

Sygn. akt: KIO 1974/11

**WYROK**  
z dnia 28 września 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2011 r. przez wykonawcę **Medservice Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. G. Zapolskiej 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, 15-950 Białystok, ul. M. Skłodowskiej – Curie 23**

przy udziale wykonawcy **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Medservice Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. G. Zapolskiej 7** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Medservice Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. G. Zapolskiej 7** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Medservice Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. G. Zapolskiej 7** na rzecz **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej - Curie 23, 15-950 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę zestawów do redukcji wirusów w osoczu”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 139-230588.

Dnia 7 września 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Maco Pharma Polonia sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22; 54-405 Wrocław (zwany dalej „Maco Pharma”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca MEDSERVICE sp. z o.o., ul. Zapolskiej 7; 40-580 Katowice (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 14 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. Czynności badania i oceny ofert.
2. Czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej Maco Pharma.
3. Zaniechania odrzucenia oferty Maco Pharma.

Odwołujący zarzucił, że wskazane powyżej czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma, mimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanego wyboru oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Maco Pharma,
- 4) dokonania wyboru oferty Medservice sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, iż oferta Maco Pharma powinna zostać odrzucona, ponieważ zaoferowane urządzenia Macotronic B2 nie spełniają wymogu określonego w punkcie 6.11 w części VI SIWZ oraz w punkcie 17.5 Załącznika A do SIWZ.

W urządzeniach oferowanych przez Maco Pharma, do inaktywacji wirusów używa się tzw. czynnika inaktywującego w postaci błękitu metylenowego. Po dodaniu czynnika inaktywującego jednostka osocza jest poddawana naświetlaniu w urządzeniu.

Procedura redukcji (inaktywacji) wirusów w urządzeniu Macotronic B2 składa się z trzech etapów:

- filtracja osocza przed naświetleniem w filtrze Plasmalex - 5 minut,
- naświetlanie osocza w urządzeniu - 15 minut,
- filtracja osocza po naświetleniu (filtr Blueflex) - 15 minut.

Filtrowanie osocza po naświetleniu w urządzeniu Maco Pharma jest niezbędne, ponieważ używany w tej metodzie czynnik inaktywujący (błękit metylenowy) oraz jego fotoprodukty mogą być niebezpieczne dla zdrowia i w konsekwencji powinny być usunięte z osocza po zakończeniu inaktywacji i przed przetoczeniem krwi.

Podczas etapu naświetlania w urządzeniu Macotronic B2 można umieścić dwie jednostki osocza. W ciągu 15 minut można zatem naświetlić 2 jednostki osocza. Dodatkowo jednak wymagane jest ich przefiltrowanie przed i po naświetleniu, co wymaga łącznie kolejnych 20 minut. W związku z powyższym całkowity czas procesu inaktywacji dwóch jednostek osocza wynosi 35 minut.

Zgodnie z informacją sporządzoną przez Maco Pharma wydajność metody inaktywacji wirusów oferowanej przez tego wykonawcę w ciągu pierwszej godziny pracy urządzenia wynosi 5,54 jednostek. Procedura inaktywacji wirusów w 6 jednostkach osocza trwa 65 minut. Zgodnie z wyliczeniami Maco Pharma, w ciągu kolejnych godzin pracy wydajność urządzeń oferowanych przez Maco Pharma rośnie do ośmiu godzin łącznie, a średnia ich wydajność w ciągu 8 godzin wynosi 7,69 jednostek osocza na godzinę.

Na dowód powyższych twierdzeń Odwołujący przedstawił dowód w postaci obliczenia wydajności metody, sporządzonej przez Maco Pharma, podpisanego przez prokurenta samoistnego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 13 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 13 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 16 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Maco Pharma Polonia sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22; 54-405 Wrocław.

Zamawiający, pismem z dnia 19 września 2011 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2011 roku) złożył oświadczenie, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca Maco Pharma Polonia sp. z o.o. dnia 22 września 2011 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego jest dostawa zestawów do redukcji wirusów w osoczu. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania przez wykonawców zestawów zarówno kompatybilnych, jak i niekompatybilnych z systemem inaktywacji Mirasol BCT. W przypadku zaoferowania zestawów, które nie są kompatybilne z systemem inaktywacji Mirasol BCT, Zamawiający zobowiązał wykonawców do dostarczenia i wydzierżawienia Zamawiającemu sprzętu niezbędnego do wykonania procedury inaktywacji, przy czym sprzęt ten musi spełniać wymagania minimalne określone w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik A do SIWZ oraz we wzorze umowy będącym Załącznikiem B do SIWZ (Rozdział VI pkt 2.4 SIWZ).

W punkcie 17.5 Załącznika A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek, iż „Ilość urządzeń musi zapewniać inaktywację minimum sześciu jednostek osocza/godzinę”. Ponadto w odpowiedzi (z dnia 3 sierpnia 2011 r.) na zapytanie jednego z wykonawców - „Dzierżawę ilu iluminatorów powinien zaoferować wykonawca [...]?” - Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Ilość urządzeń musi spełniać warunek z ppkt. 17.5 w Załączniku A do s.i.w.z.”.

Ponadto Zamawiający w treści załącznika A (SOPZ) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż „Jeżeli metoda tego wymaga, zestawy powinny posiadać skuteczny system oczyszczania osocza z dodawanego w danej procedurze czynnika fotouczulającego, należy usunąć nie mniej niż 90% wartości początkowej substancji fotouczulającej.” (pkt 4) oraz „Ilość urządzeń musi zapewniać inaktywację minimum sześciu jednostek osocza/godzinę.” (pkt 17.5.).

Na tak sformułowane wymagania Zamawiającego Przystępujący zaoferował dostawę zestawów do redukcji wirusów w jednej jednostce osocza uzyskanego z krwi pełnej firmy Maco Pharma, nazwa: Zestawy do inaktywacji wirusów w osoczu (THERAFLEX MB-Plasma) wraz z dzierżawą urządzeń dedykowanych do oferowanych zestawów Macotronic B2.

Jak wskazał Przystępujący w urządzeniu Macotronic B2 odbywa się tylko jeden z elementów składających się na metodę inaktywacji wirusów w osoczu Theraflex MB Plasma. Etapem tym jest naświetlanie, które trwa 15 minut. Natomiast filtracja przed i po naświetlaniu przeprowadzana jest poza urządzeniem. Filtracje te nie mają żadnego wpływu na pracę urządzenia. Filtracja przed naświetlaniem polega na rozpuszczeniu tabletki błękitu metylenowego i zabiera 5 minut. Natomiast filtracja po naświetlaniu jednostek osocza, która także przebiega poza urządzeniem, polega na usuwaniu z osocza błękitu metylenowego, co trwa 15 minut. Substancję tę odfiltrowuje się głównie z uwagi na kolor osocza, którego nabiera ono pod wpływem zastosowanego błękitu metylenowego.

Zgodnie z pkt 6.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykonawca dostarczający zestawy, które nie są kompatybilne z systemem inaktywacji Mirasol BCT wdzierżawi Zamawiającemu sprzęt (spełniający minimalne wymagania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik A do s.i.w.z.) zapewniający inaktywację minimum sześciu jednostek osocza/godzinę. [...]”.

W ocenie Izby Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na fakt, iż opis przedmiotu zamówienia, na który powołuje się Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, sprecyzowany w innym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w sprawie znak: ZZP-116/09 prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w 2009 roku pozostaje bez wpływu na prawidłową interpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia będącej przedmiotem badania przez Izbę w niniejszej sprawie, gdyż Zamawiający i wykonawcy są zobowiązani wymaganiami obowiązującej s.i.w.z.

Natomiast przedmiotowa s.i.w.z. nie stawiała wymogu, aby wykonawcy oferujący rozwiązanie kompatybilne (równoważne) zobowiązani byli do oferowania aparatów do redukcji patogenów w osoczu, gdzie wydajność rozumiana była jako całkowity czas procesu redukcji patogenów do momentu wyprodukowania preparatu gotowego do transfuzji.

Jak wynika z pisma, zgłoszonego przez Odwołującego, jako dowód, tj. pisma Pani Jolanty K. Kierownika Zakładu Transfuzjologii Klinicznej – Inaktywacja jest działaniem zmierzającym do wstrzymania lub zmniejszenia aktywności substancji czynnej, w omawianym przypadku patogenów przenoszonych przez krew. We wszystkich systemach (obecnych na polskim rynku) inaktywacja polega na dodaniu do składnika krwi substancji fotouczulającej oraz dostarczenia przy pomocy iluminatora odpowiedniej, zależnej od stosowanej substancji, dawki promieniowania UV.

Biorąc powyższe pod uwagę należy zatem rozdzielić metodę prowadzenia inaktywacji od procesu samej inaktywacji.

Na metodę składają się dwie filtracje (przed i po naświetlaniu) oraz naświetlanie (inaktywacja). W urządzeniu odbywa się wyłącznie naświetlanie (inaktywacja), co potwierdza „Instrukcja obsługi” Macotronic B2. Maszyna nie jest natomiast potrzebna do dokonania obu filtracji. Naświetlanie (inaktywacja) trwa 15 minut, a urządzenie daje możliwość jednoczesnej inaktywacji 2 jednostek osocza. W związku z tym, w ciągu 1 godziny urządzenie umożliwia redukcję wirusów w 8 jednostkach osocza.

Proces ten szczegółowo opisał Przystępujący wskazując, iż dwie jednostki osocza podlegają wstępnej, 5-minutowej filtracji poza maszyną, po czym dokonuje się ich 15-minutowego naświetlania w urządzeniu Macotronic B2. Podczas pracy urządzenia (podczas trwającego naświetlania poprzednich jednostek) przygotowuje się 2 kolejne jednostki osocza, poddając je 5-minutowej filtracji. Z maszyny wyjmuje się inaktywowane jednostki, które już poza urządzeniem filtrowane są przez 15 minut, a jednocześnie uruchamia się naświetlanie przygotowanych w międzyczasie dwóch jednostek. Proces ten zobrazowany został w dokumencie „Wydajność metody” załączonym przez Odwołującego do odwołania (sporządzonym przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. na potrzeby postępowania KIO/UZP 1784/09).

Zamawiający stawiając wymóg w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby ilość urządzeń zapewniała inaktywację minimum sześciu jednostek osocza na godzinę, nie może następnie dokonywać dookreślenia zawężającego w zakresie opisanego parametru poprzez

zmianę wymogu w odniesieniu do wydajności całego procesu. Zaoferowana przez Przystępującego maszyna Macotronic B2 dokonuje redukcji wirusów w 8 jednostkach osocza w ciągu każdej godziny, to oznacza, że Przystępujący spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego, a treść złożonej przez Przystępującego oferty jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W powyższym zakresie za słuszne należy przyjąć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 roku, sygn. akt KIO 506/10, KIO 534/10 gdzie Izba wskazała, iż *„wobec tak postawionego problemu, Izba zajęła stanowisko, że rzeczywiście warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego można rozumieć w co najmniej dwojaki sposób: tak, jak rozumiał to Zamawiający [...] i tak, jak rozumieeli to wykonawcy [...], przy czym ten drugi sposób rozumienia warunku jest korzystniejszy dla wykonawców - i dlatego, zgodnie z utartą linią orzecniczą, iż wątpliwości, co do postanowień SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawców, należy przyjąć go za obowiązujący. Oczywiście, wykazanie warunku rozumianego w sposób postulowany przez Zamawiającego również wypełnia warunek w postępowaniu rozumiany w sposób postulowany przez Odwołujących (argumentum a maiori ad minus)„*. Podobnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1096/10 oraz z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO 702/10.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wnoszącego sprzeciw poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....