

Sygn. akt: KIO 1097/12

**WYROK**  
**z dnia 11 czerwca 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 roku przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny, 01 – 201 Warszawa, ul. Wolska 37**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 21B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz nakazuje odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.**

**2. kosztami postępowania obciąża ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 21B i**

**2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, tytułem wpisu od odwołania;**

**2.2 zasądza od ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 21B na rzecz Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty**

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 zasądza od **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 21B** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpital Zakaźnego, 01 – 201 Warszawa, ul. Wolska 37** kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający - SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i dostawa odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do diagnostyki molekularnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 marca 2012 roku pod poz. 2012/S51-082966.

Odwołujący - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 28 maja 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego z dnia 17 maja 2012 roku polegające na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o.
2. zaniechaniu odrzucenia oferty ABBOTT.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, czym zamawiający doprowadził do naruszenia interesu odwołującego i narażenia go za znaczną szkodę związaną z kosztami uczestnictwa w postępowaniu i utratą zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Abbott i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na postanowienia siwz, z których wynika, że oferta winna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w tym dzierżawę sprzętu, koszt odczynników i wszystkich komponentów niezbędnych do należytego wykonania badań, wraz z kalibracją i kontrolą wewnętrzną. Wymogiem zamawiającego było, aby oferowany asortyment wystarczył do wykonania 19 500 oznaczeń RNA HCV ilościowy (czyli uzyskania 19 500 wyników dla próbek od pacjentów). W uzupełnieniu opisu w odpowiedzi na wyjaśnienia treści siwz z dnia 2.04.2012 roku (pytanie nr 3) zamawiający podał, że podana liczba oznaczeń jest tożsama z ilością wydanych wyników. Zamawiający wykonywał poszczególne oznaczenia w seriach 24 lub 48 reakcji, minus stosowne kontrole.

Odwołujący podniósł, że test zaoferowany przez Abbott umożliwia badania w serii 48 oznaczeń składającej się z 45 próbek pacjentów i 3 kontroli (pkt 6 strona 43 oferty Abbott). Zatem zamawiający, badając próbki od 19 500 pacjentów w serii po 45 próbek pacjentów

wykona 434 serie badań. Ponieważ do każdej serii wymagane jest dołączenie 3 kontroli, zamawiający przeprowadzi dodatkowo 1302 oznaczenia dla kontroli (434 serii x 3 kontrole). Sumując oznaczenia wykonane dla próbek od pacjentów (19500) i oznaczenia kontroli (1302) otrzymujemy 20802 oznaczenia.

Tymczasem Abbott zaoferował odczynnik o nr katalogowym 4J7024 w ilości 217 opakowań (pozycja 4 na stronie nr 3 oferty). Jednocześnie na stronie 41 oferty Abbott podano, że zestaw o nr kat 4J70-24 zawiera odczynniki do izolacji RNA na 96 oznaczeń (4 x 24), a więc 217 opakowań tego testu pozwala na wykonanie 20 832 oznaczeń. Jest to ilość wystarczająca na wykonanie oznaczeń dla próbek pacjentów i kontroli, ale odczynnika o nr. kat 4J7024 zabraknie na wykonanie kalibracji i kontroli kontaminacji, czego dowodzą następujące wyliczenia.

Kalibrację testu przeprowadza się wykonując oznaczenia 2 kalibratorów, które firma Abbott zaoferowała w ilości 6 opakowań. Każde opakowanie zawiera po 12 fiolek kalibratora A i 12 fiolek kalibratora B. Stąd do wykonania oznaczeń kalibracji zostanie zużyte 144 oznaczenia odczynnika 4J7024.

Dodatkowo zgodnie z informacjami na stronie 44 oferty Abbott kontrolę kontaminacji pipet automatycznych, przycisków kontrolnych aparatów m2000sp i m2000rt, powierzchni stołów, mikrowirówki i adaptora wirówek należy przeprowadzić przynajmniej raz na miesiąc. W okresie 3 lat zużyte do tego celu zostanie min. 396 oznaczeń (36 mies. x 11 ozn.) jeśli założymy że używa się 4 pipet, 1 stołu, 1 mikrowirówki i 1 adaptora oraz każdy z 2 aparatów ma tylko 2 przyciski funkcyjne.

Wskazując na powyższe odwołujący stwierdził, że w ofercie Abbott brakuje 540 ozn., a tym samym jest niedoszacowana na 5314 zł brutto.

Kolejnym niedoszacowanym produktem jest odczynnik HCV RNA ilościowo o nr kat 4J8690 w tabeli „Materiały eksploatacyjne...”, którego zaoferowano w ilości 13 opak. po 96 ozn. w opakowaniu. Ilość ta pozwala przeprowadzić 1248 oznaczeń, podczas gdy konieczne jest wykonanie 1302 oznaczeń dla kontroli i ok. 500 oznaczeń kalibracji oraz kontroli kontaminacji, co oznacza, że w stosunku do ilości wystarczającej (wymaganej) brakuje w ofercie Abbott 550 ozn. Przybliżona wartość niedoszacowania oferty Abbott z tego powodu wynosi 30 171 zł brutto (6 opak. x 96 ozn.)

Również produkt 200ul Pipette tips zaoferowano w niewystarczającej ilości 9 opakowań. Jedno opakowanie zawiera 2304 szt., więc łącznie zaoferowano 20 736 szt., co nie wystarczy na przebadanie 20802 oznaczeń próbek od pacjentów (19500) i oznaczenia kontroli (1302) oraz ok. 550 badań kalibracji i kontroli kontaminacji. Łącznie brakuje ok. 616 szt. 200ul Pipette tips, czyli 1 opakowania handlowego.

W specyfikacji jednoznacznie określono, że oferowany zestaw sprzętu i odczynników musi zapewniać pełny ciąg diagnostyczny oraz że oferta powinna zawierać wszystkie koszty

związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w tym dzierżawę sprzętu, koszt odczynników i wszystkich komponentów niezbędnych do należytego wykonania badań, wraz z kalibracją i kontrolą wewnętrzną. W związku z powyższym brak wyżej wymienionego asortymentu w ofercie Abbott świadczy o jej niezgodności z SIWZ, a także o tym, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, co skutkowało powinno jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, na wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja, w dniu 30 maja 2012 roku zgłosił swoje przystąpienie Abbott Laboratories Poland S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 11 czerwca 2012 roku, zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uznał zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu, wskazując, że mając na uwadze zaoferowane przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. ilości materiałów, części i komponentów, przy uwzględnieniu załączonej do oferty ulotki informacyjnej nie jest kompletna. Ze szczegółowej kalkulacji oferty Abbott wynika, że zawiera ona zbyt małą liczbę zakwestionowanych przez odwołującego odczynników i materiałów.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do diagnostyki molekularnej, odwołanie dotyczy pakietu nr 1, obejmującego diagnostykę molekularną zakażeń HCV. W zadaniu tym oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z ceną 1 370 890,44 zł
2. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z ceną 1 350 120,75 zł

Odwołujący na poparcie twierdzenia, co do zaoferowania przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. (dalej Abbott) odczynników i materiałów eksploatacyjnych w ilości niewystarczającej do należytego wykonania zamówienia, przedstawił wiarygodne

wyliczenia, które zostały co do zasady potwierdzone przez zamawiającego i nie zostały zakwestionowane przez przystępującego Abbott, w szczególności przystępujący nie przedstawił żadnych innych wyliczeń, które potwierdzałyby tezę, że zaoferowany przez niego asortyment jest wystarczający dla zrealizowania celu, polegającego na uzyskaniu przez zamawiającego 19 500 wyników, wykonania niezbędnych kontroli kontaminacji i kalibracji. Przystępujący podnosił w toku rozprawy, że z uwagi na brak podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu wyliczenia przez wykonawców niezbędnych ilości asortymentu, wyliczenia przedstawione przez odwołującego są jedynie jego przypuszczeniami.

Izba popiera stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i odwołującego, że powszechną praktyką w zamówieniach, obejmujących dostawę odczynników, jest podawanie przez zamawiających ilości oznaczeń, które zamawiający zamierza uzyskać w trakcie realizacji zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający podał w pkt 10.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wymagana ilość oznaczeń na 3 lata wynosi 19 500 (HCV). Wskazał, że na podstawie tej ilości wykonawcy mają wyliczyć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym dzierżawę sprzętu, koszt odczynników i wszystkich komponentów niezbędnych do należytego wykonania badań w tym kalibrację i kontrolę wewnętrzną. Koszt tych elementów oferent winien przedstawić w formie tabeli z podaniem nazwy towaru, ilości i wartości. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że elementy niezbędne do wykonania analizy, nie wykazane w ofercie, będą dostarczane na koszt wykonawcy.

Izba podkreśla, że obowiązkiem każdego wykonawcy składającego ofertę, jest rzetelne oszacowanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych do realizacji zamówienia elementów, w taki sposób, aby zapewnić zachowanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców. Ma to szczególnie istotne znaczenie, w postępowaniach, w których zamawiający z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, określają jedynie oczekiwany efekt (uzyskanie 19 500 oznaczeń), powierzając wykonawcom wyliczenie niezbędnych ilości asortymentu i podanie wszelkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia tj. odczynników, komponentów, przeprowadzenia kalibracji i kontroli kontaminacji. Z obowiązku rzetelnego i pełnego oszacowania kosztów zamówienia, nie zwalnia wykonawców zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego, że „elementy niezbędne do wykonania analizy, nie wykazane w ofercie, będą dostarczane na koszt Wykonawcy”.

Nieuzasadnione jest także stanowisko przystępującego Abbott, który wskazuje, że w podanej ilości asortymentu należy uwzględnić także ilości znajdujące się w oddanym do dzierżawy aparacie oraz ilości nieużytych materiałów, pozostałych po przeprowadzeniu bezpłatnego szkolenia personelu z obsługi aparatu. Oświadczenie w tym zakresie nie wynika z treści

pisemnej oferty, złożonej zamawiającemu, a zatem zamawiający nie ma podstaw domniemywać i oczekiwać, że otrzyma od wykonawcy większą niż zaoferowana w treści oferty ilość asortymentu.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego Abbott, że przewidziane w rozpatrywanym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy a zatem jakiegokolwiek braki w zakresie przedmiotu zamówienia nie mają znaczenia. Stanowisku temu przeczy treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i wzoru umowy, będącego załącznikiem do siwz, które nie zawierają informacji o wynagrodzeniu ryczałtowy. Przeciwnie, zamawiający wymagał obliczenia ceny oferty w oparciu o formularz asortymentowo – cenowy, w którym należało podać niezbędne ilości asortymentu oraz ich ceny jednostkowe. We wzorze umowy (§ 3 w związku z § 8 ust. 2) zamawiający przewidział, że płatność będzie odbywać się za każdorazowo dostarczone ilości odczynników wg cen podanych w specyfikacji asortymentowo - cenowej. Ponadto, wynagrodzenie przewidziane w umowie nie jest wynagrodzeniem niezmiennym, ustalonym z góry za całość zamówienia, o czym świadczy choćby okoliczność, że zamawiający w § 4 wzoru umowy przewidział możliwość zmiany cen brutto po upływie 12 miesięcy od daty podpisania umowy, z powodu udokumentowanych zmian czynników cenotwórczych niezależnych od stron niniejszej umowy.

Izba uznała, że odwołujący skutecznie wykazał, że wykonawca Abbott zaoferował niewystarczającą dla wykonania niezbędnej kalibracji i kontroli kontaminacji ilość opakowań odczynnika RNA Sample Preparation Reag. o nr katalogowym 7J7024. Podobnie ilość odczynnika RNA HCV ilościowo o nr katalogowym 4J8690 pozwala na wykonania 1248 oznaczeń, podczas gdy konieczne jest wykonanie 1302 oznaczeń kontroli, ilość ta nie wystarcza także na wykonanie koniecznych oznaczeń kalibracji i kontroli kontaminacji. Kolejnym nieoszacowanym elementem jest produkt 1 ml Pipette Tips, który jak wykazał odwołujący, wystarcza na wykonanie 20 736 oznaczeń, podczas gdy niezbędne jest wykonanie łącznie 20 802 oznaczeń, na które składają się 19 500 oznaczeń próbek pacjentów oraz 1 302 oznaczenia kontroli. Podana przez Abbott ilość produktu Pipette Tips nie uwzględnia także wykonania koniecznych badań kalibracji i kontroli kontaminacji.

Zasadne jest zatem stanowisko odwołującego i zamawiającego, że ofertę, która oferuje niewystarczającą ilość przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań zamawiającego należy uznać za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a jej złożenie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....