Sygn. akt: KIO 957/12

WYROK

z dnia 21 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **21 maja 2012 r**. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 maja 2012 r.** przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 957/12

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem analizatorów wraz z odczynnikami na 48 miesięcy oraz z adaptacją pomieszczeń Laboratorium Analitycznego Szpitala w Nowej Soli," prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 06.12.2011 r. pod numerem: 2011/S 234-379147), w dniu 10 maja 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także zwany Roche), w kopii przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Złożenie odwołania nastąpiło na czynności zamawiającego oceny ofert, odrzucenia oferty odwołujacego oraz unieważnieniu postępowania, o których odwołujący został powiadomiony w dniu 30 kwietnia 2012 roku.

Wobec podjętych następujących czynności, oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą, tj:

1) unieważnienia postępowania;
2) odrzucenia oferty odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.;
3) zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
4) zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego;

- odwołujący zarzucił zamawiającemu Wielospecjalistycznemu Szpitalowi Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy, gdyż powyższe czynności (zaniechania) zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania regulacji ustawowych, a tym samym z naruszeniem wskazanych przepisów - co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia - gdyż to oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, a ponadto naraziło odwołującego na szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz nieuzyskany dochód z tytułu wykonania umowy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujacy wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że przedmiotowe odwołanie jest drugim wniesionym przez niego w niniejszym postępowaniu. Na skutek pierwszego, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Siemens Sp. z o.o., uznając ją za niezgodną z treścią SIWZ i zawierającą błąd w obliczeniu ceny (wyrok z dnia 07.03.2012 r., sygn. KIO 388/12). Odwołujący negował, że ww. orzeczenie mogłoby wpływać na jego sytuację prawną jako wykonawcy, niemniej zamawiający na jego podstawie dokonał odrzucenia również oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., z czym odwołujący nie zgodził się, zarówno ze względów formalnych jak i merytorycznych.

Odwołujący przywołał art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, - zamawiający informując o odrzuceniu oferty ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne takiej decyzji. Odwołujący nie zarzucił, że przepis ów został naruszony, bo obydwa składniki prawidłowego zawiadomienia o odrzuceniu zostały zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 30.04.2012 r. Jednocześnie podkreślał, że przesłanki i podstawy prawne, które przedstawiono w informacji o odrzuceniu oferty - wyznaczają granice zaskarżenia i rozpoznania w ewentualnym postępowaniu odwoławczym. Wszak wykonawcy kwestionujący ustalenia zamawiających mogą się odnosić co najwyżej do konkretnych powodów ich dyskwalifikacji. Zarazem przyjął, że okoliczności nie wymienione w takiej informacji - nie mieściły się w hipotezie przepisu na którym oparł się zamawiający. Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a tym samym zakwalifikował ją jako sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W uzasadnieniu tej czynności, na stronach 2 i 3 swojego pisma z dnia 30.04.2012 r., zamawiający podał następujące przesłanki:

„Wykonawca Roche w przypadku kalkulacji wymaganej liczby odczynników dla aż 13 parametrów postąpił wbrew regułom wynikającym z SIWZ i wyjaśnień zamawiającego ustalonym przez Izbę, co w efekcie powoduje, iż jego oferta obarczona jest analogicznymi błędami jak oferta wykonawcy Siemens i powinna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego (...)." Następnie zamawiający zaprezentował tabelaryczne zestawienie parametrów rzekomo niedoszacowanych w ofercie odwołującego, aby następnie oświadczyć, iż:
„W przypadku odczynników oferowanych w pozycjach 16, 25, 28, 29, 38, 46, 47, 73, 74 i 80 wykonawca Roche zaoferował mniejszą niż 1460 liczbę dodatkowych testów na kontrole i kalibracje (tj. konieczną minimalną liczbę dodatkowych testów na kontrole i kalibracje zapewniającą codzienną kontrolę parametru przez cały okres trwania umowy, czyli 1460 wymaganą wyrokiem KIO), zaś w przypadku poz. 83, 84 i 85 nie doliczył w ogóle żadnych dodatkowych testów na kontrole i kalibracje."

Później zamawiający podał, że niedoszacowanie ma miejsce również w zakresie materiałów kontrolnych i odczynników dla testu HIV combo, przy czym – zdaniem odwołującego, zamawiający opatrzył to zupełnie niezrozumiałym komentarzem, w którym najpierw wskazał na zawartość butelek, czyli ilość cieczy w jednostkach miary (mL), aby z tego wywieść, że należy wykonać 4.380 oznaczeń w trakcie trwania umowy. Na końcu zaś zamawiający nadmienił o kolejnej grupie testów jednak w tym miejscu nie ma już żadnego wyjaśnienia i nie wiadomo o co chodzi zamawiającemu - jak podkreślał odwołujący.

W przedstawionym stanie faktycznym, odwołujący argumentował, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Analizując w pierwszej kolejności poprawność formalną czynności odrzucenia oferty, odwołujący doszedł do przekonania, że zamawiający nie wskazał ani jednego postanowienia SIWZ, z którym stoi w sprzeczności oferta odwołującego. Nie sposób zatem przyjąć, że wystąpiły przesłanki zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, skoro w uzasadnieniu, obligatoryjnym elemencie zawiadomienia o odrzuceniu oferty, nie powołano treści specyfikacji, której nie odpowiada oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Czytając pismo zamawiającego, odwołujący odniósł wrażenie, że stwierdził on niezgodność oferty odwołującego z wyrokiem KIO - co nawet gdyby miało miejsce, nie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie uznał za przekonujące i adekwatne do art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp uzasadnienie, iż oferta odwołującego jest obarczona analogicznymi błędami jak oferta wykonawcy Siemens - nie ma bowiem w tym stwierdzeniu przywołania jakichkolwiek postanowień SIWZ.

Ponadto odwołujący zwracał uwagę, że nawet „krótkie spojrzenie” na ilości testów - zawarte w formularzach cenowych obu firm pokazuje - jak diametralnie różne są to oferty (o przyczynach odrzucenia oferty Siemens i różnic w stosunku do oferty odwołującego wywodził w dalszej części odwołania). Ze względu na powyższe, zaznaczał, że już tylko w oparciu o tę argumentację nie można uznać odrzucenia oferty za czynność prawidłową i skuteczną.

Badając jednakże z ostrożności, czy rzeczywiście oferta odwołującego jest sprzeczna z ustaleniami dokonanymi przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 388/12, zwracał uwagę na nadinterpretację oraz nierzetelność zamawiającego w powoływaniu stanowiska Izby.

Otóż w ocenie odwołującego, wbrew temu co podnosił zamawiający, w wyroku KIO z dnia 7 marca 2012 r., w części zawierającej ustalenia i wywody Izby, nigdzie nie stwierdzono, że wymogiem SIWZ było doliczenie 1.460 dodatkowych testów na kontrole i kalibracje w przypadku każdego parametru, bo i w specyfikacji próżno szukać takiego wymogu.

Za ewidentne nadużycie zamawiającego, przyjął również oświadczenie, jakoby w ww. wyroku KIO, literalnie wymieniono dodatkowe ilości testów wymagane w SIWZ, których z kolei miałby nie doliczyć odwołujący – gdyż w tym zakresie wyrok KIO nic nie rozstrzyga - a

stanowisko zamawiającego uznał za całkowicie błędne.

W przekonaniu odwołującego, Izba w sprawie sygn. akt KIO 388/12 wywiodła, że w ofercie Siemens Sp. z o.o. brak jest wymaganej ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych - w zakresie zaskarżonym - co nie odpowiada treści specyfikacji. Było to zasadniczo wynikiem porównania i oceny wyjaśnień tego wykonawcy - złożonych w toku postępowania z jego formularzem cenowym załączonym do oferty. Niesporne było bowiem między stronami, że do ilości odczynników określonych w SIWZ - należy doliczyć dodatkowe testy na kontrole i kalibracje. Siemens tego nie dokonał, a błąd ten usiłował konwalidować wyjaśnieniem, że brakujący asortyment (w konkretnej liczbie podanej dopiero na etapie wyjaśnień, a nie w ofercie) jest zawarty w cenie ofertowej. Innymi słowy, próbował przekonać wszystkich, że konkretna cena jednostkowa (czyli za jedną sztukę), to w rzeczywistości cena za kilka sztuk. Nie przekonało to Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu wyroku z 7 marca 2012 r. stwierdziła, że: „(...) *wykonawca Siemens w formularzu nr 2 podał tylko te ilości podstawowe, które określił Zamawiający w specyfikacji nie podając ani w formularzu ani w uwagach do formularza ilości oznaczeń dla testów przeznaczonych do wykonywania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych. Nie podał także, że kalkulacja ceny jednostkowej obejmuje także dodatkowe oznaczenia. Dlatego też wyjaśnienia z dnia 8.02.2012 r. i wyjaśnienia z dnia 23.02.2012 r. - nie mogą być podstawą dla przyjęcia że wykonawca Simens rzeczywistą ilość odczynników potrzebnych do wykonania wymagalnych oznaczeń zawarł w cenie jednostkowej za dane oznaczenie. Z treści oferty wykonawcy Simens - w żaden sposób nie można wywieść, że wykonawca ten podał i wycenił ilości dodatkowe, albowiem w formularzu nr 2 podano wyłącznie wymagane ilości podstawowe oraz ceny jednostkowe dla podanych parametrów."*

Odwołujący wskazywał, że KIO wywodząc o niezgodności oferty Siemens Sp. z o.o. z treścią SIWZ nigdzie nie stwierdziła, że omawiana oferta nie zawiera dodatkowych 1.460 testów dla każdego parametru, lub że taki był wymóg SIWZ, którego nie spełnia ta oferta. Ustalono co do zasady, że ilości określone w ofercie są niewystarczające, tym samym badanie w jakim stopniu ta oferta pozostaje niezgodna z SIWZ było bezprzedmiotowe. Zresztą wynikało to z wyjaśnień firmy Siemens, w których przedstawiono jaka ilość byłaby zgodna z treścią SIWZ - i była to zdecydowania większa liczba odczynników niż uwzględniona w ofercie.

Odwołujący w odniesieniu do własnej oferty stwierdził, że oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. obejmuje bezspornie dodatkowe testy na kontrole i kalibracje.

W związku z powyższym - twierdzenie zamawiającego, że jest obarczona „analogicznymi błędami" jak oferta Siemens poczytał za nieprawdziwe. Odwołujący argumentował, że Izba podzielając jego racje - zaakceptowała również sposób wyliczenia

dodatkowych testów przedstawiony w odwołaniu, co znalazło odbicie w uzasadnieniu wyroku wprost wskazującym, że oferta Siemens jest niezgodna z SIWZ w zakresie zaskarżonym. Zarazem odwołujący zaznaczał, że Izba nie dokonała ustalenia jakoby dla wszystkich testów należało doliczyć co najmniej 1.460 dodatkowych oznaczeń na kontrole i kalibracje. W ocenie odwołującego, (ww. ilość dotyczy wyłącznie testów wykonywanych codziennie, dla których tym samym potrzebna jest codzienna kontrola; siłą rzeczy nie dotyczy testów wykonywanych rzadko, gdzie kontrolę realizuję się w dniu, w którym rzeczywiście będą wykonywane oznaczenia.

Podsumowując ten wątek odwołania, odwołujący stwierdził, że z treści wyroku KIO z 07.03.2012 r. nie wynika w żadnej mierze niezgodność oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Za nieuprawnione przyjął twierdzenia o tożsamości ofert obydwu wykonawców uczestniczących w postępowaniu, albowiem analiza ich treści - wskazuje na duże różnice. Zatem uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego - uznał za nie mające oparcia w okolicznościach faktycznych.

Jako merytoryczne aspekty sprawy, potwierdzające brak sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ, odwołujący podał, że zamawiający w swoim piśmie z dnia 30.04.2012 r. w formie tabelarycznej przedstawił brakujące ilości testów (ostatnia kolumna), wyliczone w oparciu o zestawienie ilości przewidzianych w ofercie odwołującego z sumaryczną ilością testów wynikających z wymogów szpitala i codziennej kontroli, przy założeniu, że zgodnie z wyrokiem KIO wynosi ona 1.460 testów.

Jak już wcześniej podnosił, Izba nie stwierdziła na gruncie SIWZ obowiązku dodania dla wszystkich pozycji takiej liczby dodatkowych testów. Tymczasem zamawiający zarzuca odwołującemu, czego się odwołujący domyślił na podstawie tabeli, że w przypadku testów wykonywanych rzadziej niż codziennie - czyli w ilości mniejszej niż 1.460 (będącej iloczynem dni w roku i liczby lat trwania przedmiotowego zamówienia), wykonawca nie przewidział codziennej kontroli. Z punktu widzenia postanowień SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień, z których wynikało, że należy doliczyć testy na codzienną kontrolę wszystkich parametrów - ale zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi, dodawanie 1.460 testów w przypadku parametrów wykonywanych co kilka dni - uznał za absurd. Opierałoby się bowiem na założeniu, że kontrole danego parametru są prowadzone nawet wtedy, gdy parametr ten nie jest oznaczany. Trudno to uznać, że działanie zgodne z obowiązującymi standardami i racjonalne. Odwołujący zaznaczał, że przyjął prostą i adekwatną do SIWZ metodę doliczenia dodatkowych testów. Mianowicie, dla oznaczeń wykonywanych codziennie (co najmniej 1.460 razy w ciągu 4 lat) - dodał testy do kontroli codziennej, czyli min. 1.460 sztuk - czego zamawiający zdaje się nie kwestionować (w piśmie z dnia 30.04.2012 r. nie ma zastrzeżeń do tych parametrów w ofercie odwołującego).

Natomiast dla tych testów gdzie ilość deklarowana przez zamawiającego jest mniejsza niż ilość dni w trakcie trwania umowy (1.460) - co oznacza że testy te nie będą oznaczane codziennie, ale co kilka dni – przyjął dodatkowe testy w ilości takiej samej (lub nieco większej ze względu na pojemność pełnych opakowań) - jak ilość oznaczeń wynikająca z SIWZ (co zresztą widać w tabeli zamawiającego), pozwalającej prowadzić kontrole w każdym przypadku, gdy będzie wykonywane oznaczenie (do każdego badania uwzględniono badanie kontrolne). Jako oczywiste uznał, że badanie kontrolne wykonuje się wtedy - kiedy jest zlecenie oznaczenia u pacjenta i nie wykonuje się ich wtedy - kiedy nie ma w danym dniu zlecenia badania danego parametru. Nie ma więc żadnego uzasadnienia i potrzeby, aby oznaczenia kontrolne dla wymienionych przez zamawiającego parametrów były wykonywane codziennie, kiedy nie ma zlecenia oznaczeń u pacjentów.

Działanie takie, jak zaznaczał odwołujący - nie stanowi obowiązujących standardów, do których odwoływał się zamawiający i byłoby jawnym marnotrawstwem finansowym. Tak więc, podtrzymał, że oferta odwołującego jest prawidłowo skalkulowana, jest zgodna z SIWZ i nie brakuje w niej żadnych testów - ilość zaoferowana jest wystarczająca i odpowiada postanowieniom specyfikacji.

Jeśli zaś chodzi o pozycje 83-85 formularza cenowego, tj. Sód, Potas i Chlorki, to odwołujący przekonywał, że zamawiający pomija fakt, iż oznaczenia te wykonywane są w module ISE na nieco innych zasadach niż w przypadku „standardowych" parametrów. Brak podania testów na kontrole powinien był widoczny już w podczas pierwszej oceny ofert i zamawiający w ogóle tego nie kwestionował, a nie sposób uznać, że nie zauważył wcześniej tego odstępstwa od reguły. Jeśli jednak zamawiający nie był w stanie samodzielnie zrozumieć na czym polegają badania w module ISE, to powinien był przed odrzuceniem oferty zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy. Zaniechanie tej czynności narusza art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby tego dokonał dowiedziałby się dlaczego tak przygotowano ofertę, i że w takiej sytuacji nie sposób odmówić jej zgodności z SIWZ – jak utrzymywał odwołujący.

Tytułem wyjaśnienia odwołujący podał, że dla ww. parametrów analizator nie wykonuje oznaczeń próbek badanych, a zużywa jedynie materiały wymienione w formularzu (w części dotyczącej materiałów zużywalnych, poz. 189-198) - dla utrzymania sprawności modułu ISE. Dlatego oznaczeń nie ujęto w głównej tabeli zał. nr 2. Przy skali oznaczeń przewidzianych w niniejszym zamówieniu - 200 000 dla każdego parametru (Na, K i Cl) i ilości dodatkowych oznaczeń dla kontroli - jak chce zamawiający w ilości 1.460, zaoferowano wystarczająco materiałów zużywalnych, które zostały ujęte w pozycjach 189-198 formularza cenowego (zał. 2) i nic dodatkowego (w szczególności dodatkowe odczynniki) - nie jest potrzebne. Wyjaśniał, że dla modułu ISE wykonanie jakichkolwiek oznaczeń - badanych czy kontrolnych - odbywa się równolegle, jednoczasowo. Jedno pobranie koniecznych płynów i

próbki - to oznaczenie Na, K i Cl.

Odnosząc się do rzekomych uchybień w kalkulacji potrzebnej ilości testu HIV Combo PT, odwołujący negował stanowisko zamawiającego - „popełnienia analogicznych błędów" i twierdzeń, że jego ustalenia odpowiadają wyrokowi Izby. Odwołujący wskazywał, że na stronie 5 wyroku, w stosunku do drugiego zarzutu odwołania (w zakresie materiału kontrolnego HIV Combo), Izba stwierdziła, że Siemens przewidział wykonywanie badań raz w tygodniu w okresie 48 miesięcy, a nie codziennie, jak tego wymagała specyfikacja. Tymczasem w piśmie z 30.04.2012 r. - zamawiający zakłada wykonanie 3 oznaczeń kontrolnych codziennie - co nie znajduje odbicia w omawianym wyroku. Ponadto odwołujący zaznaczał, że zamawiający, odmiennie niż w przypadku wcześniej komentowanych parametrów - nie określił w stosunku do testu HIV Combo - w jakim stopniu została niedoszacowana oferta odwołującego.

Odwołujący wyjaśniał, że kontrola HIV (PreciControl HIV) zawiera w sobie 3 różne zakresy kontroli HIV (1 - kontrola negatywna, 2 - kontrola pozytywna dla przeciwciał HIV, 3 - kontrola pozytywna dla antygenu p24 HIV).

Przy innych kontrolach, dla niektórych parametrów też oferowane były materiały kontrolne z 2 lub 3 zakresami kontroli, ale nigdzie w SIWZ ani w wyroku KIO nie było wymogu jednoczesnego oznaczania w danym dniu - kontroli na 2 lub 3 zakresach. Warunkiem była codzienna kontrola, a więc kontrola na jednym zakresie - odpowiada treści SIWZ i obowiązującym standardom jakościowym. Dlatego, za również niesłuszny zarzut (gołosłowny, nie opatrzony żadnym uzasadnieniem) uznał odnoszący się do testów Toxo IgM, Toxo IgG, Rubella IgM, Rubella IgG, HCV, anty-HBc, HBsAg i anty-HBs - nie były one przedmiotem rozstrzygania w poprzednim postępowaniu odwoławczym, wyrok KIO ich nie dotyczy, a w SIWZ nie ma wymogu (zresztą zamawiający nie wskazał żadnego postanowienia) codziennego oznaczania kontroli do tych testów na dwóch poziomach.

Odwołujący, zaznaczał, że skoro w przedstawionym stanie faktycznym, odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to w konsekwencji również unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy było bezpodstawne, bo w postępowaniu została złożona przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta odwołującego.

Zamawiający udzielił odpowiedzi do protokołu rozprawy, w której podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie powiadamiającym o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 maja 2012 r. pismem z dnia 14 maja 2012 r., w kopi przekazanym stronom, zgłosił przystąpienie do podstępowania odwoławczego wykonawca Siemens Sp. z o.o., który powoływał się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego w mocy.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcy Siemens Sp. z o.o. do udziału w sprawie. Ze względu na wniesienie skargi na wyrok KIO w sprawie sygn. akt KIO 388/12, przystępujący nie został ostatecznie wyeliminowany z przedmiotowego postępowania - to jednak jego interes sprowadza się wyłącznie do obrony własnej oferty, która jest korzystniejsza w ustalonym kryterium najniższej ceny od oferty odwołującego – gwarantującym jej wybór, w przypadku gdy zostanie stwierdzone przez sąd, że nie zachodziły podstawy do odrzucenia tej oferty. Zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w popieraniu stanowiska zamawiającego, w odniesieniu do zarzutów wobec oferty odwołującego, która jest droższa, a w szczególności wobec czynności unieważnienia postępowania, które nie leży w interesie wykonawcy Siemens, liczącego na przywrócenie jego oferty do niniejszego postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pisma z dnia 30 kwietnia 2012 r. informującego o wyniku przetargu i odrzuceniu oferty odwołującego. Izba z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dopuściła dowód z akt sprawy sygn. KIO 388/12.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego z dokumentów:

1) instrukcja testu PreciControl HIV;
2) instrukcja testu HIV combi PT.

Izba uznała, że w zakresie wymaganych ilości oznaczeń badań laboratoryjnych oraz ilości kalibratorów i materiałów kontrolnych, testów, wiążące do oceny w tej sprawie, są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami. Zamawiający wprawdzie odsyłał do „ustalonych standardów” – jednakże nie sprecyzował dokładnie o jakie standardy chodzi, którymi mógł się kierować wykonawca. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że takie „ogólnie obowiązujące standardy kontroli prawidłowości oznaczeń” - określają instrukcje stosowania odczynników poszczególnych producentów. W ocenie Izby, zamawiający był władny określić własny

standard obowiązujący w jego placówce medycznej, co do częstotliwości przeprowadzanych weryfikacji wyników badań i kalibracji narzędzi – dla osiągnięcia jak najwyższej dokładności przeprowadzanych badań. W udzielonych wyjaśnieniach, zamawiający nie nawiązał do metody wykonywania analiz oznaczonych parametrów, stosowanych w systemach poszczególnych wykonawców.

Izba dopuściła natomiast dowód z wyciągu z instrukcji analizatora cobas, modułu ISE przedstawiony przez zamawiającego na okoliczność, że podczas kalibracji i kontroli parametrów: Na,K,Cl używane są odczynniki, a nie tylko materiały zużywane.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

I. postanowienia SIWZ.

Przedmiotem postępowania jest dostawa wraz z montażem i uruchomieniem analizatorów wraz z odczynnikami na 48 miesięcy oraz z adaptacją pomieszczeń Laboratorium Analitycznego.

Rozdział X SIWZ pkt 1 oferta winna być sporządzona w formie pisemnej na formularzu oferty – formularzu cenowym (Załącznik 1-2 do SIWZ).

Pkt 14 Do oferty należy dołączyć Formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1 i wypełniony Formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ.

Wykonawca może wykorzystać załączone do SIWZ druki. W przypadku przygotowania oferty na własnych formularzach muszą one bezwzględnie zawierać wszystkie rubryki i treść zamieszczone w załączonych do SIWZ wzorach. Oferty wykonawców, którzy do oferty dołączą załączniki innej treści niż określona w SIWZ zostaną odrzucone.

Zamawiający w załączniku opisu przedmiotu zamówienia oraz w formularzu cenowym (załącznik nr 2) określił rodzaje i ilości oznaczeń przewidzianych do wykonania w okresie 48 miesięcy - pozostawiając wykonawcom dobranie odpowiedniej liczby kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych.

W Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 1 znajduje się następujący wzór oświadczenia: „Oferujemy gotowość wykonania zamówienia publicznego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wypełnionym formularzem cenowym".

Formularz oferty, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ - Formularz cenowy - w odniesieniu do zarzutów odwołania - zawierał:

I. określenie rodzaju oznaczeń, jako odczynniki do analizatorów immunochemicznych na okres 48 miesięcy, podawał rodzaj oznaczenia, obejmujący

47 pozycji, jednostkę miary w sztukach oraz ilość oznaczeń. Wykonawca zobowiązany był podać cenę netto jednostki, oraz wartość.

II. *Analogiczne wymagania zawierał omawiany formularz w odniesieniu do pozycji od 48 do 85 na odczynniki do analizatorów biochemicznych, z podaniem rodzaju oznaczenia i metodyki.*

Zamawiający nie podał wzoru załącznika na oferowane:

- *sprzedaż i dostawę kalibratorów,*
- *sprzedaż i dostawę materiałów kontrolnych,*
- *sprzedaż i dostawę materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników.*

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5. Tamże wskazano, że przetarg obejmuje m.in.:

- *sprzedaż i dostawę odczynników zgodnie z załącznikiem;*
- *sprzedaż i dostawę kalibratorów proporcjonalnie do ilości testów.*
- *sprzedaż i dostawę materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań;*
- *sprzedaż i dostawę materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników w ilościach proporcjonalnych do ilości testów.*

Powyższy opis przedmiotu zamówienia podaje również sekcja II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający nie podał zapotrzebowania jak wyżej, w konkretnie oznaczonych liczbowo ilościach w odniesieniu do sprzedaży i dostawy materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań.

Zamawiający nie określił również w jakiej proporcji do ilości testów wykonawca był zobowiązany podać ilości kalibratorów, materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników.

Zamawiający w SIWZ nie podał ile oznaczeń kontrolnych należy wyliczyć przy testach wielopoziomowych.

W odpowiedziach z 4 stycznia 2012 r.:

Pytanie 32 - na propozycję rozszerzenia formularza o dodatkowe pozycje dla niezbędnych kalibratorów, materiałów kontrolnych oraz zużywalnych, zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SIWZ".

Pytanie *62 - Czy podana ilość oznaczeń zawiera już testy przeznaczone na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć?*

Odpowiedź: Wykonawca powinien je doliczyć.

Pytanie 63 - Prosimy o podanie ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie)

Zamawiający planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń.
Odpowiedź: Codzienna kontrola wszystkich parametrów.
Pytanie 66 - Czy podana ilość oznaczeń zawiera już testy przeznaczone na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć?
Odpowiedź: Wykonawca powinien je doliczyć.

Pytanie 67 - Prosimy o podanie ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie) Zamawiający planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń. Odpowiedź: Codzienna kontrola wszystkich parametrów.

W piśmie z dnia 12.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 Prosimy o określenie, które testy i w jakiej ilości będą wykonywane na każdym z analizatorów biochemicznych. Określenie takie pozwoli zamawiającemu, uniknąć nieekonomicznego dublowania kalibracji i kontroli dla wszystkich badań i przygotowanie oferty zgodnej z realnym zapotrzebowaniem zamawiającego. Odpowiadamy: Zgodnie z SIWZ i obowiązującymi standardami jakościowymi.

W piśmie z dnia 12.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7. Prosimy o określenie ile razy dziennie, na ilu poziomach i przez ile dni w tygodniu zamawiający będzie wykonywać oznaczenia kontrolne dla poszczególnych testów immunochemicznych i biochemicznych. Odpowiadamy: Zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi.

W piśmie z dnia 12.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 6 [bis]. Czy wymagając doliczenia testów potrzebnych na kalibrację, zamawiający ma na myśli konieczność doliczenia przez oferenta dla każdego badania ilości testów potrzebnych do wykonania takiej liczby kalibracji jaka wymagana jest w ulotce z metodyką dla danego testu? Odpowiadamy: Zgodnie z SIWZ i obowiązującymi standardami jakościowymi.

W piśmie z dnia 12.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7 [bis]. Czy Zamawiający planuje wykonywanie codziennej wewnatrzlaboratoryjnej kontroli jakości badań biochemicznych na obu wymaganych analizatorach (codziennie wszystkie parametry na obu analizatorach? Czy do oszacowania ilości testów potrzebnych do kontroli badań biochemicznych oferent może przyjąć, że będzie ona wykonywana średnio na jednym poziomie dla każdego testu, codziennie (na jednym lub dwu analizatorach)? Odpowiadamy: Zgodnie z SIWZ i obowiązującymi standardami jakościowymi.

W piśmie z dnia 12.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 8 Czy odnośnie kontroli wewnątrz laboratoryjnej badań immunochemicznych dla uproszczenia wyliczeń ilości potrzebnych testów, oferent może przyjąć, że będzie ona wykonywana średnio na jednym poziomie dla każdego testu, codziennie (na jednym lub dwu analizatorach? Odpowiadamy: Zgodnie z

SIWZ i obowiązującymi standardami jakościowymi.

W piśmie z dnia 18.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 6 dotyczące wymagania doliczenia przez oferentów do podanej w SIWZ ilości poszczególnych badań testów dodatkowych (niezbędnych do wykonania podanej ilości badań) na kalibrację i kontrolę. „Przy wymaganiu dotyczącym kontroli wewnątrzlaboratoryjnej określonym jako codzienna kontrola wszystkich parametrów, bez podania ilości poziomów kontroli oraz czy kontrola będzie się odbywała na jednym, czy na obu analizatorach istnieje możliwość różnej interpretacji tych wymagań przez oferentów. Może ona prowadzić do bardzo dużych różnic w ilościach dodanych testów a co za tym idzie także różnicy w oferowanych kosztach. Przykładowo kontrola wszystkich parametrów na 2 analizatorach immunochemicznych zwiększa zapotrzebowanie na testy o co najmniej 17 000 badań. Tak zrozumiane wymaganie odpowiednio zwiększy wartość oferty, być może w sposób nieuzasadniony ją zawyżając. Rozumiane inaczej, spowodować może jej zaniżenie. Jest wiadomym, że zamawiający nie może już dziś dokładnie określić, które parametry będzie wykonywał (i kontrolował) na obu analizatorach, a które tylko na jednym oraz jak często. To wyniknie w miarę ustalania się specyfiki pracy laboratorium zamawiającego na nowym zintegrowanym rozwiązaniu konkretnego dostawcy. Czy w celu ujednolicenia wymagań stawianych wszystkim oferentom, zamawiający wyrazi zgodę by przyjąć, że średnio z tytułu kontroli ilość wymaganych testów zwiększy się o 15% dla każdego oznaczenia? Natomiast ilości testów na kalibracje oferenci doliczą zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi." Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi."*

W piśmie z dnia 18.01.2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 7 „Czy zamawiający zgodzi się na modyfikację formularza cenowego [nr 2] w ten sposób aby zawierał on więcej danych niż wymagane obecnie (tj. ilość zaoferowanych opakowań handlowych, wielkość opakowań, cena opakowania, stawki VAT, numery katalogowe produktów, dodatkowe pozycje na niezbędne kalibratory, materiały kontrolne, oraz materiały zużywalne itp. Modyfikacja polegać będzie na dostawieniu dodatkowych kolumn i wierszy. Zamawiający udzielił odpowiedzi, *„że wyraża zgodę na wprowadzenie przez oferenta modyfikacji formularza cenowego w zakresie dodatkowych pozycji na niezbędne kalibratory, materiały kontrolne oraz materiały zużywalne."*

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ dot. ceny oferty.

Pkt 1. Cenę oferty należy obliczyć oddzielnie dla każdej oferty częściowej – jeżeli dotyczy.
2. Cena jednostkowa netto winna być zgodna z taką jaka będzie widniała na fakturze (za sztukę lub opakowanie).
3. ceną podlegającą ocenie jest cena oferty brutto. Aby obliczyć cenę brutto należy

pomnożyć ilość każdej pozycji zamówienia przez oferowaną cenę jednostkową netto, z dodaniem wartości podatku VAT.

4. cenę oferty należy wstawić do formularza cenowego zał. nr 1 i 2.

Rozdział XIII SIWZ kryterium oceny ofert najniższa cena.

Zamawiający nie przewidział składania ofert częściowych.
Z protokołu postępowania wynika, że zostały złożone 2 oferty:
Siemens Sp. z o.o. – cena brutto – 5 990 732,00 zł.

Oferta odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. - cena brutto – 6 075 342,48 zł.

W powiadomieniu z dnia 30 kwietnia 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podał następujące przyczyny tej czynności.

„Ad 1. Wykonawca Roche w przypadku kalkulacji wymaganej liczby odczynników dla aż 13 parametrów postąpił wbrew regułom wynikającym z SIWZ i wyjaśnień zamawiającego, ustalonym przez Izbę, co w efekcie powoduje, iż jego oferta jest obarczona analogicznymi błędami jak oferta wykonawcy Siemens i powinna podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 PZP.

Miejsce w ofercie Roche	Nazwa	Ilość wg Szpitala (A)	Ilość testów z założeniem kontroli codziennej wymaganej wyrokiem KIO (B)	Sumaryczna ilość testów wynikających z wymogów Szpitala i codziennej kontroli (A + B)	Ilość wg oferty Roche	Brakujące ilości testów - podstawa odrzucenia
poz 16	CA 15.3	1200	1460	2660	2500	160
poz25	Homocysteina	400	1460	1860	1100	760
poz 28	Rub IgG	1200	1460	2660	2500	160
poz 29	RublgM	1000	1460	2460	2100	360
poz 38	DHEA	1200	1460	2660	2500	160
poz 46	HbsAg test. potw	800	1460	2260	1620	640
poz 47	fPSA	800	1460	2260	1700	560
poz 73	Transferryna	400	1460	1860	900	960
poz 74	srTrF	400	1460	1860	960	900
poz 80	Esteraza	400	1460	1860	1000	860
poz 83	Sód	200000	1460	201460	brak w ogóle w ofercie	1460
poz 84	Potas	200000	1460	201 460	brak w ogóle w ofercie	1460
poz 85	Chlorki	20 000	1460	21460	brak w ogóle w ofercie	1460

W przypadku odczynników oferowanych:

- w pozycjach 16, 25, 28, 29, 38, 46, 47, 73, 74 i 80 wykonawca Roche zaoferował mniejszą niż 1460 liczbę dodatkowych testów na kontrole i kalibracje (tj. konieczną minimalną liczbę dodatkowych testów na kontrole i kalibracje zapewniającą codzienną kontrolę parametru przez cały okres trwania umowy czyli 1460 wymaganą wyrokiem KIO),

- zaś w poz. 83, 84 i 85 nie doliczył w ogóle żadnych dodatkowych testów na kontrole i kalibracje.

Brak doliczenia dodatkowych ilości testów wymaganych w SIWZ, a będących literalnie wymienianych w wyroku KIO jest podstawą odrzucenia oferty Roche i jest adekwatny do kwestii zarzucanych ofercie Siemens przez Odwołującego.

Analogiczne błędy w stosunku do podniesionych przez firmę ROCHE, co do testu HIV Combo Zamawiający stwierdził w przypadku testu HIV Combi PT zaoferowanego przez firmę Roche. Test HIV Combi PT stosowany w analizatorach firmy Roche to zestaw do jakościowego oznaczania in vitro stężenia antygenu p24 wirusa HIV-1 oraz przeciwciał przeciwko HIV-1, łącznie z grupą O oraz HIV-2 w surowicy i osoczu ludzkim. Jest to więc test kombinowany, czyli służący do wykrywania 3 różnych analitów: antygenu p-24, przeciwciał typu 1 oraz przeciwciał typu 2.

Materiał kontrolny dla testu Cobas HIV combi (PreciControl HIV, numer katalogowy 05162645 190) składa się z trzech poziomów:

- *PC HIV1: 2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej - Surowica ludzka ujemna dla HIV (antygen i przeciwciała);*
- *PC HIV2: 2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej - Surowica ludzka dodatnia dla przeciwciał przeciwko HIV;*
- *PC HIV3: 2 butelki, każda zawiera 2 mL surowicy kontrolnej - Surowica ludzka dodatnia dla antygenu HIV p24.*

A więc wykonując codzienną kontrolę jakości dla testu HIV combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego poziomu niezależnie, a więc w sumie 3 oznaczenia kontrolne codziennie, czyli 1460 x 3 = 4.380 oznaczeń w trakcie trwania umowy. Z tych założeń wynika niedoszacowanie w ofercie Roche w zakresie materiałów kontrolnych oraz odczynników dla testu HIV combo co ewidentnie odpowiada wyrokowi KIO i konieczności odrzucenia oferty Roche.

Te same wymagania dotyczą wszystkich testów, w których występuje kontrola dodatnia i ujemna, którą według wywodu firmy Roche należy wykonywać jednocześnie (Toxo IgM, Toxo IgG, Rub IgM, Rub IgG, HCV, Anty-HBc, HBsAg, Anty-HBs)."

Uzasadnienie odrzucenia firmy Siemens.

Ad.2 W związku z rozstrzygnięciem KIO z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt. 388/12, wobec dokonanych przez KIO ustaleń, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę firmy Siemens.

Zamawiający postanowił unieważnić ww. postępowanie, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu."

Dla porównania Izba przytoczyła uzasadnienie odwołania firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt. KIO 388/12 odwołujący zarzucał zamawiającemu, że „*wybrana przez niego oferta (spółki SIEMENS) jest sprzeczna z treścią SIWZ (brak wymaganej ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych), a w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu ceny, która nie uwzględnia wszystkich kosztów jakie Zamawiający będzie musiał ponieść aby zrealizować przedmiot postępowania.*

2. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ przetarg obejmuje m.in.
sprzedaż i dostawę odczynników zgodnie z załącznikiem,
sprzedaż i dostawę kalibratorów proporcjonalnie do ilości testów,
sprzedaż i dostawę materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań -
sprzedaż i dostawę materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników w ilościach proporcjonalnych do ilości testów.
W trakcie postępowania do powyższego opisu zgłoszono szereg pytań, a Zamawiający w odpowiedzi doprecyzował postanowienia specyfikacji rzutujące na treść (zakres) oferty. Kluczowe w tym względzie są następujące pytania i odpowiedzi:
- Pkt 62 - Czy podana ilość oznaczeń zawiera już testy przeznaczone na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć?
Odpowiedź: Wykonawca powinien je doliczyć
- Pkt 63 - Prosimy o podanie ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie) Zamawiający planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń.
Odpowiedź: Codzienna kontrola wszystkich parametrów
- Pkt 66 - Czy podana ilość oznaczeń zawiera już testy przeznaczone na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć?
Odpowiedź: Wykonawca powinien je doliczyć.
- Pkt 67 - Prosimy o podanie ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie) Zamawiający planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń? Odpowiedź: Codzienna kontrola wszystkich parametrów.
Przywołane wyjaśnienia są integralną częścią SIWZ i na równi z pozostałymi jej

postanowieniami wiązały wszystkich wykonawców. W ocenie Odwołującego oferta SIEMENS stoi w sprzeczności z tymi wymaganiami w stopniu powodującym obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy. Dowodząc powyższego argumentujemy następująco.

3. SIEMENS zaniechał w swojej ofercie doliczenia wymaganych dodatkowych ilości oznaczeń na przeprowadzenie kontroli i kalibracji, co dotyczy zarówno odczynników immunochemicznych jak i odczynników biochemicznych. W cytowanych odpowiedziach nr 62 i 66 z dn. 4.01.2012 r. Zamawiający wyraźnie określił, że wykonawcy powinni doliczyć dodatkowe ilości testów przeznaczonych na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych do podanej ilości testów. Ponadto w odpowiedziach nr 63 i 67 z dn. 4.01.2012r. Zamawiający podał harmonogram wykonywania oznaczeń kontrolnych: codzienna kontrola wszystkich parametrów. Wbrew tym warunkom SIWZ w swojej ofercie Siemens nie uwzględnił koniecznych dodatkowych testów na wykonanie kontroli i kalibracji, czego skutkiem jest niedoszacowanie i zaniżenie wartości oferty Siemens. W przesłanych do Zamawiającego wyjaśnieniach Siemens potwierdza zresztą ten fakt i próbuje tłumaczyć, że koszty kalibracji i kontroli zostały uwzględnione w cenie 1 oznaczenia. Jest to jednak sprzeczne z SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał doliczenia ilości testów na kontrolę i kalibrację do podanej ilości oznaczeń, a poza tym w tabeli - formularzu ofertowym kolumna "j.m." i "Ilość" odnosi się do pojedynczego oznaczenia, a nie oznaczenia z uwzględnieniem kosztów kalibracji i kontroli. Powoduje to, iż Zamawiający w okresie trwania umowy nie będzie mógł wykonywać oznaczeń kontrolnych oraz kalibracji dla oferowanych parametrów z racji braku dodatkowych ilości testów na ten cel. W celu lepszego zobrazowania skali niedoszacowania oferty firmy Siemens w załączniku nr 1 składamy szczegółowe, poprawne wyliczenia dla parametrów immunochemicznych w zakresie oznaczeń kontrolnych. Zgodnie z wymogami SIWZ dla każdego parametru należało przyjąć wykonywanie codziennej kontroli jakości, co oznacza konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata). Przyjmując nawet, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 18.01.2012 SIEMENS doliczył dla testów wykonywanych w ilości poniżej 1460 oznaczeń jedno oznaczenie kontrolne do jednej próbki badanej, to nadal różnica w wartości podanej przez firmę Siemens (1 415 303,28 zł brutto), a wartością wyliczoną z uwzględnieniem koniecznych oznaczeń kontrolnych (1 791 737,93 zł brutto) wynosi 376 434,65 zł brutto (tylko dla odczynników immunochemicznych!).

Dla parametrów biochemicznych kalkulację zawiera załącznik nr 2. Bowiem i w tej część SIEMENS pominął oznaczenia na potrzeby codziennej kontroli jakości i kalibracji, która oznaczała konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata). Poczynając zarazem analogiczne założenie jak w przypadku immunochemii (uwzględnienie odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 18.01.2012), iż oferent

doliczył dla testów wykonywanych w ilości poniżej 1460 oznaczeń jedno oznaczenie kontrolne do jednej próbki badanej, to różnica w wartości podanej przez firmę Siemens (1 065 418,40 zł brutto) a wartością wyliczoną z uwzględnieniem koniecznych oznaczeń kontrolnych (1 221 585,00 zł brutto), wynosi 156 166,30 zł brutto dla odczynników biochemicznych. Powyższe świadczy o niezgodności treści oferty SIEMENS z treścią SIWZ i konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.
Ilość opakowań zaoferowanych materiałów kontrolnych dla parametru HIV Combo jest zbyt mała i niewystarczająca do prowadzenia kontroli jakości zgodnie z wymogami Zamawiającego w okresie trwania umowy. Skutkiem zaoferowania zbyt małej i niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiału kontrolnego jest niedoszacowane i zaniżenie ceny oferty Siemens oraz powoduje, że Zamawiający przez część trwania umowy nie będzie mógł wykonywać oznaczeń kontrolnych dla ww. parametru.
W wyjaśnieniach z dn. 23.02. firma Siemens przyznaje, że zaoferowana kontrola zawiera 4 poziomy, ale zataja fakt, że każdy z poziomów dedykowany jest do skontrolowania innego analitu oznaczanego w teście HIV Combo, a mianowicie:
2 fiolki, każda zawierająca 2,5 ml - jest to kontrola ujemna, nie zawierająca przeciwciał HIV ani Ag p24
2 fiolki, każda zawierająca 2,5 ml-jest to kontrola pozytywna obecności p-ciał HIV-1
2 fiolki, każda zawierająca 2,5 ml -jest to kontrola pozytywna obecności p-ciał HIV-2
2 fiolki, każda zawierająca 2,5 ml-jest to kontrola pozytywna obecności HIV Ag p24

Test Advia Centaur HIV Ag/Ab Combo jest testem diagnostycznym przeznaczonym do jednoczesnego jakościowego oznaczania antygenu p24 wirusa i przeciwciał HIV typu 1 (w tym podtypu 0) i typu 2 w ludzkiej surowicy lub osoczu. Jest to wiec test kombinowany, czyli służący do wykrywania 3 różnych analitów: antygenu p24, przeciwciał HIV typu 1 oraz przeciwciał HIV typu 2."

„A więc wykonując codzienną kontrolę jakości dla testu HIV Combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego analitu/poziomu niezależnie, a więc w sumie 4 oznaczenia kontrolne codziennie, czyli 1460 x 4 = 5840 oznaczeń w trakcie trwania umowy."

Niedoszacowanie ilości materiału kontrolnego, biorąc pod uwagę informacje z oferty oraz z materiałów firmowych Siemens odwołujący przedstawił w tabeli.
„W ofercie Siemens brak jest więc 40 op. kontroli QC HIV Combo, co jest równoznaczne z niedoszacowaniem oferty na kwotę 15 567,55 zł i oznacza obowiązek jej odrzucenia."

5. „Wyartykułowane niezgodności treści oferty SIEMENS z treścią SIWZ rzutują również na zaproponowaną cenę, która w zaistniałych okolicznościach jest obliczona sprzecznie z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ. Gdyby SIEMENS prawidłowo objął ofertą cały

asortyment wymagany w specyfikacji, tj. adekwatne i wystarczające ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych wówczas cena jego oferty byłaby o kilkaset tysięcy wyższa. Godzi się przy tym zaznaczyć, że Odwołujący jest nieznacznie droższy od SIEMENS (różnica wynosi 84 610, 48 zł w skali 4 lat), jednakże gdyby nie doliczył dodatkowych odczynników i pozostałych akcesoriów, czyli sporządził ofertę tak jak SIEMENS, wówczas byłaby ona znacznie tańsza od oferty SIEMENS. Mamy więc do czynienia z nierównym traktowaniem wykonawców, bo Zamawiający wybiera ofertę nieznacznie tańszą, ale za to z dużo mniejszą ilością asortymentu i nie gwarantującą prawidłowego wykonywania oznaczeń zgodnie z SIWZ i obowiązującymi procedurami."

Zakładając rzadsze kontrole niż codziennie ale przynajmniej tyle razy ile przewidziano oznaczeń brakuje kolejnych kilkuset sztuk, nie licząc kalibracji. Poniższa tabela uwzględnia brakujące ilości oznaczeń na potrzeby kalibracji, której częstotliwość wynika z instrukcji testów (co 14 lub 28 dni)."

W piśmie procesowym z dnia 5 marca 2012 r. odwołujący Roche w sprawie sygn. akt KIO 388/12 prezentował następujący pogląd: *„W związku z powyższym wykonując codzienną kontrolę jakości dla testu HIV Combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego analitu / poziomu niezależnie, a więc w sumie 4 oznaczenia kontrolne codziennie (co daje 1460 x 4 = 5840 oznaczeń w okresie 48 miesięcy). Zarzucał, że* Siemens *pominął konieczność przeprowadzenia każdorazowo kontroli wszystkich 4 możliwych wyników, co nie pozwala uznać, że zaoferował ilość materiału kontrolnego wystarczającą do wykonania codziennej kontroli."*

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 marca 2012 r. w sprawie sygn. KIO 388/12 dokonała następujących ustaleń i ocen w odniesieniu do zarzutów wniesionego odwołania Roche Diagnostics: *„Zarzut sprzeczności oferty wykonawcy Siemens z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stopniu powodującym obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp został oparty w odwołaniu na twierdzeniu, że wykonawca Siemens zaniechał doliczenia w ofercie wymaganych dodatkowych ilości oznaczeń na przeprowadzenie kontroli i kalibracji w zakresie odczynników immunochemicznych i biochemicznych określonych w załączniku nr 5 i nr 2 do siwz. Odwołujący wskazał również, że w zakresie parametru HIV Combo – ten odczynnik także został niedoszacowany, albowiem dla codziennej kontroli tego parametru wymaganych jest dodatkowo 40 opakowań kontroli, a nie tylko 19 - przyjętych przez wykonawcę w ofercie, co także powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.*

Rozpatrując wskazane zarzuty i uwzględniając postanowienia specyfikacji oraz

wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania do siwz - Izba ustaliła, że zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia [załącznik nr 5 do siwz] przedmiotem tego zamówienia – w zakresie którego dotyczy odwołanie - jest: sprzedaż i dostawa odczynników zgodnie z załącznikiem oraz sprzedaż i dostawa kalibratorów proporcjonalnie do ilości testów, a także materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań, oraz sprzedaż i dostawa materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników w ilościach proporcjonalnych do ilości testów. W załączniku nr 5 oraz w załączniku nr 2 - Formularz cenowy Zamawiający określił wymagane - jak wynika z ustaleń - tylko podstawowe ilości, albowiem w odpowiedzi na pytania [nr 62 i 66 z dnia 4.01.2012 r.] czy podana ilość oznaczeń zawiera testy przeznaczone do wykonywania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć – stwierdził, że wykonawca powinien je doliczyć. Z kolei na wniosek o podanie, ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie) planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń – Zamawiający potwierdził, że planuje codziennie wykonywać kontrolę wszystkich parametrów. Na kolejne pytania [nr 6 z dnia 18.01.2012 r.] dotyczące doliczania ilości poszczególnych badań testów dodatkowych (niezbędnych do wykonania podanej ilości badań) na kontrolę i kalibrację - Zamawiający stwierdził, że takie doliczenie powinno następować zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi. Zamawiający wyraził także zgodę [odpowiedź na pytanie nr 7 z dnia 18.012012 r.] na modyfikację formularza cenowego [nr 2] w ten sposób aby zawierał on więcej danych niż w wersji załączonej do siwz, wskazując przykładowo [użycie w odpowiedzi in fine] na dodatkowe pozycje odnoszące się do kalibratorów, materiałów kontrolnych oraz materiałów zużywalnych."

„Tym samym Izba podziela pogląd wykonawcy wnoszącego odwołanie, że wykonawcy w świetle udzielonych odpowiedzi - bez względu na intencje Zamawiającego - mieli obowiązek doliczyć do podanych w specyfikacji ilości, dodatkowo testy przeznaczone na kalibracje i kontrole, przy założeniu obowiązujących standardów jakościowych, oraz że kontrola wszystkich parametrów będzie wykonywana codziennie."

„Tak jak wskazał Odwołujący, wyjaśnienia specyfikacji i udzielane odpowiedzi stanowią integralną częścią siwz i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiążą wszystkich wykonawców. Wobec takich ustaleń Izba stwierdziła, że wykonawca Siemens w formularzu nr 2 podał tylko te ilości podstawowe, które określił Zamawiający w specyfikacji nie podając ani w formularzu ani w uwagach do formularza ilości oznaczeń dla testów przeznaczonych do wykonywania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych. Nie podał także, że kalkulacja ceny jednostkowej obejmuje także dodatkowe oznaczenia."

Dlatego też wyjaśnienia z dnia 8.02.2012 r. i wyjaśnienia z dnia 23.02.2012 r. - nie mogą być podstawą dla przyjęcia, że wykonawca Siemens rzeczywistą ilość odczynników

potrzebnych do wykonania wymaganych oznaczeń zawarł w cenie jednostkowej za dane oznaczenie. Z treści oferty wykonawcy Siemens – w żaden sposób nie można wywieść, że wykonawca ten podał i wycenił ilości dodatkowe, albowiem w formularzu nr 2 podano wyłącznie wymagane ilości podstawowe oraz ceny jednostkowe dla podanych parametrów. W żaden sposób dane te nie wskazują, tak jak przedstawiano w wyjaśnieniach, że przyjęty model kalkulacji dla ceny jednostkowej każdego oznaczenia uwzględnia zarówno ilość określoną w siwz (i ujętą w ofercie) oraz dodatkowe oznaczenia kontrolne i kalibracje odrębnie niewyspecyfikowane i w wymaganych ilościach."

„Izba także stwierdziła, że podnoszony zarzut w zakresie materiału kontrolnego HIV Combo, zasługuje na uwzględnienie. Tak jak przyznał w toku rozprawy wykonawca Simens ilość 19 opakowań – z uwagi na dotychczasowe praktyczne doświadczenie w jednostce zamawiającego – została przewidziana na wykonywanie badań raz w tygodniu w okresie 48 miesięcy. Tak jak wcześniej podano, Zamawiający w odpowiedzi na pytania stwierdził, że planuje codziennie wykonywać kontrolę wszystkich parametrów i ta zasada nie została zmieniona w kolejnych wskazanych wyżej odpowiedziach. To oznacza zdaniem Izby, że w tym postępowaniu interpretując treść oferty każdego z wykonawców należało mieć na względzie - tak jak wyżej wskazano - postanowienia specyfikacji oraz wyjaśnienia i odpowiedzi udzielane przed upływem terminu do składania ofert."

„Organizacja kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i specyfika pracy laboratorium w jednostce zamawiającej nie została wykonawcom podana, a zatem nie może być uwzględniana na etapie oceny ofert. Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp są zasadne i podlegają uwzględnieniu, albowiem w ofercie wykonawcy Siemens brak jest wymaganej ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i używalnych – w zakresie zaskarżonym – co nie odpowiada treści specyfikacji, a w konsekwencji oferta ta zawiera także błąd w obliczeniu ceny, gdyż nie uwzględnia wszystkich kosztów, jakie muszą być poniesione dla zrealizowania tego przedmiotu zamówienia".

Izba w sprawie sygn. akt KIO 388/12 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu ponowną ocenę ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej - skoro wykazywał, że zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp podjął czynność odrzucenia

jego oferty, mimo, że po wyeliminowaniu oferty Siemens - była najkorzystniejsza według ustalonego kryterium - narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody - przez uniemożliwienie wyboru złożonej oferty.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że wyrok Izby sygn. akt KIO 388/12, uwzględniający w całości ówczesne zarzuty i żądania odwołującego, nie miał wpływu na jego sytuację prawną jako wykonawcy. Zamawiający był zobowiązany wykonać wyrok Izby w odniesieniu do wykonawcy Siemens. Trudno jednak zarzucać zamawiającemu, że skoro doszukał się rodzajowo takich samych odstępstw od SIWZ w ofercie odwołującego - z jakich odrzucił ofertę Siemens - to nie miał prawa zweryfikować swego stanowiska, będącego wynikiem poprzedniej oceny ofert i przy nakazanej przez Izbę ponownej ocenie - analogicznie podejść do oferty odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Odmienne działania zamawiającego, spotkałyby się z bowiem z zarzutem nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący nie negował, że zamawiający informując o odrzuceniu jego oferty, spełnił wymagania art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - podając uzasadnienie faktyczne i prawne takiej decyzji. Przepis ów nie został naruszony, ponieważ obydwa składniki prawidłowego zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy, zostały zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2012 r. Także uzasadnienie faktyczne, zdaniem Izby - dawało odwołującemu pełną wiedzę na temat zarzutów stawianych jego ofercie - w kontekście wymagań SIWZ, poddanych interpretacji dokonanej w wyroku sygn. akt KIO 388/12, pozwalającą na wniesienie odwołania i podjęcie polemiki z przedstawionymi zarzutami. Wbrew stanowisku odwołującego, Izba uznała, że zamawiający przytoczył w uzasadnieniu wymagania SIWZ – zestawiając zamawiane ilości poszczególnych testów – z ilościami zaoferowanymi przez odwołującego. Tak więc poprawność formalna czynności odrzucenia oferty, mimo odmiennych wywodów odwołującego, nie może budzić wątpliwości.

Na marginesie rozpatrywanych zarzutów odwołania, nie można było nie zauważyć, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nakładający na przeprowadzających przetargi publiczne obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tezę taką potwierdzają wielokrotnie ponawiane te same pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dotyczące częstotliwości przeprowadzenia analiz kontrolnych i kalibracji, także w odniesieniu do poziomów ich oznaczania - jeżeli badania miały tego rodzaju charakter wielopoziomowy. Zamawiający zbywał te pytania ogólnikowymi stwierdzeniami – „zgodnie z SIWZ oraz obowiązującymi standardami jakościowymi.” Zamawiający nie powołał się na

konkretny udostępniony wykonawcom, standard badań wewnątrzlaboratoryjnych, chociażby wdrożony na terenie laboratorium analitycznego jego jednostki. Rzeczą zrozumiałą jest, że kontrole, kalibracje i materiały zużywalne zależą także od oferowanych produktów poszczególnych wytwórców rynkowych – odczynników i aparatów, na których miałby być wykonywane analizy, przyjętych metod itp. Jednakże nie zwalniało to zamawiającego od przynajmniej szacunkowego podania ilości oznaczeń i materiałów kontrolnych na wymienione cele, aby umożliwić wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, niezależnie od tego, że w trakcie realizacji umowy zamawiający używałby ilości preparatów dostosowane do zakupionych produktów. Wykonawcy nie wnieśli jednak odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem okoliczności powyższe, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż Izba rozpatruje odwołanie w granicach stawianych zarzutów. Skoro wykonawcy nie skorzystali z możliwości wniesienia odwołania na niejasne postanowienia SIWZ, Izba poddała je zatem ocenie, w takim kształcie, w jakim zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uwzględniając jako integralną część – wiążącą wykonawców - także udzielone wyjaśnienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Za postawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła postanowienia SIWZ wraz z załącznikami i odnośnymi wyjaśnieniami, przytoczonymi jak wyżej w materiale dowodowym sprawy oraz dokumenty oferty odwołującego, w szczególności Formularz asortymentowo – cenowy.

Izba uwzględniła postanowienia rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych (Dz. U. Nr 61, poz. 435 ze zm.), które określa standardy jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych. W punkcie 7.3 ppkt 3) załącznika nr 1 do tego rozporządzenia przewiduje się, że w celu zapewnienia jakości badań laboratoryjnych laboratorium formułuje zasady wewnętrznej kontroli laboratoryjnej uwzględniając w szczególności dane dotyczące rodzaju stosowanych materiałów kontrolnych, częstotliwości pomiarów kontrolnych. Każda metoda pomiarowa jest bowiem narażona na pogorszenie się precyzji i dokładności. Celem kontroli wewnątrzlaboratoryjnej jest utrzymywanie metod pomiarowych na takim poziomie, aby popełniane błędy analityczne nie przekraczały dopuszczalnych granic. Dlatego też pkt 7.1 zał. nr 1 do powołanego rozporządzenia przewiduje, że laboratorium prowadzi stałą wewnętrzną kontrolę jakości badań (…) dla wszystkich rodzajów badań wykonywanych w laboratorium. Do wykonania niezbędnych kalibracji i kontroli konieczne są nie tylko różne materiały zużywalne, ale i dodatkowe testy. Obydwa procesy polegają bowiem na wykonaniu oznaczenia danego rodzaju (czyli z wykorzystaniem odczynnika) w celu skalibrowania i skontrolowania odczynnika, przy czym częstotliwość kalibracji określa co do zasady producent testów, zaś sposób i częstotliwość

kontroli narzuca laboratorium. Dla niniejszego postępowania przewidziano w SIWZ codzienną kontrolę jakości. Postanowienie to Izba odczytuje dosłownie. Nie sposób zatem przyjąć - co do zasady, innej interpretacji wymagań zamawiającego, w odniesieniu do wymaganej liczby odczynników, niż uczyniła to Izba w poprzednim wyroku z dnia 7 marca 2012 r. sygn. akt KIO 388/12.

Izba nie uwzględniła obecnego stanowiska odwołującego, że przy częstotliwości wykonywania kontroli, w przypadku oznaczeń dotyczących testów dwu lub wielopoziomowych – liczy się wyłącznie proponowana przez wykonawcę metoda ich wykonywania. Zdaniem Izby, decydujące znaczenie w tym względzie ma założony przez zamawiającego – standard badań kontrolnych, włącznie z ich częstotliwością.

Zamawiający dostosował swoje czynności polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, do interpretacji postanowień SIWZ oraz wykładni dotyczących spornej kwestii, przyjętej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 marca 2012 r. sygn. akt KIO 388/12, zgodnym w całości ze stanowiskiem odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o. i jego wnioskami co do odrzucenia oferty wykonawcy Simens Sp. z o.o., zawartymi w poprzednim odwołaniu z dnia 24 lutego 2012 r.

Odwołujący w załączniku nr 2 Formularzu cenowym swojej oferty zawarł ilość testów - po dodaniu na kalibracje i kontrole; w osobnych pozycjach, wymienił ilości kalibratorów, materiałów kontrolnych, oraz materiałów zużywalnych, które sam uznał za niezbędne do przeprowadzenia objętej ofertą ilości oznaczeń dla poszczególnych parametrów.

Należało jednak zważyć, że odwołujący w swoim odwołaniu z dnia 24 lutego 2012 r. wywodził, że: *„Zgodnie z wymogami SIWZ dla każdego parametrów biochemicznych i immunochemicznych należało przyjąć wykonywanie codziennej kontroli jakości, co oznacza konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata). Przyjmując nawet, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 18.01.2012 SIEMENS doliczył dla testów wykonywanych w ilości poniżej 1460 oznaczeń jedno oznaczenie kontrolne do jednej próbki badanej, to nadal różnica w wartości podanej przez firmę Siemens (…), a wartością wyliczoną z uwzględnieniem koniecznych oznaczeń kontrolnych (…) wynosi (…).”*

Z przytoczonych twierdzeń odwołującego wynikało, że uważa, iż dla każdego parametru należało przyjąć wykonywanie codziennej kontroli jakości, co oznacza konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1.460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata trwania realizacji zamówienia.

Tak też postąpił zamawiający wobec oferty odwołującego, zarzucając, że z porównania zsumowanych ilości testów - w ilości podstawowej podanej przez

zamawiającego w formularzu cenowym i ilości testów przy założeniu kontroli codziennej z podanymi przez odwołującego ilościami w odnośnych pozycjach ujętych w tabeli przedstawiającej uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego - brakuje w ofercie zakładanej ilości testów dla przeprowadzania codziennej kontroli jakości badań – jaką zamawiający przewidział w SIWZ.

Izba podzieliła ten pogląd zamawiającego w odniesieniu do pozycji 83,84,85 załącznika 2 do oferty (parametry: sód, potas, chlorki). W stosunku do ilości oznaczeń przewidzianych w SIWZ, na poziomie od 20 000 do 200 000, odwołujący nie ujął w wymienionych pozycjach żadnych dodatkowych testów na kontrole w tym zakresie. Bez znaczenia w ocenie Izby jest wyjaśnienie odwołującego, że badania te są wykonywane na module ISE, na odmiennych zasadach, niż w przypadku „standardowych parametrów," a ponadto wymagają jedynie materiałów eksploatacyjnych, które w ofercie na ten cel zostały podane. Z dopuszczonego dowodu - wyciągu z instrukcji analizatora cobas, modułu ISE przedstawionego przez zamawiającego, wynika, że podczas kalibracji i kontroli parametrów: Na,K,Cl używane są odczynniki, a nie tylko materiały zużywane.

Zamawiający nie ustanowił w SIWZ żadnych wyjątków, odstępstw od codziennej kontroli wyników - w odniesieniu do omawianych parametrów: sód, potas, chlorki. Treść oferty odwołującego Roche nie odpowiada w ww. zakresie wymaganiom treści SIWZ. Jeżeli nawet, zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego - z tej przyczyny, podczas pierwszej oceny ofert, to nie oznacza, że nie mógł tego uczynić podczas drugiej oceny – nakazanej przez Izbę.

Wobec stwierdzonych także innych niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, Izba nie widziała również podstaw do nakazania zamawiającemu, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do metodyki przeprowadzania oznaczeń i kontroli - z uwzględnieniem faktu, że badania te są wykonywane na module ISE, przy zastosowaniu jedynie zużywalnych elektrod i materiałów eksploatacyjnych, a nie materiałów kontrolnych i testów. Przedstawiona w materiałach informacyjnych testów Na,K,CL, informacja producenta wspomina bowiem stosowaniu odczynników przy wykonywaniu kontroli jakości i kalibracji tych oznaczeń.

Izba jedynie częściowo przyznała rację odwołującemu - a mianowicie, że nie dla wszystkich testów należało doliczyć co najmniej 1.460 dodatkowych oznaczeń na kontrole i kalibracje. W ocenie Izby ww. ilość dotyczy wyłącznie testów wykonywanych codziennie, dla których tym samym potrzebna jest codzienna kontrola. Nie dotyczy to testów przeprowadzanych z częstotliwością mniejszą niż codzienna, gdzie kontrolę realizuje się w dniu, w którym rzeczywiście będą wykonywane oznaczenia dla pacjentów, a wiec pozycji nr

16,25,28,29,38,46,47,73,74,80, które w ofercie odwołującego - co do ilości oferowanych testów, pozostają zgodne z postanowieniami SIWZ.

Nie sposób bowiem przyjąć logiczne założenie, że wykonuje się kontrolę jakości przeprowadzonych wyników badań w dniach, w których te badania nie byłyby wykonywane - – i że do każdego z analizowanych parametrów należało w tym celu doliczyć nie mniej niż 1.460 dodatkowych oznaczeń – dla sprawdzenia poprawności wyników (kontrola i kalibracja).

Izba nie uwzględniła natomiast stanowiska odwołującego, który stojąc wobec problemu odrzucenia własnej oferty, zmienił radykalnie argumentację, gdyż w odniesieniu do testów wykonywanych na kilku poziomach - pierwotnie w odwołaniu z dnia 24 lutego 2012 r. wywodził że *„wykonując codzienną kontrolę jakości dla testu HIV Combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego analitu/poziomu niezależnie, a więc w sumie 4 oznaczenia kontrolne codziennie, czyli 1460 x 4 = 5840 oznaczeń w trakcie trwania umowy."* Zarzucał, że *„Siemens pominął konieczność przeprowadzenia każdorazowo kontroli wszystkich 4 możliwych wyników, co nie pozwala uznać, że zaoferował ilość materiału kontrolnego wystarczającą do wykonania codziennej kontroli."*

Odnosząc się natomiast do analogicznego zarzutu zamawiającego przeciwko własnej ofercie - że „*wykonując codzienną kontrolę jakości dla testu HIV combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego poziomu niezależnie, a więc w sumie 3 oznaczenia kontrolne codziennie (dostosowane do metodyki testu), czyli 1460 x 3 = 4.380 oznaczeń w trakcie trwania umowy. Z tych założeń wynika niedoszacowanie w ofercie Roche w zakresie materiałów kontrolnych oraz odczynników dla testu HIV combo co ewidentnie odpowiada wyrokowi KIO i stanowi o konieczności odrzucenia oferty Roch"* – odwołujący odpierał zarzut, utrzymując, że *„warunkiem była codzienna kontrola, a więc kontrola na jednym zakresie odpowiada treści SIWZ i obowiązującym standardom jakościowym",* a ponadto, *„nigdzie w SIWZ ani w wyroku KIO nie było wymogu jednoczesnego oznaczania w danym dniu kontroli na 2 lub 3 zakresach."*

W ocenie Izby, skoro na każdym stopniu wykonywany jest odrębny test, stąd wyłączne znaczenie posiada sumaryczna ilość oznaczeń na wszystkich poziomach, świadcząca, że mogą być wykonywane codziennie, aby wywieść obowiązek ustanowiony w SIWZ - zaoferowania materiałów do codziennej kontroli tych testów, nawet gdyby możliwe było ich inne grupowanie. Razi niekonsekwencją stanowisko odwołującego – prezentowane w ww. zakresie wobec własnej oferty, w odróżnieniu od oceny oferty konkurenta firmy Siemens. Kompletność badania parametru HIV Combo wymaga badań kontrolnych na każdym z wyznaczonych poziomów tych badań. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnej informacji – co do grupowania wymienionych testów. Zasady grupowania testów, mogą być

wprowadzone jako standard założony w określonym laboratorium, czego jednak zamawiający nie podał w SIWZ, nie podał częstotliwości przeprowadzania testów kontrolnych, innej niż codzienna. Nie sprecyzował konkretnie ile razy dziennie i na ilu poziomach będzie prowadzona kontrola, odsyłając w tym zakresie do obowiązujących standardów jakościowych – a więc kontroli codziennej. Odwołujący w treści swego odwołania wprost przyznał i wyjaśniał, że kontrola HIV (PreciControl HIV) zawiera w sobie 3 różne zakresy kontroli HIV (1 - kontrola negatywna, 2 - kontrola pozytywna dla przeciwciał HIV, 3 - kontrola pozytywna dla antygenu p24 HIV). Natomiast w złożonym na rozprawie „Porównaniu oferty Roche i Siemens w zakresie kontroli dla test HIV Combo" zmienił zdanie i utrzymywał, że ilość zaoferowanego materiału kontrolnego w jego ofercie jest prawidłowa, albowiem założył wykonywanie kontroli jakości wyników analiz - jedynie na dwóch poziomach, a nie w odniesieniu do wszystkich poziomów, na których dany test jest przeprowadzany. Skoro odwołujący pominął konieczność przeprowadzenia każdorazowo kontroli wszystkich 3 możliwych wyników, nie pozwala to uznać, że zaoferował ilość materiału kontrolnego, wystarczającą do wykonania codziennej kontroli, przez co oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, w stopniu obligującym zamawiającego do jej odrzucenia.

Tej samej ocenie Izby, jak wyżej - podlegały wymagania dotyczące testów, w których występuje kontrola dodatnia i ujemna, jeżeli pod tym pojęciem należy rozumieć wykonywanie wymienionych testów na dwóch poziomach (Toxo IgM, Toxo IgG, Rub IgM, Rub IgG, HCV, Anty-HBc, HBsAg, Anty-HBs).

Bez znaczenia pozostaje, że wyrok sygn. akt KIO 388/12 powyższych kwestii nie dotyczy. Odwołanie zostało złożone na czynność ponownej oceny ofert, rozstrzygnięciu Izby podlegały zaskarżone odwołaniem zarzuty wobec oferty odwołującego. Izba w niniejszej sprawie nie była związana poprzednim wyrokiem KIO, odnoszącym się do czynności zamawiającego wobec oferty Siemens, chociaż w znacznej części podzieliła ustalenia wyroku sygn. akt KIO 388/12 - co do rozumienia postanowień SIWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami.

Postępowanie dowodowe wykazało, że nastąpiło niedoszacowanie ilości materiału kontrolnego, zestawiając ilości oferowane w ofercie Roche z ilościami zapotrzebowanymi w warunkach zamówienia.

Ziściła się zatem przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia oferty odwołującego. Za nieodpowiadającą treści SIWZ uznaje się ofertę, która proponuje niewystarczającą ilość przedmiotu dostawy - w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne – ustalone na gruncie badanej sprawy – Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 7 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz naruszył art. 92 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania na poczet kosztów zaliczyła uiszczony wpis. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……