

Sygn. akt: KIO/UZP 318/10

WYROK
z dnia 25 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 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 Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II, 22-400 Zamość, al. Jana Pawła II 10** protestu z dnia 20 lutego 2010 roku.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 3 056 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt 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 Gdynskie 6B.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II w Zamościu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę odczynników do wykonania oznaczeń gazometrii, elektrolitów i glukozy wraz z dzierżawą analizatorów oraz odczynników do analizatorów AVL 995-S i AVL 988-4.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7.12.2009 roku pod poz. 419888.

Odwołujący - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł protest w zakresie zadania nr 1, które obejmuje dostawę odczynników do wykonania 30.400 oznaczeń rocznie gazometrii i elektrolitów wraz z dzierżawą sześciu jednakowych analizatorów.

Odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego z dnia 4 lutego 2010 roku polegającą na odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w efekcie doprowadziło do unieważnienia postępowania dla zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazał na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wyjaśnił, że zaoferowana ilość po 36 opakowań odpowiednio odczynnika C1 i C2 dla 6 analizatorów cobas b 121 wystarczy do wykonania 30 400 badań zgodnie z SIWZ. Każdy z analizatorów w okresie trwania umowy zużyje nie więcej niż 6 opakowań odczynnika C1 i 6 opakowań odczynnika C2. Opakowanie odczynnika C1 składa się z dwóch butelek po 1750 ml, a opakowanie odczynnika C2 składa się z dwóch butelek po 1200 ml, czyli zaproponowano 12 butelek odczynnika C1 i 12 butelek odczynnika C2, co wystarczy na 52 tygodnie pracy analizatora. Termin ważności jednej butelki zarówno

odczynnika C1 i C2 wynosi 6 tygodni. Dodatkowo każdy aparat jest dostarczany z zestawem startowym w skład którego wchodzi jedno opakowanie odczynnika C1, C2 i C3, co potwierdził również w piśmie z dnia 18 stycznia 2010 roku złożonym zamawiającemu.

Odwołujący powołał się także na oświadczenie złożone w formularzu oferty, gdzie zaakceptował 12 miesięczny termin realizacji umowy oraz przywołał treść § 2 ust. 5 wzoru umowy, gdzie zawarto zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia zamawiającemu brakujących odczynników i materiałów zużywalnych, w przypadku gdy zaoferowane ilości odczynników okażą się niewystarczające.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, że z wyjaśnień odwołującego otrzymanych w dniu 18.01.2010 roku bezsprzecznie wynika, że ilość opakowań potrzebnych do wykonania 5.067 oznaczeń na jednym analizatorze wynosi odpowiednio: C 1 Calibration Solution - 6,5 opakowania, C2 Calibration Solution 2 - 6,5 opakowania. Tak więc dla wykonania 30.400 oznaczeń rocznie na 6 analizatorach potrzebnych jest 39 opakowań a odwołujący zaoferował 36 opakowań. Ponadto w wyjaśnieniach pojawiają się dodatkowe, nowe elementy, których nie ma w złożonej ofercie. Zamawiający wskazał, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza prowadzenia negocjacji między zamawiającym a wykonawcą

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 25.02.2010 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego i jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do wykonania 30 400 oznaczeń rocznie gazometrii i elektrolitów wraz z dzierżawą sześciu jednakowych analizatorów.

Termin realizacji zamówienia (wymagany) – dostawa odczynników przez okres 12 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy, dostarczenie wydzierżawionych analizatorów w ciągu trzech tygodni licząc od daty zawarcia umowy.

W § 2 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, że dostawy odczynników do wykonania oznaczeń gazometrii, elektrolitów będą odbywały się przez okres 12 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy. Kupujący będzie określał terminy dostaw odrębnymi zleceniami na piśmie,

ilość zapotrzebowanych odczynników na dwa dni robocze wcześniej przed terminem dostawy.

Odwołujący w ofercie dla zadania nr 1 (tabela asortymentowo- cenowa) wskazał w poz. 1 – C1 Calibration Solution 1 oraz w poz. 2 – C2 Calibration Solution 2 – w kolumnie ilość 36, w kolumnie j.m. – opakowanie.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 31.12.2009 roku, odwołujący podał m.in., że „trwałość odczynników po otwarciu w analizatorze cobas b 121 wynosi: C1 – 6 tygodni, C2 – 6 tygodni”. Biorąc pod uwagę wielkość opakowań (C1 – 2x1750 ml, C2- 2 x1200 ml) oraz stabilność odczynników podane ilości są wystarczające dla pracy 6 analizatorów w ciągu roku (pismo odwołującego z dnia 5.01.2010 roku w aktach sprawy). Jednocześnie w załączeniu do przywołanego pisma odwołujący przekazał odpowiednią część instrukcji obsługi, która opisuje stabilność odczynników po ich zainstalowaniu w analizatorze cobas b 121. W instrukcji ten określono, że stabilność w trakcie pracy roztworów C1 i C2 wynosi min. 4 do 6 tygodni (w zależności od pozostałej objętości).

W piśmie z dnia 18.01.2010 roku odwołujący ponownie, na wezwanie zamawiającego z dnia 13.01.2010 roku, potwierdził, że podane w ofercie ilości odczynników są wystarczające do wykonania w ciągu roku 30 400 oznaczeń przez 6 analizatorów cobas b 121. W piśmie przedstawił w formie tabel sposób wyliczenia ilości odczynników w ofercie z uwzględnieniem ilości oznaczeń wymaganych do wykonania oraz stabilności odczynników po otwarciu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że odwołujący, który kwestionuje niezasadność odrzucenia swojej oferty, legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym do wniesienia odwołania.

Zamawiający wymagał dostarczenia takiej ilości odczynników (roztworów), aby możliwe było wykonanie 30 400 oznaczeń przez 6 jednakowych analizatorów w okresie obowiązywania umowy, który został określony na 12 miesięcy o daty jej zawarcia.

Odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, co również zostało potwierdzone w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach treści oferty z dnia 5 i 18 stycznia 2010 roku, że opakowanie każdego z odczynników C1 i C2 składa się z dwóch butelek (C1 – 2x 1750 ml oraz C2 2 x 1200 ml). Oznacza to, że odwołujący zaoferował 36 opakowań każdego z odczynników, na które składają się łącznie 72 butelki, a zatem na każdy z sześciu dzierżawionych analizatorów przypada 6 opakowań czyli po 12 butelek roztworu C1 i 12 butelek roztworu C2.

Odwołujący przyznał również, że brak danych producenta na temat ilości oznaczeń, jakie można wykonać z każdej z butelek roztworu. Jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 18.01.2010 roku podał w tabeli, że ilość opakowań potrzebnych do wykonania 5.067 oznaczeń na jednym analizatorze wynosi 6,5 opakowania zarówno dla C1 jak i dla C2. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia odwołującego udzielone w dniu 18.01.2010 roku bezsprzecznie ilość oznaczeń zaproponowana i skalkulowana w ofercie nie jest wystarczająca do wykonania wymaganej ilości oznaczeń. Skoro, jak wskazał sam odwołujący w przywołanych wyjaśnieniach, każdy analizator dla wykonania niezbędnej ilości oznaczeń zużyje 6,5 opakowania to dla wykonania oznaczeń na 6 analizatorach niezbędne jest 39 opakowań.

Niezasadne jest stanowisko odwołującego, który wskazuje, że dla wyliczenia niezbędnej ilości opakowań konieczne jest uwzględnienie również ilości opakowań znajdujących się w zestawie startowym aparatu. Informacja o zaoferowaniu dodatkowych opakowań odczynników C1 i C2 w pakiecie startowym nie wynika z treści złożonej przez odwołującego oferty, co oznacza że odwołujący nie jest zobowiązany do tego rodzaju świadczenia wobec zamawiającego. W ofercie znajduje się informacja, że wszystkie elektrody do wykonania 30 400 oznaczeń zawarte są w zestawie startowym, brak danych o zaoferowaniu w pakiecie startowym roztworów do kalibracji C1 i C2. Z treści oferty nie wynika, co tak właściwie pakiet startowy zawiera, zatem stanowisko odwołującego co do zaproponowania dodatkowych odczynników C1 i C2 w pakiecie pozostało gołosłowne.

Izba podkreśla, że zakres świadczenia wykonawcy musi wynikać wprost z treści złożonej przez niego oferty a zamawiający nie ma podstaw domniemywać i oczekiwać, że otrzyma od wykonawcy większą niż zaoferowana wprost w treści oferty ilość oznaczeń.

Nawet, gdyby przyjąć, że pakiet startowy zawiera dodatkowe opakowanie C1 i C2 to, w ocenie Izby, takie działanie odwołującego jest nieuprawnione, gdyż opakowanie to nie zostało skalkulowane w cenie oferty, jak tego wymagał zamawiający. Obowiązkiem wykonawców składających ofertę jest rzetelne skalkulowanie wszystkich niezbędnych elementów wykonania przedmiotu zamówienia, brak rzetelności w tym zakresie skutkuje brakiem możliwości porównania ofert i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Przedstawione przez odwołującego dokumenty dotyczące poprzednich postępowań na ten sam przedmiot zamówienia i powoływanie się na okoliczność dostarczenia zamawiającemu w ramach realizacji poprzedniej umowy pakietu startowego, obejmującego roztwory C1 i C2 pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu.

Zdaniem Izby, zaproponowana ilość odczynników – 36 opakowań C1 i 36 opakowań C2, nie jest wystarczająca również do wykonania oznaczeń w wymaganym okresie 12 miesięcy, biorąc pod uwagę trwałość odczynnika po jego otwarciu na pokładzie analizatora.

Z treści ulotki informacyjnej pochodzącej od producenta analizatora cobas b 121 system, załączonej przez odwołującego do pisma z dnia 5.01.2010 roku wynika, że stabilność roztworu w trakcie pracy wynosi min. 4 do 6 tygodni i jest zależna od pozostałej objętości.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, przyjęcie przez odwołującego do wyliczeń przedstawionych w tabeli 2 w piśmie z dnia 18.01.2010 roku, że stabilność odczynnika po otwarciu wynosi 6 tygodni nie jest uprawnione. Może bowiem zaistnieć sytuacja, gdy z uwagi na pozostałą objętość oraz inne uwarunkowania, stabilność odczynnika na pokładzie będzie wynosić minimalne 4 tygodnie. Ponadto odwołujący wykazując prawidłowość wyliczenia ilości odczynników z uwzględnieniem ich stabilności na pokładzie, nawet przyjmując maksymalną ich stabilność, uwzględnił ilość opakowań w zestawie startowym, co Izba uznała za nieuzasadnione, gdyż zawartość tego pakietu nie została wskazana w treści oferty.

Wobec tego, że oferta odwołującego nie proponuje niezbędnej ilości odczynników do wykonania wymaganej ilości oznaczeń oraz jest niewystarczająca na okres 12 miesięcy, zakładając minimalną trwałość odczynnika po jego otwarciu, ziszcila się przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością odrzucenia oferty odwołującego. Za nieodpowiadającą treści siwz należy bowiem uznać ofertę, która proponuje niewystarczającą ilość przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, uznając, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 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 – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....