

Sygn. akt: KIO/UZP 1529/08

**WYROK**  
**z dnia 26 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**

**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Johnson & Johnson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, ul. M.Skłodowskiej-Curie 23, 15-950 Białystok** protestu z dnia 22 grudnia 2008 r.

przy udziale **DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bulach, Szwajcaria (adres do korespondencji: DiaHem-Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, al. Słowackiego 64, 30-004 Kraków)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2.kosztami postępowania obciąża Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, ul. M.Skłodowskiej-Curie 23, 15-950 Białystok i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Johnson & Johnson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, ul. M.Skłodowskiej-Curie 23,15-950 Białystok** na rzecz **Johnson & Johnson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty uiszczanego wpisu;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Johnson & Johnson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa.**

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

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655; Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę odczynników i akcesoriów do wykonywania badań serologicznych wraz z dzierżawą dwóch automatycznych analizatorów do serologii grup krwi”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 października 2008 r., nr 2008/S 205-272431.

Zamawiający pismem z dnia 15 grudnia 2008 r.(wpływ do Odwołującego w tej samej dacie), poinformował wykonawcę Johnson & Johnson Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DiaHem AG Diagnostics Products z siedzibą w Szwajcarii, zwanego dalej „DiaHem”.

Pismem z dnia 19 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2008 r.) Odwołujący wniósł protest na wybór jako najkorzystniejszej oferty DiaHem, jednocześnie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. naruszenie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, polegające na nie odrzuceniu oferty niezgodnej z treścią SIWZ, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty wykonawcy DiaHem,
4. dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do protestu Odwołujący podniósł, iż treść oferty wykonawcy Diahem nie odpowiada treści SIWZ, a oferta złożona przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Nadto m.in. wskazał, iż:

- I. Zamawiający zażądał (załącznik A do SIWZ, l.p. 2, 4 i 4 ), aby wykonawcy zaoferowali odczynniki/karty wskazane w przedmiotowym załączniku, przy czym ich ilość powinna być wyliczona na okres trzech lat. W pkt 1, poz. 3 tabeli DiaHem zaoferował karty „DiaClon ABD Confirmation for patients”, informując, iż 1 karta pozwala na wykonanie dwóch potwierdzeń grupy krwi. Z wyliczeń Odwołującego wynika, iż zaoferowana przez DiaHem ilość kart jest niewystarczająca do wykonania ilości badań wskazanych w SIWZ. Łączna ilość badań w ciągu 3 lat (poz. 2, 4 i 4) wynosi 166.500, co oznacza, iż potrzebne są karty w ilości 83.250. Natomiast zaoferowana przez DiaHem ilość kart wynosi 26.250. Błędne wskazanie ilości kart miało więc istotny wpływ na cenę oferty. Gdyby DiaHem prawidłowo wycenił wskazaną przez Zamawiającego ilość badań cena w poz. 3 wyniosłaby 374.125,50 zł. Gdyby DiaHem prawidłowo skalkulował cenę różnica w wartości całkowitej jego oferty wyniosłaby 134.537,75 zł brutto.
- II. Zamawiający w załączniku A do SIWZ zamieścił tabelę określającą warunki graniczne przedmiotu zamówienia, wskazując jednocześnie, iż niespełnienie

któregokolwiek skutkować będzie odrzuceniem oferty. Oferowany system musi być fabrycznie nowy, w pełni automatyczny, czyli wykonywać samodzielnie całą procedurę badania od pobrania materiału z próbki badanej do przesłania wyniku do komputera. Natomiast badania mają być wykonywane w oparciu o technikę mikrokolumnową. Tymczasem „DiaHem” w pkt 1 poz. 7 formularza oferty zaoferował mikropłytki do wykonywania badań „potwierdzania grupy krwi u dawców”. Technika mikrokolumnowa nie jest tożsama z techniką wykorzystującą mikropłytki, która to metoda wiąże się z koniecznością manualnego/ręcznego przeniesienia mikropłyt przez operatora do czytnika znajdującego się poza pokładem analizatora, co oznacza, iż nie jest to rozwiązanie i system w pełni automatyczny. Mimo, iż badanie potwierdzenia grupy krwi i dawcy i biorcy jest dokładnie tym samym badaniem, DiaHem zaoferował to samo badanie w dwóch różnych technologiach, a co jest niezgodne z wymogami SIWZ. Zaoferowane analizatory można uznać za półautomatyczne, w konsekwencji powodujące obniżenie czasu uzyskania wyniku (TAT), obniży jakość świadczonych badań i utrudni organizację pracy.

- III. W pkt 20 „Warunków granicznych” wymagał, aby w skład, stanowiącego przedmiot oferty, zestawu manualnego dedykowanego do tego samego rodzaju kart mikrokolumnowych i odczynników weszły jako back-up w okresie dzierżawy: wirówki (4 szt.), inkubator, pipeta, czytnik do kart (2 szt.), końcówki do pipet (10.000 szt.). Tymczasem w poz. 10 formularza oferty Odwołujący zaoferował jedynie 10 sztuk końcówek do pipet.

Pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca „DiaHem” otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 23 grudnia 2008 r. wykonawca „DiaHem” przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie).

Pismem z dnia 23 grudnia 2008 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podtrzymując dotychczasowe stanowisko, wskazując, iż:

- I. DiaHem zaoferował 26.250 mikrokart żelowych DiaClon ABD Confirmation for patients, co pozwala na wykonanie łącznie 52.500 badań w okresie 3 lat i jest zgodne z ilością wymaganą przez Zamawiającego w załączniku A do SIWZ.

- II. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty Zamawiający wskazał, iż „Czytnik mikro płytek nie musi być integralną częścią analizatora. Jeżeli analizator nie posiada możliwości odczytu mikro płytek, wówczas oferowany przez wykonawcę powinien być kompatybilny z oferowanym analizatorem”. Zaoferowany przez DiaHem analizator wykonuje badania w oparciu o technikę mikrokolumnową, co jest zgodne z warunkami granicznymi oraz wymagania dodatkowe w zakresie badań wykonywanych w technice mikro płytkowej.
- III. W poz. 10 DiaHem podał opis 10.000 szt. końcówek pipet i cenę za 10 opakowań końcówek pipet. Tym samym wymóg 10.000 sztuk został spełniony.

Pismem z dnia 29 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w 30 grudnia 2008 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2008 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

Pismem z dnia 2 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 stycznia r. (pismem z tej samej daty) wykonawca „DiaHem” przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący zaoferowania zbyt małej ilości odczynników/kart i akcesoriów nie potwierdził się**

Zamawiający w Załączniku A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników i akcesoriów do wykonania wskazanych w tabeli badań na okres trzech lat. W poz. 2 „Badanie grupy krwi u noworodka” przewidział „2 000 badań/rok”. Natomiast w poz. 4 „Potwierdzenie grupy krwi u biorcy” „15 500 badań/rok”, a w poz. 4 „Potwierdzenie grupy krwi u dawcy” „38 000 badań/rok”.

Wykonawca DiaHem w „Formularzu ofertowym” (s. 1 i 2 oferty) zaoferował:

1. w poz. 2 „Badanie grupy krwi noworodka” 6 000 sztuk mikrokart żelowych „DiaClon ABO+DAT”;
2. w poz. 3 „Badanie grupy krwi noworodka” oraz „Potwierdzenie grupy krwi u biorcy” 26 250 mikrokart żelowych „DiaClon ABD Confirmation for patients”, dodatkowo wskazując, iż „1 karta pozwala na wykonanie 2 potwierdzeń grupy krwi u biorcy”;
3. w poz. 7 „Potwierdzenie grupy krwi u dawcy” 4 750 mikrokart żelowych, dodatkowo wskazując, iż „1 mikropłytką pozwala na wykonanie 24 potwierdzeń grupy krwi u dawcy”;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż wykonawca DiaHem wskazał błędną liczbę mikrokart żelowych, tym samym zaniżając cenę oferty.

Izba, dokonała przeliczeń matematycznych wskazanych przez Odwołującego pozycji w ofercie wykonawcy DiaHem, uznając, iż wskazana przez wykonawcę DiaHem liczba badań jest zgodna z wymogami Zamawiającego.

Bezspornym jest, iż wykonawca DiaHem w poz. 2 tabeli „Formularza ofertowego” zaoferował 6.000 badań, co przy założeniu, że Zamawiający wymagał przeprowadzenia 2000 badań/rok oznacza, iż iloczyn badań w okresie trzech lat jest prawidłowy.

W poz. 3 wykonawca DiaHem zaoferował 26.250 mikrokart żelowych, wskazując, iż 1 karta pozwala na wykonanie 2 potwierdzeń, tj. badania drugiego klonu grupy krwi noworodka oraz grupy krwi biorcy. W tej pozycji Zamawiający wymagał przeprowadzenia 15.500 badań/rok czyli 46.500 badań/3 lata, a do których potrzebne jest 23.250 mikrokart żelowych (przy założeniu 1 karta to 2 badania). W przypadku badania drugiego klonu u noworodków wymaganą liczbę badań/3 lata należy podzielić na 2 i wówczas liczba ta dodana do liczby 23.250 daje liczbę 26.250, która istotnie jest wyliczona prawidłowo.

Podobna sytuacja występuje w poz. 7. Skoro Zamawiający wymagał 38.000 badań/rok to łączna liczba badań w okresie 3 lat wynosi 114.000 badań, co oznacza, iż zaoferowana przez wykonawcę DiaHem mikrokarta pozwala na wykonanie 24 potwierdzeń, czyli wskazana w „Formularzu oferty”, poz. 7, kolumna 4 liczba „4.750” jest liczbą prawidłową. Tym samym powyższy zarzut jest bezzasadny.

**Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy DiaHem z treścią SIWZ, w tym zaoferowania analizatora półautomatycznego zamiast wymaganego przez Zamawiającego analizatora automatycznego, potwierdził się.**

Przede wszystkim koniecznym jest ustalenie, czy badania wyspecyfikowane (w ilości 10), tabeli Załącznika A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” mogą być wykonane w dowolnej technice, tj. mikrokolumnowej bądź mikropłytkowej (mikrokart żelowych), czy też wskazanej przez Zamawiającego w „warunkach granicznych” technice mikrokolumnowej.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w tabeli określającej „Warunki graniczne (...)” podkreślił, że niespełnienie któregokolwiek ze wskazanych tam warunków skutkować będzie odrzuceniem oferty. Natomiast w poz. 2 wskazał, iż system automatyczny musi wykonywać wszystkie badania podane w załączniku A do SIWZ, a w poz. 7, iż koniecznym jest „wykonywanie badań w oparciu o technikę mikrokolumnową” (s. 15 SIWZ). Dodatkowo w „warunkach dodatkowych” przewidział możliwość dokonywania badań techniką mikro płytkową, która to technika miała być oceniana w kryterium „parametry techniczne”.

W odpowiedzi na pytanie wykonawcy Zamawiający stwierdził, iż „czytnik mikro płytek nie musi być integralną częścią analizatora”, jednak „powinien być kompatybilny z oferowanym analizatorem”.

Nadto Zamawiający w załączniku A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w poz. 1 tabeli „Warunki graniczne” (s. 15 SIWZ), zamieścił postanowienie, iż „oferowany system musi być fabrycznie nowy, w pełni automatyczny, czyli wykonywać samodzielnie całą procedurę badania od pobrania materiału z próbki badanej do przesłania wyniku do komputera”, podkreślając wymóg automatyczności analizatora także w poz. 2, 5, 9, 10, 13, 15 „warunków granicznych”, jak i w poz. 26 „warunków dodatkowych”.

Wykonawca DiaHem w złożonej ofercie oświadczył m.in., iż oferowany system jest w pełni automatyczny i wykonuje wszystkie badania podane w załączniku A do SIWZ, jednocześnie oferując w „Formularzu ofertowym” wykonywanie części badań za pomocą mikrokart żelowych (w technice mikro płytkowej). Nadto w poz. 7, kolumna 2 „Nazwa artykułu” zaoferował czytnik mikro płytek na „potwierdzenie grupy krwi u dawcy”, a w kolejnej tabeli analizator Techno TwinStation/DiaMed AG/2007/2008 wraz z niezbędnym oprzyrządowaniem.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający wymagał, aby wszystkie badania określone w załączniku A do SIWZ były badaniami wykonywanymi techniką mikrokolumnową (warunek graniczny). Natomiast technika mikro płytkowa mogła być elementem dodatkowym, którego zaoferowanie powodowało jedynie przyznanie większej ilości punktów w kryterium „parametry techniczne”. Tak więc, wykonawca DiaHem zobowiązany był zaoferować wszystkie wymagane badania wykonywane techniką mikrokolumnową, czyli taką, którą wymagano postanowieniami SIWZ. Tymczasem wykonawca DiaHem zaoferował wykonanie części badań techniką mikro płytkową, konsekwencją czego jest to, iż w określonych pozycjach tabeli jego oferta jest istotnie nieporównywalna z ofertą Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż poprzez sformułowanie warunków dodatkowych, jak i udzielonych następnie wyjaśnień treści SIWZ, dopuścił „jako przedmiot zamówienia” dwie techniki, ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić. Techniki mikrokolumnowa i mikro płytkowa - jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, czemu nie zaprzeczył Odwołujący - nie są tożsame, ale są to techniki równoważne, mimo iż wyniki wykonywanych

badania są identyczne. Niemniej jednak należy podkreślić, iż skoro jednak Zamawiający nie dopuścił w SIWZ składania ofert równoważnych, tym bardziej nie może tego czynić dopiero na etapie badania i oceny ofert. Wykonawcy już na etapie zapoznawania się z treścią ogłoszenia i SIWZ uzyskują informacje o wymaganiach Zamawiającego, a Zamawiający nie dokonał zmiany treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, tym samym nie mogą w sposób dowolny oferować różnych technik badań skoro obligatoryjne było wykonywanie badań techniką mikrokolumnową.

Mając na uwadze powyższe, jak i ustalenia Izby dotyczące techniki mikro płytkowej i mikrokolumnowej, należy stwierdzić, iż skoro technika mikro płytkowa nie jest w pełni automatyczna, gdyż wymaga ona przeniesienia rozpipetowanego materiału do wirówko-czytnika (czemu Strony nie zaprzeczyły na rozprawie), która nie stanowi integralnej części analizatora, oznacza to, że w zakresie badań wykonywanych za pomocą mikro płytek zaoferowane przez wykonawcę DiaHem rozwiązanie jest półautomatyczne, co podnosił Odwołujący na rozprawie, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Izba w pełni podziela w tym zakresie argumentację Odwołującego, stwierdzając, iż skoro wykonawca DiaHem w „Formularzu oferty” zaproponował część badań wykonywanych metodą mikro płytkową, która – jak ustalono – wymaga czynności manualnych, należy uznać, iż w istocie zaoferował urządzenie półautomatyczne.

#### **Zarzut zaoferowania jedynie 10 sztuk końcówek do pipet nie potwierdził się.**

Zamawiający w Załączniku A „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w poz. 20 w tabeli „Warunki graniczne” (s. 15 SIWZ), zamieścił postanowienie, iż w skład zestawu manualnego dedykowanego do tego samego rodzaju kart mikrokolumnowych i odczynników jako back – up w okresie dzierżawy wchodzi m.in. 10 000 szt.- końcówek do pipet, wskazując jednocześnie, iż niespełnienie któregokolwiek z warunków granicznych będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Wykonawca DiaHem w „Formularzu oferty”, poz. 10 zaoferował artykuł o numerze katalogowym „009619”, nazwie „Jednorazowe końcówki do pipety: 10.000 szt. ID-Tips”, podając w kolumnie 4 „Ilość(sztuki)” liczbę „10”, cenę jednostkową netto w kwocie 60,00 zł. oraz wartość brutto w kwocie 642,00 zł.(s. 1-2 oferty).

Izba uznała, iż wykonawca DiaHem zaoferował wymaganą przez Zamawiającego ilość końcówek do pipet. W kolumnie 3 „Nazwa artykułu” tabeli „Formularza oferty” w sposób szczegółowy wskazał on bowiem, iż oferuje „10.000 szt.” końcówek do pipet w ilości 10, co jak ustalono oznacza 10 paczek. Zamawiający wyjaśnił bowiem na rozprawie, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, zwłaszcza, że sam również zaoferował końcówki do pipet w paczkach (dodając nowe kolumny w wymaganej przez Zamawiającego tabeli), iż tego rodzaju drobny towar jest umieszczany w opakowaniach zbiorczych, na dowód czego okazał



Izbie paczkę końcówek do pipet. Niemniej jednak należy podkreślić, iż już z samego opisu oferowanego towaru (poz. 10 tabeli) w sposób jednoznaczny wynika, iż wykonawca DiaHem zaoferował wymaganą ilość końcówek do pipet w liczbie 10.000 sztuk.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655; Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....