

Sygn. akt: KIO/UZP 1283/09

**WYROK**  
z dnia 26 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska  
**Członkowie:** Małgorzata Stręciwiłk  
Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** protestu z dnia 13 sierpnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża ABBOTT Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ABBOTT Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A;**

2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **ABBOTT Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** na rzecz **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę testów do badania markerów wirusów przenoszonych drogą krwi, tj. testy wirusologiczne hbsag z testami potwierdzenia, testy wirusologiczne anty hcv, testy wirusologiczne anty HIV 1/2 do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, „cito” oraz materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych wraz z dzierżawą aparatury niezbędnej do automatycznego wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów dla liczby 2 358 500 donacji wraz z podłączeniem aparatury do posiadanego przez poszczególne rckik systemu komputerowego – znak sprawy: ZZP-86/09.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 sierpnia 2009 roku wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18A wniósł protest na czynności zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję
2. naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokonanie wyboru oferty firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-135), ul. Łżecka 24, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej.
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia (nieodrzućenie) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem w oparciu o dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, kumulatywnie wyczerpana została jeszcze przesłanka z pkt 6 niniejszego artykułu ustawy albowiem niniejsza oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny - bowiem jest niedoszacowana

5. w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo skutkowego spowodowałyby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa

6. naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.)

7. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście

8. Takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W uzasadnieniu protestu wykonawca wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu naruszenie taksatywnie opisanych przepisów polegało na:

Treść oferty Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią SIWZ i jest niedoszacowana:

1. Zaoferowano zbyt małą ilość aparatów w segmencie 400 badań / 7 godz.
2. Brak oferty kontroli międzynarodowych .
3. Niedoszacowano ilość testów w ofercie.

Ad 1.

Dotyczy wymagania zawartego w pkt 8.3.8.2 SIWZ -dostarczenia do 6 RCKiK analizatorów o wydajności minimum 400 badań każdego rodzaju (3 rodzaje testów) na 7 godzin.

Analiza oferty firmy J&J wykazuje, że zaoferowała ona dla tej grupy 6 RCKiK po 2 analizatory Vitros 3600 (1 główny oraz 1 back up). Świadczy o tym wartość dzierżawy brutto 244 zł (str. 3 oferty).

Wymaganie wydajności 400 badań każdego rodzaju (3 rodzaje testów) w ciągu 7 godzin, należy rozumieć jako konieczność zaoferowania systemu, który w ciągu 7 godzin zdoła wydać wyniki dla 400 donacji, tj. 400 wyników oznaczenia anty-HCV, 400 wyników HBsAg,

400 wyników oznaczeń anty-HIV (czyli w sumie 1200 wyników). Zgodnie z odpowiedzią na zapytanie z dnia 24.07.2009pkt 12:

"... w kalkulacji wydajności aparatów (czyli w ilości wyników wydanych w ciągu 7 godzin) należy wziąć pod uwagę fakt, iż pierwsze wyniki badań pojawiają się po okresie inkubacji. Okres 7 godzin Zamawiający liczy od momentu nastawienia pierwszych prób".

System pracy w RCKiK, oraz wymagania SIWZ zakładają, że dla jednej próbki badanej należy wykonać 3 różne oznaczenia. W przypadku analizatora Vitros 3600 pierwszy wynik dla tych oznaczeń ukazuje się po różnym okresie: HBs po 37 minutach, anty-HIV po 48 minutach, a anty-HCV po 55 minutach (informacja na ten temat znajduje się w ulotce dostarczonej razem z ofertą; dla anty-HCV -patrz strona 109 oferty). Oczywiście jest założenie, iż szybkość aparatu warunkuje jego najwolniejszy test, czyli anty-HCV.

Analizatory VITROS 3600 są analizatorami immunochemicznymi o wydajności teoretycznej 189 testów/godzinę (zgodnie z załączoną ulotką firmy J&J, oznacza to, że wyniki ukazują się z częstotliwością co 19 sekund (3600 sek. podzielone przez 189). W odniesieniu do testu anty-HCV - w pierwszej godzinie pracy, można się spodziewać wydania 16 wyników (5 min x 60 sek. min = 300sek.;  $300/19 = 15,8$ ). W każdej kolejnej godzinie wydane będzie maksymalnie 189 wyników (przy założeniu ciągłego doładowywania próbek badanych). Należy więc założyć:

I godzina: 16 wyników x ( 1 godzina)

II-VII godziny: 189 wyników x ( 6 godzin)

1150 wyników (w czasie 7 godzin)

Wyliczona wydajność oferowanej aparatury (jeden analizator Vitros 3600) wynosząca 1150 wyników w czasie 7 godzin jest mniejsza od 1200 wyników w czasie 7 godz. pracy wymaganych przez Zamawiającego. W tym przypadku firma J&J powinna zaoferować dla każdego z 6-iu RCKiK łącznie 4 analizatory: 2 analizatory główne, oraz 2 analizatory back-up a zaoferowała tylko 2 analizatory (1 główny, 1 back-up). Oferta jest w związku z powyższym niedoszacowana o 12 analizatorów, co w rażący sposób narusza wymagania zdefiniowane w SIWZ.

Niedoszacowanie liczby analizatorów skutkuje również niedoszacowaniem:

-ilości oferowanych oznaczeń

-ilości oferowanych buforów i wszelkich materiałów zużywalnych jak też kalibratorów i kontroli.

Poza formalnym niedoszacowaniem wartości oferty mniejsza od wymaganej ilość analizatorów przełożyłaby się na istotne opóźnienie czasu wydania wyniku (średnio o 1,5 godz.) i w efekcie opóźnienie w zwolnieniu krwi do dalszej obróbki -z potencjalnymi istotnymi dla Centrów Krwiodawstwa implikacjami finansowymi i organizacyjnymi.

Ad2.

Dotyczy wymagania zdefiniowanego w pkt 7.2 specyfikacji "koszt badania dla 1 donacji musi uwzględniać w szczególności koszty (...) c) obowiązkowej kontroli zewnętrznej".

Wymaganie to zostało uściślone w 2 odpowiedziach na pytania:

-nr 1 z dnia 17.07:

"We wszystkich RCKiK należy prowadzić ciągłą kontrolę jakości poprzez codzienne nastawianie do serii badań dodatkowej kontroli (zewnętrznej)"

-nr 5 z dnia 24.07:

"Zamawiający potwierdza, iż obecnie stosowaną ciągłą kontrolą zewnętrzną jest kontrola PeliSpy Multi Marker o numerze katalogowym nr 52404 typ 38."

Dodatkowo w punkcie 8.1.2 SIWZ zapisane zostało:

"Wykonawca zobowiązuje się, iż ilość testów wirusologicznych i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych potrzebna do przebadania przedmiotowej liczby donacji, nie będzie większa niż podana w ofercie."

Oferta firmy J&J nie zawiera kontroli zewnętrznej, czyli nie spełnia wymagań SIWZ.

Protestujący podniósł, iż antycypując ewentualne wyjaśnienia firmy J&J że wymagana kontrola zewnętrzna będzie dostarczana nieodpłatnie należy wskazać na fakt, że w ofercie firmy J&J (str. 4, pozycja 15) znalazł się np. produkt Virkon (środek do neutralizacji), nie będący - podobnie jak kontrola zewnętrzna - produktem wytwarzanym przez firmę J&J, a który w SIWZ opisany był w sposób zdecydowanie mniej jednoznaczny w porównaniu z kontrolą zewnętrzną - a mianowicie tylko raz wzmiankowany w punkcie 8.3.8.8.1: „Jeśli jest to konieczne Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia wraz z aparaturą (...) pojemnika na odpady skażone (...) oraz odpowiednie środki chemiczne niezbędne do ich neutralizacji." Wymieniony zapis okazał się być wystarczającym dla firmy J&J, aby umieścić określony produkt w ofercie.

Protestujący nadmienił, że koszt wymienionej kontroli w ofercie firmy Abbott wyniósł 666.075,00 zł brutto a łączna ilość opakowań 125 oraz, że są one kluczowe dla potwierdzenia jakości wykonywanych badań.

Ad3.

Dotyczy wymagania zdefiniowanego w pkt 7.2 specyfikacji. Określa on, co powinno być ujęte w ofercie a w szczególności, że: "musi ona uwzględniać konieczność wykonania (...):

-kalibracji,

-kontroli,

-walidacji (...),

-konieczność wykonania badań powtórkowych w przypadku uzyskania wyników reaktywnych w pierwszym badaniu ("),

-testów potwierdzenia ("),

-obowiązkowej kontroli zewnętrznej".

Dodatkowo w punkcie 8.1 SIWZ określone zostało:

"Do obowiązków Wykonawcy należy dostarczenie do RCKiK trzech rodzajów testów wirusologicznych z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi i kontrolnymi (o ile nie są zawarte w zestawie testów) do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, "cito" i materiałów zużywalnych w ilości niezbędnej do przebadania 2 358 500 donacji, zgodnej z metodyką badań (...)".

Zamawiający sprecyzował również w odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 24.07.2009, że wszystkie dostarczane testy będą wykonywane na każdym z oferowanych analizatorów,

W efekcie jednoznacznie zostały określone wymogi odnośnie sposobu kalkulacji potrzebnej do pracy RCKiK ilości testów.

Ponadto w punkcie 8.1.2 SIWZ zapisane zostało: "Wykonawca zobowiązuje się, iż ilość testów wirusologicznych materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych potrzebna do przebadania przedmiotowej liczby donacji, nie większa niż podana w ofercie".

Zapis umieszczony w kolejnym punkcie SIWZ dopuszczający możliwość dostarczenia brakującej ilości testów odnosi się tylko do ewentualnego uzupełnienia dostaw związanych z obsługą pojedynczego zamówienia - kiedy zamawiający stwierdzi niemożliwość wykonania badań dla określonej w tym jednostkowym (kwartalnym - zgodnie z SIWZ) zamówieniu ze względu na ewentualny błąd wykonawcy - w szczególności z tytułu wymienionego tam problemu z jakością dostarczonych produktów. Świadczy również o tym jednoznacznie interwencyjny charakter takiej dostawy (w czasie maks. 72 godz.).

Podsumowując protestujący podkreślił, iż zamawiający wymagał bardzo dokładnego zdefiniowania w ofercie ilości produktów koniecznych do przebadania przedmiotowej liczby donacji i nie dopuszczał możliwości odstąpienia od tego wymogu.

Analiza oferty firmy J&J pokazuje, że ilości testów przez nią zaoferowanych są niewystarczające, aby przebadać 2 358 500 donacji - biorąc pod uwagę parametry oferowanych testów określone w metodyce badań oraz powyżej wyliczone wymagania odnośnie potrzeb RCKiK.

Podsumowując wyliczenia protestujący stwierdził, że łączne niedoszacowanie wynosi: - oznaczenie anty-HCV 25.671 testów -oznaczenie anty-HIV 52.412 testów

Przywołując powtórnie wymóg, że "Wykonawca zobowiązuje się, iż ilość testów wirusologicznych i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych potrzebna do przebadania przedmiotowej liczby donacji, nie będzie większa niż podana w ofercie" oraz łącząc to z udowodnionym powyżej niedoszacowaniem protestujący stwierdził, iż oferta firmy J&J podlega odrzuceniu -z mocy zapisów SIWZ.

Protestujący podniósł, że stosownie do treści art. 58 § 1 k.c., stwierdzić należy, iż "czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna." W świetle art. 5 kc. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że "nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego".

Protestujący wskazał, że działania zamawiającego polegające na bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty oprotestowanego wykonawcy J & J, która została uznana za najkorzystniejszą pomimo, że nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia protestującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Wskazując na powyższe protestujący wniósł o:

1. Unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania
2. Dokonanie ponownej oceny oferty protestującego
3. Odrzucenie oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty
4. Dokonanie wyboru oferty protestującego albowiem wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia "oferty najkorzystniejszej"
5. Udzielenia firmie Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie niniejszego zamówienia publicznego

Pismem z dnia 19 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest.



W uzasadnieniu wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzyjnie określił przedmiot zamówienia, jako dostawę testów do badania markerów wirusów przenoszonych drogą krwi tj. testy wirusologiczne HBsAg z testami potwierdzenia, testy wirusologiczne Anty-HCV, testy wirusologiczne Anty-HIV do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, "CITO" oraz materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych wraz z dostawą aparatury niezbędnej do automatycznego wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów dla liczby 2 358 500 donacji wraz z podłączeniem aparatury do posiadanego przez poszczególne RCKiK systemu komputerowego.

W rozdz. IV ust. 7 SIWZ Zamawiający przyjął, iż do porównania ofert będzie brana pod uwagę cena całkowita brutto (RAZEM\*4 -Druk oferty) będąca sumą ceny całkowitej brutto testów wirusologicznych potrzebnych do przebadania 2 358 500 donacji (RAZEM\*1 - Druk oferty), ceny całkowitej brutto za okres 36 miesięcznej dzierżawy aparatury (RAZEM\*2 - Druk oferty) i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych potrzebnych do przebadania 2 358 500 donacji (RAZEM\*3 -Druk oferty).

Zamawiający zbadał przy zachowaniu najwyższej staranności obie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku czego uznał, iż obie spełniają wymogi zawarte w SIWZ. Po dokonaniu ponownej analizy treści złożonej oferty firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. zamawiający stwierdził, iż zarzuty podniesione w treści protestu wniesionego przez firmę ABBTT Laboratories Poland Sp. z o.o. są całkowicie bezzasadne, oferta firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o. została przygotowana zgodnie z wszelkimi wymogami określonymi w SIWZ, i tym samym słusznie uznana za najkorzystniejszą w oparciu o podane kryterium oceny oferty - Cena 100 %. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem protestującego, iż:

1. zaoferowano zbyt małą ilość aparatów w segmencie 400 badań/7 godzin,
2. brak oferty kontroli międzynarodowych;
3. niedoszacowano ilość testów w ofercie.

1. Odnośnie zarzutu zaoferowania zbyt małej ilości aparatów w segmencie 400 badań/7 godzin zamawiający poinformował, iż przyjął oświadczenie złożone w ofercie przez wykonawcę tj. firmę Johnson & Johnson Poland Sp. z o. o, że spełnia wszelkie wymagania SIWZ oraz oświadczenie wykonawcy - Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. o spełnianiu tychże wymagań, złożone w teoretycznym i szczegółowym uzasadnieniu przedstawionym w przystąpieniu firmy do protestu po stronie zamawiającego.

2. Odnośnie zarzutu braku oferty kontroli międzynarodowych zamawiający uznał zarzut za całkowicie niezasadny. Firma Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o w swojej ofercie w

kalkulacji cenowej uwzględniła w odpowiedniej tabeli koszty testów, materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych koniecznych do przebadania 2 358 500 donacji, co zostało ujęte w cenie całkowitej brutto, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, Wszelkie tabele kalkulacyjne zawarte w druku oferty stanowią materiał pomocniczy, mający ułatwić system prowadzenia ewidencji finansowo-księgowej w poszczególnych RCKiK.

3. Odnośnie zarzutu niedoszacowania ilości testów w ofercie zamawiający na podstawie oświadczenia firmy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. złożonego w ofercie w rozdz. III ust. 2 "Warunki graniczne" pkt. 2.3. tj. "Oświadczam, że w przypadku, gdy dostarczona do RCKiK ilość lub jakość testów wirusologicznych i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych, potrzebna do przebadania przedmiotowej liczby donacji okaże się niewystarczająca (większa od podanej w niniejszej ofercie) to zobowiązuję się na swój koszt do dostarczenia brakującej ilości testów oraz w/w materiałów zgodnie z zapisem rozdz. IV ust. 8 pkt. 8.1.3 SIWZ" uznał swój interes za całkowicie zabezpieczony i w związku z powyższym zarzut niedoszacowania uznał za całkowicie bezzasadny.

W opinii zamawiającego wszelkie zapisy SIWZ, a następnie wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie, w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz został dokonany z poszanowaniem wszelkich przepisów w zakresie nie utrudniania potencjalnym wykonawcom dostępu do rynku w szczególności poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów, działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przez wyodrębniony lub stwarzanie warunków uniemożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usług u określonego przedsiębiorcy, zgodnie z przepisami art. 15 ust. 1 pkt. 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający stwierdził, że złożona przez firmę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. oferta spełnia wszelkie wymagania zamawiającego przedstawione w SIWZ oraz daje podstawę do zapewnienia realizacji badań prowadzonych przez Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa na najwyższym poziomie z wykorzystaniem najnowszych technologii i metod badań, a także gwarantuje spełnienie najwyższych wymogów w zakresie bezpieczeństwa krwiodawstwa,

W dniu 28 sierpnia 2009 roku ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty podniesione w proteście, przy czym zarzut niezgodności oferty Johnson&Johnson Sp. z o.o. z swiz ograniczył do:

- 1) braku kontroli międzynarodowych
- 2) niedoszacowania ilości testów w ofercie.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty przystępującego i odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły bowiem dwie oferty, w związku z czym ewentualne uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty przystępującego spowodowałoby udzielenie zamówienia odwołującemu się.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa testów do badania markerów wirusów przenoszonych drogą krwi, tj. testów wirusologicznych HbsAg z testami potwierdzenia, testów wirusologicznych anty HIV 1/2 do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, „cito” oraz materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych wraz z dzierżawą aparatury niezbędnej do automatycznego wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów dla liczby 2 358 500 donacji wraz z podłączeniem aparatury do posiadanego przez poszczególne Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa systemu komputerowego.

Zgodnie z pkt 1.2.2 siwz pod pojęciem „wykonania badań dla jednej donacji” należy rozumieć wykonanie niezbędnych czynności na aparaturze badawczej do momentu uzyskania ostatecznego wyniku dla identyfikowalnej donacji na podstawie numeru zgodnego ze standardem ISBT 128, z uwzględnieniem wykonania badań powtórkowych w przypadku wyników reaktywnych w pierwszym badaniu.

Stosownie zaś do treści pkt 8.1 siwz do obowiązków wykonawcy należy dostarczenie do RCKiK trzech rodzajów testów wirusologicznych z koniecznymi materiałami kalibracyjnymi i kontrolnymi (o ile nie są zawarte w zestawie testów) do jednoczesnego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych, „cito” i materiałów zużywalnych w ilości niezbędnej do przebadania 2 358 500 donacji.

Przystępujący w niniejszym postępowaniu zaoferował testy HbsAg w ilości 2 474 000 szt., testy Anty HCV w ilości 2 434 000 sztuk oraz testy Anty HIV 1/2 w ilości 2 434 000 szt.

W ocenie odwołującego się przystępujący zaoferował testy anty HCV w ilości zaniżonej o 6 589 szt. i testy anty HIV w ilości zaniżonej o 24 257 szt.

Odwołujący się zarzut zaniżenia ilości testów oparł o sporządzoną przez siebie kalkulację ilości testów, gdzie przyjął, że przystępujący zaoferował 36 sztuk analizatorów. Z pism procesowych odwołującego się oraz z oświadczenia złożonego na rozprawie wynika, iż

założenie co do ilości analizatorów przyjął na podstawie zaoferowanej przez przystępującego wartości dzierżawy brutto.

Słuszność przeprowadzonej przez siebie analizy odwołujący się poparł opinią konsultanta krajowego w dziedzinie diagnostyki laboratoryjnej prof. dr. hab. Jana K.

Rozpoznając powyższy zarzut Izba ustaliła, że w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie sprecyzował wymogu podania liczby zaoferowanych analizatorów. Wykonawcy mieli jedynie obowiązek podać w ofercie cenę za dzierżawę sprzętu. Zarówno przystępujący, jak i odwołujący się nie podali w swych ofertach liczby zaoferowanych aparatów.

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z pkt 1.2.1 siwz celem zamówienia jest między innymi dzierżawa aparatury niezbędnej dla wykonania badań dla 2 358 500 donacji. Zgodnie z pkt 8.2 siwz wykonawca obowiązany jest dostarczyć do 15 RCKiK komplet automatycznej aparatury, przy czym – zgodnie z pkt 8.3.8.4 siwz – pod pojęciem „kompletu aparatury” zamawiający rozumiał zestaw w pełni automatycznych aparatów. Zamawiający pozostawił tu swobodę decyzji dla wykonawców co do ilości analizatorów i nie miał obowiązku domyślenia się czy też wyliczenia tej ilości.

Skoro zaś zamawiający nie wymagał od wykonawców podania ilości analizatorów, nie mógł i nie był obowiązany do dokonywania kalkulacji odpowiedniej ilości testów opierając się na danych, których nie posiadał. Sam odwołujący się przyznał, że przyjęta przez niego w kalkulacji liczba analizatorów zaoferowanych przez przystępującego w ilości 36, wynika z przeprowadzonej przez niego analizy ceny brutto za dzierżawę sprzętu, nie zaś z danych podanych wprost w ofercie.

Zabezpieczeniem interesów zamawiającego jest w tym wypadku nałożony na wykonawcę przedmiotu zamówienia obowiązek wynikający z pkt 3.4 siwz, zgodnie z którym jeżeli dostarczona przez wykonawcę na wnioskowaną przez zamawiającego liczbę donacji ilość (lub jakość) testów wirusologicznych i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych okaże się niewystarczająca to wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia (na swój koszt) brakującej ilości testów oraz ww. materiałów w ciągu 72 godzin od pisemnego zgłoszenia ich braku przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu nie wyspecyfikowania w ofercie materiału do wykonywania kontroli zewnętrznej Izba wskazuje, że w żadnym miejscu siwz zamawiający nie wymagał od wykonawców wyspecyfikowania materiału do kontroli zewnętrznej. Natomiast zgodnie z pkt 7.1 siwz cena zaoferowana przez wykonawców musiała obejmować wszelkie koszty i obciążenia powstające w wyniku realizacji przedmiotu umowy i musiała zostać obliczona na podstawie wyliczonych kosztów wykonania badania dla jednej donacji pomnożonych przez 2 358 500 donacji. Koszt wykonania badania dla jednej donacji, stosownie do pkt 7.2 siwz

musiał uwzględniać konieczność wykonania niezbędnych kalibracji, kontroli i walidacji, zużycia wszystkich niezbędnych odczynników, materiałów zużywalnych, kontrolnych i kalibracyjnych. Koszt wykonania badania dla jednej donacji musiał uwzględniać również koszt obowiązkowej kontroli zewnętrznej.

Na cenę całkowitą brutto oferty, zgodnie z pkt. 4.2 siwz, składały się: cena całkowita brutto testów wirusologicznych potrzebnych do przebadania 2 358 500 donacji, cena całkowita brutto za okres 36 miesięcznej dzierżawy aparatury i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, **kontrolnych**, potrzebnych do przebadania 2 358 500 donacji.

Ponadto, w myśl pkt. 8.1.1 siwz, wykonawca był zobowiązany do dostarczenia do RCKiK wraz z testami m.in. materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, **kontrolnych**, w ilości niezbędnej do przeprowadzenia badań przy pomocy dostarczonych ilości testów.

Wskazane wyżej postanowienia siwz jednoznacznie wskazują, że wykonawcy składając ofertę zobowiązali się do dostarczenia również materiałów do wykonania obowiązkowej kontroli zewnętrznej. Wykonawca Johnson&Johnson ponadto w swej ofercie zawarł oświadczenie, z którego wynika, iż zaoferował również materiały kontrolne. Tym samym zarzut nie uwzględnienia w ofercie przystępującego materiałów kontrolnych należy uznać za chybiony.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 zd. 1 i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....