

Sygn. akt: KIO 570/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu**

przy udziale:

wykonawcy **Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Roche Diagnostics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Roche Diagnostics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu** kwotę **4 495 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa odczynników do wykrywania materiału genetycznego wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV wraz z materiałami kontrolnymi i zużywalnymi oraz dzierżawą dwóch systemów analitycznych z wymaganym oprzyrządowaniem do wykonywania badań z zastosowaniem przedmiotowych odczynników oraz do przeprowadzenia archiwizacji materiału badanego w okresie 36 miesięcy dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 lutego 2022 roku wykonawca Roche Diagnostics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej jako „Grifols” lub „przystępujący”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Grifols.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Grifols podczas gdy treść oferty Grifols jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) art. 253 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty Grifols jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Grifols powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, a zatem nie może być ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Grifols.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru oferty Grifols jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

II. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Grifols.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz kosztów noclegu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Grifols Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do wykrywania materiału genetycznego wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV (odczynniki typu multiplex, wykrywające jednocześnie materiał genetyczny RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV) wraz z materiałami kontrolnymi i zużywalnymi.

Zgodnie z rozdz. VIII pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), ofertę sporządza się w języku polskim na Formularzu Ofertowym - zgodnie z Załącznikiem nr 1 do s.w.z. W przypadku złożenia oferty na innym formularzu niż załącznik nr 1 do s.w.z., powinien on zawierać wszystkie wymagane informacje określone w tym załączniku. Formularz oferty nie podlega uzupełnieniu.

Zamawiający przygotował wzór formularza ofertowego, stanowiący załącznik nr 1 do s.w.z. W pkt.3 formularza zamieścił tabelę. Tabela zawierała miejsce na wpisanie nazwy/rodzaju testu, odczynnika, materiału zużywalnego, kalibracyjnego, kontrolnego, numerów katalogowych, wielkości opakowania oraz ceny jednostkowej netto i podatku VAT.

Zgodnie z § 2 ust. 12 projektu umowy, Wykonawca zobowiązany jest do wzajemnego rozliczania z Zamawiającym ilości dostarczonych testów i materiałów w stosunku do ilości przebadanych donacji oraz wykonanych dodatkowych badań.

Zgodnie z § 4 ust. 3 projektu umowy, Zamawiający przy odbiorze partii towaru dokonuje sprawdzenia zgodności pod względem ilościowym z dokumentem dostawy. Jeżeli dostarczona przez Wykonawcę liczba (na wnioskowaną przez Zamawiającego liczbę badań) testów i materiałów zużywalnych i kontrolnych okaże się niewystarczająca, to Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia (na swój koszt) brakującej liczby testów oraz w/w materiałów w ciągu 72 godzin od pisemnego zgłoszenia (dopuszcza się elektroniczną) ich braku przez Zamawiającego.

W myśl § 5 projektu umowy:

1. Zamawiający przy odbiorze partii towaru dokonuje sprawdzenia zgodności pod względem ilościowym z dokumentem dostawy. Zgłoszenie przez Zamawiającego reklamacji ilościowej jest równoznaczne z niedostarczeniem danej partii towaru.
2. Zamawiający zgłasza telefonicznie i na piśmie reklamacje ilościowe i jakościowe niezwłocznie po ich ujawnieniu (dopuszcza się drogę elektroniczną – e-mail).
3. Jeżeli dostarczony przez Wykonawcę asortyment nie spełnia wymagań jakościowych określonych w SWZ, Zamawiający zgłasza Wykonawcy reklamacje jakościowe wadliwego asortymentu. Wykonawca powinien ustosunkować się pisemnie do zgłoszonej reklamacji jakościowej w terminie do 7 dni roboczych od jej otrzymania.
4. W przypadku uznania reklamacji jakościowej Wykonawca wymieni na swój koszt wadliwy asortyment w ciągu 5 dni roboczych.
5. W razie odrzucenia reklamacji przez Wykonawcę, Zamawiający może wystąpić z wnioskiem o ekspertyzę. Jeżeli reklamacja Zamawiającego okaże się uzasadniona, koszty związane z przeprowadzeniem ekspertyzy ponosi Wykonawca.
6. Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia towaru wolnego od wad w terminie 5 dni roboczych od powzięcia informacji o wynikach ekspertyzy.
7. W przypadku dostarczenia towarów nie zamówionych przez Zamawiającego zostaną one zwrócone Wykonawcy na jego koszt.
8. Okres gwarancji jest równy okresowi przydatności do użycia, określonego w wymaganiach Zamawiającego.

Stosownie do § 7 ust. 1 pkt 2 projektu umowy, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości brutto danej dostawy niedostarczonej w terminie lub w terminie na cito za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dostawie.

W postępowaniu zamawiającemu zostały złożone dwie oferty: oferta odwołującego i przystępującego.

Przystępujący w tabeli znajdującej się w pkt. 3.1. formularza ofertowego, w kolumnie „Nazwa / Rodzaj testu, odczynnika, materiału zużywalnego, kalibracyjnego, kontrolnego” wskazał: „ULTRIO ELITE wraz ze wszystkimi materiałami zużywalnymi, kalibracyjnymi oraz kontrolnymi niezbędnymi do wykonania określonej przez Zamawiającego ilości donacji”. Ponadto zamieścił następujące informacje: Numer katalogowy – 303715, wielkość opakowania 5000, cena jednostkowa netto (w zł) za opakowanie – 230 857,14, podatek VAT – 8%. Do oferty przystępujący załączył instrukcję testu, gdzie na str. 10 wskazano, co wchodzi w skład zestawu.

Pismem z dnia 14 lutego 2022 roku zamawiający wezwał przystępującego o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy P.z.p., czy zaoferowany w ofercie w formularzu ofertowym zestaw Ultrio Elite zawiera wszystkie niezbędne testy, odczynniki, materiały zużywalne, kalibracyjne i kontrolne, w tym również środki konieczne do utrzymania czystości, niezbędne do wykonania badań przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 17 lutego 2022 roku przystępujący udzielił odpowiedzi:

„Grifols potwierdza, że zaoferowany w Formularzu ofertowym zestaw Ultrio Elite, zawiera, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz ofertą Grifols, wszystkie niezbędne testy, odczynniki, materiały zużywalne, kalibracyjne i kontrolne, w tym również środki konieczne do utrzymania czystości, niezbędne do wykonania określonej przez Zamawiającego ilości badań.”

Pismem z dnia 18 lutego 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która otrzymała łącznie 95 pkt. w przyjętych kryteriach oceny ofert. Oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu, otrzymując 88,94 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy przystępujący, wskazując w formularzu ofertowym w tabeli 2 pkt. 3.1 zestaw Ultrio Elite wraz ze wszystkimi materiałami zużywalnymi, kalibracyjnymi oraz kontrolnymi niezbędnymi do wykonania określonej przez

zamawiającego ilości donacji, uczynił zadość wymogom s.w.z., w tym w szczególności opisowi kolumny drugiej tabeli: „Nazwa / Rodzaj testu, odczynnika, materiału zużywalnego, kalibracyjnego, kontrolnego”.

Faktem jest, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do wykrywania materiału genetycznego wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV (odczynniki typu multiplex, wykrywające jednocześnie materiał genetyczny RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV) wraz z materiałami kontrolnymi i zużywalnymi. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu realizacji zamówienia, w szczególności nie wymagał, by wszystkie elementy zamówienia, w tym materiały kontrolne i zużywalne, stanowiły odrębne elementy przedmiotu dostawy.

Przystępujący zaoferował przedmiot dostawy jako zestawy zawierające elementy niezbędne do przeprowadzenia badań. Zaoferowany zestaw ma swój numer katalogowy, wielkość opakowania oraz cenę, czyli wszystkie elementy wskazane w tabeli w pkt. 3.1. formularza ofertowego. Tym samym sposób wypełnienia formularza przez przystępującego należy uznać za prawidłowy.

W ocenie Izby fakt, że przystępujący nie wypełnił tabeli w taki sposób, jak uczynił to odwołujący, to jest poprzez wymienienie wszystkich poszczególnych elementów niezbędnych do zwolnienia donacji, nie świadczy o tym, że jego oferta jest sprzeczna z s.w.z. Przyjęty przez przystępującego model biznesowy, polegający na sprzedaży zestawów, powoduje, że przystępujący nie mógł inaczej wypełnić tabeli. Wpisywanie osobno poszczególnych elementów zestawu, w sytuacji gdy nie są one sprzedawane osobno, byłoby sprzeczne z przyjętą u przystępującego formą dystrybucji i byłoby nadmierną ingerencją w działalność przystępującego, nieuzasadnioną zapisami s.w.z. Podkreślić należy, że zamawiający nie zakazał wykonawcom oferowania zestawów do wykonania badań i nie wymagał wyłącznie zaoferowania poszczególnych testów, odczynników i materiałów.

Podkreślić również należy, że s.w.z. nie wymagała bezwzględnie podania informacji odnośnie oferowanych produktów na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do s.w.z. Zgodnie z rozdz. VIII pkt 3 s.w.z. zdanie drugie, w przypadku złożenia oferty na innym formularzu niż załącznik nr 1 do s.w.z., powinien on zawierać wszystkie wymagane informacje określone w tym załączniku. Przystępujący do oferty załączył instrukcję produktu, w której na str. 10 zawarto specyfikację zestawu 303715. W ocenie Izby przystępujący był uprawniony do tego, by szczegółowe informacje na temat tego, co wchodzi w skład zaoferowanego zestawu, podać w takiej właśnie formie. Izba wskazuje, że odwołujący w treści odwołania nie podniósł żadnych zarzutów co do informacji znajdujących się w złożonej instrukcji. Zarzuty podnoszone zaś w tym zakresie na rozprawie przed Krajową Izbą

Odwoławczą nie mogły zostać uwzględnione z uwagi na ich podniesienie po upływie terminu przewidzianego ustawą P.z.p.

Odwołujący na rozprawie zwrócił uwagę na niektóre postanowienia umowne, mające – w jego przekonaniu – świadczyć o konieczności zaoferowania osobno każdego elementu potrzebnego do przeprowadzenia procedury, w tym § 2 ust. 12 (dot. sposobu rozliczania wykonawcy z zamawiającym), § 4 ust. 3 (dot. dostaw), § 5 (dot. gwarancji) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 (dot. kar umownych naliczanych od wartości dostawy). Izba przeanalizowała treść tych postanowień i stwierdziła, że mogą one mieć również zastosowanie do zestawów, nie zaś wyłącznie do pojedynczych elementów koniecznych do przeprowadzenia badania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: