

Sygn. akt KIO 771/10

WYROK
z dnia 19 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska - Romek**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 30 kwietnia 2010 roku, wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Bródnowski SP ZOZ, 03-242 Warszawa, ul. Kondratowicza 8.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Bródnowski SP ZOZ, 03-242 Warszawa, ul. Kondratowicza 8.

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 uiszczanego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) przez **Wojewódzki Szpital Bródnowski SP ZOZ, 03-242 Warszawa, ul. Kondratowicza 8** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Bródnowski - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę aparatu wraz z dostawą odczynników i części zużywalnych oraz dostawą wyposażenia dodatkowego dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WSB SP ZOZ w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.02.2010 roku pod nr 2010/ S 35 – 050641.

Odwołujący - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.04.2010 roku), w którym zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez:

1. dokonanie wyboru oferty Biomedica Poland Sp. z o.o.
2. odrzucenie oferty odwołującego,
3. zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie załączenia do oferty kart katalogowych wraz z opisami technicznymi dla aparatu, odczynników, wyposażenia dodatkowego w języku polskim, odwołujący podniósł, że dostarczył opisy, które w jego ocenie zawierały wymagane przez zamawiającego opisy aparatu, odczynników i wyposażenia dodatkowego. Zawarte były one w opisach w załączniku nr 4A do siwz, opisie technicznym analizatora oraz załączniku A. Wskazał, że zamawiający nie określił, co mają zawierać tzw. karty katalogowe, jak obszerne mają być opisy techniczne, a więc pozostawił to do uznania wykonawców. Skoro w trakcie oceny zamawiający stwierdził, że opisy są niewystarczające winien wezwać odwołującego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty te bowiem są wymagane celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego a zatem podlegają uzupełnieniu, co w konsekwencji powoduje, że przedwczesnym i bezpodstawnym jest użycie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie spełnienia parametru „metoda badań chemiluminescencyjna” (punkt 1 tabeli załącznika nr 4 A), odwołujący wskazał, że metoda badań elektrochemiluminescencyjna należy do szerokiej grupy metod chemiluminescencyjnych stosowanych w analizatorach immunochemicznych. Podstawą tych metod jest fakt wykorzystania efektu luminescencji (emisji fotonów światła z różnych związków zwanych luminoforami) w końcowej fazie odczytu reakcji immunochemicznej. Wyróżnia się szereg wariantów metody chemiluminescencji: chemiluminescencja wzmocniona, elektrochemiluminescencja, chemiluminescencja bezpośrednia czy z wykorzystaniem mikrocząsteczek.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny oferty odwołującego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w dniu 5.03.2010 r. tj. po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (*dalej „ustawa Pzp”*) oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W pkt 9.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*dalej siwz*), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający wymagał złożenia m.in.: kart katalogowych wraz z opisami technicznymi dla aparatu odczynników, wyposażenia dodatkowego w języku polskim. Zamawiający dopuścił złożenie katalogów w języku angielskim wraz z opisami technicznymi oferowanych wyrobów w języku polskim.

W pkt 13.4 siwz zamawiający wskazał, że do oferty winny być załączone wyszczególnione w pkt 9 siwz oświadczenia i dokumenty.

W załączniku nr 4 A „zestawienie wymagalnych i ocenianych parametrów technicznych”, zamawiający określił wymaganą metodę badań chemiluminescencji. Odwołujący, złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4 A, gdzie potwierdził, wpisując „TAK”, wymaganą metodę badań chemiluminescencji i dodał słowa „elektrochemiluminescencja ECL”. Informacja o tej metodzie znajduje się również na stronie 46 oferty (karta katalogowa).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jako podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku odrzucenia jego oferty, legitymuje się interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W oparciu o złożone przez strony do akt sprawy dowody i przedstawione definicje metod chemiluminescencji oraz elektrochemiluminescencji, Izba ustaliła, że metoda chemiluminescencji to zjawisko emisji fal świetlnych, gdzie energia do wzbudzenia cząsteczki powstaje w wyniku niektórych reakcji chemicznych. W metodzie elektrochemiluminescencji dochodzi do reakcji chemicznej, gdzie znacznikiem jest związek rutenu, tyle że emisja fal świetlnych wzmocniona jest kontrolowanym sygnałem elektrycznym. Różnice obu metod sprowadzają się do innej kontroli wydzielania światła, w metodzie chemiluminescencji efekt świetlny uzyskiwany i podtrzymywany jest przez reakcję chemiczną, zaś w metodzie elektrochemiluminescencji emisja fal świetlnych podtrzymywana jest i wzmocniona prądem elektrycznym. Odwołujący wskazał, że w praktyce poszczególni producenci analizatorów używają różnych nazw dla metody chemiluminescencji – chemiluminescencja wzmocniona (Siemens), chemiluminescencja chemiflex (Abbot) czy Flash chemiluminescencja (Biomedica). W każdej z zastosowanych metod występuje inny znacznik chemiluminescencyjny, ale każda z nich prowadzi do uzyskania zjawiska emisji fal świetlnych wytworzonych w wyniku reakcji chemicznych. W oparciu o złożone do akt sprawy dowody i oświadczenia stron, Izba stwierdza, że metodę elektrochemiluminescencji można nazwać metodą chemiluminescencji wzmocnionej prądem elektrycznym. Zatem można ją zaliczyć do szeroko rozumianych metod chemiluminescencji, jakiej wymagał zamawiający w siwz. Okoliczność tą potwierdza także udzielona przez prof. dr hab. Jana K. - Kierownika Zakładu Analityki i Biochemii Klinicznej, Konsultanta Krajowego w dziedzinie Diagnostyki Laboratoryjnej - odpowiedź z dnia 17 maja 2010 roku, w której wskazano, że „metoda elektrochemiluminescencji jest jedną z wersji metod chemiluminescencyjnych, w której zastosowano wzmocnienie elektryczne sygnału pomiarowego emitowanego przez luminofor”. Z uwagi na wskazane wyżej różne techniki wzmocnienia i podtrzymania efektu świetlnego w metodzie chemiluminescencji oraz elektrochemiluminescencji za prawdziwe należy uznać zatem oświadczenie zamawiającego złożone do protokołu rozprawy, który powołał się na stwierdzenie prof. W., że „pomiędzy tymi metodami nie można postawić znaku równości”. W ocenie Izby, odwołujący wykazał, że metody te należy uznać za porównywalne, gdyż w obu przypadkach dochodzi do powstania zjawiska emisji fal świetlnych w wyniku reakcji

chemicznej, tyle że w metodzie elektrochemiluminescencji efekt ten jest podtrzymywany i wzmocniony prądem elektrycznym.

Zdaniem Izby, zamawiający w siwz przez ogólne określenie wymogu „metoda chemiluminescencji” dopuścił zastosowanie różnych technik chemiluminescencji, w tym również chemiluminescencji wzmocnionej prądem elektrycznym. W metodzie elektrochemiluminescencji dochodzi do emisji fal świetnych (emisji fotonów) również w wyniku reakcji chemicznej, tyle że uruchamianej i podtrzymywanej przez przyłożenie napięcia do elektrody.

Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń. Nie budzi wątpliwości Izby, że brakujące w ofercie karty katalogowe odczynników oraz wyposażenia dodatkowego a także zbyt ogólna, jak twierdzi zamawiający karta katalogowa dotycząca analizatora, należą do grupy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzających że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W konsekwencji ich „niezłożeni” lub złożenie dokumentów „zawierających błąd” powoduje konieczność wszczęcia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Procedura wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może od niej odstąpić, nawet w sytuacji, gdy dokumenty te były podstawą do oceny oferty i przyznania punktacji w kryteriach oceny ofert. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest bowiem niezależne od tego czy dokument, którego w ofercie brak lub który zawiera błąd odnosi się do kryteriów oceny ofert czy też nie. W zaistniałym stanie faktycznym, zamawiający, jak sam przyznał w trakcie rozprawy, żądał złożenia kart katalogowych celem weryfikacji danych określonych przez wykonawców w załączniku 4A oraz A, a ocenę punktową przyznawał w oparciu o złożone przez wykonawców oświadczenia w załącznikach 4A i A.

Wobec powyższego, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania i postanowiła uwzględnić odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając odwołanie, Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....