

Sygn. akt: KIO/UZP 952 /08

WYROK
z dnia 22 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 września 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **HEMOSYSTEMS Sobczak i Wspólnicy Sp. j., ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, ul. Saska 63/75, 03-948 Warszawa** protestu z dnia **18 sierpnia 2008 r.**

przy udziale **MEDSERVICE Sp. z o.o. ul. G. Zapolskiej 7, 40-580 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **HEMOSYSTEMS Sobczak i Wspólnicy Sp. j. ul. Górczewska 212/226 01-460 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **HEMOSYSTEMS Sobczak i Wspólnicy Sp. j. ul. Górczewska 212/226 01-460 Warszawa**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **HEMOSYSTEMS Sobczak i Wspólnicy Sp. j. ul. Górczewska 212/226 01-460 Warszawa**.

U z a s a d n i e

W dniu 22.05.2008r. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, ul. Saska 63/75, 03-948 Warszawa (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Sprzedaż i dostawa do siedziby Zamawiającego systemu do redukcji patogenów w składnikach krwi (KKP) wraz z zestawami" i w tym samym dniu zamieściło Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 2 383 286 euro (9 240 000,00 zł).

W dniu 11.08.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Medservice Sp. z o.o., ul. G. Zapolskiej 7, 40-580 Katowice z ceną 8 774 000,00zł. Oferta Hemosystems Sobczak i wspólnicy Sp. jawna, ul. Górczewska 212/226, 01-460 Warszawa z ceną 5 935 489,23 zł. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako że wykonawca, jak poinformował Zamawiający, zaoferował aparat działający w systemie, w którym płytki krwi są zawieszane w płynie wzbogacającym (PAS), a nie w osoczu, gdy tymczasem Zamawiający odpowiadając w dn. 02.06.2008 r. na pytania wykonawców wskazał, iż w RCKiK wytwarza się KKP w technologii krwinek płytkowych

zawieszonych w osoczu. Zdaniem Zamawiającego, technologia wytwarzania KKP determinuje działanie systemów do redukcji patogenów.

W dniu 14.08.2008 r. Hemosystems Sobczak i wspólnicy Sp. j. (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie przewidzianym art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w związku z czym Odwołujący, zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uznał protest za oddalony i w dn. 02.09.2008r. (data wpływu do Urzędu Zamówień Publicznych przesyłki kurierskiej) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i powtórna oceną ofert.

W proteście Odwołujący podniósł niżej wymienione zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór oferty, która w świetle kryteriów ustalonych przez Zamawiającego nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając podnoszone zarzuty, wskazano, że zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia w pełni spełnia wszystkie opisane w SIWZ wymagania Zamawiającego odnośnie funkcjonalności opisanego systemu.

Odwołujący wskazał, że strona zadająca pytanie do SIWZ (na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dn. 02.06.2008 r.) szukała jedynie wskazówki, „jaką technologię będzie najkorzystniej zaoferować Zamawiającemu: czy opartą o zawieszenie płytek w osoczu, czy w roztworze wzbogacającym (wtedy konieczne jest dodatkowo dostarczenie płynu PAS, co zwiększa wartość oferty i obniża tym samym szanse na zdobycie zamówienia)”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie, informując o stosowanej przez siebie technologii wytwarzania krwinek, nie wskazał, iż nie przewiduje zmiany tej technologii, jeżeli korzystniejsza się okaże oferta wymagająca adaptacji procesów produkcyjnych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że „metody redukcji patogenów w KKP używane rutynowo w zastosowaniach klinicznych wymagają zastosowania płynów wzbogacających podczas procesu produkcji, a alternatywne technologie bez stosowania PAS, mimo iż dopuszczone

w ostatnich miesiącach zgodnie z prawem do obrotu i zastosowania w Unii Europejskiej, nigdzie na świecie nie weszły do tej pory do rutynowego użycia”.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dn. 20.08.2008 r. przystąpiła Medservice Sp. z o.o. (zwana dalej: Przystępującym), która w dn. 10.09.2008r. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym – złożonymi w postępowaniu ofertami oraz ze stanowiskami Stron przedstawionymi na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pkt. 1.1 SIWZ, doprecyzowano go w załączniku do SIWZ („wzór nr 1”). W opisie w SIWZ nie wskazano technologii używanej obecnie przez Zamawiającego – jeden z wykonawców zadał w tym zakresie pytanie (w jakiej technologii wytwarzane są KKP w RCKiK Warszawa, tzn. czy krwinki płytkowe w KKP wytwarzane przez RCKiK Warszawa zawieszane są w osoczu czy w płytkach wzbogacających do przechowywania KKP), na które Zamawiający w dn. 02.06.2008 r. odpowiedział, iż w KKP wytwarzanych przez RCKiK Warszawa płytki krwi zawieszane są w osoczu.

Ponadto Zamawiający w dn. 25.06.2008 r. udzielił odpowiedzi na pytanie, jakie typy separatorów są przez niego używane (odp. na pytanie nr 3).

Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (pkt 1.7 SIWZ)

Po złożeniu ofert, Zamawiający w dn. 15.07.2008r. zwrócił się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty; pytania dotyczyły m.in.: 1) możliwości inaktywacji patogenów w płytkach krwi zawieszonych w osoczu w systemie oferowanym przez Odwołującego; 2) z jakimi separatorami współpracuje system oferowany przez Odwołującego. Odwołujący w dn. 21.07.2008 r. udzielił wyjaśnień, z których wynikało, że w chwili obecnej prowadzi się badania nad możliwością inaktywacji bakterii i wirusów w płytkach krwi zawieszonych w 100% osocza w oferowanym przez niego systemie, jednak obecnie zaleca się zawieszenie płytek w roztworze osocza i płynu wzbogacającego. Oferowany przez niego system może współpracować z separatorami Zamawiającego, lecz tylko w procesach manualnych, a nie automatycznych.

Bezsporny był fakt, że Odwołujący zaoferował system do redukcji patogenów działający w technologii płytek krwi zawieszonych w płynie wzbogacającym.

W tak opisanym stanie faktycznym, skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający wymagał zaoferowania systemu do redukcji patogenów działającego w technologii przez niego wykorzystywanej obecnie, a treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W związku z tym, że Zamawiający nie zezwolił na składanie ofert wariantowych – za ofertę wariantową uważa się ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (art. 2 ust. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych) – należało ofertę Odwołującego odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w dn. 02.06.2008 r. udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z uczestników postępowania, poinformował uczestników postępowania o technologii przez siebie stosowanej, w dn. 25.06.2008 r. informował również o typie używanych w Centrum separatorów. Informacje te nie musiały być, w ocenie Izby, opatrzone stwierdzeniem, iż modyfikują SIWZ (co podnosi Odwołujący w proteście i odwołaniu), by stać się wiążące dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy winni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Jeżeli Zamawiający poinformował, że posługuje się określoną technologią, Odwołujący nie miał podstaw aby przyjąć, uprzednio o to nie zapytawszy, że zostanie ona przez Zamawiającego zmieniona, jeżeli zaproponuje on przedmiot zamówienia funkcjonujący z użyciem innej technologii. Odwołujący sam wskazuje, że wykorzystanie oferowanego przez niego systemu wymaga prac adaptacyjnych ze względu na dotychczasowe metody wytwarzania przez Zamawiającego KKP, lecz adaptacja „nie powinna leżeć poza możliwościami Zamawiającego” (strona 4 odwołania), a zatem sam przyznaje, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia wymaga dostosowania się przez Zamawiającego (nawet gdyby przedmiotem dostosowania miały być wyłącznie „procedury”, jak Odwołujący twierdził na rozprawie) - a więc przyznaje pośrednio również, że przedmiot zamówienia nie odpowiada opisowi zawartemu w SIWZ. Za opis zamówienia uważa się, jak już wyżej wskazano, nie tylko treść SIWZ w jej pierwotnym brzmieniu, lecz również treść wszystkich odpowiedzi na pytania uczestników postępowania. Odwołujący, znając treść odpowiedzi wskazujących na technologię wykorzystywaną przez Zamawiającego, winien taką odpowiedź oprotestować bądź zapytać o możliwość i ewentualne uwarunkowania zaproponowania przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem innej technologii; tymczasem Odwołujący w ofercie zaproponował system redukcji patogenów funkcjonujący w innej technologii, a przystosowanie go do technologii używanej przez Zamawiającego może wymagać co najmniej zmian procedur u Zamawiającego (wykorzystanie płynu wzbogacającego, rezygnacja z czynności wykonywanych automatycznie na rzecz manualnych). Ocena, czy takie zmiany są możliwe i realne oraz, czy byłyby kosztowne, leży poza zakresem

rozpoznawania przez Izbę (Zamawiający możliwość takich zmian ocenia negatywnie, ponadto wskazuje na nowatorstwo proponowanej przez Odwołującego metody i brak doświadczeń w Polsce).

Dla stwierdzenia, czy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ wystarczające było ustalenie, że Odwołujący zaoferował system redukcji patogenów funkcjonujący w innej technologii niż wykorzystywana przez Zamawiającego (o czym poinformowano wykonawców w dn. 02.06.2008 r., informacja ta wiązała wszystkich wykonawców i stała się częścią SIWZ) i Zamawiający musiałby dokonać pewnych czynności, aby system oferowany przez Odwołującego zaadoptować do swoich potrzeb.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem powołanym do badania celowości i rzetelności wydatkowania środków publicznych, a jedynie bada, czy środki te są wykorzystywane zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Skład orzekający Izby nie dopatrył się w niniejszym postępowaniu naruszeń przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (ponieważ oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona przez Zamawiającego, jako że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ pod względem technologii przechowywania płytek krwi). Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (ponieważ ofertę Przystępującego wybrano jako najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu). Wreszcie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców – z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Podsumowując, oddalono wszystkie zarzuty Odwołującego, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa –Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....