

Sygn. akt: KIO/UZP 1815/09

WYROK
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski w Sosnowcu, ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec** protestu z dnia 4 listopada 2009 roku.

przy udziale wykonawcy **Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., ul. Emili Plater 53, 00-113 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa 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 uiszczanego przez **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa.**

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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej „Szpital Miejski” w Sosnowcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawę odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą aparatów do wykonywania badań, dostawę części zużywalnych do analizatorów oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2009 r. 2009 /S 153 - 223310.

Pismem z dnia 4 listopada 2009 roku wykonawca – Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. złożył protest wobec czynności zamawiającego z dnia 2 listopada 2009 roku polegającej na wyborze oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1- dostawa odczynników do badań biochemicznych wraz z dzierżawą 2 analizatorów.

Wykonawca zarzucił zaniechanie czynności odrzucenia oferty Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu wykonawca wskazał, że oferta złożona przez Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. nie zawiera wszystkich czynników cenotwórczych, przez co wskazuje niedoszacowanie na kwotę 75 708, 57 zł. Wykonawca przytoczył postanowienia siwz, znajdujące się w załączniku 4.1 „Formularz asortymentowo - cenowy” i podniósł, że oferta złożona przez Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. dla obydwu analizatorów podaje proponowane ilości, które stoją w sprzeczności w przywołanymi wymogami siwz.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 5 listopada 2009 roku wykonawca Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. zgłosił w dniu 9 listopada 2009 roku swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania protestacyjnego wywołanego

wniesieniem protestu Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., wnosząc o jego oddalenie. Przystąpienie do postępowania protestacyjnego zostało zgłoszone w ustawowym terminie, który z uwagi na to, że 8 listopada 2009 roku był dniem wolnym od pracy upływał w dniu 9 listopada.

W przystąpieniu wskazał, że kalkulując ilość odczynników, uwzględniając ich trwałość na pokładzie analizatora, wziął pod uwagę rozwiązania techniczne w analizatorze ADVIA 1200, który zarządza odczynnikami w taki sposób, że każda porcja wstawiona do aparatu zostaje zmierzona i wyliczana jest na tej podstawie ilość testów możliwych do wykorzystania z danej porcji, co pozwala na optymalizację wykorzystania odczynników. Oprogramowanie monitoruje stabilność odczynnika (porcji odczynnika) na pokładzie i informuje o ewentualnym przekroczeniu terminu trwałości odczynnika w analizatorze. Pozostała część zestawu odczynnikowego zamknięta i umieszczona w odpowiedniej dla danego odczynnika temperaturze pozostaje stabilna do daty ważności umieszczonej na opakowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2009 roku protest Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. uwzględnił, stwierdzając, że w oparciu o warunki graniczne dla odczynników, trwałość odczynnika na pokładzie analizatora (pkt 2, 8 i 9) – zaoferowano zbyt małą ilość odczynnika w pozycjach: białko (brak 2 opakowań), mocznik (brak 7 opakowań), ALP (brak 30 opakowań), CPK (brak 4 opakowań), TIBC (brak 136 opakowań), wapń (brak 5 opakowań), magnez (brak 21 opakowań), albumina (brak 2 opakowań).

Zamawiający stwierdził, że w żadnym z załączonych materiałów do oferty nie znaleziono informacji o możliwości dzielenia odczynnika na mniejsze części. Ponadto zamawiający wskazał na podtrzymany zapis siwz, gdzie podał, że „nie ujęcie jakiegokolwiek elementu niezbędnego do wykonania badania lub ujęcie niedostatecznej ilości skutkować będzie dostarczeniem brakujących składników na koszt wykonawcy w ciągu całego trwania umowy”.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o uwzględnieniu odwołania, w dniu 3 grudnia 2009 roku Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. (dalej odwołujący), będący uczestnikiem postępowania protestacyjnego, wniósł odwołanie wnosząc o jego uwzględnienie przez oddalenie protestu Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. i utrzymanie w mocy decyzji o wyborze oferty odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 grudnia 2009 roku.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział pismem z dnia 15 grudnia 2009 roku wykonawca – Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, a także biorąc pod uwagę stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Złożone środki ochrony prawnej dotyczą pakietu nr 1 przedmiotowego zamówienia, obejmującego dostawę odczynników do badań biochemicznych wraz z dzierżawą 2 analizatorów. Zamawiający wymaga dostarczenia analizatorów w terminie 15 dni od daty zawarcia umowy, zaś dostawa odczynników i pozostałego asortymentu będzie odbywać się sukcesywnie przez okres do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy lub wyczerpania wartości umowy. Odnośnie pakietu nr 1 przewiduje się dzierżawę analizatora wraz z dostawą odczynników o wartości brutto nie mniejszej niż 760 000 zł.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji dla pakietu nr 1 zamawiający określił w załączniku nr 4.1 do siwz, gdzie podał przewidywaną ilość badań do wykonania w okresie 36 miesięcy. Obowiązkiem wykonawców, składających oferty było podanie w kolejnych kolumnach tabeli załącznika 4.1 siwz: numeru katalogowego, wielkości opakowania, ilości testów w jednym opakowaniu, ilości opakowań, ceny jednostkowej opakowania, stawki VAT, wartości netto i brutto.

Zamawiający określił również następujące warunki graniczne:

1. trwałość odczynników, kalibratorów i materiałów kontrolnych minimum 6 miesięcy od daty dostawy,
2. odczynniki gotowe do użycia, wielkość opakowania dostosowana do ilości badań wykonywanych w miesiącu z uwzględnieniem okresu trwałości odczynnika na pokładzie analizatora.
3. opakowania odczynników dostosowane do bezpośredniego włożenia na pokład analizatora,
4. zabezpieczenie odpowiedniej ilości odczynnika do wykonania przedstawionej w tabeli badań, kalibracji, kontroli wewnętrznej i zewnętrznej oraz powtórzeń spowodowanych przekroczeniem liniowości oznaczeń,
5. zaoferowana ilość odczynnika zgodna z trwałością odczynnika na pokładzie analizatora,
6. nie ujęcie jakiegokolwiek elementu niezbędnego do wykonania badania, lub ujęcie niedostatecznej ilości skutkować będzie dostarczeniem brakujących składników na koszt wykonawcy w ciągu całego okresu trwania umowy.

W zakresie pakietu nr 1 złożono 4 oferty:

1. Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. – z ceną 800 905, 70 zł,
2. PZ Cormay S.A. – z ceną 719 436, 82 zł.
3. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. – z ceną 987 174, 15 zł,
4. Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. – z ceną 792 836, 58 zł.

Odwołujący zaproponował dzierżawę analizatorów ADVIA 1200 i podał, że koszt dzierżawy dwóch analizatorów wyniesie 8 784 zł, wartość odczynników, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych dla analizatorów wynosi – 375 429, 96 zł (analizator nr 1) oraz 408 622, 62 zł (analizator nr 2). Wartość dzierżawy obu analizatorów w ofercie przystępującego została podana na kwotę – 26 352 zł, zaś wartość odczynników, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych dla analizatorów wynosi – 384 553, 50 zł (analizator nr 1) oraz 390 000, 19 zł (analizator nr 2).

Z powyższego zestawienia wynika, że ceny za odczynniki, materiały kontrolne i kalibratory w obu ofertach są do siebie zbliżone, zaś różnica w cenie spowodowana jest głównie ceną za dzierżawę analizatorów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno – prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie zarzutów odwołującego stwarza mu bowiem szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż cena oferty odwołującego w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena jest ceną najniższą.

Z analizy wyżej przywołanych postanowień siwz oraz warunków granicznych podanych w formularzu asortymentowo – cenowym wynika, że zamawiający wymagał podania i wyceny w ofercie takiej ilości odczynników, która zapewni mu uzyskanie wymaganej ilości badań wskazanych w kolumnie nr 3 formularza asortymentowo – cenowego.

Sformułowanie użyte w pkt 8 warunków granicznych, że „zaoferowana ilość odczynnika ma być zgodna z trwałością odczynnika na pokładzie analizatora” istotnie, jak wskazywał odwołujący, jest sformułowaniem niejasnym i mało precyzyjnym. Każdy odczynnik cechuje się pewną charakterystyczną dla siebie trwałością (stabilnością), jaką zachowuje na pokładzie analizatora. Trwałość ta została podana w kartach metodyki oznaczeń

załączonych do oferty (np. dla białka stabilność na pokładzie analizatora wynosi – 60 dni, dla magnezu – 10 dni). Zdaniem Izby, sformułowanie pkt 8 ma na celu zagwarantowanie zamawiającemu niezbędnej do wykonania wymaganej ilości oznaczeń z uwzględnieniem okresu trwałości odczynnika, jaką zachowuje on na pokładzie analizatora. Rozwiązanie zaproponowane przez odwołującego, w oparciu o które dokonał wyliczenia ilości niezbędnych odczynników sprowadza się do konieczności dzielenia (porcjowania) odczynnika w ten sposób, że część odczynnika jest przekazywana na pokład analizatora, a pozostała część, nieużywana jest przechowywana. Analizator każdorazowo dokonuje automatycznego wyliczenia niezbędnej ilości odczynnika oraz podaje jego okres ważności. Niewątpliwie zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie pozwala na oszczędne i optymalne gospodarowanie odczynnikami. Izba zwraca jednak uwagę na podnoszoną w trakcie rozprawy przez zamawiającego i przystępującego, okoliczność braku opisanego i dopuszczenia stosowania takiego rozwiązania w ulotkach informacyjnych oraz metodykach oznaczeń producenta, załączonych do oferty. Producent nie podał także informacji, czy a jeśli tak to jak długo dopuszczalne jest przechowywanie odczynnika, który został już otwarty a także tego w jakich warunkach należy przechowywać otwarty odczynnik. Informacje zamieszczone w kartach metodyki podają trwałość (stabilność) odczynnika na pokładzie analizatora oraz wskazują, że „nieotwierane odczynniki zachowują stabilność do upływu terminu ważności wydrukowanego na etykiecie”. Zatem informacje w karcie metodyki dotyczą wyłącznie odczynników przed ich otwarciem. Twierdzenia odwołującego, że otwarty odczynnik zachowuje swoją stabilność dłuższą niż odczynnik przekazany na pokład analizatora, pozostały bez dowodu i są jedynie twierdzeniami strony zainteresowanej określonym wynikiem postępowania.

Brak informacji w kartach metodyki załączonych do oferty, jak długo mogą być przechowywane poszczególne otwarte odczynniki powoduje, że sposób wyliczenia przez odwołującego ilości odczynników niezbędnej do wykonania badań, który zakłada ich porcjowanie i przechowywanie po otwarciu nie można uznać za poprawny. Brak bowiem podstaw do przyjęcia, że odczynnik przechowywany może być użyty w terminie późniejszym do badań.

Izba zwraca uwagę, że trwałość (ważność) odczynnika jest niezwykle istotna, gdyż ma ona bezpośredni wpływ na uzyskiwane wyniki badań pacjentów.

Wobec braku ujęcia w kartach metodyki informacji co do możliwości porcjowania odczynnika należy przyjąć, że obowiązkiem odwołującego było ujęcie takiej ilości odczynników, które pozwalają na wykonanie wskazanej przez zamawiającego ilości badań z wykorzystaniem odczynnika, który można użyć jednorazowo, bezpośrednio po otwarciu, bez konieczności przechowywania nieużywanej porcji odczynnika. Tymczasem przyjęte przez odwołującego rozwiązanie, dopuszczające porcjowanie odczynnika doprowadziło do zaniżenia ich ilości w

ofercie co skutkuje zaniżeniem ceny oferty dla pakietu nr 1. Jak wykazał przystępujący w ten sposób cena oferty odwołującego została zaniżona o ponad 75 000 zł, co z kolei ma wpływ na wynik postępowania. Działaniem takim odwołujący naruszył zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, za niewystarczające należy uznać wyjaśnienia odwołującego z dnia 23. 10. 2009 roku co do zaproponowanego rozwiązania. Informacja o możliwości porcjowania odczynnika, sposobie jego przechowywania oraz okresie ważności po otwarciu winna wynikać wprost z metodyk wystawianych przez producenta, a nie pochodzić z informacji czy wyjaśnień dystrybutora jakim jest odwołujący.

Dodatkowo, w ocenie Izby bez znaczenia dla oceny powyższego stanu faktycznego jest postanowienie pkt 12 formularza asortymentowo- cenowego, że „nie ujęcie jakiegokolwiek elementu niezbędnego do wykonania badania, lub ujęcie niedostatecznej ilości skutkować będzie dostarczeniem brakujących składników na koszt wykonawcy w ciągu całego okresu trwania umowy”. Zastrzeżenie to dotyczy etapu realizacji umowy i nie może być zastosowane na etapie oceny i porównania ofert, gdzie wymaga się od wykonawców rzetelnej wyceny oferty z uwzględnieniem niezbędnych ilości. Izba podkreśla, że zagwarantowanie porównywalności ofert jest jednym z przejawów zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższe 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....