

Sygn. akt: KIO/UZP 65/08

**WYROK
z dnia 12 lutego 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Morski im. PCK, Gdynia, ul. Powstania Styczniowego 1** protestu z dnia 04.01.2008r.

przy udziale **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., Warszawa, ul. Postępu 18A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dzierżawę analizatora immunodiagnostycznego wraz z dostawą odczynników, Zamawiający przekazał, w dniu 28.12.2007r. faksem, informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

W dniu 04.01.2008r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. złożyła protest, zarzucając Zamawiającemu **naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp, oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta spółki Abbott Laboratories Poland nie spełnia warunku granicznego, wskazanego w Załączniku nr 3 pkt 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), tj.: „Odczynniki, kalibratory i kontrole w stanie ciekłym, gotowe do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania” ponieważ, co Odwołujący opisał na przykładzie odczynnika TSH, wymagają długotrwałej wstępnej procedury przygotowania, polegającej między innymi na wymieszaniu, 30-krotnym odwróceniu buteleczki z mikrocząsteczkami, wzrokowym sprawdzeniu zawartości buteleczki, zdjęciu i usunięciu nakrętki. W ocenie Odwołującego dany odczynnik winno się wyjąć z opakowania i włożyć do analizatora.

Odwołujący zarzucił także podanie przez spółkę Abbott Laboratories Poland nieprawdziwych informacji dotyczących parametrów, wskazanych w Załączniku nr 4, tj.:

1. zakresu liniowości dla testu β - HCG (bez rozcieńczenia),
2. wykonywania testu potwierdzenia dla antygeny HBs przy użyciu innego odczynnika niż antygen HBs,
3. czasu wykonania oznaczeń troponiny,
4. niedoszacowania oferowanych ilości opakowań odczynników BNP, CA 125, Kortyzol, PTH, Rubelka IgG, Toxo IgG i anty –TPO.

Odnosnie zakresu liniowości dla testu β - HCG (bez rozcieńczenia) Odwołujący wskazał, że Zamawiający punktował zakres od 0 do 15.000 mIU/ml. Spółka Abbott Laboratories Poland wpisała „TAK” jako spełnienie warunku, podczas gdy oferowany test Architekt beta -HCG posiada czułość analityczną 1,2 mIU/ml, a więc zakres liniowości wynosi 1,2 – 15 000 mIU/ml.

Na potwierdzenie swojego stwierdzenia wskazał zapis na str. 6 ulotki wykonawczej testu, który podaje, że czułość analityczna tego testu wynosi 1,2 mIU/ml i jest to najniższe mierzalne stężenie całkowite β -hCG, które może zostać odróżnione od wartości zerowej.

Konkludując Odwołujący stwierdził, że oferta winna otrzymać w tym zakresie 0 pkt.

Odnosnie wykonywania testu potwierdzenia dla antygeny HBs przy użyciu innego odczynnika niż antygen HBs, Odwołujący wskazał, że spółka Abbott Laboratories Poland wpisała „TAK” jako spełnienie warunku, podczas gdy oferowany test Architekt HBsAg jest tym samym odczynnikiem w sensie składu i komponentów, który wchodzi w skład testu potwierdzenia HBsAg, tyle, że jest inaczej konfekcjonowany.

Na potwierdzenie swojego stwierdzenia wskazał zapis ze str. 2 ulotek wykonawczych testu HBsAg i HBsAg Confirmatory, z których, w ocenie Odwołującego, wynika, że w obu tych

zestawach odczynnikowych używane są te same odczynniki. Konkludując Odwołujący stwierdził, że oferta winna otrzymać w tym zakresie 0 pkt.

Oдноśnie czasu wykonania oznaczeń troponiny, Odwołujący wskazał, że spółka Abbott Laboratories Poland wpisała „TAK” jako spełnienie warunku, podając czas 16 minut, ale nie potwierdzając tego w ulotce wykonawczej testu i innych załączonych materiałach. Odwołujący podniósł, że w rzeczywistości oferowany test Architekt Tnl STAT jest wykonywany przez 18 minut, co wynika z materiałów spółki. Konkludując Odwołujący stwierdził, że oferta winna otrzymać w tym zakresie 0 pkt.

Oдноśnie niedoszacowania oferowanych ilości opakowań odczynników BNP, CA 125, Kortizol, PTH, Rubella IgG, Toxo IgG i anty –TPO, Odwołujący wskazał, że podane przez spółkę Abbott Laboratories Poland ilości testów na kalibrację nie są wystarczające do prawidłowego stosowania odczynników i wykonywania badań, biorąc pod uwagę częstotliwość kalibracji testów, praktykę laboratoryjną i specyfikę oferowanego analizatora Architekt. W konsekwencji, jak podniósł Odwołujący nastąpiło zaniżenie ilości oferowanych odczynników i zaniżenie całej oferty spółki Abbott Laboratories Poland.

Pismem z dnia 11.01.2008r., przekazany Odwołującemu faksem w tym samym dniu, z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego częściowe uwzględnienie, częściowe oddalenie. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie podania przez Abbott Laboratories Poland nieprawdziwych informacji dotyczącej zakresu liniowości dla testu β -hCG (bez rozcieńczenia).

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu:

Oдноśnie oddalenia zarzutu, że odczynniki, kalibratory i kontrole w stanie ciekłym nie są gotowe do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania, Zamawiający stwierdził, że pojęcie „wstępne przygotowanie” należy odróżnić od sprawdzenia jakości odczynnika z przyjętymi w tym zakresie procedurami, mającymi na względzie zachowanie zasad bezpieczeństwa i pewności, że użyty odczynnik spełnia wszelkie wymagania. Zamawiający podkreślił, że odczynniki oferowane przez spółkę Abbott Laboratories Poland nie wymagają rozpuszczenia liofilizatów ani przelewania zawartości jednej butelki do drugiej. Wyjaśnił, że większość odczynników stosowanych w diagnostyce laboratoryjnej wymaga ogrzania do odpowiedniej temperatury, mieszania, zdejmowania korków lub osłonek itp., albo na pokładzie analizatora albo poza nim i nie jest to traktowane jako wstępne przygotowanie.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w trakcie postępowania zapytał o ten parametr, rozumiejąc i interpretując właściwie sens pkt 17 parametrów granicznych.

Oдноśnie wykonywania testu potwierdzenia dla antygeny HBs przy użyciu innego odczynnika niż antygen HBs, Zamawiający podniósł, że test potwierdzenia HBsAg jest odrębnym testem niż test przesiewowy HBsAg, który wymaga użycia niektórych odczynników używanych również w teście przesiewowym, co nie oznacza, że jest to taki sam test.

Oдноśnie czasu wykonania oznaczeń troponiny, Zamawiający wskazał na dowód jego bezzasadności ulotkę „Architekt/2000/i2000SR/ci8200 Immunoassay Menu June 2007”.

Oдноśnie niedoszacowania oferowanych ilości opakowań odczynników BNP, CA 125, Kortizol, PTH, Rubella IgG, Toxo IgG i anty –TPO, Zamawiający podniósł, że wg jego analizy oszacowanie oferowanych ilości opakowań jest właściwe.

W dniu 16.01.2008r., pismem z tego samego dnia, doręczonym do UZP, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie tych samych przepisów i żądając nakazanie Zamawiającemu dokonania tych samych czynności, jak w proteście oraz powtarzając argumentację tam zawartą.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zarzut o niespełnieniu przez spółkę Abbott Laboratories Poland warunku granicznego, wskazanego w Załączniku nr 3 pkt 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), tj.: „Odczynniki, kalibratory i kontrole w stanie ciekłym, gotowe do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania” skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Skład orzekający Izby podzielił w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że „wstępne przygotowanie” należy odróżnić od sprawdzenia jakości odczynnika z przyjętymi w tym zakresie procedurami, mającymi na względzie zachowanie zasad bezpieczeństwa i pewności, że użyty odczynnik spełnia wszelkie wymagania, a także stanowisko Przystępującego, że przyjmując sposób rozumienia „gotowości do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania”, zaprezentowany przez Odwołującego, również jego oferta winna

zostać odrzucona z tego choćby powodu, że próbki od pacjentów, kalibratory oraz surowice kontrolne muszą zostać wstępnie przygotowane poprzez doprowadzenie ich do temp. 20-25 st. C.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie sposób wyobrazić sobie użycie jakiegokolwiek odczynnika bez wykonywania jakichkolwiek czynności przygotowawczych. Z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 4 (pismo z dnia 26.11.2007r.) wynika, że dopuścił on liofilizatory jedynie w odniesieniu do części kontroli i kalibratorów i że to ta cecha w kontekście wymogu gotowości do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania, miała dla Zamawiającego zasadnicze znaczenie.

Zarzut podania przez spółkę Abbott Laboratories Poland nieprawdziwych informacji, dotyczących wymogów zawartych w Załączniku nr 4 pkt 7, tj. wymogu wykonywania testu potwierdzenia dla antygeny HBs przy użyciu innego odczynnika niż antygen HBs, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował i nie zawęził sposobu rozumienia sformułowania „przy użyciu innego odczynnika niż antygen HBs”, w szczególności nie podał jakiego rodzaju odmienność ma na myśli, a skoro tak, to uznać należy, że każda odmienność odczynnika użytego w teście przesiewowym i teście potwierdzenia będzie spełnieniem tego wymogu. W przypadku odczynników zaoferowanych przez spółkę Abbott niewątpliwie z tak rozumianą odmiennością mamy do czynienia, ponieważ, co wynika z przedłożonych na rozprawie instrukcji dotyczących testu HBsAg oraz testu potwierdzenia HBsAg, w teście potwierdzenia ową odmienność w stosunku do testu przesiewowego stanowi obróbka wstępna zawierająca rekalcynowane ludzkie osocze.

Wobec powyższego za nieuprawnione należy uznać stwierdzenia o nieprawdziwości oświadczenia spółki Abbott w tym zakresie.

Zarzut podania przez spółkę Abbott Laboratories Poland nieprawdziwych informacji, dotyczących wymogów zawartych w Załączniku nr 4 pkt 8, tj. wymogu wykonania oznaczeń troponiny w czasie 16 minut lub poniżej, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Odwołujący i Przystępujący przedłożyli materiały dotyczące tego samego urzędnika, ale zawierające różne dane co do spornego parametru. Ulotka przedłożona przez Odwołującego dotycząca urzędnika Architekt pochodzi z 2005 roku, zaś materiał przedłożony przez Przystępującego („Architekt/2000/i2000SR/ci8200 Immunoassay Menu June 2007”) pochodzi z 2007 roku, ale jest sporządzony w języku angielskim, a zatem, wobec konieczności posługiwania się na rozprawie wyłącznie dokumentami w języku polskim lub ich tłumaczeniami, poświadczonymi przez tłumacza przysięgłego (par. 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 02.10.2007r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U Nr 187, poz. 1327)), nie może stanowić dowodu w sprawie.

Z ulotki z 2005 roku, przedłożonej przez Odwołującego wynika, że czas wyznaczenia troponiny wynosi 18 minut. Jednocześnie jednak Odwołujący przedłożył, pochodzące z 2007 roku, fragmenty instrukcji obsługi urządzenia Architekt w języku angielskim, które to fragmenty w niewielkiej tylko części zostały przetłumaczone na język polski. Z tekstu tego w żaden sposób nie można wywieść, że wskazany w nich czas 18 minut odnosi się do troponiny.

Biorąc pod uwagę szybki rozwój rynku urządzeń medycznych oraz dążenie firm do ulepszania swoich produktów, w tym spółki Abbott, co zresztą podkreślił Przystępujący na rozprawie, skład orzekający Izby nie uznał za wiarygodny dowód z ulotki pochodzącej z roku 2005. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę także tę okoliczność, że w przypadku potwierdzenia spełniania wymogu określonego w Załączniku nr 4 pkt 8, Zamawiający nie wymagał, jak uczynił to dla pkt 3 – 6, załączenia jakichkolwiek materiałów firmowych, czy ulotek. Decydującym miało zatem być oświadczenie wykonawców w tym zakresie.

Wobec powyższego za nieuprawnione należy uznać stwierdzenia o nieprawdziwości oświadczenia spółki Abbott w tym zakresie.

Zarzut niewłaściwego obliczenia przez spółkę Abbott Laboratories Poland oferowanych ilości opakowań odczynników BNP, CA 125, Kortizol, PTH, Rubella IgG, Toxo IgG i anty –TPO poprzez zaniżenie ilości testów koniecznych do wykonania kalibracji, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że spółka Abbott niewłaściwie obliczyła ilość opakowań odczynników. Tymczasem Odwołujący nie poparł swojego twierdzenia żadnymi dowodami.

Wobec podania przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SIWZ jedynie szacunkowych ilości opakowań, co wynika z par. 1 ust. 2 pkt 1 zdanie drugie SIWZ, oraz wobec nienarzucenia przez Zamawiającego szczegółowych reguł w zakresie obliczania ilości tych opakowań, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie dokonania tych obliczeń odpowiednio do specyfikacji urządzenia i odczynników, oferowanych przez poszczególnych wykonawców.

Z analizy ofert Odwołującego i Przystępującego wynika, że ilości opakowań odczynników, zaoferowane przez Przystępującego i Odwołującego były takie same w przypadku BNP, Kortizol, Rubella IgG, Toxo IgG i anty –TPO, niższe w przypadku Odwołującego w odniesieniu do iPTH, niższe w przypadku Przystępującego w odniesieniu do CA 125.

Przystępujący, podobnie jak Odwołujący skorzystał z nadanej mu przez Zamawiającego swobody w zakresie zaoferowania obliczonej przez siebie ilości opakowań i nie sposób czynić z tego zarzut Przystępującemu.

Wobec powyższego, za nieuprawnione należy uznać stwierdzenia o nieprawdziwości oświadczenia spółki Abbott w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty spółki Abbott Laboratories Poland na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*