

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez odwołującego **Konsorcjum: Alab Laboratoria Sp. z o.o., Bio-Diagnostyka Sp. z o.o., 00 – 739 Warszawa. Ul. Stępińska 22/30** od czynności zamawiającego **Szpital Specjalistyczny w Zabrze, 41 – 800 Zabrze, ul. M.C. Skłodowskiej 10,**

przy udziale wykonawcy **Dr n. med. Teresa Fryda Laboratorium Medyczne Sp. z o.o., 40 – 064 Katowice, ul. Mikołowska 53** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Alab Laboratoria Sp. z o.o., Bio-Diagnostyka Sp. z o.o., 00 – 739 Warszawa. Ul. Stępińska 22/30 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Alab Laboratoria Sp. z o.o., Bio-Diagnostyka Sp. z o.o., 00 – 739 Warszawa. Ul. Stępińska 22/30.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 329 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Konsorcjum: Alab Laboratoria Sp. z o.o., Bio-Diagnostyka Sp. z o.o., 00 – 739 Warszawa. Ul. Stępińska 22/30** na rzecz

Szpital Specjalistyczny w Zabrze, 41 – 800 Zabrze, ul. M.C. Skłodowskiej 10,
stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika
oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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 zmianami) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Specjalistyczny w Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie diagnostyki laboratoryjnej i mikrobiologii oraz prowadzenie punktu dystrybucji krwi wraz z wynajmem pomieszczeń.

W dniu 18.03.2011 Zamawiający doręczył Odwoływającemu informację o odrzuceniu jego oferty. Z takim rozstrzygnięciem i argumentacją nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i 3, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, art. 89 ust.1 pkt.2 poprzez bezpodstawne dokonanie odrzucenia oferty Odwoływającego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwoływającego, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwoływającego.

Przede wszystkim Odwołujący zaznaczył, że proponowane przez niego w ofercie w spornych pozycjach metody są równoważne do tych, które wskazał Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ (formularzu cenowym). Odwołujący twierdził, iż każda z proponowanych przez niego metod jest zgodna z Dobrą Praktyką Laboratoryjną oraz spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 stycznia 2009r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych (Dz. U. 2009 nr 22 poz. 128).

W zakresie proponowanych metod, Odwołujący przedstawił następujące zarzuty:

1) Odwołujący podkreślał, że proponowana przez niego (w pozycji 182 Załącznika nr 1 do SIWZ dotyczącej badania w grupie immunodiagnostyka „GBM-błona podstawna „kłębuszk”) metoda EIA jest równoważna do metody immunofluorescencji pośredniej (wskazanej w ww. pozycji przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ) i oparta jest analogicznie jak metoda immunofluorescencji pośredniej na reakcji immunochemicznej specyficznego przeciwciała do wykrywanego antygenu. W zakresie proponowanej przez Odwoływającego metody Odwołujący wskazał na poniżej przedstawione cechy. W proponowanej przez Odwoływającego metodzie EIA do odczytu reakcji stosuje się detekcję przy użyciu fotometru a wyniki odnosi się do wartości wzorców kalibracyjnych. Poprawność odczytów weryfikowana jest przy pomocy odczytów kontroli wewnętrznych. W metodzie immunofluorescencji

pośredniej do odczytu wykorzystuje się subiektywny odczyt w mikroskopie UV i jest to tylko wynik jakościowy. Proponowana metoda EIA służy do półilościowego oznaczania przeciwciał. Wyniki uzyskane tą metodą niosą te same informacje co uzyskane metodą immunofluorescencji pośredniej. Nie ma w piśmiennictwie fachowym standardów ani zaleceń eksperckich wskazujących metodę immunofluorescencji pośredniej jako metodę referencyjną do oznaczania przeciwciał przeciw błonie podstawnej kłębuszków nerkowych. Dla oznaczenia GBM - błona podstawna kłębuszków nerkowych nie ma międzynarodowej standaryzacji jednostek.

2) Odwołujący podniósł także, iż zaproponowana przez niego (w pozycji 265 Załącznika nr 1 do SIWZ dotyczącej badania w grupie infekcje „Profil EBV IgG/IgM”) metoda ELISA jest metodą równoważną do metody immunofluorescencji pośredniej (wskazanej przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ). Proponowana metoda ELISA od oznaczania przeciwciał anty EBV w klasie IgM i IgG oparta jest analogicznie jak metoda immunofluorescencji pośredniej na reakcji immunochemicznej specyficznego przeciwciała do wykrywanego antygenu. W zakresie proponowanej przez Odwołującego metody Odwołujący wskazał na poniżej przedstawione cechy. W proponowanej przez Odwołującego metodzie ELISA do odczytu reakcji stosuje się detekcję przy użyciu fotometru a wyniki odnosi się do wartości wzorców kalibracyjnych. Poprawność odczytów weryfikowana jest przy pomocy odczytów kontroli wewnętrznych. W metodzie immunofluorescencji pośredniej do odczytu wykorzystuje się subiektywny odczyt w mikroskopie UV i jest to tylko wynik jakościowy. W ocenie Odwołującego wyniki uzyskane metodą ELISA zawierają te same informacje co badania wykonane metodą immunofluorescencji pośredniej. Nie ma w piśmiennictwie fachowym standardów ani zaleceń eksperckich wskazujących metodę immunofluorescencji pośredniej jako metodę referencyjną do oznaczania profilu przeciwciał anty EBV w klasie IgM i IgG. Ze względu na złożoności między odpowiedzią chorego a objawami klinicznymi monitorowanie zmian w poziomach przeciwciał przeciwko wirusowi EBV może pomóc w rozpoznaniu zakażenia. Dla oznaczenia przeciwciał anty EBV w klasie IgM i IgG nie ma międzynarodowej standaryzacji jednostek. 3.

3) Odwołujący podnosił, iż zaproponowana przez niego w pozycji 345 Załącznika nr 1 do SIWZ dotyczącej badania w grupie serologia „Grupa krwi + Alloprzeciwiła odporność” metoda próbówkowa do wykrywania grupy krwi i wykrywania alloprzeciwciał odpornościowych jest metodą równoważną do metod kolumnowych (wskazanej przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ). Odwołujący zaznaczył, iż metody próbówkowe są sprawdzone i zatwierdzone do użytku pracowniach serologii medycznych laboratoriów diagnostycznych, są metodami powszechnie stosowanymi w Pracowniach Konsultacyjnych Regionalnych Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa. Wyniki grup krwi i alloprzeciwciał będą sformułowane analogicznie jak wyniki z metod kolumnowych, to jest zgodnie z

przepisami IHiT. Zamawiający nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Odwoływającego. Wymagał, aby przedmiotowe badanie zostało wykonane „mikrometodą kolumnową”. Jak wyjaśnił Zamawiający, „Mikrometoda kolumnowa” należy do metod półautomatycznych lub automatycznych w zależności od zastosowanej aparatury (sprzętu) laboratoryjnej, na którym wykonywane jest badanie. Metoda „manualna” nie jest takiego rodzaju metodą.

4) Odwoływający podnosił, iż zaproponowana przez niego (w poz. 362 Załącznika nr 1 do SIWZ dotyczącej badania w grupie żółtaczk „Test potwierdzenia HCV Ag”) metoda PCR jest równoważna z metodą immunoblotingu (wskazanej przez Zamawiającego). W zakresie proponowanej przez Odwoływającego metody Odwoływający wskazał na poniżej przedstawione cechy. Test PCR jest testem potwierdzenia aktualnej obecności wirusa HCV w surowicy lub osoczu pacjenta. Test PCR jest testem biologii molekularnej opartym o polimerazową reakcję łańcuchową. Reakcja PCR jest w chwili obecnej jest metodą o największej swoistości i czułości analitycznej i jest aktualnie jedynym zalecanym sposobem weryfikacji obecności materiału genetycznego wirusa HCV (HCV Ag) czyli aktualnego zakażenia. Wyniki uzyskiwane metodą PCR mogą mieć charakter jakościowy lub ilościowy. Testy PCR są wykorzystywane jako ostateczne testy weryfikujące zakażenie wirusem HCV w Pracowniach Regionalnych Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa dla dawców krwi.

5) Odwoływający w poz. 194, 195, 247, 251, 252 Załącznika nr 1 do SIWZ zaproponował metodę „ELISA”. Zamawiający wymagał, aby przedmiotowe badania zostały wykonane metodą „ELISA ilościowa”. Zdaniem Zamawiającego metoda „ELISA” bez określenia wykonania ilościowego wskazuje na metodę „jakościową”. Odwoływający podnosił, iż zaproponowana przez niego metoda ELISA nie jest metodą jakościową. W ocenie Odwoływającego, Zamawiający w sposób niewłaściwy dzieli metody ELISA.

Do niniejszego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca - Dr n. med. Teresa Fryda Laboratorium Medyczne Sp. z o.o.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwoływający, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż Zamawiający opracował formularz cenowy stanowiący załącznik numer 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Załącznik ten zawierał szczegółowy zakres świadczeń wraz z ich kodem, ceną, terminem wykonania, czasem wykonania, metodą wykonania badań wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. W formularzu tym Zamawiający dla wielu badań określił metodę jako „zalecana” – pozostawiając wykonawcom swobodę co do wyboru i zaproponowania metody wykonania określonego badania. W zakresie metody zalecanej, wymagał jedynie (zgodnie z punktem 1.29 załącznika nr 10 do SIWZ), aby proponowana (zalecana) przez Wykonawcę metoda, spełniała następujące wymagania: jej wynik jest podany w jednostkach międzynarodowych lub SI, jest zgodna z Dobrą Praktyką Laboratoryjną oraz spełnia wymogi Rozporządzenia ministra Zdrowia z dnia 21 stycznia 2009 r. zmieniającego Rozporządzenie w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych (Dz. U. z 2009 r. nr 22 poz. 128). W wielu przypadkach formularza – załącznika numer 1 do SIWZ - Zamawiający wpisał jednak konkretną metodę, jakiej oczekiwał od Wykonawców. Zamawiający w punkcie 1.28 SIWZ wymagał, aby Wykonawcy wypełniając załącznik nr 1 zaoferowali metodę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w tym załączniku lub „metodę równoważną”. Wątpliwości co do treści przedmiotowej SIWZ w zakresie możliwości stosowania innych metod zostały przez Zamawiającego rozstrzygnięte na etapie odpowiedzi na pytania. Zamawiający jednoznacznie określił, że w pozycji załącznika, w której podana została konkretna metoda, oznacza to metodę wymaganą. W innych przypadkach (nie wskazania przez Zamawiającego konkretniej metody) oznacza to metodę zalecaną, w stosunku do której spełnione powinny być wymagania opisane w punkcie 1.29. załącznika nr 10 do SIWZ. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie miała charakter uściślający i modyfikujący dotychczasowe zapisy SIWZ. Z powyższej odpowiedzi Zamawiającego wynika, iż wyłącznie w przypadku wskazanych metod jako zalecanych możliwe jest stosowanie innych metod niż wyraźnie wskazane w treści SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, iż żaden z wykonawców nie wniósł środków ochrony prawnej w stosunku do tak sformułowanej treści SIWZ. Oznacza to, że wykonawcy akceptowali taką zmianę treści SIWZ i ją rozumieli.

Jak ustaliła Izba, wskazanie przez Zamawiającego konkretnych metod diagnostycznych jako wymaganych, uzasadnione było ich komplementarnością w stosunku do innych metod. Zamawiający w celu zapewnienia sobie prawidłowej diagnostyki dążył do uzyskania możliwości dokonywania takich badań diagnostycznych, których wyniki wzajemnie by się uzupełniały. Jak wykazał Zamawiający, metody zaproponowane przez Odwołującego nie zapewniają w pełni tej możliwości, np. proponowany przez Zamawiającego test

immunoblotingu oraz metoda PCR stosowane są wymiennie. Jednakże Zamawiający metody PCR określił dla badań w poz. 318 – 323 załącznika nr 1 do SIWZ. Dlatego też w odniesieniu do potwierdzenia HCV Ag określił jako wymagany test immunoblotingu, aby wykluczyć fałszywość wyników na etapie potwierdzenia obecności wirusa w procesie diagnozowania pacjenta. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż zróżnicowanie metod ma znaczenie, przede wszystkim ma na celu uzyskanie precyzyjniejszych danych. Zatem przypisanie poszczególnych metod dla określonych badań przez Zamawiającego ma znaczenie z punktu widzenia racjonalności prowadzonych badań i pewności wyników.

Skoro Zamawiający w jednym formularzu dopuścił metody zarówno EIA i immunofluorescencji pośredniej (co do których Odwołujący wykazywał, że są równoważne), gdzie każda z nich została przypisana do różnych badań, to oznacza, że są to metody, które dla Zamawiającego mają inne znaczenie. A więc zaproponowanie metody EIA w miejscu, gdzie Zamawiający wymagał metody immunofluorescencji pośredniej nie spełnia wymagań Zamawiającego. Gdyby rozwiązanie to było równoważne, to Zamawiający w miejscu gdzie wymagał metody immunofluorescencji pośredniej zapisałby metoda zalecana lub metoda EIA. Należy mieć na uwadze, iż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i z pewnych określonych względów zastosowanie konkretnych metod przy konkretnych badaniach ma dla niego znaczenie.

Wobec powyższego należało uznać, iż zaproponowanie przez Odwołującego metod innych niż wymagane przez Zamawiającego powoduje, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż Odwołujący zaproponował metodę Elisa jakościową w pozycjach 194, 195, 247, 251, 252 Załącznika nr 1 do SIWZ, w których Zamawiający wymagał zastosowania metody Elisa ilościowej. Fakt, iż Odwołujący nie zapisał w ww. pozycjach „Elisa ilościowa”, a wpisał jedynie „Elisa” nie oznacza wprost, iż Odwołujący zaproponował metodę „Elisa jakościową”. Wobec braku doprecyzowania nie można w sposób jednoznaczny, niewątpliwy stwierdzić, iż Odwołujący zaproponował inną metodę niż wymagana. Jednakże wobec faktu, iż oferta ze względu na powyżej wskazane okoliczności podlega odrzuceniu, Zamawiający nie ma obowiązku zwracania się do Odwołującego o wyjaśnienia w powyższym zakresie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....