

Sygn. akt: KIO 101/11

WYROK
z dnia 28 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26.01.2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17.01.2011 r. przez wykonawcę **Beckman Coulter Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 21C, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 4, Al. Legionów 10, 41-902 Bytom** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odczynników do badań laboratoryjnych, dzierżawa analizatorów do badań koagulologicznych, immunochemicznych, biochemicznych wraz z dzierżawą dodatkowego sprzętu laboratoryjnego” (znak DZP-61/2010)

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Beckman Coulter Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 21C, 02-676 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Beckman Coulter Polska Spółka z o.o., ul. Postępu 21C, 02-676 Warszawa,**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 28 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 101/11

Zamawiający – SP ZOZ Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 4, Al. Legionów 10, 41-902 Bytom prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odczynników do badań laboratoryjnych, dzierżawa analizatorów do badań koagulologicznych, immunochemicznych, biochemicznych wraz z dzierżawą dodatkowego sprzętu laboratoryjnego” (znak DZP-61/2010).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **17.11.2010 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia **19.11.2010 r.** pod numerem 2010/S 225-344153.

W dniu **07.01.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa, która uzyskała w sumie 95 punktów.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa KIO w dniu **17.01.2011 r.** Odwołanie dotyczy pakietu nr 3 – dostawa odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą dwóch analizatorów. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w SIWZ,

- naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty Roche,
- przyznanie punktów Odwołującemu w sposób zgodny z SIWZ,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dalszej części odwołania podniósł, iż interes Odwołującego we wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu polega na tym, iż w wyniku zaniechania odrzucenia oferty Roche i dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, Odwołujący może ponieść szkodę poprzez niezyskanie przedmiotowego zamówienia.

W jego ocenie powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych *„legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykáže, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp”* (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP).

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, iż pismem z dnia 7 stycznia 2010 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Roche. Odwołujący po zapoznaniu się z treścią oferty tego wykonawcy stwierdził, iż oferta ta winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego wykonawca Roche zaoferował dużo mniejsze ilości zestawów odczynnikowych niż wymagał tego Zamawiający.

1. W ocenie Odwołującego Zamawiający w SIWZ określił w sposób jednoznaczny zasady i sposób wyliczenia ilości zestawów odczynnikowych, które miały zostać zaoferowane przez wykonawców. Zaoferowana ilość zestawów odczynnikowych musiała być wystarczająca do wykonania określonej w SIWZ ilości badań. Ilość badań określa Załącznik nr 3 do SIWZ - część A, kolumna „Ilość badań w skali 36 miesięcy”. W kolejnej części tegoż załącznika - 3.1, Zamawiający określa schemat prowadzonej w laboratorium kontroli jakości.

Pod ww. tabelą zawarte jest wyraźne wymaganie, dotyczące konieczności doszacowania oferty przez każdego Wykonawcę względem określonych przez Zamawiającego warunków:

- częstości kalibracji wynikającej z technologii analizatora oraz rodzaju odczynników,
- tabeli harmonogramu wykonywania kontroli jakości poszczególnych parametrów biochemicznych,
- trwałości odczynnika na pokładzie analizatora, tj. czasu po upływie którego obecny na pokładzie zestaw odczynnikowy powinien zostać wymieniony na nowy.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający wymagał oznaczania kontroli jakości na wszystkich poziomach, co w przypadku niniejszego postępowania oznacza podwojenie ilości oznaczeń (są 2 poziomy). Określone w ten sposób zapisy wskazują jednoznacznie, iż w zależności od rodzaju oznaczenia należy doliczyć do podanej w tabeli Załącznik nr 3 następujące ilości oznaczeń:

- w przypadku 2 cykli tygodniowo po 2 oznaczenia na każdy cykl - 624 oznaczeń w skali 36 miesięcy,
- w przypadku 3 cykli tygodniowo po 2 oznaczenia na każdy cykl - 936 oznaczeń w skali 36 miesięcy,
- w przypadku 5 cykli tygodniowo po 2 oznaczenia na każdy cykl - 1560 oznaczeń w skali 36 miesięcy,
- w przypadku 7 cykli tygodniowo po 2 oznaczenia na każdy cykl - 2184 oznaczeń w skali 36 miesięcy.

W ocenie Odwołującego z treści oferty wykonawcy Roche wynika, iż określona przez tego wykonawcę wartość zamówienia, nie pokrywa się z wartością wynikającą z ilości koniecznych do zaoferowania opakowań odczynników, (wykazując jednocześnie cechy znacznego niedoszacowania). Jeżeli bowiem zaoferowaną wartość netto każdej pozycji odczynnikowej podzielimy przez cenę netto określonego zestawu odczynnikowego, wówczas otrzymamy informację, jaką ilość opakowań wykonawca przeznaczył na zabezpieczenie wykonania ilości oznaczeń określonych przez Zamawiającego w SIWZ, zgodnie z przytoczonymi wcześniej warunkami koniecznymi.

Na potwierdzenie, że oferta wykonawcy Roche jest niezgodna z SIWZ w zakresie zaoferowania wymaganej ilości opakowań niezbędnej do zrealizowania zamówienia Odwołujący posłuży się trzema przykładami: „Łańcuchy Kappa”, „Łańcuchy Lambda” oraz „Glukoza”:

1. Przypadek nr 1 - Łańcuchy Lambda. Zamawiający zamierza w okresie 36 miesięcy wykonać 400 oznaczeń. Zgodnie z Załącznikiem 3.1, oznaczenie należy do grupy tzw. pozostałych oznaczeń, zatem należy doszacować 2184 oznaczeń, koniecznych do

wykonania kontroli jakości na dwóch poziomach w okresie 36 miesięcy. Całkowita ilość oznaczeń (bez ilości oznaczeń przeznaczonych na kalibrację, której wartości nie można precyzyjnie wyliczyć) wynosi zatem 2584. Ulotka odczynnikowa podaje, że ilość testów w zestawie wynosi 2 x 50 co stanowi 100 testów. Z powyższego wynika zatem, iż konieczna do zaoferowania ilość opakowań na okres 36 miesięcy to $2584:100 = 25,84$ czyli 26 pełnych opakowań. Uwzględniając wyszczególnioną w ofercie cenę jednostkową netto otrzymujemy ilość zaoferowanych opakowań w liczbie 7 zamiast wymaganych 26. Dodatkowo sytuacja ta skutkuje niedoszacowaniem na kwotę 11 400 zł, gdyż zamiast wartości 15 600 zł, w ofercie została podana wartość 4 200 zł.

Przypadek nr 2 - Łańcuchy Kappa. Zamawiający zamierza w okresie 36 miesięcy wykonać 280 oznaczeń. Zgodnie z Załącznikiem 3.1, oznaczenie należy do grupy tzw. pozostałych oznaczeń, zatem należy doszacować 2184 oznaczeń, koniecznych do wykonania kontroli jakości na dwóch poziomach w okresie 36 miesięcy. Całkowita ilość oznaczeń (bez ilości oznaczeń przeznaczonych na kalibrację, której wartości nie można precyzyjnie wyliczyć) wynosi zatem 2464. Ulotka odczynnikowa podaje, że ilość testów w zestawie wynosi 2 x 75 co stanowi 150 testów. Z powyższego wynika zatem, iż konieczna do zaoferowania ilość opakowań na okres 36 miesięcy to $2464:150 = 16,42$ czyli 17 pełnych opakowań. Uwzględniając wyszczególnioną w ofercie cenę jednostkową netto otrzymujemy ilość zaoferowanych opakowań w liczbie 7 zamiast wymaganych 17. Dodatkowo sytuacja ta skutkuje niedoszacowaniem na kwotę 6000 zł gdyż zamiast wartości 10 200 zł, w ofercie została podana wartość 4 200 zł.

Przypadek nr 3 - Albumina w moczu oraz płynie mózgowo-rdzeniowym (PMR). Zamawiający zamierza w okresie 36 miesięcy wykonać 1013 oznaczeń. Zgodnie z Załącznikiem 3.1, oznaczenie należy do grupy tzw. pozostałych oznaczeń, zatem należy doszacować 2184 oznaczeń, koniecznych do wykonania kontroli jakości na dwóch poziomach w okresie 36 miesięcy. Całkowita ilość oznaczeń (bez ilości oznaczeń przeznaczonych na kalibrację, której wartości nie można precyzyjnie wyliczyć) wynosi zatem 3197. Formularz cenowy podaje, że ilość testów w zestawie wynosi 100. Z powyższego wynika zatem, iż konieczna do zaoferowania ilość opakowań na okres 36 miesięcy to $3197:100 = 31,97$ czyli 32 pełne opakowania. Uwzględniając wyszczególnioną w ofercie cenę jednostkową netto otrzymujemy ilość zaoferowanych opakowań w liczbie 15 zamiast wymaganych 32. Dodatkowo sytuacja ta skutkuje niedoszacowaniem na kwotę 6 475,26 zł gdyż zamiast wartości 11 520 zł, w ofercie została podana wartość 5 044,74 zł.

Odwołujący wskazał, iż zestawienie wszystkich pozycji odczynnikowych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego zostało przedstawione w załączniku nr 1 do odwołania.

Zestawienie uwzględnia konieczne do oszacowania w ofercie ilości oznaczeń na kontrolę jakości, pokazuje konieczne do zaoferowania ilości opakowań wynikające z założonych przez Zamawiającego kryteriów oraz ilości zaoferowane przez wykonawcę Roche. Analiza załączonego zestawienia jednoznacznie wskazuje, w ocenie Odwołującego, że wykonawca Roche w swojej ofercie nie zaoferował wystarczających ilości opakowań w stosunku do wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż treść oferty złożonej przez wykonawcę Roche jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż gdyby oferta wykonawcy Roche zawierała ilości opakowań wyliczoną zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, to cena tej oferty przewyższałaby cenę oferty Odwołującego. Powyższe oznacza, iż oferta wykonawcy Roche, zawierająca odmienny od wymaganego przez Zamawiającego sposób wyliczenia ilości zaoferowanych odczynników jest ofertą nieporównywalną i jako taka również podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Roche nie tylko wybrał ofertę której treść jest niezgodna z SIWZ lecz również ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów, rzeczywista cena oferty jest bowiem znacznie wyższa niż wynikająca z wyliczeń dokonanych przez Roche w Załączniku nr 3 opartych na założeniach niezgodnych z SIWZ.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert w kryterium Ocena Jakości przyznał punkty Roche i Odwołującemu w sposób niezgodny z określonym w SIWZ. W konsekwencji oferta Odwołującego została oceniona zbyt nisko, a oferta Roche zbyt wysoko.

Wadliwie przyznane punkty dotyczą parametru: „Aparat gotowy do pracy całą dobę, podać czas przejścia ze stanu standby do gotowości w minutach.” Zamawiający określił, iż za „czas najkrótszy” przyzna 1 punkt, natomiast za „pozostałe” 0 punktów.

Odwołujący określił zgodnie ze stanem faktycznym, iż oferowany analizator przechodzi natychmiast do pracy i został oceniony według kryterium tego parametru na „0” punktów. Podczas gdy firma Roche, określając czas przejścia do gotowości na 3 minuty otrzymała w tym kryterium 1 punkt. W ocenie Odwołującego punktacja w tym punkcie została przyznana w sposób niezgodny z zasadami określonymi w SIWZ. Błąd ten, w ocenie Odwołującego, spowodował zawyżenie ogólnej punktacji w kryterium „Ocena jakości” w

ofercie Roche o jeden punkt i zaniżenie tej punktacji w stosunku do oferty Odwołującego również o jeden punkt.

W dniu **18.01.2011** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu **21.01.2011** r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a żądanie Odwołującego zmierza do pozbawienia Przystępującego możliwości zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazał, że zarzuty postawione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie gdyż Odwołujący oparł swoje stanowisko na całkowicie mylnym rozumieniu treści SIWZ. Porównując bowiem postanowienia SIWZ z ofertą wykonawcy Roche łatwo jest wykazać, że została ona skalkulowana poprawnie.

Przystępujący podniósł, iż Odwołujący powołuje się na harmonogram zawarty w załączniku 3.1 do SIWZ określający schemat prowadzonej kontroli wywodząc całkowicie dowolnie, że należało zaoferować powiększoną ilość oznaczeń. Tymczasem, w ocenie Przystępującego, SIWZ takiego wymogu nie zawiera. W ocenie Przystępującego znamienne jest, że Odwołujący w żadnym punkcie odwołania nie wskazał na konkretne postanowienie SIWZ, które naruszył Przystępujący. W istocie więc Odwołujący narzuca Izbie swoją interpretację specyfikacji, która nie ma żadnego oparcia w tym co się w niej znajduje.

W ocenie Odwołującego kluczowym dla sprawy zapisem jest uwaga nr 3 w załączniku nr 3.1. do SIWZ, która ma następujące brzmienie: „Szacując ilość materiałów kontrolnych Wykonawca powinien doszacować ofertę z tabelą harmonogramu wykonywania kontroli jakości poszczególnych parametrów biochemicznych”.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący manipuluje tym jasnym stwierdzeniem usiłując zrównać materiał kontrolny z oznaczeniem (odczynnikiem). Tymczasem zapis specyfikacji jest jednoznaczny i wskazuje wyłącznie na obowiązek doszacowania kontroli, odpowiednio do założeń harmonogramu. Nie zostało nigdzie napisane, że należy doliczyć także dodatkowe ilości odczynników. Tak więc oferta Przystępującego w zupełności odpowiada treści specyfikacji i nie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nieprawidłowa kwalifikacja punktowa ofert złożonych dla pakietu nr 3.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w oparciu o kryteria oceny ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej przez Przystępującego w postępowaniu, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu przywołanego przez Odwołującego w toku rozprawy, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa jako niezgodnej z treścią SIWZ Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników laboratoryjnych, dzierżawa analizatorów do badań koagulologicznych, immunochemicznych, biochemicznych wraz z dzierżawą dodatkowego sprzętu laboratoryjnego dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WszS Nr 4 w Bytomiu.

Po drugie Izba ustaliła, iż odwołanie dotyczy pakietu nr 3, którego przedmiotem jest dostawa odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą dwóch analizatorów biochemicznych.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale I SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 2 wskazał, iż dopuszcza się składanie ofert częściowych z podziałem na pakiety, przy czym w ramach danego pakietu wymagany jest pełny zakres asortymentu, określenie cen jednostkowych i wymagane wartości wg załączników, stanowiących integralną część SIWZ (ilość zadań częściowych – 3 pakiety).

W rozdziale II zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 1 lit. a Zamawiający wskazał, że: „Oferta musi zawierać: wypełniony formularz cenowy w zakresie pakietów, na jakie wykonawca składa ofertę (Zał. Nr 1, zał. 1.1, zał. 1.2., zał. 1.3), (zał. Nr 2, zał. 2.1, 2.2, 2.3), (zał. Nr 3, zał. 3.1, 3.2, zał. 3.3) zał. 4, zał. 5 (tylko Wykonawca, który powierzy realizację zadania podwykonawcy), zał. Nr 6.

W rozdziale C zatytułowanym „Wykaz oświadczeń i dokumentów koniecznych w celu wykazania spełnienia warunków udziału” w pkt 6 lit. d zatytułowanym: „W celu potwierdzenia, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego do oferty należy złożyć: opisy testów, w celu dokonania oceny zgodności danych wpisanych przez Wykonawcę do załączników z informacjami zawartymi w dołączonych dokumentach w zakresie ilości kalibratorów, materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych”.

Izba ustaliła również, iż w rozdziale V zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający w pkt 1 w odniesieniu do dostawy określił, że: „Sposób obliczenia ceny w części A formularza cenowego – „DOSTAWA”. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług)”.

Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ dla pakietu nr 3 zatytułowanym „Odczynniki biochemiczne wraz z dzierżawą dwóch analizatorów” (Część A) Dostawa” zawarł w tabeli następujące kolumny: nazwa towaru, jednostka miary, liczba badań w skali 36 miesięcy, nr katalogowy, cena jednostkowa netto, wartość netto, podatek VAT (%), wartość brutto, producent i nazwa handlowa. Pierwsze 3 kolumny, tj. nazwa towaru, jednostka miary, liczba badań w skali 36 miesięcy zostały wypełnione danymi przez Zamawiającego, pozostałe zaś powinni wypełnić wykonawcy.

Pod tabelą dotyczącą dostawy (część A) na str. 23 SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że odczynniki biochemiczne podać na 850 668 oznaczeń.

Na str. 24 SIWZ w załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający żądał podania w tabeli danych dotyczących kalibratorów, materiałów do kontroli codziennych, materiałów zużywalnych i innych materiałów. Pod powyższą tabelą w uwagach zostały zawarte następujące punkty:

1. Kalkulując ilość odczynników, kalibratorów i materiału kontrolnego do oznaczeń biochemicznych należy wziąć pod uwagę, że na analizatorze biochemicznym zastępczym zamierzamy wykonać ilości badań stanowiące 40% całkowitej ilości oznaczeń.
2. Ilości kalibratorów, materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych będą podlegały weryfikacji pod względem zgodności danych wpisanych do załączników z informacjami zawartymi w dołączonych firmowych opisach testów, monografii o testach oraz firmowych instrukcjach obsługi producenta analizatorów.
3. Użytkownik zastrzega sobie prawo do nie wykorzystania całkowitej ilości oferowanych w przetargu testów, kalibratorów i kontroli oraz części zużywalnych i innych.
4. Wykonawca w ofercie podaje dane na temat:
 - a) Warunków przechowywania odczynników.
 - b) Trwałości zaoferowanych odczynników.
 - c) Warunków utylizacji pozostałości odczynników.

Na str. 26 SIWZ w załączniku nr 3.1. zatytułowanego „Parametry wymagane dotyczące analizatora biochemicznego podstawowego i rezerwowego” zostały zawarte „Informacje dodatkowe dotyczące materiału kontrolnego” W tabeli zatytułowanej „Harmonogram QC parametrów biochemicznych” Zamawiający zawarł 3 kolumny zatytułowane „parametr”, „ilość razy QC w tygodniu” oraz „ilość poziomów QC”. Pod powyższą tabelą został zawarty następujący zapis: „Dane dotyczące materiału kontrolnego do przeprowadzenia wewnątrzlaboratoryjnej kontroli jakości HARMONOGRAM KONTROLI – analizator rezerwowo. W przypadku awarii analizatora podstawowego wszystkie testy na analizatorze rezerwowym na wymaganych poziomach kontroli w pierwszym dniu awarii, a w kolejnych dniach przestoju analizatora podstawowego wewnątrzlaboratoryjna kontrola według harmonogramu analizatora podstawowego”. Ponadto na str. 26 zostały zawarte następujące uwagi:

1. Wszystkie badania biochemiczne muszą być zaoferowane w ofertach.
2. Wykonawca powinien doszacować ofertę w stosunku do ilości podanych badań, uwzględniając kalibrację wynikającą z technologii analizatora oraz rodzaju odczynników.
3. Szacując ilość materiałów kontrolnych wykonawca powinien oszacować ofertę z tabela harmonogramu wykonania kontroli jakości poszczególnych parametrów biochemicznych.

Izba ustaliła, iż wykonawca Roche Diagnostics polska Spółka z o.o. w złożonej w postępowaniu ofercie przedmiot świadczenia w zakresie dostawy odczynników biochemicznych (część A – dostawa) zaoferował w sporządzonym w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ formularzu wskazując odczynniki dla wykonania 850.668 oznaczeń oraz kalibratory, materiały zużywalne i inne materiały za cenę 856.568,33 zł brutto. Powyższy załącznik został przez Przystępującego sporządzony ściśle w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ. W załączniku nr 3 do części B – dzierżawa określił wartość dzierżawy dwóch analizatorów biochemicznych, sprzętu chłonki czego laboratoryjnego oraz wirówki na kwotę 8.784,00 zł brutto. Łączna wartość dostawy i dzierżawy (część A i B) wyniosła 865.352,33 zł brutto.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż ocena naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania, a w tym wypadku zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na fakt, iż jak wskazał Odwołujący, treść oferty złożonej przez Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w uzasadnieniu odwołania podstaw faktycznych. Przesłanki faktyczne wskazane w odwołaniu decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu powyższego zarzutu. Tym samym Izba poddała

ocenie fakt, czy zaoferowany przez Przystępującego zakres świadczenia powoduje, iż treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Należy wskazać, iż Zamawiający w postanowieniach SIWZ w załączniku nr 3 (pakiet nr 3) opisującym przedmiot zamówienia obejmujący dostawę odczynników (część A - dostawa) zawarł zapisy określające liczbę badań w skali 36 miesięcy (kolumna nr 4) dla każdego oznaczenia, jak również określił ogólną liczbę oznaczeń w wysokości 850 668 (str. 23 SIWZ) dla których należy podać odczynniki biochemiczne. Oznacza to, iż Zamawiający nie określił szczegółowo, czy zamawiane ilości odczynników obejmują również odczynniki do wykonywania badań kontrolnych, czy jedynie odczynniki do badań podstawowych.

Należy również wskazać, iż zgodnie z pkt 2 zawartym na str. 24 SIWZ (załącznik nr 3) Zamawiający zastrzegł dla siebie uprawnienie do weryfikacji ilości przedmiotu dostawy pod względem zgodności danych wpisanych do załączników z informacjami zawartymi w dołączonych firmowych opisach testów, monografii o testach oraz firmowych instrukcjach obsługi producenta analizatorów – jednakże powyższa weryfikacja dotyczyć ma jedynie kalibratorów, materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych. Oznacza to, iż Zamawiający nie przewidział możliwości weryfikacji w oparciu o dane zawarte w ofertach ilości zaoferowanych odczynników biochemicznych. Z powyższego wynika również, iż ilość odczynników biochemicznych wskazanych w załączniku nr 3 (str. 21 – 23) była wiążąca dla wykonawców i winna umożliwiać wykonanie 850 668 oznaczeń. W tym znaczeniu za treść SIWZ, której winna odpowiadać (być zgodna) treść oferty nie sposób uznać zaprezentowanego przez Odwołującego racjonalnego sposobu funkcjonowania laboratorium i sposobu wykonywania badań, w tym badań kontrolnych. Takie ustalenie wielkości zamawianych dostaw odczynników biochemicznych nie znajduje normatywnej podstawy w postanowieniach SIWZ. Treść SIWZ, poza wskazaną liczbą oznaczeń, tj. 850.668 dla której należy zaoferować odpowiednią ilość odczynników biochemicznych, nie zawiera żadnych postanowień uprawniających wykonawców do zmiany liczby odczynników biochemicznych. Oznacza to, iż złożony wraz z ofertą wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. wykaz odczynników biochemicznych sporządzony w oparciu o załącznik nr 3 SIWZ powoduje, iż w zakresie dostawy odczynników biochemicznych (część A – dostawa) czyni zadość określonym w treści SIWZ wymaganiom Zamawiającego, co do ilości zaoferowanych odczynników biochemicznych. Odwołujący w tym zakresie nie kwestionował zakresu ujętego w ofercie wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. podnosząc jedynie, iż wykonawca ten nie doszacował dodatkowej ilości odczynników biochemicznych przeznaczonych dla badań kontrolnych, który to obowiązek, w ocenie Odwołującego, wynikać miał z przyjętych przez Zamawiającego w załączniku nr 3.1. do SIWZ wytycznych odnoszących się do materiału kontrolnego. W ocenie Izby wskazane przez Odwołującego w treści odwołania zapisy SIWZ (załącznika nr 3.1. do SIWZ) nie wskazują na konieczność

doszacowania ilości odczynników biochemicznych. Wprost przeciwnie, zawarte na str. 26 SIWZ – załącznika nr 3.2., zapisy pkt 2 i 3, wskazują, że doszacowanie oferty winno nastąpić w odniesieniu do ilości podanych badań i dotyczy w szczególności materiałów kontrolnych. Oznacza to, że punktem odniesienia szacunków dotyczących liczby materiałów kontrolnych jest liczba podanych badań (oznaczeń), a więc należy ją uznać za punkt odniesienia i tym samym uznać za niezmienną. Biorąc pod uwagę powyższe zapisy nie sposób stwierdzić, iż wykonawcy mieli obowiązek zmiany ilości odczynników biochemicznych i zmiany liczby oznaczeń (badań) jeżeli pozostałe zapisy SIWZ (załącznik nr 3.1.) wskazują na to, iż liczba badań stanowi podstawę do szacowania innych elementów dostawy, a tym materiałów kontrolnych.

Izba ustaliła, iż poza sporem pozostaje rozumienie pojęcia „materiału kontrolnego” oraz pojęcia „odczynników kontrolnych” i strony pojęcia te traktują jako całkowicie odrębne i odnoszące się do oddzielnych elementów dostawy.

Izba wskazuje, iż przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp ustanawia zasadę, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Adresatami normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie są zarówno wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak również instytucje zamawiające. Na wykonawcy spoczywa bezpośredni obowiązek sporządzenia oferty w taki sposób, aby jej treść odpowiadała treści SIWZ. W odniesieniu do powyższego na zamawiającym spoczywa obowiązek przeprowadzenia czynności sprawdzających w celu ustalenia, czy wykonawca składający w postępowaniu ofertę uczynił zadość powyższemu obowiązkowi. W zależności od wyniku tych ustaleń zamawiający podejmuje decyzje o odrzuceniu oferty niezgodnej z treścią SIWZ lub kwalifikuje ofertę właściwą aby stała się przedmiotem kolejnych czynności w postępowaniu, tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, kwalifikacji punktowej w oparciu o kryteria oceny ofert i w zależności o wyniku tej czynności uznaniu jej za najkorzystniejszą lub jedynie uznaniu za ważną i poddaną badaniu oraz ocenie. Oznacza to również, iż treść SIWZ oraz treść oferty nie mogą być przedmiotem domniemań, przypuszczeń, czy wynikać z intencji poszczególnych podmiotów odczytujących ich literalną treść.

Postanowienia wyrażone w treści oferty należy uznać za przedmiotowo istotne dla przyszłego świadczenia w takim zakresie w jakim zostały uregulowane zapisami SIWZ. Tym samym każdy element uregulowany przez zamawiającego w treści SIWZ należy traktować za istotny dla tego ostatniego. A contrario element nieuregulowane stanowią elementy nieistotne.

Aby mogło dojść do zastosowania instytucji odrzucenia oferty uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy dokonać procesu myślowego obejmującego również szereg

ustaleń faktycznych i prawnych. Po pierwsze należy ustalić, czy dane elementy oferty stanowią treść oferty sensu stricte. Wszakże niejednokrotnie dochodzi do błędnego odniesienia i uznania elementów formy oświadczenia woli za jego treść. W drugim etapie należy dokonać ustalenia, czy dane postanowienia oferty można odnieść do określonych postanowień SIWZ, tj. czy SIWZ zawiera w tej materii jakiegokolwiek uregulowania. Ostatnim etapem będzie ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z użyciem w obu przepisach tożsamych zwrotów należy ustalić, co należy rozumieć pod pojęciem „nie odpowiada – odpowiada”. Jednakże „zgodności” w tym znaczeniu nie należy rozumieć jako literalnej tożsamości obu dokumentów.

Wobec powyższego aby doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodność ta winna dotyczyć zakresu oferowanego przez wykonawcę świadczenia w odniesieniu do zakreślonego w treści SIWZ, a w przypadku gdy przedmiotem postępowania są dostawy zakreślonego w sposób szczegółowy w dokumentacji obejmującej opis przedmiotu zamówienia (samej SIWZ, załącznikach, tabelach, rysunkach). Sposób spełnienia świadczenia reguluje również projekt umowy lub istotne postanowienia przyszłej umowy. Tylko w takim zakresie uprawnione jest badanie w zakresie kwestii odrzucenia oferty an podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby aby została wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obligująca zamawiającego do odrzucenia oferty danego wykonawcy konieczne jest ustalenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ poprzez odniesienie treści oferty do określonych postanowień SIWZ celem wyjawienia zakresu niezgodności i jego ewentualnego wpływu na odmienność zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Biorąc pod uwagę doniosłe i dotkliwe dla wykonawców skutki mające swoje źródło w powyższych ustaleniach, skutkujące odrzuceniem oferty, niedopuszczalne jest domniemywanie treści SIWZ, w tym w szczególności niewyrażonych w SIWZ intencji zamawiającego. Izba wskazuje, iż niedopuszczalna jest zarówno rozszerzająca wykładnia postanowień SIWZ wykraczająca poza jej literalne postanowienia, jak również niedopuszczalna jest rozszerzająca wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny Izba podzieliła podniesiony przez Przystępującego w toku rozprawy argument, iż Odwołujący nie wskazał zapisów SIWZ dotyczących konieczności doszacowania odczynników do wykonania kontroli. SIWZ poza zapisami zawartymi pod tabelą zawartą w załączniku nr 3 do SIWZ (str. 23 SIWZ), tj. liczbą konieczną do wykonania 850.668 oznaczeń nie zawiera żadnych postanowień umożliwiających zmianę ilości odczynników biochemicznych. Ponadto Izba podzieliła wyrażone w toku rozprawy przez Przystępującego stanowisko, że wskazane przez

Odwołującego tabela zawarta w załączniku nr 3.1. do SIWZ i treść zawartych tam zapisów oraz punktów odnosi się jedynie do materiału kontrolnego i nie można na podstawie tychże zapisów dokonywać zmian oraz wyliczeń dotyczących odczynników – zatem wytyczne tego załącznika nie mogą prowadzić do korekty i zmiany ilości odczynników, gdyż nie wynika to z literalnych zapisów tego dokumentu. Nie ulega zatem wątpliwości, na co wskazał również w toku rozprawy Przystępujący, iż Zamawiający w treści SIWZ na str. 23 precyzyjnie określił ilość oznaczeń, dla których należy zaoferować odczynniki biochemiczne, a zatem określił w sposób wiążący dla wykonawców, jaka ilość odczynników winna zostać zaoferowana w ofertach.

Izba wskazuje, iż dokonane w załączniku nr 1 do odwołania i wskazane jako przykładowe w toku rozprawy przez Odwołującego wyliczenia koniecznej ilości odczynników dotyczące m.in. ASO ilościowego oraz $\beta 2$ mikroglobuliny spowodowałyby, iż wyliczone ilości badań kontrolnych (2184 badań) prowadzone byłyby również w dni, w które Zamawiający w ogóle nie prowadziłby oznaczeń (badań) ustalonych w łącznej liczbie 900 w okresie 36 miesięcy dla ASO ilościowego oraz 500 w okresie 36 miesięcy dla $\beta 2$ mikroglobuliny. Oznacza to, iż takie działanie uznać należy za nieracjonalne. W ocenie Izby zaprezentowany przez Odwołującego sposób wyliczenia odczynników przeznaczonych do badań kontrolnych nie sposób uznać za właściwy, przy uwzględnieniu planowanych przez Zamawiającego oznaczeń dla poszczególnych grup materiałów badawczych.

W tym zakresie, biorąc pod uwagę brak przeciwnych dowodów ze strony Odwołującego, Izba dała wiarę Zamawiającemu, który stwierdził w toku rozprawy, że szacując ilość odczynników biochemicznych dla pakietu nr 3 wziął pod uwagę również ilość odczynników niezbędnych do wykonania badań kontrolnych, zaś wykonawcy mieli obowiązek jedynie doliczyć ilość próbek kontrolnych (materiałów kontrolnych), jak również dała wiarę stwierdzeniu, że w oparciu o symulację wykonaną przez Odwołującego ilość odczynników potrzebna do wykonania oznaczeń kontrolnych została znacznie przeszacowana w odniesieniu do liczby oznaczeń podstawowych. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż zapisy SIWZ nakazywały, w celu zaoferowania odpowiedniej ilości odczynników, dokonania dodatkowych szacunków odczynników biochemicznych uwzględniających konieczność dokonania badań kontrolnych. W tym zakresie SIWZ w swojej treści nie zawiera żadnych postanowień, które mogłyby spowodować niezgodność treści oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Przystępującego ze względu na fakt, iż treść złożonej przez tego ostatniego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym nie sposób zarzucić Zamawiającemu zaniechania w powyższym

zakresie. Odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał i nie udowodnił na czym ma polegać owa niezgodność, tym samym również nie wskazał zapisów SIWZ, które nakazywałyby i dopuszczały możliwość przeliczenia ilości odczynników biochemicznych przewidzianych do dokonania oznaczeń w ilości określonej w załączniku nr 3 do SIWZ, tj. w ilości 850.668 oznaczeń i tym samym zwiększenia tej ilości.

II. W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w SIWZ Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż art. 91 ustawy Pzp zawiera w sumie 8 ustępów, w tym zawarte w nich przepisy odnoszące się zarówno do czynności zamawiającego przedsiębiornych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak również odnoszących się do treści SIWZ (kryteriów oceny ofert) oraz specyficznych obowiązków zamawiającego związanych z wewnątrzspółnotowym nabyciem towarów i związanymi z tą czynnością obowiązkami podatkowymi. Artykuł ten zawiera również przepis, którego adresatem są wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (wyrażony w art. 91 ust. 6 ustawy Pzp).

Wobec niedoprecyzowania w treści odwołania oraz w toku rozprawy przez Odwołującego, które przepisy zawarte w art. 91 ustawy Pzp zostały naruszone przez Zamawiającego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia powyższego przepisu w całości.

Izba wskazuje, iż obowiązkiem Odwołującego jest precyzyjne sformułowanie zarzutu. Jest to wynikiem faktu, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Jednakże, biorąc pod uwagę sposób sformułowania zarzutu, Izba poddała ocenie powyższe naruszenie pod kątem normy prawnej wyrażonej w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VI SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów oceny ofert, sposób oceny ofert” wskazał w pkt 1, iż przy wyborze oferty

Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami: cena – 80% oraz ocena jakości – 20%.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 3.3. do SIWZ (dla pakietu nr 3) określił w tabeli zatytułowanej „Ocena pożądanych parametrów technicznych i analitycznych dla analizatora w Pakiecie nr 3 – analizator biochemiczny” parametry podlegające ocenie. W poz. nr 10 powyższej tabeli w kolumnie „Parametr podlegający ocenie” zawarł następujący zapis: „Aparat gotowy do pracy przez całą dobę, podać czas przejścia ze stanu „stand by” do gotowości w minutach”. W kolumnie zatytułowanej „Zakres punktacji” zostało wskazane: najkrótszy – 1 pkt, pozostałe – 0 pkt. Izba ustaliła, iż w zakresie pakietu nr 3 oferty złożyło dwóch wykonawców.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. (Przystępujący) w złożonej ofercie w zakresie powyższego parametru analizatora biochemicznego wskazał na str. 17 oferty w kolumnie „Opis parametru”, iż: „Aparat gotowy do pracy przez całą dobę, czas przejścia ze stanu „stand by” do gotowości w czasie 3 minut”.

W odniesieniu do powyższego parametru Izba ustaliła, iż wykonawca Beckman Coulter Polska Spółka z o.o. (Odwołujący) w złożonej ofercie wskazał na str. 12 oferty w kolumnie „Opis parametru”, iż: „Aparat gotowy do pracy przez całą dobę, podejmuje pacę natychmiast po przejściu ze stanu „stand by” do gotowości”.

Izba ustaliła również, na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania (karty indywidualnej oceny sporządzonej na druku ZP-20 oraz załączniku nr 3 – ocena pożądanych parametrów technicznych i analitycznych dla analizatora w pakiecie nr 3 dotyczących wykonawców Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. oraz Beckman Coulter Polska Spółka z o.o.), iż w zakresie parametru dotyczącej przejścia aparatu ze stanu „stand by” do gotowości Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów, zaś Przystępującemu 1 punkt.

Wobec powyższego ogólna kwalifikacja punktowa ofert dla pakietu nr 3 pozwoliła uzyskać ofercie złożonej przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. łącznie 95 punktów, w tym w ramach kryterium „cena” 80 punktów i w ramach kryterium „jakość” 15 punktów, zaś ofercie złożonej przez wykonawcę Beckman Coulter Polska Spółka z o.o. łącznie 84 punkty, w tym w ramach kryterium „cena” 74 punkty i w ramach kryterium „jakość” 10 punktów.

Izba w powyższym zakresie podzieliła stanowisko zaprezentowane na rozprawie przez Zamawiającego, w którym wyraził on pogląd, że użyty przez Odwołującego zapis „natychmiast” jest zapisem nieprecyzyjnym, co spowodowało, iż Zamawiający nie przyznał za ten parametr Odwołującemu punktu. Izba wskazuje, iż zgodnie z Międzynarodowym Układem Jednostek Miar SI podstawową jednostką miary czasu jest sekunda. Tym samym za właściwe, dla określenia miary czasu, należy uznać również jej wielokrotności, w tym minutę

oraz godzinę. Oznacza to, iż określenie czasu przejścia aparatu ze stanu „stand by” do gotowości w innych jednostkach uniemożliwia ocenę ofert i ich kwalifikację punktową. Odwołujący w złożonej ofercie posłużył się niedookreślonym pojęciem „natychmiast”, które nie umożliwia dokonania oceny tego parametru i jednocześnie jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, który w załączniku nr 3.3. do SIWZ żądał wskazania tego parametru w minutach.

Izba na marginesie pragnie wskazać, iż jak słusznie podniósł Zamawiający, co poparł Przystępujący nawet uwzględnienie tego zarzutu nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż zmiana punktacji nie doprowadziłaby do zmiany rankingu ofert. Zgodnie bowiem z art. z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje ponadto, iż takie określenie parametru mogło stanowić przedmiot wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia przez Zamawiającego, jaki czas w minutach jest potrzebny dla przejścia urządzenia ze stanu „stand by” do gotowości do pracy. Jednakże powyższy przepis kreuje dla Zamawiającego jedynie uprawnienie i nie ma on obowiązku stosowania tej instytucji. Ponadto nie był on przedmiotem zarzutu, zaś zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Należy stwierdzić, iż wobec nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów odnoszących się do zaniechania odrzucenia w postępowaniu oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o. w związku ze wskazanymi w odwołaniu podstawami faktycznymi powoduje, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło w związku z przytoczonymi w niniejszym odwołaniu zarzutami do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w tym wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Powyższe jest skutkiem tego, iż przepisy formułujące zasady udzielania zamówień publicznych, w tym wyrażone w art. 7 ustawy Pzp nakazy równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co do zasady nie mogą być podstawą samodzielnych zarzutów. Wszakże do nierównego traktowania wykonawców lub naruszenia zasady uczciwej konkurencji dochodzi na skutek określonych zaniechań Zamawiającego lub czynności dokonanych wbrew zakazom lub obowiązkom wynikających ze szczególnych przepisów ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Spółka z o.o.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....