

Sygn. akt: KIO 1751/12

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwiłk**

Członkowie: **Marek Szafraniec**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2012 r. przez **wykonawcę Jonson & Jonson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej – Curie 23, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Jonson & Jonson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Jonson & Jonson Poland Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę testów do badania markerów patogenów przenoszonych drogą krwi tj. testów wirusologicznych HBsAg z testami potwierdzenia, testów wirusologicznych anty- HCV, testów wirusologicznych anty-HIV 1/2, testów do wykrywania zakażenia krętkiem bladym, do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, „cito” oraz materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych wraz z dzierżawą kompletu aparatury niezbędnej do automatycznego wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów dla liczby 540.000 donacji wraz z podłączeniem aparatury do posiadanego przez Zamawiającego systemu komputerowego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 1 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 103-172418.

W postępowaniu tym wykonawca Jonson & Jonson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 16 sierpnia 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający o tej czynności poinformował Odwołującego w dniu 6 sierpnia 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 16 sierpnia 2012 r.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2012 r. do przedmiotowego postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), przekazując kopię zgłoszenia przystąpienia stronom tego postępowania.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 30 sierpnia 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, tj. z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp;

2. wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, a zatem podlegającej odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp;

3. dokonanie czynności w toku badania i oceny ofert sprzecznie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, co stanowi naruszenie dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

4. ograniczenie zasady jawności postępowania poprzez usunięcie ze strony internetowej zamawiającego informacji dotyczących postępowania. W dniu sporządzania niniejszego odwołania na stronie internetowej Zamawiającego znajdowała się wyłącznie informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, co stanowi istotne utrudnienie w przypadku wykonawców zamierzających korzystać ze środków ochrony prawnej i narusza art. 8 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty Przystępującego;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

a ponadto wniósł o dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia odwołania, a także o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie ze spisem kosztów przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący wskazał na zapisy postanowień SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział VI ust. 1 lit. A pkt 1 ppkt 1.5 SIWZ - str. 8 SIWZ), wskazujące że oferowane testy przed wprowadzeniem do użytkowania powinny być ocenione przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii (dalej: „IHiT”) pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie, zaś dokumentem potwierdzającym przydatność jest zaświadczenie wystawione przez IHiT. Według Odwołującego powyższe wymaganie było jednoznaczne i zgodne z „Medycznymi zasadami pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązującymi w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi”, Wydanie II, Warszawa, 2011 r. (dalej: „Medyczne zasady”). Podkreślił, że Medyczne zasady zostały wydane przez IHiT na podstawie art. 25 pkt 12 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. z 1997 Nr 106, poz. 681), który stanowi, że: do zadań Instytutu w zakresie publicznej służby krwi należy w szczególności określanie medycznych zasad pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania obowiązujących w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi. Wskazał, że w rozdziale 8.1 Medycznych zasad sprecyzowano wymagania dla testów używanych do oznaczeń czynników zakaźnych. Według postanowień przedmiotowej publikacji „Testy używane do oznaczeń powinny posiadać oznakowanie CE, charakteryzować się wysoką czułością (zbliżoną do 100%) i przed wprowadzeniem powinny być ocenione przez IHiT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie. Dokumentem potwierdzającym przydatność jest zaświadczenie wystawione przez IHiT”. Jako dowód nr 1 Odwołujący przywołał w tym zakresie Medyczne zasady przedkładając kopie ich strony tytułowej oraz str. 31 i 363. Odwołujący wskazał też na zapytania Przystępującego do SIWZ, na które Zamawiający w dniu 18 czerwca 2012 r. opublikował wyjaśnienia odnoszące się do treści wymogu zapisanego w rozdziale VI ust. 1 A Testy pkt 1 ppkt 1.5 SIWZ, przedstawiając jako dowód 2 kopię tych wyjaśnień z 18 czerwca 2012 r. Podkreślił, że w dniu 28 czerwca 2012 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie o sygn. akt: KIO 1347/12 dotyczące przede wszystkim udzielonych odpowiedzi na zapytania do SIWZ. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, w związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 3 lipca 2012 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, podkreślając, że „Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego postępowania w całości to zobowiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania”. Przedstawił jako dowód nr 3 postanowienie KIO z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie sygn. KIO 1347/12. Niezależnie od wniesionego w tej sprawie odwołania Odwołujący wniósł w zakresie odpowiadającym części zarzutów odwołania, wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, zgodnie z art. 38 ustawy Pzp wprowadzonych przez Zamawiającego zapisów SIWZ (dowód nr 4: wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 25

czerwca 2012 r.) Wskazał, że pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień tylko częściowo zbieżnych z zarzutami i żądaniem wniesionego odwołania (dowód nr 5: wyjaśnienia Zamawiającego, datowane na dzień 29 czerwca 2012 r.). Z uwagi na uwzględnione odwołanie Odwołującego zwrócił się on do Zamawiającego pismem z dnia 6 lipca 2012 r. z prośbą o informację o wykonaniu, zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, żądań zawartych w odwołaniu (dowód nr 6: kopia pisma z dnia 6 lipca 2012 r.). W odpowiedzi, Zamawiający, w tym samym dniu, zamieścił na swojej stronie internetowej „Wyjaśnienia 4”, w których stwierdził m.in.: „Udzielona odpowiedź jest jednoznaczna z przywróceniem pierwotnego zapisu SIWZ w tym zakresie”. W związku z udzielonym wyjaśnieniem Odwołujący podkreślił, że odstąpił od zamiaru wniesienia do Prezesa KIO odwołania wobec zaniechania wykonania żądań zgodnie z postanowieniem KIO 1347/12 (dowód nr 7: kopia wyjaśnień z dnia 6 lipca 2012 r.).

W związku z powyższymi okolicznościami Odwołujący stwierdził, że w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1347/12 Zamawiający przywrócił pierwotną treść postanowień SIWZ oraz unieważnił odpowiedzi z dnia 18 czerwca 2012 r., albowiem takie między innymi żądania Odwołujący zawarł w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe w związku z wyborem jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego Odwołujący wskazał na:

- niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że z treści oferty Przystępującego wynika, że zaoferował m.in. test do diagnostyki krętkiem bladym o nazwie ARC Syphilis TP RGT 500, produkcji Abbott (Formularz Ofertowy, str. 2). Do oferty natomiast nie załączono dla testu Syphilis pozytywnej oceny wystawionej przez IHiT na podstawie analizy wyników przeprowadzonych badań, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, a wyłącznie pismo IHiT, datowane na 17 września 2009 r., potwierdzające, że: „w świetle obowiązujących przepisów dokument wydany przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii jest wystarczający aby dopuścić test do badań w Placówkach Służby krwi w Polsce”. W wyniku wezwania do uzupełnienia, Przystępujący uzupełnił ofertę o dokument, wystawiony 16 marca 2007 r., przez ówczesnego Konsultanta Krajowego ds. dermatologii i wenerologii, w myśl którego Konsultant oświadcza, że „akceptuje test Syphilis T Reagent ...” (dowód nr 8: kopia pisma IHiT z dnia 17 września 2009 r. (str. 175 oferty Przystępującego), kopia pisma Konsultanta Krajowego z dnia 16 marca 2007 r.)

Odwołujący podkreślił, że załączone do oferty Przystępującego pismo IHiT potwierdza jedynie, że w świetle obowiązujących w dniu jego wystawienia (czyli we wrześniu 2009 r.) dokument wydany przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i

wenerologii jest wystarczający, aby dopuścić test do badań w Placówkach Służby krwi w Polsce, natomiast obowiązujące od 2011 r. Medyczne zasady... wprowadziły jednoznaczny wymóg uzyskania opinii IHiT. Oświadczenie Konsultanta Krajowego z 2007 r. – według niego - nie może być uznane za wystarczające z tego powodu, że: nie stanowi pozytywnej oceny wystawionej przez IHiT na podstawie analizy wyników przeprowadzonych badań, a jedynie potwierdza akceptację („akceptuję test „Syphilis T Reagent”) Konsultanta Krajowego dla testu podczas gdy Zamawiający wymagał oceny IHiT wystawionej na podstawie przeprowadzonych badań, nie zostało wydane na podstawie analizy wyników przeprowadzonych badań i wyraża wyłącznie przekonanie Konsultanta Krajowego („... uważam, że test ten może być stosowany”) i dotyczy bliżej nie zdefiniowanego testu Syphilis T Reagent a nie zaoferowanego ARC Syphilis TP RGT 500.

Odwołujący podkreślił, że niezależnie od powyższego zwrócił się do Pana prof. Krzysztofa Warzochy, Dyrektora IHiT pismem z dnia 27 czerwca 2012r. m.in. z pytaniem „Czy w przypadku braku oceny testu przeprowadzonej przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii potwierdzonej zaświadczeniem, taka ocena może być zastąpiona innym dokumentem, np. oceną (w przypadku testów do diagnostyki zakażeń krętkiem bladym) Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii potwierdzoną przez IHiT? Czy taka ocena i potwierdzenie mogą być wydane przed publikacją „Medycznych zasad pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujących w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi (Wydanie II, Warszawa, 2011)?” Przy czym Odwołujący szczegółowo opisał stan faktyczny, który zaistniał w przedmiotowym postępowaniu (dowód nr 9: kopie pism do IHiT z dnia 26 i 27 czerwca 2012 r.). W odpowiedzi, dwoma pismami, z dnia 2 lipca 2012 r. Pan prof. K..... W....., Dyrektor IHiT poinformował m.in. „nie ma możliwości zastąpienia zaświadczenia wystawianego przez IHiT innym dokumentem” (dowód nr 10: kopie pism z IHiT z dnia 2 lipca 2012 r.). Także niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił się także do Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii z prośbą o wskazanie zasad uzyskiwania opinii Krajowego Konsultanta, oznaczenie terminu sporządzenia opinii oraz warunków, które trzeba spełnić ubiegając się o wystawienie opinii (dowód nr 11: kopia pisma do Konsultanta Krajowego z dnia 25 czerwca 2012 r.). W odpowiedzi Konsultant Krajowy przesłał 2 pisma z dnia 27.06.2012 r. i z dnia 28 czerwca 2012 r. i 25.06.2012 r., gdzie poinformował Odwołującego, że nie ma możliwości wydania przedmiotowej oceny oraz że jako Konsultant Krajowy w dziedzinie dermatologii i wenerologii nie jestem uprawniony do wydawania opinii czy oceny testów diagnostycznych w tym także do diagnostyki zakażeń krętkiem bladym. Proponuje zwrócić się z zapytaniem do Instytutu Hematologii i Transfuzjologii o możliwość wydania takiej oceny (dowód nr 12: kopia wiadomości e-mail z dnia 27.06.2012 r. i dowód nr

13: kopia pisma Konsultanta Krajowego z dnia 28 czerwca 2012 r.)

Odwołujący wskazał, że zaniechanie odrzucenia oferty, w której zastąpiono ocenę IHiT, na temat przydatności oferowanych testów, wydaną zgodnie z przyjętymi zasadami, a w szczególności na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 pkt 12 ustawy o publicznej służbie krwi, oceną wystawioną przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii potwierdzoną przez IHiT, jest naruszeniem zasad obowiązujących w jednostkach organizacyjnych służby krwi, a także zasad udzielania zamówień publicznych będąc jaskrawym przejawem nierównego traktowania wykonawców i opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Ponadto podkreślił, że Przystępujący nie tylko nie spełnił wymagań Zamawiającego, ale nawet uzupełnione przez niego oświadczenie Konsultanta Krajowego nie jest oceną a tylko akceptacją. Wskazał, że Konsultant Krajowy nie dysponuje aparatem badawczym ani służbami posiadającymi odpowiednie uprawnienia umożliwiające ocenę jakichkolwiek testów zaś ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o konsultantach w ochronie zdrowia (Dz. U. z 2009 Nr 52, poz. 419 ze zm.), ani wcześniej obowiązujące przepisy, nie dają podstaw do przeprowadzania i wydawania przez jakiegokolwiek Konsultanta oceny testów do diagnostyki. Według niego stanowisko zarówno Dyrektora IHiT, jak i Krajowego Konsultanta, oznacza, że żadne pismo Konsultanta Krajowego nie może zastąpić oceny IHiT, gdyż środkami umożliwiającymi ocenę testów dysponuje wyłącznie Instytut Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie i tylko on jest uprawniony do wydawania opinii i ocen w tym zakresie. Dodatkowo w tym zakresie zauważył, że on dochował należytej staranności i zawarł w 2012 roku z IHiT umowę odpłatną o przeprowadzenie oceny oferowanych testów Syphylis tak, aby uczynić zadość uzasadnionym wymaganiom Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zwrócił się w dniach 26 i 27 czerwca 2012 r. do IHiT z prośbą m.in. o wyjaśnienie: „Czy w przypadku braku oceny testu przeprowadzonej przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii potwierdzonej zaświadczeniem, taka ocena może być zastąpiona oceną (w przypadku testów do diagnostyki zakażeń krętkiem bladym) Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii potwierdzoną przez IHiT?” i zasad opiniowania przez IHiT testów posiadających pozytywną ocenę Konsultanta Krajowego. (dowód nr 9: kopie pism do IHiT z dnia 26 i 27 czerwca 2012 r.). Podkreślił, że od 2011 r. w jednostkach służby krwi obowiązują ww „Medyczne zasady” i co najmniej od tego czasu wszyscy wykonawcy mogli starać się o uzyskanie stosownej oceny testów do wykrywania zakażeń krętkiem bladym (Syphylis). Od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wymagana jest szczególna staranność, co jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i bezpieczeństwem pacjentów. Według niego oczywistym jest, że ocena IHiT wydana na podstawie art. 25 pkt 12 ustawy o publicznej

służbie krwi oraz w oparciu o przeprowadzone badania (na podstawie planu oceny i analizy wyników) nie jest równorzędna opinii Krajowego Konsultanta, której podstawa i tryb wydawania nie są znane, a skoro przedmiotowa „akceptacja” Konsultanta Krajowego została wydana przed 2011 r., a więc w czasie gdy nie obowiązywały aktualne „Medyczne zasady...”, to nie może się odnosić do szczegółowych warunków i zasad w nich wyrażonych, co tym bardziej czyni ją nierównoważną ocenę IHiT.

- niedoszacowanie wartości oferty, niezgodność z treścią SIWZ w zakresie rodzaju i ilości zaoferowanych wyrobów, czyn nieuczciwej konkurencji oraz błąd w obliczeniu ceny

W ocenie Odwołującego treść oferty Przystępującego jest także sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie ilości zaoferowanych wyrobów, względnie zawiera błąd w obliczeniu ceny.

1) Kontrola zewnętrzna.

Podkreślił, że Zamawiający wymagał (Rozdział VI, sekcja A, punkt 2, podpunkt a /str.9 SIWZ/ oraz odpowiedź na Pytania nr 3 i nr 4 i nr 5 z dnia 29.06.2012) zaoferowania odczynników do obowiązkowej kontroli zewnętrznej dla czterech testów/markerów (HBsAg, anty-HCV, anty-HIV1/2, krętek błady/Syphylis), przy założeniu, że próbki kontrolne są oznaczane nie rzadziej niż raz na 24 godziny na każdym aparacie i nie tylko w dni robocze. Wskazał także, że „Oferta wykonawcy ma uwzględniać wszystkie niezbędne elementy do wykonania wnioskowanej liczby donacji zgodnie z wymaganiami SIWZ” (dowód nr 14: kopia odpowiedzi z dnia 29.06.2012 r. oraz str.9 SIWZ). W dniu 24.07.2012 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty poprzez m.in. złożenie „dla zaoferowanej kontroli zewnętrznej w zakresie testu do zakażenia krętkiem bładym - dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego zgodnie z rozdz. V ppkt. 2.3. SIWZ w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę” (dowód nr 15: kopia wezwania z dnia 24.07.2012 r.). Z udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień jednoznacznie wynika, że dla zapewnienia zewnętrznej kontroli jakości potrzebne są dwa produkty:

- posiadający deklarację zgodności PeliSpy Multi-Marker Run Control Typ 38 (nr kat. S2404) produkcji amerykańskiej firmy AcroMetrix Corporation, co wynika z załączonej do wyjaśnień firmy Abbott Deklaracji Zgodności - która zgodnie z załączoną do niniejszego odwołania instrukcją służy do zewnętrznej kontroli trzech markerów (HBsAg, anty-HCV, anty-HIV 1/2) i zgodnie z odpowiedzią Przystępującego, jako wyrób medyczny jest obciążona 8% stawką VAT. (dowód nr 16: Deklaracja Zgodności z wyjaśnień Przystępującego oraz odpowiedź z dnia 27 lipca 2012 r. i dowód nr 17: Instrukcja użycia kontroli Pelispy Multimarker Run Control.) oraz

- nieobjęty obowiązkiem znakowania znakiem CE panel kontroli TPMA holenderskiej

firmy Bio QControl - obciążony 23 % stawką VAT, co wynika z pisma stanowiącego część wyjaśnienia złożonego przez Przystępującego w dniu 27.07.2012 r. (dowód nr 18: pismo z wyjaśnień Przystępującego dotyczące kontroli zewnętrznej do testu Syphylis

Odwołujący podkreślił jednak, że w formularzu cenowym Przystępującego (str. 3 oferty) znajduje się tylko jedna pozycja/produkt dotycząca/y kontroli zewnętrznej, tj.: Kontrola zewnętrzna – 38 (ilość potrzebna do przebadania 540 000 donacji z ceną jednostkową brutto – 1 269 zł i ceną całkowitą brutto za materiały potrzebne do przebadania 540 000 donacji – na poziomie: 48 222 zł. Według Odwołującego trudno stwierdzić, czy jest to kontrola firmy Acrometrix czy firmy BioQControl, ale na pewno jest to tylko jedna kontrola (na co wskazują także zaoferowana ilość i cena) z dwóch niezbędnych do spełnienia wymogów SIWZ, co pozostaje w sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego wyszczególnienia w treści oferty wszystkich oferowanych elementów (odpowiedź na pytanie nr 5 z dnia 29 czerwca 2012 r.). Zatem – w ocenie Odwołującego - oferta Przystępującego nie zawiera wszelkich niezbędnych elementów do wykonania zamawianej liczby donacji zgodnie z wymaganiami SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona. Wskazał dodatkowo, że znajdująca się na stronie 3 oferty Przystępującego tabela zawiera tylko jednostkowe ceny brutto i ceny całkowite brutto - zgodnie z formularzem zawartym w SIWZ. Pod tabelą zaś jest podana wartość podatku VAT - wynosząca 95 413,09 zł, stąd też możliwe jest obliczenie ceny całkowitej netto. Według niego jakkolwiek wariant mający na celu zaprezentowanie jaką kontrolę zewnętrzną (dwóch producentów) i z jaką stawką VAT zaoferował Przystępujący nie tłumaczy zawartości tabeli. Jedynym wytłumaczeniem, jego zdaniem, (poza brakiem jednej z wymaganych kontroli zewnętrznych) jest błąd w obliczeniu ceny oferty wynikający z błędnego naliczenia podatku VAT. Podniósł, że jeżeli wyszczególniona w tabeli kontrola zewnętrzna to PeliSpy Multi-Marker Run Control Typ 38 (nr kat. S2404) produkcji amerykańskiej firmy AcroMetrix Corporation to ponad wszelką wątpliwość zaoferowanie jej w cenie jednostkowej brutto wynoszącej 1269 zł stanowi zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Rynkowa cena PeliSpy jest kilkakrotnie wyższa niż cena zaoferowana przez Przystępującego, a jej wyłączny dystrybutor (jak wynika z treści wyjaśnień Przystępującego nabywa kontrolę od Spółki Copernicus Diagnostics Sp. z o.o.) zapewnia, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną, za którą ten mógłby nabyć przedmiotowe wyroby. W tym zakresie wskazał na ceny tych kontroli zewnętrznych w oparciu o cennik produktów do kontroli jakości badań za 2012 r. i tak dla

kontroli HBsAg, anty-HBc, Anty-HCV, anty-HIV1/2; anty-HTLV będą to ceny dla opakowań 10 x 5,0 ml w wysokości 1 210 euro (dla PeliSpy Multi-Marker Run Control Typ 17 CE-IVD, a także Typ 26 CE-IVD i Typ 38 CE-IVD). Cena ta czterokrotnie przewyższa cenę zaoferowaną przez Przystępującego, o ile to właśnie kontrolę PeliSpy Przystępujący zaoferował. Analogicznie kształtuje się cena jednostkowa drugiej kontroli zewnętrznej TPMA produkcji BioOControl i wynosi 1 170 euro i także znacząco odbiega od ceny wskazanej w ofercie Przystępującego, o ile to właśnie kontrolę firmy BioOControl zaoferował. Według Odwołującego uprawnionym jednak jest wniosek, że Przystępujący nie zaoferował żadnej z tych kontroli na co wskazuje cena jednostkowa brutto (dowód nr 19: oferta Copernicus Diagnostics Sp. z o.o.)

2) Kontrola wewnętrzna.

Odwołujący wskazał na wymogi SIWZ, zgodnie z którymi (Rozdział VI, punkt 1, sekcja A, punkt 2, podpunkt b (str. 9) oraz Rozdział VI, punkt 1, sekcja B, punkt 5, podpunkt 2, str. 12) oraz potwierdzonymi odpowiedziami na pytania nr 2 - 5 z dnia 29.06.2012 r., obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie wszelkich niezbędnych elementów do wykonania wnioskowanej liczby donacji. takim elementem są wewnętrzne surowice kontrolne, które należy wykonywać codziennie, na każdym aparacie (Przystępujący zaoferował ich łącznie 5), nie tylko w dni robocze.

Co do kontroli do testu HbsAg wskazał, że brak 105 mililitrów czyli 6,6 opakowań handlowych zaś co do kontroli do testu Anty-HIV 1/2 wskazał, że brak 600 mililitrów czyli 18,8 opakowań handlowych. Dodatkowo wskazał, że niedoszacowanie w rzeczywistości jest znacznie wyższe ponieważ powyższa kalkulacja nie zawiera objętości dodatkowej czyli tzw. martwej, która zostaje w naczynku, z którego aparat pobiera materiał kontrolny oraz, zważywszy na nieprecyzyjność sformułowania „nie tylko w dni robocze” pochodzącego z odpowiedzi na pytanie 3 i 4 z dnia przyjęto w powyższym obliczeniu „tylko dni robocze”.

3) Diluent do testu potwierdzenia HBsAg

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że w załączonej do oferty Przystępującego instrukcji użycia testu potwierdzenia HBsAg (nr kat. B2G23P) strona 2 (str. 111 oferty) opisany jest skład zestawu odczynnikowego stanowiącego test potwierdzenia - zawierający 5 pozycji: microparticles, conjugate, ancillary wash buffer, pre- treatment 1 i pretreatment 2. Inne potrzebne do wykonania testu potwierdzenia produkty są wymienione w jego instrukcji użycia i są to: manual diluent, pre-trigger solution, trigger solution i wash buffer. Trzy ostatnie pozycje znajdują się w ofercie Przystępującego (tabela na str. 3 jego oferty). Natomiast pozycji manual diluent w ofercie Przystępującego nie ma. Dowodem na to, że jest to osobny produkt, który powinien być w formularzu cenowym wymieniony, jest w jego

ocenie fakt, Przystępujący dołączył do swojej oferty jego instrukcję użycia, która znajduje się na str. 117 jej oferty- zaopatrzona w numer katalogowy D2G23P (dowód nr 20: Instrukcja użycia testu potwierdzenia HbsAg i diluentu). Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdził, że oferta Przystępującego nie zawiera wszelkich niezbędnych do wykonania wnioskowanej liczby donacji elementów zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz przyjęła tam argumentację. Dodatkowo wniósł o dopuszczenie dowodu w sprawie z korespondencji prowadzonej pomiędzy Odwołującym, a firmą Copernicus Diagnostics sp. z o.o. w Wołominie, producenta kontroli zewnętrznych zaoferowanych przez Przystępującego (pisma z dnia 21 sierpnia 2012 r. i 22 sierpnia 2012 r. wraz z załącznikami), na okoliczność wykazania czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie Przystępującego, co do oferowanych kontroli zewnętrznych.

Odwołujący w toku rozprawy przedłożył także analizę treści oferty Przystępującego na okoliczność wykazania, że oferta ta jest niedoszacowania i zawiera zbyt małe ilości wyrobów lub zawiera błąd w obliczeniu ceny we wskazanym zakresie. Odwołujący wyjaśnił również, że sporządzając przedłożoną analizę, nie miał wiedzy ile opakowań poszczególnych rodzajów kontroli zewnętrznych, Przystępujący zaoferował, a przy przyjęciu, że Przystępujący zaoferował 19 opakowań, do których ma zastosowanie stawka 23 % VAT i 19 opakowań z 8 % stawką VAT łączna cena wyniosłaby 968 839,06 zł. Zwrócił uwagę na różnice występujące w łącznej wartości, zaoferowanej przez Przystępującego, kontroli zewnętrznych, 48222 zł brutto i przez Odwołującego 150 904, 80 zł brutto. Wskazał, że jedynym dostawcą kontroli zewnętrznych jest firma Copernicus i zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, nabywają od tej firmy kontrole zewnętrzne, a tym samym zaoferowanie przez Przystępującego kontroli zewnętrznych za wskazaną cenę, wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 29 sierpnia 2012 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie tym powoływał się na stanowisko Przystępującego przesłane do Zamawiającego w piśmie z dnia 29 sierpnia 2012 r. Dodatkowo podkreślił, że zarzut dotyczący naruszenia zasady jawności jest niezasadny, zgodnie bowiem z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, SIWZ jest udostępniania na stronie internetowej od dnia publikacji zamówienia do dnia upływu składania ofert i ten tryb w niniejszym postępowaniu został zachowany. Wskazał, że w 2006 r. zostały wydane

Medyczne zasady pobierania krwi, zgodnie, z którymi wymagana była akceptacja konsultanta krajowego w dziedzinie wenerologii. Te zasady w latach późniejszych zostały zmodyfikowane i aktualnie wymaga się potwierdzenia przydatności w krwiodawstwie, w oparciu o zaświadczenie wystawiane przez IHIT. Wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie wspominał nigdzie o badaniach, zatem w tym zakresie żądał zaświadczenia, którego treść jest ważna, a nie tytuł wymaganego dokumentu. Wyjaśnił też, że wprost w SIWZ nie odwołał się do zasad aktualnie obowiązujących, czy też zasad z 2006 r., jedynym miejscem, gdzie w sposób pośredni odniósł się do tych zasad, jest podpunkt 1.5, gdzie Zamawiający wymagał dokumentu potwierdzającego przydatność w krwiodawstwie zaświadczenia wymaganego przez IHIT.

Co do zaoferowania ilości kontroli wewnętrznych, Zamawiający wskazał, iż opierał się, oceniając złożone oferty, na rzeczywistej ilości zużytych kontroli w analogicznym okresie 3 lat. W tym zakresie podkreślił, że od 2007 r. do 2009 r. korzystał z analizatorów Przystępującego, a od 2010 r. korzysta z analizatorów Odwołującego i w oparciu o powyższe doświadczenia, posiadał wiedzę, co do ilości niezbędnych kontroli wewnętrznych.

Co do zastosowania diluentu wskazał, że może być on zastosowany w określonych sytuacjach, nie jest jednak stosowany systematycznie; znane mu są jednostkowe przypadki, kiedy może być on zastosowany. Podkreślił, że wprost w SIWZ nie oczekiwał zaoferowania i wyceny diluentu. Powołał się także na pkt. 2.3 na str. 11 SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku niewystarczającej ilości zaoferowanych materiałów wykonawca będzie zobowiązany w określonym czasie do ich dostarczenia do Zamawiającemu i w tym zakresie także będzie wchodził w grę diluent.

Co do niezgodności nazwy oferowanego przez Przystępującego testu ARC Syfilis TP RGT 500 z informacją zawartą w opinii konsultanta dotyczącą tego testu, Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ wymagał podania nazwy testu występującego na fakturze i Przystępujący wpisał tam przywołaną nazwę testu. W opinii konsultanta natomiast, znajduje się odwołanie do tego samego testu, Syfilis T-Reagent. Wyjaśnił przy tym, że użyte przy nazwie testu w ofercie Przystępującego wskazania oznaczają:

- ARC - system aparatów,
- Syfilis - łacińską nazwę kiły,
- TP - łacińską nazwę patogenu,
- RGT 500, reagent pakowany po 500.

Zamawiający podkreślił, że wymagał, aby cena ofertowa obejmowała wszystkie elementy. Nie wymagał natomiast szczegółowego rozbicia, co do wyszczególnienia cen kontroli zewnętrznych. Wymagał w SIWZ ujęcia wszelkich niezbędnych kosztów dla łącznej ilości 540 donacji przy uwzględnieniu metodyki badań przyjętej przez wykonawcę, stąd też

nie można uznać za niezgodną z SIWZ, wyceny przez Przystępującego kontroli zewnętrznych, jako jednej pozycji.

Przedłożył do akt sprawy wydruki z aplikacji obsługującej prowadzenie gospodarki magazynowej u Zamawiającego, co do kontroli HBs, HIV i HCV w okresie od 1 stycznia 2007 r. do 1 stycznia 2010 r. na okoliczność wykazania ilości zużytych opakowań w kontrolach, odpowiednio 14 opakowań, 15 opakowań i 11 opakowań.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, popierając w pełni Zamawiającego. Jednocześnie też po wniesieniu odwołania przekazał Zamawiającemu pismo z dnia 29 sierpnia 2012 r. stanowiące ustosunkowanie się do zarzutów odwołania, które przywołał Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołania.

Przystępujący dodatkowo w toku rozprawy podkreślił, że dokument, o którym mowa w wytycznych (Medyczne zasady ...) z 2011 r., wymagany był przed wprowadzeniem testu do obrotu. Tymczasem test oferowany przez Przystępującego został wprowadzony do obrotu jeszcze w 2007 r., tak, więc dokument, o którym mowa w wytycznych z 2011 r. należy odnosić tylko do testów, które nie były wprowadzone do obrotu przed 2011 r. Przystępujący powołał się na zapytania do SIWZ z 26 czerwca 2012 r., gdzie zapytanie zostało sformułowane w następujący sposób: czy Zamawiający nie wymaga oceny krajowego konsultanta? Zamawiający udzielając odpowiedzi na to pytanie, wskazał, iż nie wymaga takiej oceny, co nie oznacza, iż nie dopuszcza oceny konsultanta krajowego. Nie było – zdaniem Przystępującego - zapytania do SIWZ, które odnosiłoby się do niedopuszczenia przez Zamawiającego takiego dokumentu. Powołał się również na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 22 do SIWZ z 29 czerwca 2012 r., z którego wynika, iż potwierdzeniem wymogów SIWZ będą testy ocenione przez IHIT. Z oferty Przystępującego w jego ocenie wynika, że testy oferowane przez niego zostały ocenione przez IHIT. Powołał się także na drugą odpowiedź Zamawiającego na to samo pytanie do SIWZ z 6 lipca 2012 r., gdzie Zamawiający odwołał się do wcześniej udzielonej odpowiedzi z 29 czerwca 2012 r., wskazując, że testy potwierdzone przez IHIT, potwierdzają wymogi SIWZ. Tym samym postanowienia SIWZ i udzielona przez niego odpowiedź we wskazanym zakresie, w ocenie Przystępującego, potwierdzają, że zgodnie z teorią praw nabytych, Zamawiający dopuścił możliwości przedłożenia w niniejszym postępowaniu obydwu dokumentów. Na marginesie zauważył też, że każde ewentualne wątpliwości, co do wymogów SIWZ, nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Podkreślił, że testy oferowane przez

Przystępującego są dopuszczone aktualnie do obrotu i w oparciu o nie przeprowadzane są badania krwiodawców. Odnosząc się do korespondencji przedłożonej przez Odwołującego z Krajowym Konsultantem oraz dyrektora IHIT, Przystępujący wskazał, że zadane tym podmiotom pytania i udzielone odpowiedzi dotyczą aktualnie obowiązujących wytycznych, te zaś wytyczne nie zawierają regulacji „intertemporalnych” odnoszących się do testów dopuszczonych wcześniej, przed 2011 r., do użycia. Podkreślił też, że wytyczne te nie mają charakteru źródła prawa.

Co do zarzutu sprzedaży poniżej kosztów podkreśla, że oferta Przystępującego została sporządzona rzetelnie. Wskazał, że osiągnię z tego tytułu zysk, który stanowi jego tajemnicę handlową. Co do pisma Copernicus przedłożonego na rozprawie przez Odwołującego, wskazał, że odwołuje się ono do rabatów zaoferowanych klientom indywidualnym. Tymczasem standardowe cenniki załączone do tego pisma nie mogą mieć zastosowania do Przystępującego, która to firma dysponując 60 % rynku krwiodawstwa na świecie, nie korzysta z cenników ogólnych kierowanych do każdego potencjalnego klienta. Podkreślił, że przy formułowaniu oferty, wziął pod uwagę większe niż średnie zużycie kontroli wewnętrznych, niż przyjęte w każdym innym cenniku krwiodawstwa w Polsce. Co do zastosowania diluentu wskazał, że w metodyce wskazuje się na możliwość jego zastosowania, a nie na obowiązek, a środek ten został ujęty w cenie testu potwierdzenia.

Podkreślił też, że Odwołujący nie wykazał konieczności ponownej rejestracji tego samego testu. Wskazał, że doświadczenie Zamawiającego przy ocenie ofert ma istotne znaczenie, w szczególności w związku z tym, że Zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej ilości wymaganych kontroli, a Odwołujący powyższego nie zaskarżył na etapie SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba stwierdziła jednak, że jeden z zarzutów odwołania nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu z uwagi na podniesienie go po terminie (przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 i 3 ustawy Pzp), tj. zarzut dokonania czynności w toku badania i oceny ofert sprzecznie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, co - według Odwołującego - stanowiło naruszenie dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jako okoliczności faktyczne przywołanego w zarzucie naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący wskazuje to, iż Zamawiający po uwzględnieniu zarzutów odwołania KIO 1347/12 nie dokonał weryfikacji czynności modyfikacji postanowień SIWZ, czego Odwołujący oczekiwał wnosząc odwołanie. Jak wynika z ustaleń Izby postanowienie Izby w sprawie KIO 1347/12 o umorzeniu postępowania odwoławczego z powodu uwzględnienia w całości zarzutów odwołania zostało wydane w dniu 3 lipca 2012 r. Podnoszenie zarzutu w odwołaniu, odnoszącego się do zaniechania wprowadzenia zmian w SIWZ czy też anulowania postanowień SIWZ wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ, które stały się podstawą odwołania w sprawie KIO 1347/12, dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej należało uznać za spóźnione i tym samym niedopuszczalne.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu, co w sposób bezpośredni pozbawiało Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody w postaci pozbawienia go szans na uzyskanie niniejszego zamówienia i czerpania zysków w związku z realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba dopuściła do występowania w przedmiotowej sprawie w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. Izba uznała, że co do zgłoszenia przystąpienia zostały wypełnione wszystkie formalnoprawne przesłanki wskazujące na skuteczność tego przystąpienia, opisane w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 1 czerwca 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający określił w rozdziale VI wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. W tym m.in. wskazał na wymaganie: „*Testy przed wprowadzeniem do użytkowania powinny być ocenione przez IHiT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie. Dokumentem potwierdzającym przydatność jest zaświadczenie wystawione przez IHiT*” (Rozdział VI pkt 1 lit. A „Testy” pkt 1) ppkt 1.5 SIWZ). Zamawiający wskazał także, że przedmiot zamówienia obejmuje (Rozdział VI pkt 1 lit. A „Testy” pkt 2) SIWZ):

- a) *„Odczynniki do obowiązkowej kontroli zewnętrznej codziennej przy założeniu, że próbki kontrolne są oznaczone nie rzadziej niż raz na 24 godz. Na każdym aparacie (...)*
- b) *Wszelkiego rodzaju materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych w ilości niezbędnej do przeprowadzenia badań przy pomocy dostarczonej ilości testów, zgodnej z metodyką badań dla określonej liczby donacji np.: płyny płuczące, bufory, końcówki do dozowania, kalibratory, kontrole i odkażalniki itp.”*

W Rozdziale VII SIWZ Zasady oceny ofert Zamawiający określił jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu (cena brutto – 100%) i wskazał wzór matematyczny do obliczenia tego kryterium oraz wskazał, że dla obliczenia tego kryterium zostanie użyta cena całkowita brutto oferty.

Zamawiający określił też w SIWZ wzór formularza ofertowego, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, w którym oczekiwał podania ceny ofertowej w rozbiciu na trzy elementy:

- a) Cena całkowita brutto testów potrzebnych do przebadania 540 000 donacji
Zestawienie tabelaryczne, w którym Zamawiający wyszczególnił cztery testy z koniecznością wskazania producenta i typu testu i wymagał wskazania w odniesieniu do nich ilości potrzebnych do przebadania 540 000 donacji, ceny jednostkowej brutto, ceny całkowitej brutto za testy wirusologiczne niezbędne do przebadania 540 000 donacji i nazwy na fakturze oferowanego testu.
- b) Cena całkowita brutto za okres 36 miesięcznej dzierżawy aparatury
Zestawienie tabelaryczne, w którym Zamawiający wymagał podania ceny całkowitej miesięcznej dzierżawy aparatury w dwóch odrębnych pozycjach dla liczby kompletów aparatury oraz podania ceny całkowitej brutto za okres 36 miesięcznej dzierżawy aparatury.

- c) Cena całkowita brutto materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych potrzebnych do przebadania 540 000 donacji

Zestawienie tabelaryczne, w którym Zamawiający wymagał wskazania w szczególnych rubrykach: nazwy / rodzaju materiału zużywalnego, kalibracyjnego, kontrolnego, ilości potrzebnej do przebadania 540 000 donacji, ceny jednostkowej brutto, ceny całkowitej brutto za materiały zużywalne, kalibracyjne, kontrolne potrzebne do przebadania 540 000 donacji.

W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał także wskazania odrębnie dla poszczególnych zestawień łącznie kwoty i stawki podatku VAT. Wskazał też, że dla porównania ofert zostanie przyjęta; cena całkowita brutto będąca sumą ceny całkowitej brutto testów wirusologicznych potrzebnych do przebadania 540 000 donacji (wartości razem z pozycji wskazanych we wszystkich trzech tabelach). Wymagał też wskazania odrębnie ceny całkowitej brutto oferty.

Zamawiający udzielał też szeregu odpowiedzi na poszczególne zapytania do SIWZ zgłoszone przez wykonawców. W tym zakresie w piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 5, w której na pytanie dotyczące postanowień Rozdziału VI pkt 1 lit. A „Testy” pkt 2) SIWZ, tj., czy oferta nie zawierająca wszystkich opisanych w pkt a) i b) materiałów podlegać będzie odrzuceniu, Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: *„Oferta Wykonawcy ma uwzględniać wszelkie niezbędne elementy do wykonania wnioskowanej liczby donacji zgodnie z wymogami SIWZ”*. W tym samym piśmie w odpowiedzi na pytanie nr 22 wskazujące na Medyczne zasady ... z 2011 r., gdzie składający zapytanie podniósł, że: *„Prosimy o potwierdzenie, że testy spełniające powyższy wymóg, posiadają stosowany dokument wystawiony przez IHiT, spełniający wymóg SIWZ. Tym samym, prosimy o potwierdzenie, że:*

- 1. Zamawiający nie wymaga oceny Krajowego Konsultanta w dziedzinie dermatologii i wenerologii potwierdzonej przez IHiT, bowiem wymaganie takie nie ma oparcia ani w obowiązujących przepisach prawa ani w Medycznych zasadach (...)*
- 2. Zamawiający wymaga oceny IHiT, zgodnie Medycznymi zasadami ...”*,

Zamawiający potwierdził, że: *„testy ocenione przez IHiT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie spełniają wymogi w tym zakresie”*.

Jednocześnie też Zamawiający w piśmie z dnia 18 czerwca 2012 r. na pytanie nr 1 złożone poprzez Przystępującego o treści: *„Czy załączone do niniejszego pytania dokumenty*

są wystarczającą podstawą do spełnienia warunku Rozdziału VI ust 1 A Testy pkt 1 ppkt 1.5?” udzielił odpowiedzi, iż: „Spełnieniem wymagań określonych w punkcie 1.5 będą:

- a) w przypadku testów wirusologicznych HBsAg, anty - HCV i anty - HIV X₂ pozytywna ocena wystawiona przez IHiT na podstawie analizy wyników przeprowadzonych badań,
- b) w przypadku testów do diagnostyki zakażenia krętkiem bladym pozytywna ocena wystawiona przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii potwierdzona przez IHiT.

Pozostałe postanowienia SIWZ nie ulegają zmianie.”

W związku z powyższym wyjaśnieniem postanowień SIWZ Odwołujący złożył zapytania do SIWZ oraz pismem z dnia 28 czerwca 2012 r. wniósł w tej sprawie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, które zostało oznaczone sygn. akt: KIO 1347/12. Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. uwzględnił w całości odwołanie złożone przez Odwołującego w tej sprawie. W związku z powyższym w dniu 3 lipca 2012 r. zostało wydane w tej sprawie postanowienie Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego. Odwołujący pismem z dnia 6 lipca 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego ze swoimi wątpliwościami wynikającymi z niewykonania czynności związanych z uwzględnieniem tego odwołania. Zamawiający udzielił w tym zakresie Odwołującemu odpowiedzi z dnia 6 lipca 2012 r. wskazując, że Zamawiający uwzględnił wniesione odwołanie i w tym samym dniu udzielił odpowiedzi na pytania do SIWZ, w których potwierdził, że testy ocenione przez IHiT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie spełniają wymogi w tym zakresie. Wskazał też, że udzielona odpowiedź jest równoznaczna z przywróceniem pierwotnego zapisu SIWZ w tym zakresie.

W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 11 lipca 2012 r., do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, tj. oferta Odwołującego i Przystępującego.

W ofercie Przystępującego został złożony formularz ofertowy sporządzony według załącznika nr 1 do SIWZ. Do oferty tego wykonawcy zostały dołączone dokumenty, które miały potwierdzać przydatność testów w krwiodawstwie, w tym kwestionowany w odwołaniu dokument wystawiony przez IHiT z dnia 17 września 2009 r., z którego wynika, że w świetle obowiązujących przepisów dokument wydany przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii jest wystarczający, aby dopuścić test do badań w placówkach Służby Krwi w Polsce.

Zamawiający pismem z dnia 24 lipca 2012 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. dokumentu wydanego przez Krajowego Konsultanta w dziedzinie dermatologii i wenerologii, do którego jest odwołanie w treści pisma IHiT z dnia

17 września 2009 r. w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przystępujący przy piśmie z dnia 26 lipca 2012 r. uzupełnił pismo z dnia 16 marca 2007 r. wystawione przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie Dermatologii i Wenerologii, z którego wynika akceptacja testu Syphilis T Reagent do oznaczenia przeciwciał wskazujących za zakażenie kiłą. Konsultant stwierdza tam, że uważa, że test ten może być stosowany dla potrzeb publicznej służby zdrowia. Wynika z niego również, że test jest stosowany z użyciem mikrocząsteczek i znacznika chemiluminescencyjnego służącego do jakościowego oznaczenia przeciwciał klasy IgG i IgM – przeciwciał przeciwko *Treponema pallidum*, który jest wystarczająco czuły i swoisty, aby zapewnić wstępną diagnostykę w testach przesiewowych.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r. poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przystępującego.

Odwołujący wniósł odwołanie na tę czynność do Prezesa Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania poprzez usunięcie ze strony internetowej Zamawiającego informacji dotyczących postępowania Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił tego zarzutu i nie sprecyzował okoliczności związanych z przywołanym naruszeniem. Podkreślił tylko, że w dniu sporządzenia odwołania, które jest przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izby, na stronie internetowej Zamawiającego znajdowała się wyłącznie informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, co – według niego – stanowi istotne utrudnienie w przypadku wykonawców zamierzających korzystać ze środków ochrony prawnej i narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjmując, że w tym przypadku chodzi o usunięcie ze strony internetowej przywoływanych przez Odwołującego postanowień SIWZ oraz modyfikacji i wyjaśnień jej treści stwierdzić należy, że Izba ocenia czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadą legalności, tj. pod kątem oceny ich zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, a konkretnie ustawy Pzp i przepisów, do których ta ustawa odsyła. Tymczasem zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp postanowienia SIWZ powinny być, w przypadku przetargu nieograniczonego, udostępnione na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP lub dnia publikacji tego ogłoszenia Dzienniku Urzędowym UE do upływu terminu składania ofert. Jeśli chodzi o wyjaśnienia treści SIWZ – zgodnie z art. 38 ust. 2

ustawy Pzp – jeżeli SIWZ została udostępniona na stronie internetowej na tej stronie zamieszcza się również treść zapytań do SIWZ oraz wyjaśnienia Zamawiającego. Powyższe wskazuje, że ustawodawca założył udostępnienie na stronie internetowej postanowień SIWZ, a w konsekwencji także wyjaśnień jej treści, do dnia upływu terminu składania ofert. Tylko zatem w tym zakresie można wykazywać ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący podnosi okoliczność niezamieszczenia na stronie internetowej określonych informacji na dzień sporządzenia odwołania, a więc po upływie terminu składania ofert. Tym samym zatem we wskazanym zakresie Izba nie mogła stwierdzić naruszenia przepisów ustawy Pzp. Choć za celowe można wskazywać pozostawienie na stronie internetowej informacji o postępowaniu, w pełnym zakresie w tym co do SIWZ także po zakończeniu postępowania, w celach wykazania, że wymóg ten (zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej) został dopełniony przez Zamawiającego, dla ewentualnego wykorzystania tej dokumentacji zamówieniowej dla organów kontroli, czy Krajowej Izby Odwoławczej rozpoznającej odwołanie. Powyższe jednak można wskazywać podmiotom zamawiającym na zasadzie stosowania dobrych praktyk. Brak przechowywania SIWZ na stronie internetowej po upływie terminu składania ofert nie może jednak stanowić o naruszeniu przepisów ustawy Pzp.

Co do zarzutów wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zawierający błędy w obliczeniu ceny i - w ocenie Odwołującego – stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia do treści SIWZ, a także uwzględnienie w całości zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO1347/12 i dokonane po tym czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne przed otwarciem ofert wskazują na to, że zapisy SIWZ zawarte w Rozdziale VI pkt 1 lit. A „Testy” pkt 1) ppkt 1.5 mają moc obowiązującą według pierwotnych zapisów SIWZ. Powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał, aby testy przed wprowadzeniem do użytkowania były ocenione przez IHiT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie, zaś dokumentem potwierdzającym przydatność tych testów jest zaświadczenie wystawione przez IHiT. Izba, dokonując oceny tych postanowień SIWZ w kontekście dokumentów przedłożonych wraz z ofertą i w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów przez Przystępującego w zakresie testu do diagnostyki krętkiem bladym (test Syphilis), stwierdziła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ w żadnym ich miejscu, jak również w udzielonych wyjaśnieniach do treści SIWZ, nie wprowadził wprost wymogu przedłożenia dokumentu wystawionego przez IHiT w oparciu o Medyczne zasady ... wyd. II, Warszawa 2011 r. Odwołujący wymóg taki wywodzi z samego opisu tego wymogu, który wprost nie wskazuje na konieczność

przedłożenia zaświadczenia IHiT wystawionego w oparciu o Medyczne zasady ... z 2011 r. Istotne dla Zamawiającego, biorąc pod uwagę przywołany zapis SIWZ, było przedłożenie dokumentu wystawionego przez IHiT, który potwierdzałby, że oferowane testy przed ich wprowadzeniem do użytkowania były ocenione przez ten Instytut. Wymóg ten wypełnia – zdaniem Izby - dokument załączony do oferty Przystępującego ponieważ potwierdza owo dopuszczenie do badań (użytkowania) testu. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał jakoby test oferowany przez Przystępującego nie był użytkowany i wykorzystywany w placówkach Służby Krwi w Polsce. Nie zaprzeczył też oświadczeniom Przystępującego i Zamawiającego złożonym w toku rozprawy, że testy te aktualnie są stosowane i wykorzystywane nawet przez sam IHiT. Odwołujący nie wskazał też na jakiegokolwiek obowiązujące przepisy prawa, które nakazywałyby przeprowadzenie kolejnych badań i uzyskania stosownych zaświadczeń potwierdzających dopuszczenie do użytkowania określonego testu wyłącznie w związku z wprowadzeniem w 2011 r. kolejnego wydania Medycznych zasad ... Podkreślenia wymaga także okoliczność, podnoszona także przez Przystępującego w toku rozprawy, że wskazane Medyczne zasady... mogą mieć charakter pewnego rodzaju wytycznych mających zastosowanie w określonej dziedzinie, jednakże wprost samodzielnie nie stanowią one źródła prawa. Warto także podkreślić, że w sytuacji, gdy Odwołujący podnosi zarzuty dotyczące konkretyzacji oferty, wskazując na jej niezgodność z SIWZ, powinien przedstawić w tym zakresie stosowne dowody. Przedstawione przez Odwołującego dowody, tj. przede wszystkim dokumentacja z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też Medyczne zasady ... nie mogą prowadzić – w ocenie Izby – do potwierdzenia się zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, skoro z zapisów SIWZ nie wynikały wprost zapisy, których istnienie Odwołujący domniemuje w sposób pośredni z określonego postanowienia SIWZ. Podkreślić w tym miejscu także należy, że wszelkie niejasności w zapisach SIWZ w szczególności odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia nie mogą – zgodnie z orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecnictwem sądów powszechnych – prowadzić do negatywnych skutków dla wykonawcy, takich jak np. stwierdzenie niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią postanowienia SIWZ, które może budzić wątpliwości, biorąc pod uwagę dokonaną – zgodnie z art. 65 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp - wykładnię oświadczenia woli. Z tych też względów przywołane jako dowody w sprawie udzielone na zapytania Odwołującego wyjaśnienia, tak dyrektora IHiT, jak i Konsultanta Krajowego w dziedzinie dermatologii i wenerologii, nie mogą mieć znaczenia dla uwzględniania zarzutów odwołania. Podmioty te wypowiadają się tylko co do wystawienia opinii w odniesieniu do określonych testów w oparciu o aktualnie obowiązujące Medyczne zasady Odnosząc się do wyjaśnień SIWZ w szczególności przywoływanej odpowiedzi na pytanie nr 22 z pisma Zamawiającego

z dnia 29 czerwca 2012 r. warto zauważyć, że Zamawiający w tej odpowiedzi jedynie potwierdził, że testy ocenione przez IHIT pod kątem ich przydatności w krwiodawstwie spełniają wymogi SIWZ. Zamawiający odpowiadając na szczególne pytanie SIWZ odnoszące się do Medycznych zasad ... z 2011 r. potwierdził, że dokument IHIT wydany w oparciu o takie zasady potwierdza wymogi SIWZ. Ta odpowiedzią Zamawiający jednak nie określił wymogu, iż tylko dokument wydany w oparciu o takie zasady spełnia wymogi SIWZ, czy też nie wykluczył, że dokumenty wydane w oparciu o wcześniej obowiązujące wytyczne, o ile test nie został wycofany z użycia, nie będzie potwierdzał spełniania wymogów SIWZ.

Nie potwierdził się także – w ocenie Izby – zarzut niegodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ co do tego, że przedłożone w ofercie Przystępującego pismo IHIT odnosi się do testu Syphilis zaś wykonawca zaoferował test do diagnostyki krętkiem bladym o nazwie ARC Syphilis TP RGT 500. Zdaniem Izby załączone pismo IHIT oraz opinia Konsultanta Krajowego ds. dermatologii i wenerologii, do której owo pismo IHIT się odwołuje, odnoszą się do tego samego testu oferowanego w ofercie Przystępującego w formularzu ofertowym. W pismach tych wskazuje się na test „Syphilis T Reagent”, w formularzu ofertowym wskazano natomiast na test ARC Syphilis TP RGT 500. Jak słusznie podkreślił w toku rozprawy Zamawiający oczekiwał on na formularzu ofertowym podania nazwy tego testu funkcjonującej na fakturze. Wyjaśnił też, co poszczególne oznaczenia użyte w tej nazwie opisują. Powyższe potwierdza, że mamy do czynienia z tym samym testem stosowanym do diagnostyki krętkiem bladym. Odwołujący zresztą w żadnej mierze nie wykazał, że na rynku mogą obiektywnie istnieć takie dwa rodzaje testów, których producentem byłaby firma ABBOTT.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i błędu w obliczeniu ceny w zakresie rodzaju i ilości zaoferowanych przez Przystępującego wyrobów, Izba uznała, że zarzuty te również nie potwierdziły się.

Co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący wywodził, że Przystępujący nie wyspecyfikował zgodnie z wymogiem SIWZ materiałów do kontroli zewnętrznej, wewnętrznej, czy też diluentu. Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ w tym zakresie Izba nie stwierdziła, jakoby Zamawiający wymagał jakiegokolwiek uszczegółowienia, wyspecyfikowania każdego materiału w zakresie kontroli zewnętrznej. Zgodnie z treścią formularza ofertowego (lit. c)) należało wyszczególnić pozycję Kontrola zewnętrzna co do jej ilości oraz zaproponowanej ceny jednostkowej i ceny całkowitej w ilości potrzebnej dla przebadania 540 000 donacji. Przywoływana w tym zakresie w toku rozprawy odpowiedź na pytanie nr 5 udzielona przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r. jedynie w

kontekście zadanego przez wykonawcę pytania potwierdza, że oferta wykonawcy w postępowaniu powinna obejmować cały zakres zamówienia określony w Rozdziale VI pkt 1 lit. A TESTY ppkt 2, w tym także co do kontroli niezbędnych do przeprowadzenia badań przy dostarczonej ilości testów, zgodnej z metodyką badań w określonej w SIWZ liczbie donacji. Powyższe nie może jednak – zdaniem Izby – oznaczać, że Zamawiający w sposób bezwzględny wymagał wyszczególnienia wszystkich tych materiałów w formularzu ofertowym i odpowiedniej ich wyceny. Takiego wymogu w SIWZ Zamawiający nie zapisał dla wykonawców. Taki wymóg nie wynika ani z zapisów SIWZ bezpośrednio odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, z treści przyjętego formularza ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ), ani z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień na zadawane przez wykonawców zapytania do treści SIWZ i udzielone w tym zakresie odpowiedzi przez Zamawiającego. Z tych też względów wycena przez Przystępującego w jednej pozycji w formularzu ofertowym kontroli zewnętrznych, jak również brak wyszczególnienia diluentu, co do którego w SIWZ także brak jest szczególnych wymogów, nie mogą świadczyć o jakiegokolwiek sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, że Przystępujący uwzględnił w swojej ofercie wszystkie wymagane przez Zamawiającego materiały niezbędne do przebadania 540 000 donacji i dokonał ich wyceny i będzie zobowiązany do spełniania takiego świadczenia na etapie realizacji zamówienia. Nieuzasadnione są w tym zakresie także zarzuty odwołania odnoszące się do kontroli wewnętrznych wobec braku jakichkolwiek wymagań SIWZ, z których wynikałaby ilość wymaganych przez Zamawiającego testów, czy też dotykowych materiałów, w tym kontroli wewnętrznych. Zamawiający jedynie w sposób ogólny określił w SIWZ, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, iż oczekuje dostarczenia takiej ilości testów, jak i dodatkowych materiałów, które okażą się niezbędne dla przebadania ilości 540 000 donacji. Wykazanie przez Odwołującego, że Przystępujący zaoferował 6,6 opakowań handlowych mniej dla kontroli dla testu HbsAg i 18,8 opakowań handlowych mniej dla kontroli do testu Anty-HIV 1/2 nie jest uzasadnione przy braku określenia żądanej w tym zakresie konkretnej ilości opakowań tych materiałów przez Zamawiającego. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił w tym zakresie, że powyższe byłoby nieuzasadnione biorąc pod uwagę różne metody badawcze stosowane w tym zakresie przez różnych wykonawców. Zresztą podkreślenia wymaga okoliczność, iż na te właśnie metody badawcze Zamawiający także zwracał uwagę w opisie przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu błędów w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego – w ocenie Izby – on również nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący dopiero w toku rozprawy poprzez przedłożoną analizę treści oferty Przystępującego de facto sprecyzował zarzut, wskazując jak wyżej na ewentualne omyłkowe wyliczenia w zakresie wyceny pozycji kontroli

zewnętrznych w formularzu ofertowym Przystępującego (lit. c). Wskazane przez Odwołującego obliczenia opierają się na założeniu zaoferowania określonej liczby opakowań kontroli w ofercie Przystępującego, co także - jak wskazano powyżej - nie ma swojego uzasadnienia wobec braku konkretnych zapisów SIWZ w tym zakresie i w związku z tym tak przedstawione obliczenia nie mogą być wiarygodne. Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący nie wykazywał na niezasadność przyjęcia w ofercie Przystępującego niezasadnej stawki podatku VAT, co ewentualnie mogłoby w świetle art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego (po ewentualnej weryfikacji powyższego w procedurze poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Wskazywane przez Odwołującego ewentualne – zdaniem Izby - niewykazane jednak, rzekome nieprawidłowości w wyliczeniu ceny ofertowej w związku z obliczeniem netto poszczególnych pozycji formularza ofertowego, nie mogłyby stanowić o błędzie w obliczeniu ceny tylko co najwyżej stanowiłyby podstawę do poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy. Przyjęte przez Przystępującego w ofercie stawki podatku VAT w zakresie materiałów dodatkowych – 8 % i 23 % nie były jednak przez Odwołującego kwestionowane, kwestionowano obliczenie wartości poszczególnych pozycji ofertowych, a w konsekwencji obliczenie kwoty podatku VAT, a nie zastosowania stawki podatku, która była w ofercie wyraźnie określona.

Nie potwierdził się także – zdaniem Izby - zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie Przystępującego co do podania cen materiałów kontroli zewnętrznej na poziomie poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia czy też odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący swój zarzut odnosi do cen jednostkowych brutto zaoferowanych kontroli wewnętrznych na poziomie 1 269 zł przy cenach katalogowych tych kontroli na poziomie 1 210 euro (co do drugiej kontroli na poziomie 1 170 euro). Wskazywał on, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący wskazane materiały nabywają od jedyne go dystrybutora, tj. firmy Copernicus Diagnostics Sp. z o.o. Twierdzeniu temu Przystępujący nie zaprzeczył. Odwołujący na poparcie swojego zarzutu przedłożył pismo tej firmy z dnia 22 sierpnia 2012 r., wskazujące na cenniki dla kontroli zewnętrznych oraz okoliczność braku stosowania rabatów przez tę firmę na poziomie 50%. Odwołujący swój zarzut osadza jedynie na porównaniu podstaw wyceny przyjętych w swojej ofercie w zakresie kontroli zewnętrznych, porównując to z wyliczonymi podstawami wyceny tych kontroli w ofercie Przystępującego. Taki sposób sformułowania zarzutu i przyjętej przez Odwołującego argumentacji – zdaniem Izby – nie może się ostać i stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu pełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Proste porównanie przyjętych cen częściowych w swojej ofercie z cenami przyjętymi w ofercie konkurenta nie jest wiarygodne, nie ma bowiem pewności, że ceny Odwołującego nie zostały w tym

przypadku w jakiś sposób zawyżone. Z kolei odnośnie przyjętych w ofercie Przystępującego cen do cennika określonych materiałów konkretnej firmy, kierowanego do ogólnego kręgu potencjalnych klientów, bez uwzględniania specyfiki szczególnego dostawcy, jakim jest Odwołujący, czy Przystępujący – jak wskazano w toku rozprawy – podmioty obejmujące swym zakresem działalności spory rynek tego rodzaju dostaw, także nie wydaje się być uzasadnione. Ceny przedstawione w tym cenniku – jak wynika z jego treści – nie są cenami ofertowymi. Nie stanowią one konkretnej oferty kierowanej do określonego kręgu podmiotów, tylko są standardowym cennikiem producenckim. Z treści przedłożonego przez Odwołującego pisma firmy Copernicus wynika, że firma ta nie stosuje rabatów w wysokości 50%. W piśmie tym jednak nie wskazuje się do jakiego poziomu cenowego owe rabaty na poziomie niedopuszczalnym 50% miałyby być odnoszone, skoro konkretne oferty negocjowane są indywidualnie z klientami tego podmiotu i zależą od ilości kupowanych produktów i częstotliwości zamówień w czasie trwania kontraktu co także wynika z treści tego pisma. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że łączna cena ofertowa Przystępującego nie odbiega od ustalonej w tym postępowaniu wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (wartość oferty Przystępującego: 8 469 465,27 zł brutto według złożonego formularza ofertowego, zaś wartość szacunkowa zamówienia – 7 596 000,00 zł ustalona zgodnie z przepisami ustawy Pzp netto). Powyższe przy wycenie łącznej zamówienia nie podważanej przez Odwołującego, uwzględniając także okoliczność, że wycena pojedynczej pozycji z kilkunastu wyszczególnionych na formularzu ofertowym nie podlegała szczególnej ocenie Zamawiającego w ramach kryteriów czy podkryteriów oceny ofert, nie może świadczyć o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę. Nie wykazano bowiem w takim przypadku – nawet przy przyjęciu zniżenia wyceny jednej pozycji materiałów dodatkowych, które będą stosowane w związku z przeprowadzeniem zamawianych testów w tym postępowaniu – ewentualnego celu po stronie Przystępującego eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, czy też nawet z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie stwierdziła także naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....