

**WYROK**  
**z dnia 11 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Aneta Mlącka**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 31 stycznia 2011 r. przez **bioMerieux Polska Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 17, 01-882 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi, ul. Północna 42, 91-425 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi, ul. Północna 42, 91-425 Łódź i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **bioMerieux Polska Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 17, 01-882 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi, ul. Północna 42, 91-425 Łódź** na rzecz **bioMerieux Polska Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 17, 01-882 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt KIO 184/11**

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

Zamawiający - Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznych analizatorów nr 59/D/10. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 25.11.2010r. pod nr 2010/S 229-349993.

W rozdziale XVI SIWZ - Opis kryteriów oceny ofert i ich znaczenie w zakresie Pakietu 1 Zamawiający zapisał, iż ocenie będą poddane odczynniki oraz analizator. Analizator miał być poddany ocenie pod względem: funkcjonalność i łatwość obsługi, czytelne menu użytkownika – 40 (max pkt), kuwety jednorazowego użytku- 40, zużycie wody – 10, oprogramowanie w języku polskim – 10.

Treść specyfikacji stanowiła także, iż ocena analizatora będzie dokonana po uprzedniej prezentacji w czasie pracy rutynowej u dowolnie wybranego użytkownika.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2011 roku przesłał do Odwołującego faksem informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z treści przesłanego oświadczenia wynikało, iż w Pakiecie 1 - Dostawa odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą automatycznych analizatorów: podstawowego i pomocniczego Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Roche Diagnostics Polska sp. z o.o, która uzyskała łącznie 89,14 pkt., zaś oferta Odwołującego uzyskała łącznie 88,38 pkt. Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego i w dniu 31 stycznia 2011 roku wniósł odwołanie do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zakwestionował poprawność oceny /punktacji ofert/ zastosowanej przez Zamawiającego w kryterium „walory użytkowe” w zakresie dotyczącym analizatora w podkryterium - funkcjonalność i łatwość obsługi, czytelne menu użytkownika. W tym podkryterium zaofiarowanemu przez Odwołującego analizatorowi przyznano 0 punktów. Analizator Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w tym samym podkryterium uzyskał 40 pkt. Oferta Odwołującego oceniona została przez Zamawiającego na podstawie raportów serwisowych dotyczących umowy: 149/04 18.10.2004-17.10.2006 oraz 559/298/01 25.09.2001-24.09.2004, oraz na podstawie wyników sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIQAS. Oferta Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. została wybrana w oparciu o wyniki sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIQAS -na podstawie umowy 64/07 26.02.07 - 25.02.2011.

Powyższe w ocenie Odwołującego świadczy, iż Zamawiający odstąpił od zasad oceny i kryteriów wskazanych w SIWZ. Przedmiotem oceny nie były bowiem wskazane w SIWZ mierniki (podkryteria) funkcjonalność, łatwość obsługi, czytelne menu użytkownika” lecz inne - nie sprecyzowane w SIWZ. Ocena została przeprowadzona w oparciu o wyniki sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIQAS, a więc dokumentację odnoszącą się do jakości odczynników i raporty serwisowe - dokumentację związaną z czynnościami konserwacyjnymi, regulacyjnymi czy też naprawczymi, a nie cechami analizatora. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż sposób oceny został zmieniony na etapie oceny ofert - z SIWZ wynikało, iż podstawą oceny będzie prezentacja analizatora /to ona miała dać przesłanki do oceny funkcjonalności, łatwości obsługi, czytelności menu użytkownika/ - tymczasem co wynika z uzasadnienia punktacji, podstawą oceny były raporty serwisowe i wyniki sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIQAS.

Ponadto przedmiotem zaofiarowanym przez Odwołującego (jako analizator podstawowy) był aparat Konelab PRIME 60 ISE. Ocena funkcjonalności, łatwości obsługi, czytelności menu użytkownika jaką przeprowadził Zamawiający dotyczyła aparatu Konelab 30 ISE, a więc analizatora, który nie był jako analizator podstawowy przedmiotem oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący podkreślił, iż w jego ocenie Zamawiający naruszył fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ten sposób, że zastosował różne zasady oceny ofert we wskazanym podkryterium. W stosunku do oferty wybranej były to wyniki sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIQAS -na podstawie umowy 2007- 2011 zaś do oferty Odwołującego podstawą oceny były raporty serwisowe sporządzone w latach 2004-2006 oraz

wyniki sprawdzianów zewnętrznych COBJDL i RIOAS w latach 2001-2004.

Odwołujący wskazał na fakt, iż przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt. we wskazanym podkryterium w oznacza, iż zaofertowany analizator jest нефункциональным, trudnym w obsłudze i z nieczytelnym menu użytkownika. Przy czym Odwołujący zauważył, iż zaofertowany analizator spełnia wszystkie, określone w SIWZ parametry wymagane/graniczne, a więc odpowiada minimalnym potrzebom Zamawiającego, co oznaczałoby, iż Zamawiający precyzując wymagania graniczne dopuszczał możliwość zaofertowania analizatora нефункционального, trudnego w obsłudze i z nieczytelnym menu użytkownika. Odwołujący podkreślił, iż dotychczas oferowane przez Odwołującego analizatory poprzedniej generacji, o niższym zaawansowaniu technologicznym, jakie były użytkowane przez Zamawiającego, były oceniane w przedmiotowym kryterium maksymalnie, zaś obecnie oferowany najnowszy model analizatora, o wyższym zaawansowaniu technologicznym otrzymał zero punktów.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca ocena ofert w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ. Co więcej złożone oferty podlegały ocenie inną miarą. Zatem została naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie oceny ofert na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. W ocenie Odwołującego zastosowano wadliwą punktację, która nie znajduje podstaw w postanowieniach SIWZ. Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny (punktacji) ofert, co winno skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W dniu 03 lutego przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. zachowując termin ustawowy do wniesienia przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której odwołujący i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w

rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych.

Izba uznała, iż Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba z całą stanowczością podkreśla, że zapisy SIWZ wiążą Wykonawców, ale przede wszystkim Zamawiającego. Zamawiający sformułował treść SIWZ, zatem powinien przestrzegać zawartych w niej procedur. W niniejszej sprawie Zamawiający przeprowadził ocenę kryterium walory użytkowe z rażącym naruszeniem zapisów SIWZ. SIWZ jednoznacznie stanowi, iż ocena walorów użytkowych powinna być dokonana po uprzedniej prezentacji w czasie pracy rutynowej u dowolnie wybranego użytkownika. Z treści oświadczeń Zamawiającego oraz dokumentacji wynika, że w ogóle nie przeprowadził on żadnej prezentacji. Już sama ta okoliczność jest w ocenie Izby wystarczająca, aby uwzględnić odwołanie. Prezentacja bowiem była obligatoryjną metodą zbadania analizatorów w kryterium walory użytkowe.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przedstawił, jako podstawę oceny, wyniki badań laboratorium COBJDL, które w ogóle nie jest użytkownikiem analizatorów, lecz jedynie dokonuje oceny pracy i wyników jakości i wiarygodności badań uzyskiwanych przez innych użytkowników analizatora. W ocenie Izby nie jest możliwe ocenianie funkcjonalności urządzenia bez dokonania oceny samego urządzenia i tego, w jaki sposób użytkownik obsługuje urządzenie. Niezależnie od powyższego Izba uważa, że jeżeli Zamawiający określił w SIWZ, że oceniać będzie urządzenie po przeprowadzeniu prezentacji, to niedopuszczalne było oparcie tej oceny na wynikach testów (informacji o wynikach uzyskanych w programie powszechnym w sprawdzianach chemicznych) z lat ubiegłych.

Podkreślenia wymaga, że ocenie miało podlegać działanie urządzenia w trakcie rutynowego użycia urządzenia przez użytkownika. Zamawiający oceniać miał samo urządzenie, jego fizyczne walory i właściwości nie zaś weryfikować wyniki badań, które zostały uzyskane za pomocą tego urządzenia. Trudno jest w ogóle doszukać się jakiegokolwiek wzmianki pośród wyników badań laboratorium COBJDL (lub gdziekolwiek w dokumentacji postępowania) na temat funkcjonalności, łatwości użycia, czy czytelnego menu analizatora. A takie właśnie były podstawowe kryteria oceny wymienione w SIWZ. Zatem należy uznać, że Zamawiający dokonał zmiany sposobu oceny ofert po upływie terminu składania ofert. Zmieniony został sposób oceny, gdyż z treści SIWZ wynikało, iż podstawą oceny ma być prezentacja analizatora i ta prezentacja miała dać przesłanki do oceny funkcjonalności, łatwości obsługi oraz czytelności menu użytkownika, tymczasem Zamawiający dokonał oceny analizatora na podstawie raportów serwisowych i wyników laboratoriów zewnętrznych, co w ogóle nie było wskazane w sposobie oceny zdefiniowanym w SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, iż dokonywana prezentacja winna zostać udokumentowana. Ocenie, po przeprowadzeniu prezentacji, powinna zostać poddana każda z ofert (urządzeń w nich wskazanych) osobno, niezależnie od siebie, pod względem każdego ze wskazanych w SIWZ podkryteriów.

Szczególnie rażącym naruszeniem zapisów SIWZ jest to, iż Zamawiający w ogóle nie poddał badaniom i ocenie urządzenia KONELAB 60 Prime, które oferuje Odwołujący. Zamawiający oparł się jedynie na katalogu i swoich przypuszczeniach w odniesieniu do urządzenia oferowanego przez Odwołującego. Świadczy to także, iż Zamawiający nie zastosował tej samej miary, podstawy oceny do każdego z wykonawców.

Zatem należy przyznać rację Odwołującemu, iż Zamawiający naruszył przy wyborze oferty najkorzystniejszej art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż określone w SIWZ.

Należy także uznać, iż Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie dokonał oceny urządzenia oferowanego przez Odwołującego, natomiast dokonał jedynie oceny urządzenia oferowanego przez Wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. Zasada równego traktowania Wykonawców oznacza, że każdy wykonawca musi być traktowany w identyczny sposób w tych samych okolicznościach. Realizacja tej zasady przejawia się w szczególności obowiązkiem oceny złożonych w postępowaniu ofert w oparciu o te same kryteria oceny wskazane w SIWZ. Kryteria te są stawiane na etapie ogłoszenia oraz określone w SIWZ i nie mogą być zmienione po otwarciu ofert. Oferty zaś muszą podlegać ocenie jednakową miarą, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców. Zatem każda oferta powinna zostać oceniona na podstawie tych samych kryteriów postawionych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....