

WYROK

z dnia 9 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22, 54-405 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, ul. Franciszkańska 17/25, 91-433 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **HEMOSYSTEMS Sobczak i wspólnicy Sp. j., ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22, 54-405 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22, 54-405 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22, 54-405 Wrocław** na rzecz **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, ul. Franciszkańska 17/25, 91-433 Łódź** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi, ul. Franciszkańska 17/25; 91-433 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup i dostawę pojemników z tworzyw sztucznych do pobierania i preparatyki krwi, Pakiet nr 1: pojemniki potrójne góra-dół - 67 000 sztuk*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 16 lutego 2012 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Hemosystems Sobczak i wspólnicy sp.j., ul. Górczewska 212/226; 01-460 Warszawa (zwany dalej „Hemosystems”).

Dnia 24 lutego 2012 roku wykonawca Maco Pharma Polonia sp. z o.o., ul. Szwajcarska 22; 54-405 Wrocław (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj. wobec:

- 1) sposobu dokonania oceny ofert w zakresie kryterium jakości wyrobu, którym Zamawiający powinien był się kierować przy wyborze oferty,
- 2) wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy Hemosystems w zakresie Pakietu nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym zaniżeniem punktacji w zakresie „jakości wyrobu” przyznanej Odwołującemu i zawiżeniu punktacji dla wykonawcy Hemosystems oraz dokonaniem oceny ofert w zakresie kryterium „jakości wyrobu” niezgodnie z postanowieniami s.i.w.z.,
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór - jako najkorzystniejszej - oferty, która na podstawie przewidzianych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert nie była ofertą najkorzystniejszą w zakresie Pakietu nr 1.

Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, Odwołujący - na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wniósł o powołanie biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność jakości pojemników potrójnych góra-dół z tworzyw sztucznych do pobierania i preparatyki krwi poprzez dokonanie oceny pojemników z tej samej serii co próbki załączone do oferty (zgodnie z certyfikatem serii załączonym do każdej z ofert), tj.:

- pojemników MACO PHARMA zaoferowanych przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o.
oraz

- pojemników FRESENIUS zaoferowanych przez Hemosystems.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 1,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie Pakietu nr 1,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie Pakietu nr 1.

Odwołujący wskazał, iż zaferował cenę niższą niż Hemosystems, dzięki czemu uzyskał z tego tytułu większą liczbę punktów (70 pkt) niż oferta Hemosystems (67,5 pkt). Jednakże w zakresie kryterium jakości wyroby Odwołującego zostały ocenione przez Zamawiającego jako gorsze jakościowo od wyrobów zaoferowanych przez Hemosystems i uzyskał zaledwie 20 pkt, oferta Hemosystems - 25 pkt. W konsekwencji, łączna punktacja przyznana Odwołującemu (90 pkt) była niższa od ilości punktów, które zdobyła oferta Hemosystems (92,5 pkt), co spowodowało dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Hemosystems. Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego polegające na ocenie ofert w zakresie kryterium „jakości wyrobu” dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pomimo wprowadzonych do produktu zmian, Zamawiający ocenił zaoferowane przez Maco Pharma pojemniki - w zakresie kryterium „jakość wyrobu” - niżej niż wyroby będące przedmiotem oferty Hemosystems.

Odwołujący wskazał, iż zarówno w tym, jak i w poprzednich przetargach zaferował ten sam produkt. Na potrzeby tego przetargu dokonał jedynie niewielkiej modyfikacji swojego wyrobu poprzez zmianę umiejscowienia zatyczki udrażniającej (zwanej inaczej „kaniulą” lub „kołatką”) z drenu głównego na dren prowadzący do pojemniczka na tzw. pierwszą krew. Bez jakichkolwiek zmian pozostały wszystkie pozostałe elementy wyrobu, jak igła, dreny, pojemniki, a także sama zatyczka (kołatka), która jest dokładnie taka sama jak w pojemnikach dotychczasowych (czyli w pojemnikach z kaniulą umiejscowioną na drenie głównym) - nie zmieniła się w szczególności ani konstrukcja (budowa) zatyczki, ani jej funkcjonalność, ani sposób wykonania i tworzywo do tego użyte. Jedyna różnica polega na umiejscowieniu zatyczki udrażniającej, co nie ma jednak i nie może mieć wpływu na jej przełamywanie. Dlatego też Odwołujący nie może się zgodzić z oceną dokonaną przez Zamawiającego (przez Dział Pobierania) na przełomie miesięcy stycznia i lutego br., iż „występują trudności w przełamywaniu kołatki”. W ocenie jakości pojemników dokonanej

w poprzednim przetargu przeprowadzonym przez tego samego Zmawiającego (pismo z dnia 01.02.2011 r.), takie same pojemniki Maco Pharma (Oferta nr 3) ocenione zostały jako „w pełni spełniające oczekiwane kryteria” i przyznano im maksymalną ilość punktów (30 pkt), nie stwierdzono wówczas żadnych trudności „w przełamaniu kołatki” - tej samej kołatki, którą zupełnie inaczej oceniono w przedmiotowym przetargu.

Odwołujący powziął wątpliwości, co do prawidłowości przeprowadzonej oceny jakości, gdyż oceny tej dokonał wyłącznie Dział Pobierania. Jak wskazuje sama nazwa produktu, są to pojemniki nie tylko do pobierania, ale również do preparatyki krwi. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, oceny takiej powinien dokonać także inny dział - dział zajmujący się preparatką krwi. Pełna ocena jakości pojemników, ich poszczególnych elementów składowych, jest możliwa tylko w przypadku zebranych ocen, wystawionych przez dwa działy równocześnie.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 24 lutego 2012 roku.

Zamawiający, dnia 27 lutego 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 29 lutego 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Hemosystems.

Zamawiający dnia 8 marca 2012 roku, na posiedzeniu, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał w rozdziale I Charakterystykę przedmiotu zamówienia doprecyzowując, jakie konkretne parametry muszą spełniać oferowane przez wykonawców pojemniki do pobierania i preparatyki krwi.

W rozdziale IX s.i.w.z. Zamawiający określił kryteria oceny ofert wskazując, iż przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował dwoma kryteriami, tj. ceną z wagą 70 % oraz jakością wyrobu z wagą 30 %. O ile kryterium ceny nie budziło wątpliwości Odwołującego to kryterium „jakość wyrobu” i jego zastosowanie przy ocenie ofert budziło wątpliwości Odwołującego, stanowiąc podstawę do wniesienia odwołania.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprecyzował kryterium „Jakość wyrobu” podając, iż „ilość punktów przyznawanych przez pracownię od 0 do 30 pkt.” Ponadto Zamawiający opisał, iż *„Pracownicy, którzy będą pracować na załączonych do oferty pojemnikach ocenią je pod względem wymagań stawianych w charakterystyce przedmiotu zamówienia co do ostrości igieł, elastyczności drenów, przejrzystości pojemników, trwałości zgrzewów, itp. i nadadzą im odpowiednie punkty. Najwyższą ilość punktów uzyskają najlepsze pojemniki.”*

Tym samym stwierdzić należało, iż ocenie, oprócz wskazanych enumeratywnie parametrów: ostrości igieł, elastyczności drenów, przejrzystości pojemników, trwałości zgrzewów będą oceniane inne, pozostałe parametry wymienione w rozdziale I s.i.w.z. – „Wymagania”.

Zgodnie z opisem Zamawiającego, zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w aktach sprawy znajduje się dokumentacja potwierdzająca dokonanie oceny złożonych próbek przez pracowników Zamawiającego, w której opisano wady produktów oferowanych przez poszczególnych wykonawców wraz z propozycją punktową w kryterium „Jakość wyrobu” (Ocena otrzymanych pojemników do pobierania i preparatyki krwi – styczeń-luty 2012).

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego złożonym na rozprawie, iż Zamawiający przyjął wewnętrzną zasadę oceny próbek uznając, iż każda wada produktu będzie powodowała obniżenie punktacji w kryterium „Jakość wyrobu” o 5 punktów. Powyższe znalazło swoje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, gdzie ofercie Odwołującego zostało odjęte 10 punktów za dwie wady – trudności w przełamywaniu kołatki i zdejmowaniu osłonki z igły do pobierania krwi, zaś ofercie Przystępującego zostało odjęte 5 punktów za jedną stwierdzoną wadę – trudności w usunięciu osłony z igły do pobierania krwi.

O ile przyjęty przez Zamawiającego wewnętrzny system punktacji uznać należało za prawidłowy i nienaruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż każdy z wykonawców był oceniany w sposób jednakowy, to informacja o przyjęciu takiego systemu punktacji winna, w ocenie Izby znaleźć swoje odzwierciedlenie

w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże jest to jedynie kwestia informacyjna pozostająca bez wpływu na ocenę stawianego zarzutu.

Izba zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, jak i Przystępującego i wskazuje, że Zamawiający dotychczas przeprowadzał procedury udzielenia zamówienia publicznego, których przedmiotem była dostawa pojemników do pobierania i preparatyki krwi, w których różnił się wymóg dotyczący umiejscowienia zatyczki: było w drenie głównym, w przedmiotowym postępowaniu - w drenie prowadzącym do pojemniczka na tzw. „pierwszą krew”.

Zmiana dotychczasowych preferencji Zamawiającego nie może i nie powinna być rozpatrywana w kategoriach dyskryminacji wykonawców oferujących dotychczasowe metody umiejscowienia zatyczki w drenie głównym, tym bardziej, że zostały złożone 3 oferty różnych wykonawców.

W ocenie Izby istotnym elementem, który ma decydujący wpływ na ocenę zarzutów stawianych przez Odwołującego jest fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zostały zaoferowane inne produkty niż w poprzednich przetargach, i to zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego. Tym samym wszelkie porównania dokonywane i wskazywane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania z wynikami innych postępowań są bezprzedmiotowe.

Przystępujący wskazał, iż pojemniki firmy FRESENIUS, jakie aktualnie proponuje swoimi przyszłym kontrahentom są nowym produktem o numerze katalogowym T332159 (wcześniej były to wyroby nr T332150 lub T332153). Powyższe nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego na etapie konstruowania odwołania, jak i na rozprawie w trakcie dopuszczonego przez Izbę dowodu z oględzin oferowanego przedmiotu zamówienia, jak i produktów oferowanych w poprzednich postępowaniach.

Odwołujący w treści odwołania przyznał (strona 4), iż *„aby mieć możliwość wzięcia udziału w przedmiotowym przetargu, Odwołujący dokonał modyfikacji swojego dotychczasowego produktu (pojemnika potrójnego góra-dół z tworzyw sztucznych do pobierania i preparatyki krwi) poprzez zmianę umiejscowienia zatyczki udrażniającej (z drenu głównego na dren prowadzący do pojemniczka na tzw. pierwszą krew), tak aby spełnić warunek określony przez Zamawiającego w postanowieniu Rozdział I SIWZ Pakiet Nr 1 tiret 4. Dzięki dokonanej modyfikacji w drenie do pobierania krwi na całej długości drenu zachowany został (zgodnie z wymogami SIWZ) swobodny przepływ krwi - bez zatyczki udrażniającej. Wszystkie pozostałe elementy wyrobu (w szczególności igła, dreny, pojemniki, a także sama konstrukcja, budowa, sposób wykonania i funkcjonalność zatyczki) pozostały bez jakichkolwiek zmian i są dokładnie takie same jak w pojemnikach dotychczasowych - z zatyczką umiejscowioną na drenie głównym”*, potwierdzając tym samym, iż próbę odniesienia oceny jego produktów dokonanych w innych tego typu postępowaniach należy uznać za bezużyteczną.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo zgodnie ze swoimi zamierzeniami kreować kryteria oceny ofert, a zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp obowiązkowym kryterium jest kryterium ceny oraz inne kryteria, które już choć nie obowiązkowe, to mogą stanowić przedmiot uzasadnionej decyzji Zamawiającego. Przyjęcie przez Zamawiającego w postępowaniu kryterium jakości 30% jest zgodne z art. 90 ustawy, choć jest ono niemierzalne i jako takie podlega indywidualnej ocenie przez Zamawiającego. Nieunikniona jest zatem pewna doza subiektywizmu, która łączy się ściśle z ocennym charakterem tego czynnika. Wszakże nie oznacza to, że Zamawiający w tym zakresie może pozwolić sobie na pełną swobodę i dowolność. Zgodnie z przyjętymi powszechnie regułami w tym zakresie zamawiający jest w stanie opisać sposób oceny jakości za pomocą tzw. podkryteriów, wskazujących wykonawcom pewnego rodzaju preferencje, jakie będą przez niego punktowane przy owej ocenie jakościowej załączonych do oferty próbek. Zamawiający dochował w przedmiotowym postępowaniu takiego obowiązku wskazując w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia cechy produktu, będące parametrami podlegającym sferze jego oceny, które można zakwalifikować, jako swego rodzaju „podkryteria”.

Zamawiający formułując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaakceptowanej przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, pozostawił sobie w określonym obszarze pewną miarę swobody, w zakresie dopuszczalnej oceny próbek przez własnych pracowników, nie wskazując jednakże, iż pracownicy będą reprezentowali określone działy (pobierania czy preparatyki krwi). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający posługując się wiedzą, wieloletnim doświadczeniem, jakimi dysponują jego pracownicy był w stanie w sposób należyty ocenić parametry przedstawionych przez wykonawców próbek pojemników do pobierania i preparatyki krwi.

Ponadto Izba wskazuje, iż pomimo przywołania przez Odwołującego podstawy prawnej zarzutu odwołania w postaci art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp odnoszących się do etapu badania i oceny ofert oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, analiza zarzutów przedstawionych przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że w istocie w treści odwołania Odwołujący kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do których termin na ich kwestionowanie minął po 10 dniach od dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący składając ofertę wyraził swoją pełną akceptację dla postanowień s.i.w.z., czemu dał wyraz w punkcie 3 formularza ofertowego, w którym złożył oświadczenie, że *„Zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, posiada wszystkie niezbędne informacje do przygotowania oferty i nie wnosi do niej zastrzeżeń”*. Powyższe oświadczenie świadczy zatem, iż sposób oceny ofert w kryterium „jakość wyrobu”, a także wymagania

dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia były Odwołującemu znane od dnia publikacji specyfikacji na stronie internetowej i akceptowane przez niego w pełni.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: