

Sygn. akt KIO/UZP 1784/09

**WYROK**  
z dnia 14 grudnia 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Jolanta Markowska  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MEDSERVICE Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. Zapolskiej 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** protestu z dnia 10 listopada 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., 54-405 Wrocław, ul. Szwajcarska 22** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **MEDSERVICE Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. Zapolskiej 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/115** na rzecz **MEDSERVICE Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. Zapolskiej 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MEDSERVICE Sp. z o.o., 40-580 Katowice, ul. Zapolskiej 7.**

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

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa aparatury do redukcji patogenów w osoczu wraz z zestawami do przeprowadzenia procesu walidacyjnego i zestawami do redukcji patogenów w osoczu przeznaczonym do użytku klinicznego otrzymywanym z krwi pełnej” – (znak sprawy: ZZP -116/09), na rzecz ośmiu Regionalnych Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, wskazanych w siwz, jako końcowi odbiorcy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/8 189-272247 w dniu 1 października 2009 r.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w dalszej treści ustawą.

W postępowaniu złożyli oferty dwaj wykonawcy spośród trzech zaproszonych do składania ofert: odwołujący - MEDSERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą - Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Protest na zaniechania i dokonanie czynności zamawiającego został wniesiony w dniu 10 listopada 2009 r.

Wobec oddalenia protestu pismem z dnia 16 listopada 2009 r., odwołujący wniósł w dniu 25 listopada 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez:

- 1) czynność badania i oceny ofert,
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty, jak również odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz,
- 3) czynność wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o.

Wskazał, że podane zaniechania i czynności, również rozstrzygnięcie protestu naruszają przepisy:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. dziewięciu punktów w ramach parametru „strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII”,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. sześciu punktów w ramach parametru „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat”,
- 3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Maco Pharma Polonia z postępowania, mimo że złożyła ona nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści siwz, ponieważ dotyczy dostawy urządzeń i zestawów do redukcji wirusów, a nie patogenów w osoczu,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści siwz, ponieważ Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. nie wskazała zakresu prac, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, mimo że podłączenie aparatury do systemu komputerowego RCKiK i zapewnienie transmisji danych wymaga zatrudnienia podwykonawców,

- 7) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., która powinna być odrzucona.

Przedstawiając powyższe wniosł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanego wyboru oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) wykluczenia Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. z postępowania,
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o.,
- 6) dokonania wyboru oferty Medservice Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Ponadto, wniosł o przeprowadzenie dowodu z opinii Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, ul. Indiry Ghandi 14, 02-776 Warszawa lub opinii biegłego o specjalności transfuzjologia, celem ustalenia poniższych okoliczności:

- 1) straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII w procesie redukcji patogenów w osoczu z wykorzystaniem oferowanej przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. metody THERAFLEX MB-Plasma (urządzenie MACOTRONIC B2 i zestawy THERAFLEX MB-Plasma),
- 2) czy możliwy jest wzrost stężenia czynnika krzepnięcia VIII w jednostce osocza ze 100% do 114% wskutek filtracji filtrem antyleukocytarnym PLAS4,
- 3) całkowitego czasu trwania procesu redukcji patogenów w jednej jednostce osocza do momentu wyprodukowania preparatu gotowego do transfuzji z wykorzystaniem oferowanego przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. urządzenia MACOTRONIC B2,
- 4) wydajności urządzenia MACOTRONIC B2 w rozumieniu punktów 1.2.4.1.1. i 1.3.1.5. w rozdziale III siwz, mierzonej w ilości jednostek osocza w ciągu 1 godziny na 1 urządzenie.

Podał, że posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, a zatem jest uprawniony do wniesienia odwołania. Stwierdził, że jego oferta została oceniona przez zamawiającego jako druga w kolejności, mimo że przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert.

W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta złożona przez odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wymienionych przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w dniu 13 listopada 2009 r. zamawiający uzupełnił ogłoszenie o wyniku postępowania przez podanie streszczenia oceny i porównania złożonych ofert, zawierającego punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Tym samym, zamawiający uwzględnił podniesiony przez odwołującego w proteście zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy. Z tego względu wniesione odwołanie nie dotyczy już tego zarzutu.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący podał.

1. W przedmiocie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. 9 punktów w parametrze „strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII”, pomimo że strata stężenia tego czynnika w procesie inaktywacji wirusów w osoczu przy zastosowaniu metody THERAFLEX MB-Plasma wynosi 24,5%, zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów 9, gdy powinien przyznać 0 punktów.

Zdaniem odwołującego, ocena tego parametru, z uwzględnieniem punktacji 0-9 i poniższych zasad oceny:

straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII w zakresie 29%-20% - 0 pkt,

straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII w zakresie 19%-16% - 4 pkt,

straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII na poziomie 15% i poniżej - 9 pkt,

powinna być następująca:

w pierwszej kolejności należało ustalić utrzymanie stężenia czynnika VIII w procesie redukcji (inaktywacji) patogenów według poniższego wzoru:

$100 * (\text{czynnik VIII po inaktywacji} / \text{czynnik VIII przed inaktywacją})$ ,

a następnie wyliczyć stratę czynnika według wzoru:

$100 - \text{utrzymanie czynnika VIII}$ .

Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. oferując urządzenia MACOTRONIC B2 i zestawy THERAFLEX MB-Plasma, w celu wykazania straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. załączyła do oferty folder informacyjny dotyczący metody THERAFLEX MB-Plasma. Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie 26 oferty, w tabeli „Jakość osocza”, stężenie czynnika VIII wynosi przed inaktywacją 114%, a po inaktywacji 86,1%.

W zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 13 listopada 2009 r., wykonawca podał, że wartość wyjściowa czynnika VIII dla badanego osocza wynosi 100%, natomiast wartość 114% stanowi stężenie po filtracji filtrem antyleukocytarnym PLAS4. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z aktualną wiedzą naukową, nie jest możliwy wzrost stężenia czynnika VIII w osoczu ze 100% do 114% wskutek jego filtracji filtrem antyleukocytarnym.

W konsekwencji dane zawarte w tabeli należy odczytywać w ten sposób, że stężenie czynnika VIII w osoczu przed rozpoczęciem procesu redukcji (inaktywacji) patogenów jest większe lub równe 114%.

W wyniku zastosowania podanych wzorów do obliczenia straty czynnika VIII w procesie inaktywacji metodą THERAFLEX MB-Plasma, z wykorzystaniem danych podanych w folderze informacyjnym załączonym do oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., odwołujący uzyskał wyniki:

$\text{utrzymanie stężenia czynnika VIII} = 100 * (86,1 / 114) = 75,5\%$

strata stężenia czynnika VIII =  $100 - 75,5 = 24,5\%$ .

Poprawność powyższego wyliczenia, zgodnie z twierdzeniem odwołującego, potwierdzają wyniki badania porównawczego przetworzonego i nieprzetworzonego osocza świeżo mrożonego [...] przy użyciu systemu MACOTRONIC firmy MACO PHARMA, wykazane w streszczeniu P-382, które zostało załączone do odwołania, w oryginale i z tłumaczeniem na język polski.

Zgodnie z tabelą tych badań zawartą w streszczeniu, stężenie czynnika VIII przed inaktywacją wynosiło 96,17%, a po inaktywacji 76,42%. W konsekwencji strata czynnika VIII, wyliczona z zastosowaniem wzorów, wynosiła 20,53%.

Utrzymanie stężenia czynnika VIII =  $100 \cdot (76,42/96,17) = 79,47\%$

Strata stężenia czynnika VIII =  $100 - 79,46 = 20,53\%$ .

W ocenie odwołującego, zarówno wyliczenia dokonane w oparciu o dane zawarte w folderze informacyjnym załączonym do oferty, jak i wyniki załączonych do odwołania badań porównawczych, potwierdzają, iż strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII w procesie inaktywacji wirusów w osoczu, przy zastosowaniu metody THERAFLEX MB-Plasma, wynosi ponad 20%.

2. W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. 6 punktów w ramach parametru „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat”, pomimo że wydajność aparatury oferowanej przez ten podmiot wynosi max. 4 jednostki osocza w ciągu 1 godziny na aparat, odwołujący wywiódł, że przy skali ocen w ramach tego parametru wynoszącej 0-6 punktów i zastosowaniu następujących zasad:

aparatura o wydajności min. 4 jednostek osocza w ciągu 1 godziny na aparat - 0 pkt,

aparatura o wydajności min. 5 - 6 jednostek osocza w ciągu 1 godziny na aparat - 3 pkt,

aparatura o wydajności 7 i więcej jednostek osocza w ciągu 1 godziny na aparat, punktacja dla wybranej oferty powinna wynieść również 0, a nie maksymalne 6 punktów.

Zgodnie z oświadczeniem (załącznik nr 9 do oferty) oferowana aparatura MACOTRONIC B2 zapewnia wydajność min. 7 jednostek osocza w ciągu jednej godziny na aparat.

Oświadczenie to, według odwołującego, nie jest prawdziwe.

W punktach 1.2.4.1.1. i 1.3.1.5. w rozdziale III siwz pod pojęciem „wydajności” określono, że jest to całkowity czas procesu redukcji patogenów do momentu wyprodukowania preparatu gotowego do transfuzji.

Zgodnie ze specyfikacją urządzenia MACOTRONIC B2 załączoną do oferty, czas naświetlania w tym urządzeniu wynosi 15 minut (str. 27 oferty). Jednakże oprócz naświetlania redukcja wirusów w osoczu przy użyciu metody Theraflex MP-Plasma, której integralną częścią jest urządzenie MACOTRONIC B2, wymaga procedury filtracji przed naświetleniem (filtr Plasmafex) i po naświetleniu (filtr Blueflex) osocza w tym urządzeniu.

Samo naświetlenie nie jest zatem wystarczające do wyprodukowania preparatu gotowego do transfuzji.

Czas filtracji wynosi około 20 minut, co potwierdza opinia Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z 11 maja 2007 r., załączona do odwołania, gdzie podano, że cała procedura trwa ok. 40 minut, przy czym czas naświetlania wynosił w 2007 r. 20 minut.

Z powyższego wynika, że całkowity czas procesu redukcji wirusów w osoczu przy użyciu metody Theraflex MP-Plasma wynosi ok. 35 min (filtracja - 20 min. i naświetlanie -15 min.). Urządzenie MACOTRONIC B2 umożliwia inaktywację wirusów w dwóch jednostkach osocza w czasie jednego cyklu (str. 27 oferty).

Nie ma zatem możliwości inaktywacji wirusów w min. 7 jednostkach osocza w ciągu godziny. Dodatkowo odwołujący podkreślił, że oferowany system powinien zapewnić deklarowaną wydajność w trakcie każdej godziny jego używania, czyli także w przypadku jeżeli zamawiający przeznaczy na redukcję patogenów w osoczu tylko jedną godzinę.

W praktyce odseparowane osocze uzyskiwane jest dopiero ok. godz. 11: 00 (przy założeniu, że dawca zgłosił się do oddania krwi pełnej o godz. 7: 00).

Powoływanie się na wydajność wynoszącą 61 jednostek na 8 godzinny dzień pracy, co Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. podniosła w przystąpieniu z 13 listopada 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jest bezzasadne.

W ocenie odwołującego oferta Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. powinna otrzymać 0 punktów w ramach parametru „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat”, zamiast przyznanych 6 punktów.

Z uwagi na fakt, że ustalenie straty czynnika VIII w procesie redukcji patogenów w osoczu i ustalenie wydajności urządzenia MACOTRONIC B2 wymaga wiadomości specjalnych, odwołujący zgłosił o przeprowadzenie na podstawie art. 188 ust. 3 ustawy dowodu z opinii instytutu naukowo-badawczego lub opinii biegłego.

Podał, że Instytut Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie jest jednostką badawczo-rozwojową, powołaną na podstawie przepisów ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi. Dysponuje zatem wiedzą pozwalającą na ustalenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania.

3. Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy ponieważ wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, a którą, w istocie jest oferta odwołującego.

Zarzut ten jest konsekwencją zarzutów 1 i 2 opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Oferta odwołującego uzyskała 90,2654 punktów (w tym 79,2654 punktów w ramach kryterium cena i 11 punktów w ramach kryterium ocena techniczna).

Oferta Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. uzyskała natomiast 100 punktów (w tym 80 punktów w ramach kryterium cena i 20 punktów w ramach kryterium ocena techniczna).

Zgodnie z punktami 1 i 2 uzasadnienia odwołania, oferta Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. powinna otrzymać 0 punktów w ramach parametrów „strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII” oraz „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat”, tj. o 15 punktów mniej niż przyznał zamawiający. W konsekwencji oferta ta powinna otrzymać łącznie 85 punktów (80 za cenę i 5 za ocenę techniczną), co plasowałoby ją na drugim miejscu w rankingu ofert. Zatem, oferta odwołującego, z uwagi na nieprawidłową punktację oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert i jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy.

4. Odwołujący zarzucił ponadto w proteście, że wykonawca Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, ponieważ złożył nieprawdziwe oświadczenia, iż wydajność oferowanej przez nią aparatury na godzinę na 1 aparat wynosi min. 7 jednostek osocza, a strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII wynosi poniżej 15%.

Odwołujący podtrzymał stanowisko, że wskazane oświadczenia Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., zawarte w punkcie 2 formularza ofertowego „Ocena techniczna” w części III „Podstawowe informacje dotyczące ceny oferty i kryteriów” oraz w załączniku nr 9 do oferty, są nieprawdziwe. Informacje zawarte w oświadczeniach miały wpływ na wynik postępowania.

5. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści siwz, gdyż dotyczy dostawy urządzeń i zestawów do redukcji wirusów, a nie patogenów w osoczu, odwołujący powołał się na przedmiot zamówienia, którym jest dostawa aparatury do redukcji patogenów w osoczu wraz z zestawami do przeprowadzenia procesu walidacyjnego i zestawami do redukcji patogenów w osoczu przeznaczonym do użytku klinicznego otrzymywanym z krwi pełnej (m.in. punkt 11.1.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz punkt 1.1. w rozdziale III siwz).

Podał, że do patogenów występujących we krwi zalicza się wirusy, pasożyty i bakterie.

W formularzu ofertowym firma Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. zaoferowała aparaturę do redukcji patogenów w osoczu typu MACOTRONIC B2 oraz zestawy do inaktywacji wirusów w osoczu typu THERAFLEX MB-Plasma.

W załączonym do oferty świadectwie WE nr 1807/B2P3/7 z 29 marca 2007r. wskazano, że oferowane urządzenie MACOTRONIC B2 należy do kategorii urządzenia do inaktywacji wirusów w osoczu w technice MB-Plasma.



Treść świadectwa potwierdza, że oferowane zestawy THERAFLEX MB-Plasma stanowią zestawy pojemników do krwi i filtrów do usuwania leukocytów i inaktywacji wirusów w osoczu w technice THERAFLEX MB-Plasma.

Oferowane przez Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. urządzenia i zestawy służą zatem wyłącznie do redukcji wirusów w osoczu, nie są natomiast przeznaczone do redukcji pozostałych patogenów, czyli pasożytów i bakterii.

Przedmiot dostawy oferowany Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego. Zatem, treść oferty nie odpowiada treści siwz i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy na tej podstawie stanowi, również naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy, czyli zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. To odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści siwz i oferowane przez odwołującego urządzenia i zestawy służą do redukcji wszystkich patogenów w osoczu, a nie tylko wirusów. Szerszy zakres zastosowania urządzeń oferowanych przez odwołującego powoduje, że jego oferta jest droższa. Oferty odwołującego i Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. są nieporównywalne. Zamawiający powinien zatem ocenić tylko tę ofertę, która spełnia wymagania określone w siwz.

6. Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 36 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści siwz, ponieważ wykonawca nie wskazał zakresu prac, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, mimo że podłączenie aparatury do systemu komputerowego RCKiK i zapewnienie transmisji danych wymaga zatrudnienia podwykonawców, pomimo, że w pkt 6 w rozdziale III siwz zamawiający żądał, by wykonawcy wskazali te części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy.

Wykonawca Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. w części X formularza oferty nie wskazał zakresu prac, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Tym samym oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia wykona własnymi siłami.

Podłączenia urządzeń do systemów komputerowych i zapewnienie transmisji danych własnymi siłami wykonawcy nie jest możliwe, w ocenie odwołującego.

W siedmiu RCKiK funkcjonuje system Bank Krwi firmy ABG S.A., a w RCKiK w Białymstoku funkcjonuje system firmy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe "EBiKOM" Grzegorz Czalej.

ABG SA nie dopuszcza wprowadzania zmian do bazy danych przez oprogramowanie firm trzecich, ponieważ w takim przypadku nie ma podmiotu odpowiedzialnego za jakość i

integralność danych w bazie. Również „EBiKOM” wyklucza ingerencję osób trzecich w oprogramowanie funkcjonujące w RCKiK w Białymstoku.

Jako dowód odwołujący załączył pisma - ABG S.A. z dnia 5 listopada 2009 r. i EBiKOM z dnia 3 listopada 2009 r.

Powyższe ograniczenia wynikają z umów, które łączą RCKiK z autorami oprogramowania.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał:

- 1) odnośnie zarzutu dotyczącego parametru „strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII” podtrzymuje, że wartość straty stężenia czynnika VIII podana w ofercie firmy Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. jest prawidłowa,
- 2) odnośnie zarzutu dotyczącego parametru „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat” podtrzymuje, że wydajność aparatury oferowanej w ofercie przez firmę Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. jest prawidłowa i wynosi powyżej 7 jednostek osocza w ciągu godziny na aparat,
- 3) odnośnie zarzutu dotyczącego „dostawy aparatury do redukcji wirusów”, zarzut jest całkowicie bezpodstawny, a metoda oferowana przez firmę Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. w pełni spełnia wymagania określone przez zamawiającego w siwz,
- 4) odnośnie zarzutu dotyczącego „braku wskazania w ofercie podwykonawców”, zamawiający nie ma podstaw, aby podważać decyzję wykonawcy Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. przedstawioną w ofercie, iż firma ta zamierza wykonać wszystkie elementy zamówienia, w tym podłączenie aparatury do systemu komputerowego w danym RCKiK, za pomocą własnych sił tj. bez udziału podwykonawców,
- 5) odnośnie zarzutu dotyczącego „zaniechanie podania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty streszczenia oceny i porównania złożonych ofert, zawierającego punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację”, w dniu 13.11.2009 r. zamawiający dokonał uzupełnienia ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 3 listopada 2009 r. o informacje dotyczącą punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert.

W świetle powyższej argumentacji, zamawiający uznał, iż żądanie wykluczenia wykonawcy Maco Pharma Polonia Sp. z o.o., z postępowania, a następnie odrzucenia jego oferty jest bezprzedmiotowe, a tym samym przedstawione zarzuty bezzasadne, co za tym idzie protest należało oddalić.

Przystępujący do postępowania odwoławczego Maco Pharma Polonia Sp. z o.o. wyjaśnił w zakresie „straty stężenia czynnika krzepnięcia VIII”, że odwołujący błędnie odczytał tabelę z informacją o jakości osocza, gdyż wartość wyjściowa badanego osocza wynosi 100%,

natomiast wartość 114% jest to stężenie po filtracji filtrem antyleukocytarnym PLAS4, który jest integralną częścią zestawu do inaktywacji patogenów metodą THERAFLEX MB-Plasma. W przedmiocie „wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat” potwierdził, że wynosi ona powyżej 7 jednostek osocza w ciągu godziny. Podał, że wydajność metody na 8 godzinny dzień pracy wynosi 61 jednostek osocza, co daje wartość powyżej 7 jednostek na godzinę.

Stwierdził, że zarzut dostawy aparatury do redukcji wirusów jest bezpodstawny, gdyż zgodnie z postanowieniami siwz III rozdział, pkt 1.3.1.4.1. – 1.3.1.4.4. przedmiot zamówienia wykazuje efektywność w stosunku do szerokiego zakresu patogenów w osoczu przez m.in. redukcję krwinek białych, redukcję patogenów w pojedynczych jednostkach osocza, uzyskanych z 450 ml krwi pełnej, utrzymanie klinicznej skuteczności FWP – zgodnie z zaleceniami Unii Europejskiej – średnie stężenie białka całkowitego – nie mniej niż 50g/l oraz średnia zawartość czynnika VIII – nie mniej niż 70 IU w 100 ml, redukcję przetoczeniowych reakcji immunologicznych – przeszczep przeciwko biorcy (GVHD).

Podał również, że nie wskazał podwykonawców przedmiotu zamówienia, gdyż cały zakres zamówienia wykona własnymi siłami i cena oferty obejmuje wszystkie koszty podłączenia aparatury.

Na rozprawie odwołujący cofnął zarzut braku podwykonawców w wybranej ofercie, stąd okoliczności z tym związane nie były przedmiotem rozpoznania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Rozpoznanie odwołania sprowadza się do rozstrzygnięcia 3 zarzutów, tj. zgodności treści oferty z treścią siwz (dostawa aparatury i zestawów do redukcji tylko wirusów, a nie patogenów), oceny wybranej oferty, przy zastosowaniu zasad oceny ofert w kryterium ocena techniczna - strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII i wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat.

W zakresie zarzutu pierwszego, KIO ustaliła. Zamawiający realizując Program Zdrowotny pt. „Zapewnienie samowystarczalności Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie krwi, jej składników i produktów krwiopochodnych” na okres realizacji 2009–2014, mający na uwadze zaopatrywanie polskiego systemu ochrony zdrowia w bezpieczne osocze m.in. osocze po redukcji patogenów, opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, w której w III rozdziale pt. „Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy”, zarówno w określeniu przedmiotu zamówienia, jak i w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia,

opisie parametrów granicznych dotyczących aparatury i opisie parametrów dotyczących zestawów, użył na wskazanie zakresu, który ma być redukowany, określenia „patogenów”.

Wykonawca Maco Pharma POLONIA Sp. z o. o. w złożonej ofercie, pomimo, że w nazwie przedmiotu oferty, w ślad za nazewnictwem z siwz, na pierwszej stronie oferty podał określenie patogenów i powtórzył to określenie w tabeli na drugiej stronie oferty przy podaniu aparatury – MACOTRONIC B2, producenta MACO PHARMA, to wskazując oferowane zestawy do przeprowadzenia procesu walidacyjnego i zestawy do redukcji patogenów, jednoznacznie określił, że oferuje zestawy do inaktywacji wirusów w osoczu (Theraflex MB-Plasma) producenta MACO PHARMA (str. 2 i 3 oferty, tabele - a) Lp. 2 i b) Lp. 1. W dalszej części oferty – w opisie oferowanej ceny całkowitej brutto (str. 3 oferty), wykonawca podał, że cena dotyczy aparatury i zestawów do redukcji patogenów, pomimo wcześniejszego zastosowania określenia „wirusów”.

Również w oświadczeniu zamieszczonym na str. 18 oferty, podał, że oferowany przedmiot zamówienia (zestawy) dotyczy redukcji patogenów w osoczu, zaś w Rejestrze Wyrobów Medycznych i Podmiotów Odpowiedzialnych za ich wprowadzenie do obrotu i do używania, zestaw został zarejestrowany jako zestaw do urządzeń medycznych składający się z pojemników do osocza wraz z filtrami, służący do inaktywacji wirusów w osoczu (Theraflex MB-Plasma).

Świadectwa EC [Komisji Europejskiej] nr 1807/B2P3/7 i nr 1807/B2P3/1 wydane przez Jednostkę Notyfikowaną LNE/G-MED [symbol CE] 0459, ważne do 28.03.2010 r., załączone do oferty (str.11-12 i str. 16-17), w związku z żądaniem zamieszczonym w postanowieniu siwz pkt 2.1., str. 5, potwierdzają kategorie urządzenia, wskazując odpowiednio „Urządzenie do inaktywacji wirusów w osoczu w technice THERAFLEX MB-Plasma, w tym błękit metylenowy i naświetlanie” i „Zestawy pojemników do krwi i filtrów do usuwania leukocytów oraz inaktywacji wirusów w osoczu w technice THERAFLEX MB-Plasma, w tym błękit metylenowy i naświetlanie”.

Nie ulega wątpliwości, w ocenie KIO, że wskazane certyfikaty dotyczą zarówno aparatury, jak i zestawów do inaktywacji wirusów w osoczu, w technice podanej przez wykonawcę w ofercie.

Strony postępowania odwoławczego, w sposób jednoznaczny i niewątpliwy, potwierdziły na rozprawie, że pojęcie „patogeny” jest pojęciem szerszym od pojęcia „wirusy”, gdyż zawiera również obok wirusów, bakterie i pasożyty. Stanowisko takie wynika również z pisma Wojskowego Instytutu Medycznego – Zakładu Transfuzjologii Klinicznej Centralnego Szpitala Klinicznego Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 9.12.2009 r., złożonego jako potwierdzenie stanowiska odwołującego. Z pisma tego wynika, że patogeny (czynniki

zakaźne) przenoszone przez krew to wirusy (...), bakterie (...). Innymi czynnikami zakaźnymi są priony oraz niektóre pierwotniaki.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w pkt 1.2.4.1 oraz 1.2.4.1.1. siwz na str. 5, opisał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa aparatury zapewniającej wydajność min. 4 jednostki osocza w ciągu 1 godziny/na aparat. Jednocześnie określił co należy rozumieć pod pojęciem wydajności, a więc całkowity czas procesu redukcji patogenów do momentu wyprodukowania preparatu gotowego do transfuzji.

Potwierdził, że istotnie, opis przedmiotu zamówienia jest szerszy niż potrzeby zamawiającego, bowiem wskazano w nim, że dostawą będzie objęta aparatura wraz z zestawami do redukcji patogenów w osoczu, a w istocie Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa mają zredukować, bądź wyeliminować z osocza niektóre z tych patogenów, przez co dopuścił w siwz szerszy zakres zastosowania metody, niż wskazywały jego potrzeby.

Pomimo więc określenia nazwy przedmiotu zamówienia przy użyciu wyrazów "patogenów" wystarczające było, aby urządzenie wraz z zestawami, określone przez wykonawcę, jako urządzenie do redukcji wirusów, stosowane było przede wszystkim do redukcji wirusów.

Stwierdził, że zależało mu przede wszystkim na uzyskaniu aparatury wraz z zestawami, gwarantującej uzyskanie bezpiecznych preparatów leczniczych osocza i obie oferty, zarówno przystępującego, jak i odwołującego, spełniają wymogi w tym zakresie.

Zamawiający potwierdził, że obie omawiane metody redukcji patogenów, które w przypadku przystępującego, mają zastosowanie przede wszystkim do redukcji wirusów, są prawidłowe i odpowiadające wymaganiom siwz. Metoda przedstawiona przez przystępującego polega na redukcji patogenów w osoczu według standardów, natomiast metoda odwołującego jest szersza i jej szersze zastosowanie polega na użyciu jej do redukcji patogenów z większą skutecznością w preparatach krwinek płytkowych, co jednak nie było przedmiotem zamówienia.

KIO, mając na uwadze powyższe ustalenia, stwierdziła, że pomimo, iż węższy zakres przedmiotu dostawy w stosunku do opisu zawartego w siwz, spełnia oczekiwania zamawiającego, to jednak zasady - legalizmu postępowania obowiązująca organy orzecznicze, wynikająca z przepisów ustawy, doktryny i orzecznictwa sądowego, m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 czerwca 2009 r. sygn. akt XIX Ga 207/09, a także arbitrażowego, równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, nie pozwalają na przyjęcie, że treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, jest zgodna z siwz. Zamawiający wyraził w siwz i opisał jednoznacznie przedmiot zamówienia, co potwierdzają również zawarte w siwz

wymagania, iż zaoferowane urządzenie ma zapewniać redukcję szerokiego zakresu patogenów. Nie określił wówczas, że jego potrzeby są w rzeczywistości węższe i ograniczają się do redukcji wirusów, co uczynił podczas rozprawy.

Brak zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z postanowieniami siwz, zobowiązuje zamawiającego do powtórzenia czynności oceny ofert, w związku z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie KIO, wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji w zakresie zaoferowanego urządzenia i zestawów, wskazując ich przeznaczenie do redukcji wirusów, w istocie podał urządzenie wraz z zestawami o węższym zakresie, niż zamawiający opisał to w siwz, co przesądza o braku podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego oceny wybranej oferty, przy zastosowaniu zasad oceny ofert w kryterium ocena techniczna - wydajność aparatury w ciągu 1 godziny na aparat, skład orzekający Izby ustalił.

Zamawiający opisał w siwz, str. 11, że w celu dokonania oceny ofert w kryterium ocena techniczna, do oferty należało dołączyć dokładną specyfikację techniczną zaoferowanych urządzeń/aparatury (firmowe materiały informacyjne-FMI), w których powinny być zaznaczone parametry podlegające ocenie (wydajność aparatury, straty objętości osocza, straty czynników krzepnięcia). W przypadku braku tych parametrów w firmowych materiałach informacyjnych-FMI, wykonawca zobowiązany był do potwierdzenia tych danych (parametrów tj. wydajność aparatury, straty objętości osocza, straty czynników krzepnięcia), stosownym oświadczeniem, podpisanym przez osoby upoważnione do reprezentowania firmy.

Wykonawca złożył oświadczenie na str. 20 oferty o treści, że aparatura do redukcji patogenów w osoczu, tj. MACOTRONIC B2 producenta MACO PHARMA zapewnia wydajność min. 7 jednostek osocza w ciągu jednej godziny / na aparat. Uzyskał w tym parametrze najwyższą możliwą punktację - 6 punktów.

Wobec zakwestionowania oceny w proteście i w odwołaniu, wykonawca załączył do zgłoszenia do przystąpienia do postępowania odwoławczego opracowanie pt. „Wydajność metody”, z którego jednoznacznie wynika, że w pierwszej godzinie pracy urządzenia wydajność metody wynosi 5,54 jednostek osocza na godzinę, w każdej następnej godzinie, do ośmiu godzin łącznie, wydajność wynosi po 8 jednostek osocza na każdą godzinę. Wykonawca podając w oświadczeniu min. 7 jednostek, przyjął ich przeciętną wielkość, przez obliczenie, że wydajność metody w ciągu 8 godzin wynosi -  $5,54 + 56$  (7 godzin x 8 jednostek), co daje 61,54 jednostek osocza – średnia wydajność na godzinę wynosi 7,69 jednostek osocza.

W ocenie KIO, powyższe obliczenie potwierdzające treść złożonego oświadczenia, nie świadczy o tym, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, gdyż podał w zasadzie swój sposób obliczenia, wobec nie zamieszczenia w siwz żadnego opisu w tym zakresie, a zatem nie występują przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i w konsekwencji uznania oferty wykonawcy za odrzuconą z tego powodu, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Sposób obliczenia wskazuje, że nie można przyznać ofercie w ramach oceny wydajności aparatury w ciągu 1 godziny na aparat, maksymalnej ilości punktów.

Z opisu kryterium ocena techniczna, zamieszczonym na str. 11 siwz wynika, że wydajność ustalana jest w ciągu godziny, nie jest więc to przeciętna wielkość obliczona na podstawie kilku godzin, nie jest też to wielkość z okresu ustalanego po pominięciu pierwszej godziny, jako takiej, gdzie zawsze (jak wyjaśnił przystępujący) przypada niższa wydajność, z uwagi na to, że w pierwszej godzinie następuje filtracja, która musi mieć miejsce przed naświetlaniem. KIO przychyliła się do stanowiska odwołującego, że musi to być wydajność w każdej godzinie.

Wobec powyższych ustaleń, zachodziłaby konieczność powtórzenia oceny ofert w tym kryterium, gdyby nie uprzednia konieczność oceny ofert w przedmiocie zgodności treści wybranej oferty z treścią siwz.

KIO stwierdziła, że zmniejszenie punktacji w tym parametrze, pomimo zasadności zarzutu, nie stanowiłoby podstawy uwzględnienia odwołania (art. 191 ust. 1a ustawy), gdyby nie uwzględnienie przesądzającego zarzutu w zakresie niezgodności treści oferty z treścią siwz, dotyczącego oferowanego przedmiotu zamówienia.

W zakresie ostatniego zarzutu - ocena ofert z zastosowaniem kryterium ocena techniczna, strata stężenia czynnika krzepnięcia VIII, KIO uznała, że odwołujący nie udowodnił tego zarzutu, gdyż stanowisko odwołującego wraz z potwierdzeniami złożonymi na rozprawie, sprowadza się do wykazania, że do obliczenia czynnika należało zastosować pierwotną wielkość wynoszącą 114%, tymczasem przystępujący, na podstawie opisu pt. „Jakość osocza” przyjął wielkość 100%, gdyż 114% jest to wielkość już po filtracji PLAS4. Odwołujący podał, że wielkość 100% nie wynika z materiałów informacyjnych załączonych do oferty i jest także niemożliwa do osiągnięcia (ze 100% na 114% w wyniku filtracji). Nie wykazał jednak, że wielkość przyjęta w ofercie jest sprzeczna z ustawą, siwz, czy załączonymi materiałami.

W ocenie KIO, podana przez przystępującego wielkość wynika z materiałów informacyjnych i została potwierdzona na rozprawie (114% występuje po filtracji PLAS4).

Stąd, KIO stwierdziła, że zarzut ten nie został udowodniony.

Zważywszy, że KIO uznała za udowodnione dwa zarzuty odwołania, w tym jeden przesądzający o jego uwzględnieniu, orzekła jak w sentencji, uwzględniając odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1, ust.1a i ust. 2 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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, z późn. 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, 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

