

Sygn. akt: KIO/UZP 22/09

**WYROK**  
z dnia 22 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**

**Członkowie: Luiza Łamejko  
Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~1~~ w dniach 20.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-752 Katowice, ul. Medyków 14** protestu ~~protestów~~ z dnia 18.12.2008r.

przy udziale wykonawcy ..... zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność unieważnienia postępowania i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Centralny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-752 Katowice, ul. Medyków 14**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Centralny Szpital Kliniczny Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-752 Katowice, ul. Medyków 14** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę odczynników do wykonywania oznaczeń immunodiagnostycznych w zakresie hormonów tarczycy, płciowych, markerów nowotworowych, diagnostyki wirusowego zapalenia wątroby wraz z dzierżawą analizatora; odczynników do analizatora równowagi kwasowo – zasadowej Rapidlab 865 wraz z serwisem aparatu, testów kasetkowych, zestawów odczynników do liczenia krwinek płytkowych, sprzętu i materiałów zużywalnych – szkło, sprzętu i materiałów zużywalnych – plastik – pakiet nr 1”.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. – zwanego dalej również wykonawcą Roche, protestującym lub odwołującym oraz dokonał

wyboru oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o.. Jako powód odrzucenia wskazał załączenie niewłaściwych deklaracji zgodności, niedoszacowanie w sześciu pozycjach ilości wymaganych kontroli jako efekt nieuwzględnienia objętości „martwej” 0,100 ul, niedoszacowanie ilości materiałów zużywalnych, nie uwzględnienie wody dejonizowanej o odpowiednim stopniu czystości, nie uwzględnienie wystarczających ilości kontroli i materiałów zużywalnych i nie przedstawienie opisu sposobu wyliczenia jednego oznaczenia. O powyższym poinformował wykonawcę Roche w dniu 12.12.2008r. W dniu 18.12.2008r. protest dotyczący ww. czynności złożył wykonawca Roche.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 i art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego, odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. i dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Oдноśnie braku wyceny poz. 33 – kontroli zewnętrznej – protestujący wskazał, że udział w kontroli zewnątrzlaboratoryjnej przez cały okres trwania umowy będzie bezpłatny a taki sposób ujęcia tego elementu oferty podyktowany był tym, że zewnętrznej kontroli jakości badań nie dało się podzielić na opakowania, wskazać ceny netto opakowania, numeru katalogowego itp.

Oдноśnie załączenia niewłaściwych deklaracji zgodności – wskazano, że wszystkie zawarte w ofercie odczynniki immunochemiczne przeznaczone są do użycia z analizatorami cobas 6000 (moduł e601) oraz Modular Analytics E. Zmiana nazewnictwa analizatorów Modular Analytics E na cobas 6000 moduł e601 nie rzutowała na rodzaj używanych przez niego odczynników, gdyż są to de facto te same analizatory. Deklaracje zgodności CE wydane przy wprowadzeniu odczynników do Modular Analytics E i Elecsys 2010 zachowują także ważność dla obecnej modyfikacji analizatora Modular Analytics E, czyli cobas 6000 moduł e601, gdyż nie uległy żadnej zmianie istotne cechy wyrobu medycznego ani parametry analityczne aparatu i odczynników w rozumieniu art. 55 ustawy o wyrobach medycznych.

Oдноśnie niedoszacowania ilości kontroli – protestujący wskazał, że zamawiający błędnie złożył, że objętość martwa (0,1ml) związana jest z każdorazowym oznaczeniem kontroli. Protestujący wyjaśnił następnie metodę działania, jaką zastosował, w wyniku czego znacząco ograniczył ilość materiału na objętość martwą. Protestujący wskazał, że w zaferowanym analizatorze materiał kontrolny przebywa cały czas w barkodowanych naczynkach Calset Vials, w których podawany może być bezpośrednio i wielokrotnie do analizatora w celu aspiracji kontroli. W wyniku powyższego objętość martwa nie jest

związana z oznaczeniem, ale z naczynkiem, z którego sukcesywnie i wielokrotnie pobierany jest materiał kontrolny.

Oдноśnie niedoszacowania ilości materiałów zużywalnych – wskazano, że zarzuty zamawiającego są bezpodstawne i niezrozumiałe, a oferowane ilości wszystkich materiałów zużywalnych zostały wyliczone prawidłowo.

Oдноśnie braku ControlSet Vials – wskazano, że w ofercie zaoferowano naczynka Calset Vials i pełnią one tą samą rolę co ControlSet Vials – są to te same naczynka, różnią się jedynie numerem katalogowym.

Oдноśnie braku wody dejonizowanej – wskazano, że wraz z analizatorem oferowana jest stacja uzdatniania wody, która produkuje wodę dejonizowaną o odpowiedniej jakości, która również jest wykorzystywana do rekonstrukcji niektórych kalibratorów i kontroli.

Oдноśnie braku opisu sposobu wyliczenia ceny pojedynczego oznaczenia – protestujący wskazał, że wypełnił ostatnią kolumnę tabeli formularza asortymentowo – cenowego zgodnie z postanowieniami pkt III – uwzględniając materiały zużywalne, odczynniki, kalibratory i kontrole.

Protesujący wskazał, że zamawiający miał obowiązek dokonania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp a w niniejszej sprawie dokonał założeń niekorzystnych dla protestującego, w wyniku których odrzucił ofertę.

Protestujący oдноśnie oferty Abbott wskazał 16 zarzutów polegających na :

1. nie dokonaniu zmiany w treści formularza asortymentowo – cenowego w pozycjach 33, 34, 35 i dodaniu wierszy 36-108,
2. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań BNP (zaoferowano 7 opakowań i brak 29 opakowań),
3. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań Wit. B12, gdyż zaoferowano 18 opakowań, trwałość opakowania po otwarciu 30 dni, brak 18 opakowań),
4. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań HBsAg test potwierdzenia (zaoferowano 30 opakowań, trwałość po otwarciu 30 dni, brak 6 opakowań),
5. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań anti-HBs przeciwciała (zaoferowano 19 opakowań, trwałość po otwarciu 30 dni, brak 17 opakowań),

6. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań anty-HBc przeciwciała (zaoferowano 10 opakowań, trwałość po otwarciu 30 dni, brak 26 opakowań),
7. niedoszacowaniu oferty i zaoferowaniu niewystarczających ilości odczynnika do wykonania badań HIV test 3 lub 6 gen. (zaoferowano 19 opakowań, trwałość po otwarciu 30 dni, brak 17 opakowań),
8. zaniżeniu w ofercie ilości naczynek sample cups, tzn zaoferowano tylko 8000 zamiast wymaganych 21855,
9. braku w ofercie diluentu koniecznego do rozcieńczenia próbek przekraczających zakres pomiarowy dla testosteronu – uniemożliwi to zamawiającemu wydanie wyniku ostatecznego dla próbek przekraczających zakres pomiarowy,
10. braku w ofercie diluentu koniecznego do rozcieńczenia próbek przekraczających zakres pomiarowy dla HBsAg – uniemożliwi to zamawiającemu wydanie wyniku ostatecznego dla próbek przekraczających zakres pomiarowy,
11. braku w ofercie diluentu koniecznego do rozcieńczenia próbek dla HBsAg test potwierdzenia, uniemożliwi to zamawiającemu wydanie wyniku ostatecznego dla próbek o wysokim stężeniu HBsAg,
12. niedoszacowaniu oferty, przez zaoferowanie niewystarczających ilości opakowań kontroli do oznaczeń troponiny. Zgodnie z obliczeniami protestującego powinno zaoferować się 164,25 ml kontroli, natomiast zaoferowano 108 ml,
13. niedoszacowaniu oferty, przez zaoferowanie niewystarczających ilości opakowań kontroli do oznaczeń HBsAg. Zgodnie z obliczeniami protestującego powinno zaoferować się 498 ml kontroli, natomiast zaoferowano 192 ml kontroli,
14. niedoszacowaniu oferty, przez zaoferowanie niewystarczających ilości opakowań kontroli do oznaczeń przeciwciał anty-HBs. Zgodnie z obliczeniami protestującego powinno zaoferować się 250 ml kontroli, natomiast zaoferowano 144 ml kontroli,
15. niedoszacowaniu oferty, przez zaoferowanie niewystarczających ilości opakowań kontroli do oznaczeń przeciwciał anty-HCV. Zgodnie z obliczeniami protestującego powinno zaoferować się 498 ml kontroli, natomiast zaoferowano 96 ml kontroli,
16. niedoszacowaniu oferty, przez zaoferowanie niewystarczających ilości opakowań kontroli do oznaczeń HIV Combo. Zgodnie z obliczeniami

protestującego powinno zaoferować się 600 ml kontroli, natomiast zaoferowano 192 ml kontroli.

Podsumowując- protestujący wskazał na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy wybranego.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 30.12.2008r. Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej zaoferowania przez wykonawcę Abbott niewystarczającej ilości opakowań kontrolnych dla pozycji Troponina i anty – HCV. W pozostałym zakresie protest został oddalony.

W argumentacji zamawiający wskazał, że po dokonaniu powtórnego badania ofert uznał, że wykonawca Abbott zaoferował niewystarczającą ilość opakowań kontrolnych potrzebnych do wykonania wymaganej liczby oznaczeń.

Odnosnie oferty wykonawcy Roche – zamawiający podtrzymał podstawy jej odrzucenia. Wskazał, że nie wycenienie pozycji 33 w załączonym do oferty formularzu asortymentowo – cenowym w pakiecie nr 1 naruszyło przepisy art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał ponadto, że załączone deklaracje zgodności dla odczynników i materiałów zużywalnych wskazują, że przeznaczone one są do pracy na analizatorze innym, niż zaoferowany przez wykonawcę. Kolejnymi zarzutami było niedoszacowanie w sześciu pozycjach ilości wymaganych kontroli, jako efekt nieuwzględnienia objętości „martwej” 0,100ul, niedoszacowanie ilości materiałów zużywalnych oraz nieuwzględnienie wody dejonizowanej o odpowiednim stopniu czystości, niezbędnej do rekonstrukcji wszystkich kontroli i kalibratorów. Zamawiający stwierdził, że stosownie do jego obliczeń wykonawca Roche zaoferował za mało opakowań kontroli dla pozycji troponina (brakowało 8 opakowań), dla pozycji anty HCV (brakowało 6 opakowań), dla pozycji HBs Antygen (brakowało 3 opakowań), dla pozycji HBs przeciwciała (brakowało 1 opakowania kontroli), dla pozycji HIV (brakowało 3 opakowań kontroli). Zamawiający wskazał ponadto na niewystarczające w jego ocenie ilości materiałów zużywalnych – Probe Wash M – 2 opakowań, Diluent Multi Assay – 15 opakowań i Diluent Estradiol/Progesteron – 1 opakowanie. Kolejnym zarzutem był brak w ofercie wykonawcy Roche pozycji „Control Set Vials”. Na koniec zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedstawił opisu sposobu wyliczenia kosztu jednego oznaczenia pomimo wymogów SIWZ w tym zakresie.

W dniu 8.01.2009r. wykonawca Roche złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Tak jak w proteście - zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 3 ust. 1 pkt 1

ustawy o cenach, art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 i art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego, odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. i dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w proteście zarówno w stosunku do swojej oferty jak i oferty wykonawcy Abbott.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty odwołującego oraz wykonawcy Abbott oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.**

Odnośnie kwestii wpisania przez wykonawcę Roche w swojej ofercie na str. 6 - w formularzu asortymentowo – ofertowym w pozycji 33 znaku „x” i wyjaśnienia o treści „Bezpłatny udział w kontroli zewnątrzlaboratoryjnej przez cały okres trwania umowy.” – skład orzekający stwierdził, że jest to zaoferowanie zewnętrznej kontroli jakości badań bezpłatnie. Skład orzekający nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, że bezpłatne zaoferowanie jednej z pozycji zamówienia jest naruszeniem art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U.01.97.1050 z późn. zm.). Przepis ten definiuje pojęcie ceny, natomiast nie wyklucza możliwości zaoferowania czegoś bezpłatnie, nie stanowi on przepisu uniemożliwiającego bezpłatne oferowanie poszczególnych pozycji zamówienia. Bezpłatne zaoferowanie zewnętrznej kontroli jakości badań nie jest również naruszeniem art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.04.54.535 z późn. zm.), gdyż przepis ten statuuje obowiązek uiszczenia podatku w stosunku do odpłatnej dostawy towarów i odpłatnego świadczenia usług na terytorium kraju, natomiast nie zawiera zakazu w stosunku do bezpłatnego oferowania niektórych pozycji zamówienia. Jeśli chodzi o wypełnienie znamion art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 z późn. zm.) – a nie jak podał zamawiający „naruszenia tego przepisu” – skład orzekający stwierdził, że sytuacja przedmiotowa nie wypełniła znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w tym przepisie. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób bezpłatne zaoferowanie usług zewnętrznej kontroli jakości badań wpłynęło na cenę całkowitą oferty wykonawcy Roche w stosunku do ceny całkowitej oferty wykonawcy Abbott. Ponadto nie wskazał, w jaki sposób takie działanie

wyeliminuje z rynku wykonawcę Abbott. Stwierdzenie, że działanie któregokolwiek z wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji powinno być poparte uzasadnieniem – w powyższej sytuacji zamawiający nie uzasadnił swojego stwierdzenia. Również w pkt 8 SIWZ skład orzekający nie stwierdził istnienia postanowień wskazujących na niemożność zaoferowania niektórych pozycji zamówienia bezpłatnie. Określenia, że cena powinna być „skalkulowana i ostateczna”, jakiegokolwiek upusty cenowe powinny być wkalkulowane w cenę ostateczną oferty, oraz konieczność uwzględnienia w cenie oferty wszystkich ponoszonych kosztów mający wpływ na cenę oferty nie stanowią zakazu zaoferowania poszczególnych pozycji bezpłatnie. Skład orzekający stwierdził, że bezpłatne zaoferowanie zewnętrznej kontroli jakości badań nie powinno stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosnie kwestii dołączenia deklaracji zgodności dla odczynników i materiałów zużywalnych, które były przeznaczone do pracy na analizatorach innych niż zaoferowany przez wykonawcę Roche – skład orzekający stwierdził, że treść deklaracji zgodności dla danych odczynników nie mogła być w warunkach przedmiotowego zamówienia jedyną podstawą do stwierdzenia, że nie mogą być one używane w pracy z zaoferowanym urządzeniem. Skład orzekający dokonał analizy deklaracji zgodności i w wyniku powyższego stwierdził, że były one wydawane w różnych okresach - w latach 2001, 2003, 2005, 2006. W tym czasie urządzenia, do których były przeznaczone – mogły zmieniać swoje nazwy oraz inne cechy. Zaznaczyć należy, że Zamawiający w niniejszej sytuacji dysponował wielokrotnie składanym oświadczeniem wykonawcy Roche o tym, że wszystkie zawarte w ofercie odczynniki immunochemiczne przeznaczone były do użycia z analizatorami cobas 6000(moduł e601) oraz Modular Analytics E. W ocenie składu orzekającego – zamawiający powinien był zwrócić się do wykonawcy Roche o wyjaśnienia w stosunku do tych produktów, w stosunku do których posiadał wątpliwość co do ich pracy na zaoferowanych analizatorach. Sama treść deklaracji zgodności niektórych produktów w niniejszej sytuacji w ocenie składu orzekającego była niewystarczającym dowodem na okoliczność nie przeznaczenia tych produktów do pracy na zaoferowanym przez odwołującego urządzeniu.

Odnosnie kwestii niedoszacowania przez wykonawcę Roche w sześciu pozycjach ilości wymaganych kontroli i niedoszacowania materiałów zużywalnych – skład orzekający stwierdził, że zamawiający dokonał swoich obliczeń posługując się informacjami ze stron internetowych, które w niniejszej sytuacji nie powinny stanowić wyłącznego źródła informacji dla ich przeprowadzenia. Aby w niniejszej sytuacji stwierdzić okoliczność niedoszacowania ilości wymaganych kontroli i niedoszacowania materiałów zużywalnych - Zamawiający powinien opierać się na wiarygodnych i aktualnych dokumentach, pochodzących od ustalonego źródła, a ponadto powinien zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy Roche w celu ustalenia sposobu przeprowadzenia przez niego kalkulacji. Skład orzekający stwierdził, że w niniejszej sytuacji zamawiający przerzucając na wykonawców konieczność określenia



ilości potrzebnych produktów w czasie trwania umowy – powinien być z dużą ostrożnością oceniać oferty pod kątem ewentualnego niedoszacowania poszczególnych ilości. Zasada jawności i przejrzystości postępowania powinna być w niniejszym przypadku szczególnie respektowana – w związku z powyższym, pomimo, że literalne brzmienie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na możliwość żądania wyjaśnień – w niniejszej sytuacji zamawiający powinien potraktować to jako obowiązek. Inna metodologia pracy zamawiającego – zakładająca, że objętość martwa pojawi się przy każdorazowym oznaczeniu kontroli – nie została opisana w SIWZ, wykonawca nie miał podstaw, aby swoją ofertę kalkulować w oparciu o metody pracy zamawiającego. Również zasady pracy z materiałem Probe Wash M – przy założeniu jego otwarcia przez 24 godziny – nie zostały określone przez zamawiającego na odpowiednim etapie postępowania. Również ilości materiałów Diluent Multiassay oraz Diluent Estradiol/Progesteron nie zostały podane przez zamawiającego – tym samym na wykonawcy spoczywał obowiązek obliczenia przewidywanych ich ilości do zużycia. Skład orzekający dokonał analizy opinii wydanej przez Kierownika Laboratorium Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego – panią dr n. med. Annę Janicką. Wynikało z niej bezpośrednio, że od lipca 2007r. do dnia wydania opinii tj. do 14.01.2009r. nie było konieczności użycia rozcieńczalników Diluent Miltiassay i Estradiol/Progesteron przy pracy z urządzeniem Cobas 6000 (e601). Tym samym za wiarygodne uznano twierdzenie wykonawcy Roche o dużym prawdopodobieństwie bardzo niewielkiego zużycia tych rozcieńczalników w trakcie realizacji umowy. Zamawiający ze swojej strony nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność większego zużycia tych materiałów. Reasumując – zasady szacowania ofert przyjęte przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu spowodowały w ocenie składu orzekającego konieczność szczególnego przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania na etapie oceny ofert. Zamawiający powinien posiadać niepodważalne dowody na okoliczność niedoszacowania poszczególnych pozycji przez wykonawcę Roche, a bazował na informacjach ze stron internetowych, nie korzystając z możliwości wyjaśnień. Tym samym – w ocenie składu orzekającego powinien dokonać powtórnego badania oferty odwołującego i po uzyskaniu wyjaśnień od tego wykonawcy podjąć decyzję odnośnie jego oferty.

Odnośnie kwestii zaferowania CalSet Vials zamiast ControlSet Vials - skład orzekający za wiarygodny uznał list informacyjny od producenta z którego wynikało bezpośrednio, że dotychczasowy produkt CalSet Vials nr kat. 11776576 322 (2x56) zostanie w niektórych krajach użyty jako produkt ControlSet Vials nr kat. 03142949122 (2x56) – z nowym wyglądem. Wynikało z niego również, że te dwa produkty są identyczne i mogą być używane zamiennie a jedyna zmiana dotyczyła koloru wieczek. Tym samym stwierdzono, że nie zachodzi niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ w tym zakresie.

Odnośnie kwestii braku wody dejonizowanej – skład orzekający dokonał analizy treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w wyniku czego stwierdził, że zamawiający nie wymagał bezpośrednio zaoferowania wody dejonizowanej ani tym bardziej konkretnej jej ilości. Zamawiający potraktował ją jako materiał zużywalny. Wykonawca Roche – składając ofertę z analizatorem posiadającym stację uzdatniania wody nie musiał wyszczególnić dodatkowo wody dejonizowanej, jako materiału zużywalnego. Również twierdzenia zamawiającego, jakie złożył na rozprawie, dotyczące konieczności wymiany materiałów eksploatacyjnych stacji uzdatniania wody w trakcie trwania umowy nie powodują niezgodności oferty wykonawcy Roche z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten zapewnia zgodnie serwis analizatora (również stacji uzdatniania wody) odpowiadający warunkom gwarancji. Zamawiający ponadto nie skonkretyzował swojego stanowiska wskazując w jakim okresie i ile materiałów eksploatacyjnych pochłonie używanie stacji uzdatniania wody.

Odnośnie kwestii odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie załączenia opisu sposobu wyliczenia kosztu jednego oznaczenia – skład orzekający stwierdził, że w niniejszej sytuacji niezgodność dotyczyła formy oferty a nie jej treści. Zamawiający w pkt III załącznika do SIWZ opisującego Pakiet nr 1 wskazał, co należy uwzględnić w składzie kosztu i co powinna zawierać dokładna wycena pojedynczego oznaczenia – tzn. materiały zużywalne, odczynniki, kalibratory i kontrole. Jednocześnie nie wskazał, na czym miałyby polegać opis sposobu wyliczenia kosztu jednego oznaczenia – czy miałyby być to podanie, jakie składniki w jaki sposób wpływają na wycenę, czy jedynie zastosowanie się do wytycznych w pkt III. Wykonawca Roche zastosował się do wytycznych zamawiającego odnośnie uwzględniania w składzie kosztu jednego oznaczenia - materiałów zużywalnych, odczynników, kalibratorów i kontroli. Nie załączył jednak wymaganego opisu sposobu wyliczenia kosztu jednego oznaczenia. Z uwagi jednak na to, że sposób wyliczenia kosztu jednego oznaczenia został uprzednio zaproponowany przez zamawiającego i jedyna różnica w ofercie wykonawcy Roche spełniającej ten warunek sprowadzałaby się do dodania zdania zatytułowanego „Sposób obliczenia kosztu jednego oznaczenia”, które sprowadzałoby się do powtórzenia postanowień pkt III z załącznika Pakietu nr 1 – skład orzekający stwierdził, że nie stanowi to niezgodności z treścią SIWZ, ale niezgodność w zakresie formy. Forma oferty w postaci złożenia osobnego załącznika lub twierdzenia pt. sposób obliczenia kosztu jednego oznaczenia nie została w istocie w niniejszej sytuacji dotrzymana przez wykonawcę Roche, co nie stanowi jednak podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Abbott – skład orzekający stwierdził, że w niniejszej sytuacji, gdy decyzja o odrzuceniu oferty tego wykonawcy stała się prawomocna – tzn. nie skorzystał on ze środków ochrony prawnej – odwołujący nie posiada interesu prawnego w żądaniu konieczności powtórnego odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*