Odwołujący podał wydajność 240 ozn./godzinę (minimalna wydajność), która spełniła wymóg >=200ozn./godzinę.
O słuszności interpretacji wskazanego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia utwierdziła Odwołujacego również odpowiedź Zamawiającego z dnia 28.11.2011, że jonogramy w aparacie wyposażonym w elektrody Na, K, Cl będą wykonywane jednocześnie. Co znajduje dodatkowo swoje uzasadnienie w budowie samego modułu ISE, gdzie typ pomiaru umożliwia wykonywanie oznaczeń na 3 elektrodach jednocześnie, bez możliwości wybierania pojedynczych badań np. samo badanie sodu (Na+) czy samo badanie potasu (K+), jest to charakterystyczne dla tego typu pomiaru. W innej odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12.12.11, został dopuszczony analizator o wydajności 100 próbek na godzinę wskazany został zupełnie inny tryb pracy analizatora (maksymalna) „wydajność ISE" 100 próbek surowicy na godzinę. Co w praktyce oznacza możliwość wykonania 3 oznaczeń łącznie u 100 pacjentów w ciągu jednej godziny, 300 oznaczeń na godzinę.
W najnowszym oprogramowaniu analizatora BS-400 (które również zostało zaoferowane w ofercie) istnieje możliwość pracy w trybie umożliwiającym uzyskanie wydajności modułu ISE do 320 oznaczeń na godzinę, co przy trzech elektrodach daje faktyczną możliwość wykonywania badań 106 próbek pobranych od pacjentów. Tym samym nasz analizator całkowicie wyczerpuje wymagania Zamawiającego określone bezpośrednio w SIWZ.
W dołączonej do naszej oferty ulotce do aparatu BS-400 zawarte były informacje o możliwości pracy analizatora z wydajnością zarówno 240 testów/godzinę (640 testów z modułem ISE, w tym 400 ozn./h biochemicznych i 240 ozn./h ISE) jak i do 320 testów/h. Podkreślamy, że obie wydajności w żaden sposób wzajemnie nie wykluczają się, a zależą wyłącznie od trybu pracy analizatora. To tryb ustawienia analizatora determinuje wydajność. Dlatego też Zamawiający powinien rozwiać wszystkie wątpliwości co do treści złożonej oferty oraz wezwać nas w trybie art. 87 ust. 1 do złożenia wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia na pewno w żadnym wypadku nie spowodowałyby żadnej zmiany treści złożonej oferty przetargowej, nie spowodowałoby również żadnej zmiany ceny.

W zakresie odrzucenia naszej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Odwołujący wskazał, że jest to również niezgodne z przepisami ustawy PZP. Zamawiający w SIWZ nie określił stawki podatku VAT na podstawie, której dokonywać będzie oceny ofert przetargowych. Tym samym ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT pozostawiono zgodnie z obowiązującymi przepisami Wykonawcy. W ofercie na lampę halogenową oraz wężyki Odwołujący zastosował właściwą stawkę podatku VAT tj. 8%. Zastosowanie powyższej stawki podatku VAT wynika z obowiązujących przepisów prawa podatkowego

jako podstawę faktyczną odrzucenia naszej oferty Zamawiający podał brak deklaracji zgodności co skutkowało automatycznym uznaniem, że zarówno na lampę jak i na wężyki zastosowano nieprawidłową stawkę podatku VAT. Działanie takie w naszej ocenie jest całkowicie nieuzasadnione i bezprawne. Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty deklaracji zgodności na zaoferowany aparat jak i odczynniki . W SWIZ nie ma wiec mowy o wymogu dołączenia do oferty deklaracji zgodności na zaoferowane materiały zużywalne, co w ocenie Zamawiającego przesadzałoby o zastosowaniu 8% stawce podatku VAT. Tym samym w świetle obowiązujących regulacji prawnych nie można odrzucić oferty na podstawie braku dokumentów, których Zamawiający w ogóle nie żądał w SIWZ.
Niezależnie od powyższego jeszcze raz podkreślamy, że jeżeli Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości powinien w tym zakresie wezwać do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP i umożliwić wykonawcy udowodnienie, że złożona przez niego oferta została skalkulowana w sposób poprawny. Gdyby Zamawiający wezwał do złożenia

wyjaśnień Odwołujący potrafiłby skutecznie wskazać podstawę prawną zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Natomiast brak wezwania w tym zakresie pozbawiło nas możliwości wyjaśnienia kwestii ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT. Jeszcze raz podkreślamy, że zastosowana stawka VAT jest stawka właściwa Potwierdzeniem słuszności zastosowania 8% stawki VAT dla zaoferowanej lampy halogenowej jak i wężyków jest deklaracja zgodności producenta aparatu BS-400, zawierająca w/w asortyment. Tym samym zarzut zastosowania przez naszą firmę niewłaściwej stawki VAT jest bezzasadny a nasza oferta nie kwalifikuje się do odrzucenia na tej podstawie prawnej i faktycznej. Podkreślamy raz jeszcze, że w tym zakresie Zamawiający odrzucił naszą ofertę na podstawie braku załączenia do oferty deklaracji zgodności, której w ogóle do oceny nie wymagał.
Z ostrożności wskazujemy również, że deklaracje zgodności mieszczą się w katalogu dokumentów, które zostały wymienione w treści rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). W związku z powyższym są to dokumenty, które w trybie art. 26 ust. 3 podlegają uzupełnieniu oraz mogą być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP. Dlatego też obowiązkiem Zamawiającego jest w takim przypadku wezwanie do złożenia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się z kolei do pozostałych argumentów podniesionych w odrzuceniu oferty:

- w przypadku zarzutu braku możliwości pobierania materiału z próbek pierwotnych o różnych rozmiarach (od 13 x 75mm do 16 x 100mm) oświadczamy, że zaoferowany analizator jest wyposażony w specjalne adaptery umożliwiające korzystanie z probówek o wymaganych przez Zamawiającego rozmiarach. Dlatego też niezrozumiałym jest

zachowanie Zamawiającego, który bezpodstawnie uznał, że nasza oferta nie spełnia w/w wymogu, mimo iż w tabeli parametrów wymaganych, w punkcie 5 Odwołujący oświadczył, że oferowany analizator ten wymóg spełnia. Wskazujemy przy tym, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ w jakiś szczególny sposób wykazania spełniania powyższego parametru oprócz wymogu złożenia w tym zakresie oświadczenia;

- zarzut braku potwierdzenia możliwości wykonywania badań w surowicy, moczu, płynie mózgowo-rdzeniowym jest również bezzasadny. Aparat BS-400 zaoferowany w ofercie wykonuje oznaczenia we wszystkich powyższych materiałach biologicznych. Spełnienie powyższej informacji potwierdza instrukcja aparatu BS-400. Również w tym przypadku Zamawiający nie dał nam możliwości wykazania spełnienia powyższego parametru, mimo że potwierdziliśmy go w punkcie 7 załącznika nr 2 do SIWZ parametry wymagane.

- w związku z zarzutami dotyczącymi formularza asortymentowo-cenowego odnośnie przeliczania kontroli, kalibratorów i materiałów informujemy, iż ceny netto (Kolumna cena za jedno opakowanie netto) jak i ilości opakowań (Kolumna ilość opakowań) z których wyliczana była wartość netto podane są przez nas również prawidłowo.

Dla Cześć II „Kalibratory do automatycznego analizatora biochemicznego" :

1. w pozycji 4 zaoferowana wielkość opakowania to 5x1 ml a ilość wycenionych opakowań 3, co daje w sumie 15 ml kalibratora. Ta ilość kalibratora zapewni Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (10ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

2. w pozycji 7 zaoferowana wielkość opakowania to 2x 1ml (L-1 x 1 ml, H-1 x 1 ml) a ilość wycenionych opakowań 4, co daje w sumie 8 ml kalibratora. Ta ilość kalibratora jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy na zasadach określonych powyżej. Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (14ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

3. w pozycji 8 zaoferowana wielkość opakowania to 4x0,5ml a ilość wycenionych opakowań 25, co daje w sumie 50 ml kalibratora. Ta ilość kalibratora jest ilością wystarczająca, aby

zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy na zasadach określonych powyżej. Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (14ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

4. w pozycji 9 zaoferowana wielkość opakowania to 1x1 ml a ilość wycenionych opakowań 27, co daje w sumie 27 ml kalibratora. Ta ilość kalibratora jest ilością wystarczająca aby zapewnie Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (10ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

5. w pozycji 10 zaoferowana wielkość opakowania to 10 x 1ml (L-5 x 1 ml, H-5 x 1 ml) a ilość wycenionych opakowań 5, co daje w sumie 50 ml kalibratora. Ta ilość kalibratora jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (40ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

Dla Część lila „Materiały kontrolne do automatycznego analizatora biochemicznego" :

1. w pozycji 3 zaoferowana wielkość opakowania to 2 x 3ml (L-1 x 3 ml, H-1 x 3 ml) a ilość wycenionych opakowań 27, co daje w sumie 162 ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca, aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (54ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

2. w pozycji 4 zaoferowana wielkość opakowania to 2 x 3ml (L-1 x 3 ml, H-1 x 3 ml) a ilość wycenionych opakowań 27, co daje w sumie 162 ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana

błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (54ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

3. w pozycji 5 zaoferowana wielkość opakowania to 1x2 ml a ilość wycenionych opakowań 3, co daje w sumie 6 ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (8ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

4. w pozycji 6 zaoferowana wielkość opakowania to 4x0,5ml (L-2 x 0,50 ml, H-2 x 0,50 ml) a ilość wycenionych opakowań 8, co daje w sumie 16 ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania

dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić" Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (12ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

5. w pozycji 9 zaoferowana wielkość opakowania to 3 x 10 ml a ilość wycenionych opakowań 3, co daje w sumie 90ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (240ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty

6. w pozycji 10 zaoferowana wielkość opakowania to 3 x 10 ml a ilość wycenionych opakowań 3, co daje w sumie 90ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (240ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

---

7. w pozycji 11 zaoferowana wielkość opakowania to 3 x 3 ml a ilość wycenionych opakowań 37, co daje w sumie 333ml kontroli. Ta ilość kontroli jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość kontroli na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawienia jako tzw. inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić Ilość podanych w tej kolumnie mililitrów (117ml) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

Dla Cześć IV „Akcesoria i części zużywalne potrzebne do automatycznego analizatora biochemicznego i drukarki do ilości badań biochemicznych określonych w Części I" :

1.w pozycji 3 zaoferowana wielkość opakowania to 12x1 litrowa ilość wycenionych opakowań 32, co daje w sumie 384 litrów odczynnika. Ta ilość odczynnika jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie litrów (192 l) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

2. w pozycji 6 zaoferowana wielkość opakowania to 1 sztuka danej części zużywalnej a ilość wycenionych sztuk 5, co daje w sumie 5 sztuk. Ta ilość jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie sztuk (1 sztuka) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

3. w pozycji 7 zaoferowana wielkość opakowania to 1 sztuka danej części zużywalnej a ilość wycenionych sztuk 3, co daje w sumie 3 sztuki. Ta ilość jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić ilość podanych w tej kolumnie sztuk (1 sztuka) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

4. w pozycji 8 zaoferowana wielkość opakowania to 1 sztuka danej części zużywalnej a ilość wycenionych sztuk 13, co daje w sumie 13 sztuk. Ta ilość jest ilością wystarczająca aby

zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie sztuk (1 sztuka) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

5. w pozycji 9 zaoferowana wielkość opakowania to 1 sztuka danej części zużywalnej a ilość wycenionych sztuk 3, co daje w sumie 3 sztuk. Ta ilość jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie sztuk (1 sztuka) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

6. w pozycji 11 zaoferowana wielkość opakowania to 1 sztuka danej części zużywalnej a ilość wycenionych sztuk 3, co daje w sumie 3 sztuk. Ta ilość jest ilością wystarczająca aby zapewnić Zamawiającemu pracę na 24 miesięcy trwania dzierżawy. Podana w kolumnie „Ilość na okres 24 miesięcy" ilość jest wpisana błędnie i kwalifikuje się do poprawy jako tzw. „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, którą w trybie art. 87 ust. 2, pkt. 3 można poprawić". Ilość podanych w tej kolumnie sztuk (1 sztuka) nie ma wpływu na dalsze wyliczenia, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

Zgodnie z oświadczeniem umieszczonym w ofercie Odwołujący zapewnił, że ilość zaoferowanego asortymentu zapewni pracę laboratorium przez cały okres dzierżawy aparatu. I w tym przypadku Zamawiający nie dopełnił swoich obowiązków i nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że zarówno wartość netto jak i brutto całej oferty nie ulegnie zmianie a oferta nadal będzie cenowo najkorzystniejsza.

W związku z zarzutem niewycenienia materiałów eksploatacyjnych do drukarki Odwołujący oświadcza, iż nie zostały one wycenione, ponieważ zaoferowana drukarka będąca częścią składową wydzierżawionego analizatora BS-400 jest zawsze dostarczana wraz z zestawem startowym składającym się z zestawu tonerów zapewniających jej pracę przez cały okres trwania umowy dzierżawy. Tym samym nie było w ogóle konieczności dokonywania wyceny materiałów, które zostały wliczone w innej pozycji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert przetargowych z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą.

7 marca 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 marca 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie

z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 5 marca 2012 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż wykonawca Beckam Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Postępu 21c, 02-676 Warszawa stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczo złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego – złożone na okoliczność wykazania, że lampa zaoferowany analizator biochemiczny spełnia wymagania określone przez Zamawiającego oraz, że Odwołujący prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – przez odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty na tej podstawie wskazując, ze *Wykonawca zaoferował analizator biochemiczny o wydajności ISE 240 testów/godz., co jest równoznaczne z wydajnością 80 jonogramów Na, K, Cl na godz. Zamawiający w piśmie z dnia 12.12.2011r. na wniosek Wykonawcy dopuścił analizator o wydajności ISE 100 próbek / godz. Tym samym proponowany przez firmę CORMAY S.A. analizator biochemiczny nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i oferta podlega odrzuceniu.*
Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 2 dla Zadania I – *Opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne analizatora do badań biochemicznych z przystawką ISE* w wierszu 4. w kolumnie – *dane techniczne aparatu* –

właściwości Zamawiający sprecyzował następujące wymaganie: *Możliwość wykonania jonogramów Na, K, Cl o wydajności ≥ 200/1h,* obowiązkiem Odwołującego było, w kolumnie – *Wartości oferowane,* podanie zaoferowanych wartości.
Pismem z 28 listopada 2011 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień i na pytanie *Czy Zamawiający pod pojęciem jonogramu rozumie jednoczesne oznaczenie Na, K i Cl?* Udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający pod pojęciem jonogramu rozumie jednoczesne oznaczenie Na, K i Cl.*
Następnie pismem z 12 grudnia 2011 roku Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane pytanie *Czy Zamawiający dopuści analizator o wydajności ISE 100 próbek surowicy na godzinę?* Zamawiający dopuścił taki analizator (Zamawiający *dopuszcza).*
W ofercie Odwołującego na stronie 9. został załączony wypełniony przez Odwołującego załącznik nr 2, gdzie w wierszu 4. Odwołujący w kolumnie *Wartości oferowane* podał: *TAK, Możliwość wykonania jonogramów Na, K, Cl o wydajności 240 ozn./h*
W ocenie Izby zaoferowany przez Odwołującego analizator biochemiczny BS-400 producenta Mindrey nie spełnia określonych przez Zamawiającego wymagań. Problem, jaki należało rozstrzygnąć, aby rozpoznać postawiony przez Odwołującego zarzut, sprowadza się do rozumienia ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań. Pierwotna regulacja zawarta w SIWZ stawiała wymóg zaoferowania aparatu, który wykonywałby 200 lub więcej jonogramów Na, K, Cl, co oznacza, uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego z 28 listopada 2011 roku, że przez jonogram rozumie się wykonanie jednoczesne oznaczenie Na, K i Cl. Zamawiający pierwotnie wymagał zaoferowania aparatu biochemicznego z przystawką ISE za pomocą której można wykonać 600 lub więcej oznaczeń/testów (≥200 jonogramów x jednoczesne oznaczenie Na, K, Cl (3 oznaczenia/testy) = ≥600 oznaczeń/testów). Dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości

zaoferowania urządzenia o wydajności ISE 100 próbek surowicy na godzinę oznaczało, możliwość wykonania 300 oznaczeń/testów na godzinę (100 próbek x jednoczesne oznaczenie Na, K, Cl (3 oznaczenia/testy) = 300 oznaczeń/testów). Zasługuje na uwagę w tym miejscu fakt, iż sam Odwołujący w treści odwołania potwierdził, że takie dopuszczenie Zamawiającego oznaczało dopuszczenie urządzenia o wydajności ISE 300 oznaczeń/testów). W ocenie Izby Zamawiający dopuszczając, na wniosek Odwołującego, możliwość zaoferowania urządzenia o wydajności 100 próbek (czyli 300 oznaczeń/testów) surowicy na godzinę obniżył pierwotne wymagania, bowiem w innym przypadku (tzn.: wykładni dokonanej przez Odwołującego, że „≥200" odnosi się do oznaczeń/testów a nie jonogramów) dopuszczenie na jakie zezwolił Zamawiający nie byłoby potrzebne. Tym samym należy wskazać, że jednoznaczne były wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz dopuszczone pismem z 12 grudnia 2011 roku. W ocenie Izby sam Odwołujący potwierdził ową prawidłowość rozumowania w treści złożonego odwołania (str. 4 od wersu czwartego) wskazując: *w dołączonej do naszej oferty ulotce do aparatu BS-400 zawarte były informacje o możliwości pracy analizatora z wydajnością zarówno 240 testów/godzinę (640 testów z modułem ISE, w tym 400 ozn./h biochemicznych i 240 ozn./h ISE) jak i do 320 testów/h.* Taka możliwość pracy analizatora biochemicznego z przystawką ISE została potwierdzona w dokumentach dołączonych do oferty na stronie 54 gdzie w pozycji *Funkcje systemu* podana została wydajność *400 testów/godz. bez ISE; do 640 testów/godz. z ISE.* Na stronie 53 oferty podane zostało w dokumentach dołączonych do oferty *Moduł ISE – selektywne elektrody dla K, Na, Cl, Li.* Wracając do strony 54 oferty czytamy w dalszej części, że podano *Moduł ISE: Elektrody jonoselektywne dla: K, Na, Cl, Li Wydajność modułu – do 320 testów/godz.*
Odwołujący zaoferował możliwość wykonywania jonogramów Na, K, Cl o wydajności 240 ozn./h, tym samym zaoferował urządzenie o wydajności ISE 80 jonogramów (240 ozn/h : jednoczesne oznaczenie Na, K, Cl (3 oznaczenia/testy) = 80 jonogramów) co nie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.
W złożonych przez Odwołującego na rozprawie dokumentach znajduje się potwierdzenie powyżej zawartych informacji, i tak: na stronie 1. została zawarta Deklaracja producenta, w której czytamy jedynie, że *prędkość testowania modułu ISE (opcjonalny) w analizatorze chemicznym BS-400 wynosi do 320 testów na godzinę.* Deklaracja ta nie potwierdza dla jakich jonogramów przewidziane są podane w deklaracji wartości. W kolejnych dokumentach – *Specyfikacja techniczna* – na stronie 4. została zawarta informacja *Moduł ISE: opcjonalny*

wybór K, Na, Cl lub K, Na, Cl, Li Maksymalna wydajność: 320 testów/godz. Informacje te nie są w żaden sposób sprzeczne z zawartymi w ofercie, są jedynie mniej precyzyjne. Nie może stanowić dowodu w sprawie sporządzona w języku angielskim specyfikacja

techniczna pochodząca ze strony producenta a złożona przez Odwołującego na rozprawie, jednakże przywołał ją uczestnik postępowania odwoławczego wskazując, że właśnie w treści tego dokumentu została określona najbardziej precyzyjnie (str. 8 złożonego na rozprawie pakietu dokumentów) wydajność modułu ISE, które to parametry znajdują odzwierciedlenie w innych dokumentach złożonych przez Odwołującego na rozprawie i w ofercie.
Uwzględniając powyższe w ocenie Izby czynność oceny oferty Odwołującego była prawidłowa, a niezgodność treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia została wykazana należycie co prowadzi do wniosku, że Zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia regulacji art. 87 ust. 1 ustawy - *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*- bowiem z treści oferty jednoznacznie wynikało, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że brak było jednoznaczności w regulacjach SIWZ.
Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy przez odrzucenia oferty na podstawie tego, że zaoferowany analizator biochemiczny o wydajności ISE 240 testów /godz., co jest równoznaczne z wydajnością 80 jonogramów Na, K, Cl na godz., nie spełnia wymagań SIWZ nie został uwzględniony przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z powodu nieuwzględnienia przez Odwołującego w formularzu materiałów eksploatacyjnych do drukarki Izba uznała zarzut za bezzasadny.
Zamawiający w SIWZ w załączniku nr 3 w tabeli IV zatytułowanej *Akcesoria i części zużywalne potrzebne do automatycznego analizatora biochemicznego i drukarki do ilości badań biochemicznych określonych w Części I,* a także w Załączniku nr 2 dla Zadania I – *Opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne analizatora do badań biochemicznych z przystawką ISE* w wierszu 28. w kolumnie – *dane techniczne aparatu – właściwości* Zamawiający sprecyzował następujące wymaganie: *Wykonawca zapewni dodatkowe stanowisko komputerowe klasy PC wraz z drukarką laserową klasy HP 20xx(1 szt.) …* Z treści powyższych dokumentów wynika jednoznacznie, że wykonawcy składający ofertę mieli zapewnić Zamawiającemu na okres trwania umowy drukarkę, oraz (zgodnie z załącznikiem nr 3 w tabeli IV) zobowiązani byli do wyceny materiałów zużywalnych do tej drukarki. Zamawiający zaoferował drukarkę, natomiast nie zawarł w złożonym na podstawie załącznika nr 3 tabeli IV wykazie materiałów eksploatacyjnych, niezbędnych materiałów

do drukarki. Jednocześnie w żadnym miejscu oferty nie zawarł informacji o jakimkolwiek innym sposobie dostarczenia tych materiałów Zamawiającemu. Nie znajduje uzasadnienia argumentacja (oświadczenie) Odwołującego zawarta w odwołaniu i przedstawiona na rozprawie sprowadzająca się do stwierdzenia, że materiały zużywalne zawarte są w zestawie startowym, który jest dostarczany wraz z aparatem biochemicznym. Odwołujący nie podał takich informacji w ofercie. Należy natomiast wskazać, że Odwołujący podpisał w ofercie oświadczenie zamieszczone pod tabelą z Załącznika nr 2 dla Zadania I – *Opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne analizatora do badań biochemicznych z przystawką ISE* o następującej treści: *Oświadczamy, że oferowany powyżej automatyczny analizator biochemiczny jest kompletny i będzie po zainstalowaniu i uruchomieniu gotowy do podjęcia działalności diagnostycznej – bez żadnych dodatkowych zakupów i inwestycji (poza materiałami zużywalnymi – eksploatacyjnymi).* W obliczu braku wyceny materiałów zużywalnych do drukarki, braku informacji w ofercie dotyczących sposobu ich dostarczenia w zestawie startowym, braku informacji o dostarczeniu zestawu startowego oraz podpisania oświadczenia o treści wyżej przytoczonej nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie

uwzględnił w żadne sposób w złożonej ofercie materiałów eksploatacyjnych do drukarki. Przedmiot złożonej oferty nie odpowiada zatem wymaganiom Zamawiającego. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy przez odrzucenia oferty na podstawie tego, że nie zostały ujęte w formularzu materiały eksploatacyjne do drukarki nie został uwzględniony przez Izbę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy zgodnie z którymi Zamawiający *odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* . - i art. 26 ust. 4 ustawy - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1* przez

odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zastosowania dla lampy halogenowej i wężyków stawki podatku VAT 8% i braku złożenia w ofercie dokumentów tj. deklaracji zgodności potwierdzających, że są to wyroby medyczne, Izba uwzględniła ten zarzut i uznała za zasadny. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy - *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia* – Izba nie uwzględniła odwołania, ponieważ stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy co zostało wykazane we wcześniejszej części wyroku.
Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego należy zaznaczyć, że Zamawiający w SIWZ w punkcie VIII *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* w punkcie 3 lit. f wskazał, że wykonawcy muszą spełniać dodatkowe wymagania tj. *zaoferują odczynniki do analizatora i aparaty posiadające ważne dokumenty dopuszczające do obrotu na rynku polskim i odpowiadający określonym normom oraz spełniające wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w zał. nr 2 i zał. nr 3 do SIWZ – Zadanie I, II, III.* Następnie w punkcie IX *Dokumenty wymagane od Wykonawcy,* w punkcie 1, podpunkt 16 *Świadectwa dopuszczenia do stosowania wymagane prawem zgodnie z klasyfikacją danego wyrobu, Dyrektywami UE i ustawą z dnia 25.05.2010 r. o Wyrobach Medycznych (Dz. U. z 2010r. Nr 107, poz. 679), tj. deklaracje zgodności CE producenta lub wpis / potwierdzenie zgłoszenia oferowanego wyrobu do Rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych za ich wprowadzanie do obrotu i używania, zgodnie z warunkiem w Części VIII pkt3 ppkt f SIWZ (…).*
Z powyższych ustaleń wynika jednoznacznie, że Zamawiający wymagał złożenia stosownych dokumentów dla aparatów (zgodnie z SIWZ postępowanie prowadzone jest dla trzech zadań w przedmiocie trzech różnych aparatów) oraz odczynników. Zgodnie z przedstawionym na rozprawie stanowiskiem Zamawiający domniemywał, że stawka VAT została źle podana bowiem dla lampy halogenowej i wężyków Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentów potwierdzających, że są to wyroby medyczne. W ocenie Izby Zamawiający nie powinien odrzucać oferty na podstawie domniemanych przesłanek, a powinien wyjaśnić w oparciu o procedurę z art. 87 ust 1 ustawy treść złożonej oferty. Odwołujący na rozprawie przedstawił *Deklaracje Zgodności* wystawioną dla analizatora chemicznego BS-400, która w załączniku o nazwie *BS-400/BS-420 Analizator chemiczny Jednostki usuwane do naprawy* zawiera wymienione przez Zamawiającego elementy (poz. 231 – Zestaw wężyków pompy ISE, poz. 250 – Lampa halogenowa (50W)). Jak słusznie wskazał uczestnik postępowania odwoławczego pomiędzy złożonym na rozprawie tłumaczeniem deklaracji zgodności a jej wersją anglojęzyczną istnieje rozbieżność w datach wydania, co Odwołujący uzasadnił

pomyłką tłumacza. W ocenie Izby, uwzględniwszy wyżej przytoczoną treści ukształtowanych w SIWZ wymagań w zakresie złożenia dokumentów, argumentacja Odwołującego mająca potwierdzić niewłaściwość postępowania Zamawiającego, a opierająca się na twierdzeniu, że Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów nie jest zasadna, ponieważ Zamawiający nie wymagał złożenia tych dokumentów dla części zużywalnych oferowanych aparatów. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 6 ustawy w ocenie Izby było przedwczesne, ponieważ czynność tą Zamawiający powinien poprzedzić wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego przez dołączenie do oferty ulotek, które nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych w SIWZ w zakresie możliwości pobierania materiału z próbek pierwotnych o różnych rozmiarach (od 13x75 mm do 16x100 mm) próbek pediatrycznych z kodami lub bez kodów kreskowych a także braku potwierdzenia możliwości wykonywania badań w surowicy, osoczu, moczu, płynie mózgowo-rdzeniowym Izba nie uwzględniła tego zarzutu.
Zamawiający w SIWZ w punkcie VIII *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* w punkcie 3 lit. e wskazał, że wykonawcy muszą spełniać dodatkowe wymagania tj. *dołączą do oferty prospekty, foldery oferowanego analizatora (oryginały) potwierdzające opis wymaganych parametrów technicznych w języku polskim – Zadanie I, II, III.* Następnie w punkcie IX *Dokumenty wymagane od Wykonawcy,* w punkcie 1, podpunkt 15 *Prospekty, foldery analizatora, zgodnie z warunkiem w Części VIII pkt3 ppkt e SIWZ (…).*
Odwołujący złożył oświadczenie w załączniku nr 2 dla zadania I – *Opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne analizatora do badań biochemicznych z przystawką ISE* w wierszu 5 w kolumnie – *wartości oferowane – TAK, możliwość pobierania materiału z próbek pierwotnych o różnych rozmiarach (od 13 x 75 mm do 16 x 100 mm) próbek pediatrycznych bez kodów kreskowych* (zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z 12 grudnia 2012 roku), a w wierszu 7. w kolumnie – *Wartości oferowane – TAK możliwość wykonywania badań w surowicy, osoczu, moczu, płynie mózgowo- rdzeniowym.*
Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego nie znalazł potwierdzenia dla złożonych oświadczeń Odwołującego w załączonych dokumentach technicznych. Nie było sporne między Stronami, iż brak jest tych informacji w dołączonych dokumentach do oferty. Odwołujący na rozprawie złożył dokumenty, które potwierdzają spełnienie wyżej wymienionych wymagań. Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego odnoszącą się do braku jakichkolwiek wymagań Zamawiającego

w kwestionowanym zakresie, co zostało powyżej wykazane przez odniesienie się do stosownych regulacji SIWZ.
Postępowanie Zamawiającego było prawidłowe, Zamawiający dokonał oceny oferty i z uwagi na fakt, iż podlegała ona odrzuceniu, nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które potwierdziłyby spełnienie wymagań z oświadczenia zawartego na stronie 9 oferty.
Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy na Zamawiającego został nałożony bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, jednakże istnieją wyjątki od tego obowiązku. Ustawodawca wskazał enumeratywnie sytuacje (art. 26 ust. 3), w których Zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów tj.: gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, podlegałaby odrzuceniu. W rozpoznawanej sprawie zaistniała okoliczność, która uprawniała Zamawiającego do odstąpienia od wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie w tym konkretnym stanie prawnym nie przesądza faktu niespełnienia wymagań Zamawiającego, a stanowi jedynie o tym, że Odwołujący w złożonej ofercie nie wykazał za pomocą dokumentów technicznych spełnienia tych wymagań co do których oświadczył w ofercie.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - *Zamawiający poprawia w ofercie:*

inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści – przez brak dokonania poprawy w tabelach II, IIIa i IV w pozycjach wykazanych w odwołaniu Izba uznała, zarzut za bezzasadny.
W załączniku nr 3 dla zadania I tabeli nr II, IIIa i IV Zamawiający nie opisał żadnej procedury wskazującej na sposób wypełnienia tabeli, w części VII SIWZ – *Instrukcja dla Wykonawcy* - Zamawiający zobowiązał wykonawców do wypełnienia załączników według postanowień i warunków zawartych w SIWZ bez dokonywania jakichkolwiek zmian.
W załączniku nr 3 dla zadania I tabela II Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania w kolumnie trzeciej ilości kalibratorów na okres 24 miesięcy, jednocześnie zamieszczając pod tabelą oświadczenie, które wykonawcy mieli złożyć, o treści: *Oświadczamy, że powyżej wymienione ilości kalibratorów wystarczą do wykonania badań określonych przez Zamawiającego w Części I.* Zamawiający również wymagał podania wielkości opakowań (kolumna 4.), ilości opakowań (kolumna 5.), *ceny za 1 opakowanie netto* (kolumna 6.), a następnie w kolumnie 7 wymagał podania wartości netto wskazując, że jest to *ilość opakowań x cena za 1 opakowanie netto.* W pozycjach 4, 7, 8, 9, 10 Odwołujący oświadczył, że inna ilość kalibratorów jest niezbędna do wykonania badań określonych przez

Zamawiającego a inną ilość kalibratorów wycenił. W tym stanie rzeczy poprawa w kolumnie trzeciej *ilości kalibratorów na okres 24 miesięcy* przez przyjęcie, że w tej kolumnie należy podać iloczyn wielkości opakowania i ilości opakowań nie jest jednoznaczna. Odwołujący nie wykazał, że przeliczenie, jakiego dokonał w treści odwołania, jest jedynym sposobem poprawy oferty. Odwołanie się przez Odwołującego do uzasadnienia odrzucenia oferty, jakie poczynił Zamawiający, wskazuje jedynie na to, że Zamawiający wykazał brak potwierdzenia oświadczonych przez Odwołującego *ilości kontroli* na okres 24 miesięcy w stosunku do wielkości opakowań przeliczonych przez ich ilość, jaką zaoferował Odwołujący. Ten sam mechanizm odnosi się do zadania I tabela IIIa pozycje 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11 oraz tabeli IV pozycje 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11.
Odnosząc się do powyższych ustaleń można skonkludować, iż poprawienie oferty w tych zakresach, zgodnie z sugestią Odwołującego, prowadziłaby do poprawienia ilości danych materiałów określonych w każdej z tabeli w kolumnie nr 3 (odpowiednio: *ilość kalibratorów na okres 24 miesięcy – tabela II, ilość kontroli na okres 24 miesięcy – tabela IIIa, ilość na okres 24 miesięcy – tabela IV),* które to wartości podane w kolumnie 3. zostały poparte złożonymi każdorazowo oświadczeniami Odwołującego. Taka ingerencja w treść oferty, po pierwsze niemożliwa z uwagi na brak wszystkich niezbędnych do dokonania poprawy danych, co zostało wykazane powyżej, gdyby doszła do skutku, stanowiłaby naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza z punku widzenia kryteriów oceny ofert, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. Na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek wyboru oferty w oparciu o kryteria, które zostały przez Zamawiającego ukształtowane w SIWZ. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wyboru oferty stosując ukształtowane kryteria, nie wprowadził innych kryteriów oraz nie zmodyfikował znaczenia obowiązujących w tym postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać*

aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne,* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne z faktu, iż złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że zaoferowany analizator biochemiczny BS-400 spełnia wymagania Zamawiającego. Działania Odwołującego potwierdziły prawidłowość postępowania Zamawiającego i w zakresie spełnienia wymagań technicznych dopuszczonej/wymaganej wydajności przystawki ISE 300 oznaczeń/testów na godzinę (100 próbek x jednoczesne oznaczenie Na, K, Cl (3 oznaczenia/testy) = 300 oznaczeń/testów) lub 600 lub więcej oznaczeń/ testów (≥200 jonogramów x jednoczesne oznaczenie Na, K, Cl (3 oznaczenia/testy) = ≥600 oznaczeń/testów) Odwołujący nie wykazał, że zaoferowany analizator biochemiczny o wydajności ISE 240 testów /godz., co jest równoznaczne z wydajnością 80 jonogramów Na, K, Cl na godz., spełnia wymagania określone w SIWZ. Odwołujący nie wykazał również, że zaoferował materiały eksploatacyjne do drukarki.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych, a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i

zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust.

9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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 nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów według spisu kosztów; Izba uwzględniła fakturę VAT oraz poniesioną opłatę skarbową od udzielonych pełnomocnictw. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) 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* Izba uwzględnia „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy", a Zamawiający do

---

zamknięcia rozprawy nie złożył innych rachunków niż faktura VAT oraz potwierdzenie dokonania opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

Przewodniczący: ……..……

Członkowie: ……...……...

……...……..
