

Sygn. akt KIO/UZP 87/07

WYROK
z dnia 18 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Radomski Szpital Specjalistyczny im. Dr Tytusa Chałubińskiego, ul. Tochtermana 1, Radom** protestu z dnia 10 grudnia 2007 r.

przy udziale Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na część I zamówienia i nakazuje w tym zakresie dokonanie czynności oceny i wyboru oferty

2. kosztami postępowania obciąża **Radomski Szpital Specjalistyczny im. Dr Tytusa Chałubińskiego, ul. Tochtermana 1, Radom.**

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 uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, Warszawa**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: : cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Radomski Szpital Specjalistyczny im. Dr Tytusa Chałubińskiego, ul. Tochtermana 1, Radom** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu.

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

- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie:. piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, Warszawa**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatorów dla potrzeb Centralnego Medycznego Laboratorium Diagnostycznego Radomskiego Szpitala Specjalistycznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2007/S 146-181532 z dnia 1.08.2007 r.), w dniu 10.12.2007 r. został wniesiony protest przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z Warszawy.

Protest był następstwem powiadomienia w dniu 4.12.2007 r. o odrzuceniu złożonej oferty na część pierwszą zamówienia z zakresu hematologii oraz o wyborze oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z Warszawy na część trzecią zamówienia w zakresie biochemii, immunochemii i toksykologii z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego również na tę część zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Radomskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr Tytusa Chałubińskiego naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655):

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez bezprawne odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. na część pierwszą i trzecią zamówienia, mimo że formularze cenowe zostały wypełnione zgodnie ze wskazaniem specyfikacji:
 - a) ilość opakowań jest możliwa do wyliczenia poprzez podzielenie ceny ofertowej brutto przez ceny jednostkowe brutto za opakowanie. Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił też zmiany w siwz, wprowadzone przez Zamawiającego.
 - b) zaoferowana ilość oznaczeń w pozycji 34 formularza cenowego - badania biochemiczne wynosi 130 000 i mieści się w wymaganiach określonych w siwz,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.:
 - a) parametr ferrytyna został umieszczony w formularzu cenowym i zaliczony do badań w części biochemicznej, zamiast w części badań immunologicznych, jak przewiduje to siwz,
 - b) parametr IgE został umieszczony w części immunochemicznej systemu biochemicznego - immunochemicznego, zamiast w części badań biochemicznych, jak wymaga siwz,
 - c) ceny ofertowe dla poszczególnych pozycji w formularzu cenowym dla badań biochemicznych zostały wyliczone błędnie, ponieważ nie obejmują pełnych opakowań, jak wymagał Zamawiający,

d) wykonywanie parametru anty -HCV, zaoferowane zostało na analizatorze Vitros ECiQ, który nie jest częścią zintegrowanego systemu biochemiczno - immunochemicznego,
e) zaoferowany analizator uzupełniający Vitros ECiQ ma wydajność 61 oznaczeń anty – HCV, zamiast wymaganych 85 oznaczeń na godzinę.

4) naruszenie art. 5 k.c. , art. 58 par. 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ich niezastosowanie.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w terminie ustawowym przystąpił Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., popierając decyzję Zamawiającego, w zakresie części trzeciej zamówienia.

Pismem z dnia 21.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest.

Podtrzymał swoje stanowisko, co do zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na część pierwszą i trzecią zamówienia, z uwagi na nie uwzględnienie w ofercie wprowadzonych zmian do siwz i zaniżenie ilości oznaczeń w pozycji 34 formularza cenowego - badania biochemiczne.

Zamawiający przyznał, że w zakresie części pierwszej, niejasno określił przedmiot zamówienia, co – jego zdaniem - w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Odwołującego oferty niezgodnej z wymaganiami. Formularz cenowy nie dawał możliwości prawidłowego wypełnienia, bo przewidziano jedynie podanie ilości oznaczeń. Zamawiający uznał, że postępowanie na część pierwszą zamówienia jest obarczone błędami i kwalifikuje się do unieważnienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił żadnych zarzutów przeciwko ofercie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., złożonej na część trzecią zamówienia. Podniósł, że wymagania odnoszące się do systemu zintegrowanego - platformy analitycznej składającej się z analizatorów wykorzystujących różne techniki pomiarowe, których zadaniem jest wykonywanie badań analitycznych biochemicznych, immunologicznych i toksykologicznych, nie stanowią o sztywnym podziale tych rodzajów badań, a oznaczenie ferrytyny w ofercie firmy Roche na części biochemicznej zintegrowanego systemu, oparte jest na metodzie immunologicznej z przeciwciałami przeciwko ludzkiej ferrytynie.

W systemie zintegrowanym wykonywanie badań następuje z tej samej próbki pierwotnej bez jej przenoszenia przez operatora między analizatorami.

Poza systemem zintegrowanym Zamawiający dopuścił zaproponowanie analizatora dodatkowego immunochemicznego dla wykonywania badań parametru anty – HCV, co wprost potwierdza zapis na stronie 23 SIWZ.

Analizator zaoferowany przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Vitros ECiQ nie jest tożsamy z analizatorem Viros ECi, opisanym w proteście, a różnica polega na wydajności obydwu typów urządzeń.

W odwołaniu wniesionym w dniu 24.12.2007 r. zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami:

- 1) o unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu,
- 2) o odrzucenie oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. na część trzecią,
- 3) o dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert na część pierwszą i trzecią zamówienia,
- 4) ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Pismem z dnia 28.12.2007 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła firma Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wykazując swój interes prawny w odniesieniu do trzeciej części zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego oraz oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Zamówienie zostało podzielone na cztery części:

- zakres nr 1 hematologia,
- zakres nr 2 koagulacja,
- zakres nr 3 chemia kliniczna, immunochemia, toksykologia,
- zakres nr 4 diagnostyka molekularna.

Zamawiający zgłosił Prezesowi UZP zamiar zawarcia umowy na pięć lat.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 12.09.2007 r. z sześćdziesięciodniowym terminem związania ofertą. Na wniosek Zamawiającego wykonawcy wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Strony zgodnie oświadczyły, że zarówno oferta Odwołującego jak i przystępującego do odwołania Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. pozostaje nadal zabezpieczona wadium.

Odwołujący wypełnił formularz cenowy w zakresie części 1 zamówienia – hematologia dokładnie według instrukcji Zamawiającego, zawartej we wzorze załącznika nr 4 do oferty.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący podał w formularzu cenowym na zakres nr 1 nazwy odczynników, ilości oznaczeń ogółem oraz ilości oznaczeń wchodzące w zakres morfologii 5 diff, morfologii 3 diff oraz reticylocytów.

W piśmie z dnia 3.12.2007 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, brak jest zarzutu, że Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. nie podała ilości opakowań, zatem nie stanowiło to przedmiotu rozpoznania. Treść oferty Odwołującego na część pierwszą zamówienia, odpowiada zatem treści siwz.

Oświadczenia Odwołującego zamieszczone w formularzu oferty dla części I zamówienia odpowiadają zapisom siwz w wersji zmodyfikowanej przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, odrzucenie oferty Odwołującego na część nr 1 zamówienia narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał podstaw do zastosowania art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp i unieważnienia postępowania na część nr 1 zamówienia.

W ocenie KIO oświadczenie Zamawiającego w piśmie z dnia 21 grudnia 2007 r. – rozstrzygnięciu protestu – że postępowanie na zadanie nr I kwalifikuje się do unieważnienia, nie jest jednoznacznym oświadczeniem o unieważnieniu przedmiotowej części postępowania. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie zachowuje interesu prawnego w kwestionowaniu odrzucenia jego oferty. Zastosowanie znajduje również art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

Jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie 3 części zamówienia, w piśmie z 3.12.2007 r. Zamawiający podał, że Wykonawca nie uwzględnił dokonanych zmian do specyfikacji i na stronach 9 i 22 oferty oraz na stronach 12, 15 i 18 formularzy cenowych, zawarł nieaktualne deklaracje o treści :

1) „ wykonawca w czynsz dzierżawny powinien wliczyć wyposażenie niezbędne do wykonania badań, tj. płyny myjące, czyszczące kuwety pomiarowe i inne”. Prawidłowy zapis winien brzmieć „ wykonawca w czynsz dzierżawny powinien wliczyć wyposażenie niezbędne do wykonywania badań, tj. płyny myjące, czyszczące i inne materiały eksploatacyjne zapewniające ciągłość pracy analizatora”,

2) „jeżeli przy wykonywaniu w/w badań niezbędne jest zużycie materiałów zużywalnych, kalibratorów, materiałów kontrolnych wykonawca powinien podać ich ilości i ceny jednostkowe.” Prawidłowy zapis powinien brzmieć „ jeżeli przy wykonywaniu badań niezbędne jest zużycie materiałów zużywalnych kuwet pomiarowych, kalibratorów, materiałów kontrolnych wykonawca powinien podać ich ilości i ceny jednostkowe.”

Odwołujący w formularzu cenowym na część nr 3 zamówienia ujął materiały dodatkowe kalibratory i kontrole oraz inne materiały zużywalne, natomiast przyznał , że oświadczenie jakie złożył w formularzach ofert na zadanie III nie uwzględnia zmian wprowadzonych przez Zamawiającego.

Należy stwierdzić, że w tym zakresie treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz. Zarzut, że w pozycji 34 formularza cenowego na część 3 zamówienia – elektrolity (Na,K,Cl) ilość oznaczeń jest zaniżona, bo Zamawiający wymagał 130 000 oznaczeń, a Wykonawca zaoferował 128 500 oznaczeń, znalazł potwierdzenie. Odwołujący przedstawił wyliczenie matematyczne, z którego wynika, że w pozycji 34 formularza cenowego została podana i wyceniona ilość odczynników, potrzebna do wykonania 130 000 oznaczeń (38 550 zł.: $130\ 000 = 0,29653846$ zł., po zaokrągleniu 0,30 zł. jak podano w ofercie. W przekonaniu

KIO Zamawiający w sposób uprawniony przyjął do wyliczeń ilości oznaczeń cenę jednostkową podaną przez Odwołującego w ofercie, tj. 0,30 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert stanowi cena.

Oferta Odwołującego na część nr 3 zamówienia podaje cenę 4 777 565,26 zł., oferta Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. podaje cenę 3 274 985,06 zł.

Poddając ocenie zarzuty przeciwko wybranej ofercie Izba stwierdza co następuje.

Na całkowitą cenę oferty w zakresie części nr 3 zamówienia, składają się ceny częściowe z formularzy cenowych: badań immunologicznych, toksykologicznych oraz biochemicznych, wykonywane na zintegrowanym analizatorze i ewentualnie na analizatorze dopuszczonym dodatkowo.

W ocenie Izby, istotne jest uwzględnienie w formularzu cenowym wszystkich rodzajów badań wymaganych przez Zamawiającego, co firma Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. spełniła. Bez znaczenia dla wyceny oraz zakresu oferowanego świadczenia pozostaje fakt, że wybrany wykonawca zaoferował wykonywanie parametrów ferrytyna oraz IgE na innej części systemu biochemiczno – immunochemicznego, niż zaliczył to Zamawiający we wzorze formularza cenowego. Ponadto zaliczenie takie wynikało z przyjętej metody badań w wybranej ofercie.

Zamawiający oprócz analizatora dla zintegrowanego systemu biochemiczno – immunochemicznego, dopuścił odrębne analizatory dodatkowe wg opisu załącznika nr 6 do oferty. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zaoferowała w zakresie wykonywania parametru anty- HCV analizator Vitros ECiQ. Odwołujący przedłożył przedruk z prasy specjalistycznej dotyczący analizatora Vitros ECi, z którego wynika, że urządzenie to osiąga wydajność 61 oznaczeń na godzinę, zamiast wymaganej 85 oznaczeń. KIO uznała za wiarygodny dowód przeciwny, przedstawioną ofertę producenta i kartę charakterystyki analizatora immunodiagnostycznego Vitros ECiQ, (taki typ analizatora zaoferował wybrany wykonawca), z których wynika, że ma on wydajność 90 oznaczeń na godzinę.

Wyliczenie ceny wybranej oferty na część 3 zamówienia zostało dokonane zgodnie ze wskazaniami, zawartymi w formularzach ofertowych według załącznika nr 6, gdzie było wymagane podanie ceny za jedno oznaczenie, maksymalna wielkość opakowania, ilość oznaczeń w opakowaniu i cena jednostkowa brutto za opakowanie. Powyższe świadczy, że podanie ilości opakowań nie było wymagane. Materiał dowodowy sprawy potwierdza, że wybór oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 siwz.

Ponadto Zamawiający winien w zakresie interpretacji swoich wymagań na temat ilości, wielkości opakowań, czy ich pełnej zawartości, stosować jednolite podejście do oferty Odwołującego na część nr 1 zamówienia, jak i do wybranej oferty na część nr 3 zamówienia.

Skoro nie kwestionował formularza cenowego oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

w części trzeciej zamówienia, nie mógł podważać prawidłowości oferty Odwołującego, w odniesieniu do opakowań, na część pierwszą zamówienia.

W tym stanie rzeczy KIO orzekła jak w sentencji.

Na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp KIO uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na część pierwszą zamówienia oraz nakazała dokonanie oceny i wyboru oferty na część pierwszą zamówienia.

Czynności Zamawiającego w zakresie części trzeciej zamówienia są prawidłowe, zatem nie wymagają korekty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*