

Sygn. akt: KIO 388/12

## WYROK

z dnia 7 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67 – 100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać ponowną ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciążyć **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67 – 100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7, 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 **Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, 67 – 100 Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7** 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z Warszawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z Nowej Soli. Przedmiotem tego postępowania jest „Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem Analizatorów wraz z odczynnikami na 48 miesięcy oraz z adaptacją pomieszczeń Laboratorium Analitycznego”. Wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Siemens sp. z o.o. z Warszawy, dokonał wyboru oferty tego wykonawcy i tym samym bezpodstawnie zaniechał wyboru oferty Odwołującego. Skutkiem powyższych czynności Zamawiający naruszył - na skutek błędnej interpretacji i zaniechania - zastosowania art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty SIEMENS i dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania wykonawca stwierdził, że wybrana oferta (spółki SIEMENS) jest sprzeczna z treścią SIWZ (brak wymaganej ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i używalnych), a w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu ceny, która nie uwzględnia wszystkich kosztów, jakie Zamawiający będzie musiał ponieść, aby zrealizować przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia zgodnie z opisem, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ obejmuje m.in. sprzedaż i dostawę odczynników zgodnie z załącznikiem, sprzedaż i dostawę kalibratorów proporcjonalnie do ilości testów, sprzedaż i dostawę materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań, sprzedaż i dostawę materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników w ilościach proporcjonalnych do ilości testów, W trakcie postępowania do powyższego opisu zgłoszono szereg pytań, a Zamawiający w odpowiedzi doprecyzował postanowienia specyfikacji rzutujące na treść (zakres) oferty. Zdaniem wykonawcy, kluczowe w tym względzie są pytania i odpowiedzi pkt 62, 63, 66 oraz 67, które to wyjaśnienia są integralną częścią SIWZ i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiązały wszystkich wykonawców. W ocenie Odwołującego oferta SIEMENS stoi w sprzeczności z tymi wymaganiami w stopniu powodującym obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy albowiem wykonawca SIEMENS zaniechał w ofercie doliczenia wymaganych dodatkowych ilości oznaczeń na przeprowadzenie kontroli i kalibracji, co dotyczy zarówno odczynników immunochemicznych

jak i odczynników biochemicznych. Jego zdaniem w odpowiedziach nr 62 i 66 z dn. 4.01.2012 r. Zamawiający wyraźnie określił, że wykonawcy powinni doliczyć dodatkowe ilości testów przeznaczonych na wykonywanie oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych do podanej ilości testów, a w odpowiedziach nr 63 i 67 z dn. 4.01.2012 r. Zamawiający podał harmonogram wykonywania oznaczeń kontrolnych wskazując na codzienną kontrolę wszystkich parametrów. Wbrew tym warunkom SIWZ Siemens nie uwzględnił w ofercie koniecznych dodatkowych testów na wykonanie kontroli i kalibracji, czego skutkiem jest niedoszacowanie i zaniżenie wartości oferty Siemens. W przesłanych do Zamawiającego wyjaśnieniach Siemens potwierdza ten fakt i próbuje tłumaczyć, że koszty kalibracji i kontroli zostały uwzględnione w cenie jednego oznaczenia. Jest to jednak sprzeczne z SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał doliczenia ilości testów na kontrolę i kalibrację do podanej ilości oznaczeń, a poza tym w tabeli - formularzu ofertowym kolumna "j.m." i "Ilość" odnosi się do pojedynczego oznaczenia, a nie oznaczenia z uwzględnieniem kosztów kalibracji i kontroli. Powoduje to, że Zamawiający w okresie trwania umowy nie będzie mógł wykonywać oznaczeń kontrolnych oraz kalibracji dla oferowanych parametrów z racji braku dodatkowych ilości testów na ten cel. W celu lepszego zobrazowania skali niedoszacowania oferty firmy Siemens w załączniku nr 1 Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wymogami SIWZ dla każdego parametru należało przyjąć wykonywanie codziennej kontroli jakości, co oznacza konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata). Przyjmując nawet, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 18.01.2012 SIEMENS doliczył dla testów wykonywanych w ilości poniżej 1460 oznaczeń jedno oznaczenie kontrolne do jednej próbki badanej, to nadal różnica w wartości podanej przez firmę Siemens (1 415 303,28 zł brutto), a wartością wyliczoną z uwzględnieniem koniecznych oznaczeń kontrolnych (1 791 737,93 zł brutto) wynosi 376 434,65 zł brutto (tylko dla odczynników immunochemicznych). Z kolei dla parametrów biochemicznych kalkulację zawiera załącznik nr 2 i w tej części SIEMENS pominął oznaczenia na potrzeby codziennej kontroli jakości i kalibracji, która oznaczała konieczność doliczenia dla każdego parametru minimum 1460 oznaczeń (365 dni w roku x 4 lata). Poczynając zarazem analogiczne założenie jak w przypadku immunochemii (uwzględnienie odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 6 z dnia 18.01.2012), że oferent doliczył dla testów wykonywanych w ilości poniżej 1460 oznaczeń jedno oznaczenie kontrolne do jednej próbki badanej, to różnica w wartości podanej przez firmę Siemens (1 065 418,40 zł brutto) a wartością wyliczoną z uwzględnieniem koniecznych oznaczeń kontrolnych (1 221 585,00 zł brutto), wynosi 156 166,30 zł brutto dla odczynników biochemicznych. Powyższe świadczy o niezgodności treści oferty SIEMENS z treścią SIWZ i o konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wykonawca stwierdził także, że ilość opakowań zaoferowanych materiałów kontrolnych dla parametru HIV Combo jest zbyt mała i niewystarczająca do prowadzenia

kontroli jakości zgodnie z wymogami Zamawiającego w okresie trwania umowy. Skutkiem zaoferowania zbyt małej i niezgodnej z ww. wymogiem SIWZ ilości materiału kontrolnego jest niedoszacowanie i zaniżenie ceny oferty Siemens oraz powoduje, że Zamawiający przez część trwania umowy nie będzie mógł wykonywać oznaczeń kontrolnych dla ww. parametru. Odwołujący stwierdził także, że w wyjaśnieniach z dn. 23.02.2012 r. firma Siemens przyznaje, że zaoferowana kontrola zawiera 4 poziomy, ale zataja fakt, że każdy z poziomów dedykowany jest do skontrolowania innego analitu oznaczanego w teście HIV Combo, a mianowicie: 2 fiołki, każda zawierająca 2,5 ml - jest to kontrola ujemna, nie zawierająca przeciwciał HIV ani Ag p24, 2 fiołki, każda zawierająca 2,5 ml - jest to kontrola pozytywna obecności p-ciał HIV-1, 2 fiołki, każda zawierająca 2,5 ml - jest to kontrola pozytywna obecności p-ciał HIV-2 oraz 2 fiołki, każda zawierająca 2,5 ml - jest to kontrola pozytywna obecności HIV Ag p24. Podkreślił, że test Advia Centaur HIV Ag/Ab Combo jest testem diagnostycznym przeznaczonym do jednoczesnego jakościowego oznaczania antygeny p24 wirusa i przeciwciał HIV typu 1 (w tym podtypu 0) i typu 2 w ludzkiej surowicy lub osoczu. Jest to więc test kombinowany, czyli służący do wykrywania 3 różnych analitów: antygeny p24, przeciwciał HIV typu 1 oraz przeciwciał HIV typu 2. Wykonując zatem codzienną kontrolę jakości dla testu HIV Combo Zamawiający musi oznaczyć kontrolę dla każdego analitu / poziomu niezależnie, a więc w sumie 4 oznaczenia kontrolne codziennie, czyli  $1460 \times 4 = 5840$  oznaczeń w trakcie trwania umowy. Zdaniem Odwołującego w ofercie Siemens brak jest więc 40 op. kontroli QC HIV Combo, co jest równoznaczne z niedoszacowaniem oferty na kwotę 15 567,55 zł i oznacza obowiązek jej odrzucenia. Wskazane niezgodności treści oferty SIEMENS z treścią SIWZ, zdaniem wykonawcy, rzutują również na zaproponowaną cenę, która w zaistniałych okolicznościach jest obliczona sprzecznie z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ. Gdyby SIEMENS prawidłowo objął ofertą cały asortyment wymagany w specyfikacji, tj. adekwatne i wystarczające ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych wówczas cena jego oferta byłaby o kilkaset tysięcy wyższa. Zaznaczył jednocześnie, że Odwołujący jest nieznacznie droższy od SIEMENS (różnica wynosi 84 610, 48 zł w skali 4 lat), jednakże gdyby nie doliczył dodatkowych odczynników i pozostałych akcesoriów, czyli sporządził ofertę tak jak SIEMENS, wówczas byłaby ona znacznie tańsza od oferty SIEMENS. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający wybierając ofertę nieznacznie tańszą, ale za to z dużo mniejszą ilością asortymentu i niegwarantującą prawidłowego wykonywania oznaczeń zgodnie z SIWZ i obowiązującymi procedurami naruszył tym samym zasadę równego traktowania wykonawców.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zarzut sprzeczności oferty wykonawcy Simens z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stopniu powodującym obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp został oparty w odwołaniu na twierdzeniu, że wykonawca Simens zaniechał doliczenia w ofercie wymaganych dodatkowych ilości oznaczeń na przeprowadzenie kontroli i kalibracji w zakresie odczynników immunochemicznych i biochemicznych określonych w załączniku nr 5 i nr 2 do siwz. Odwołujący wskazał również, że w zakresie parametru HIV Combo – ten odczynnik także został niedoszacowany, albowiem dla codziennej kontroli tego parametru wymaganych jest dodatkowo 40 opakowań kontroli, a nie tylko 19 - przyjętych przez wykonawcę w ofercie, co także powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Rozpatrując wskazane zarzuty i uwzględniając postanowienia specyfikacji oraz wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania do siwz - Izba ustaliła, że zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia [załącznik nr 5 do siwz] przedmiotem tego zamówienia – w zakresie którego dotyczy odwołanie - jest: sprzedaż i dostawa odczynników zgodnie z załącznikiem oraz sprzedaż i dostawa kalibratorów proporcjonalnie do ilości testów, a także materiałów kontrolnych do codziennej kontroli jakości badań, oraz sprzedaż i dostawa materiałów zużywalnych, odczynników pomocniczych i rozcieńczalników w ilościach proporcjonalnych do ilości testów. W załączniku nr 5 oraz w załączniku nr 2 – Formularz cenowy Zamawiający określił wymagane – jak wynika z ustaleń - tylko podstawowe ilości, albowiem w odpowiedzi na pytania [nr 62 i 66 z dnia 4.01.2012 r.] czy podana ilość oznaczeń zawiera testy przeznaczone do wykonywania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych, czy też oferent powinien je doliczyć – stwierdził, że wykonawca powinien je doliczyć. Z kolei na wniosek o podanie, ile oznaczeń kontrolnych tygodniowo (lub dziennie) planuje wykonywać dla poszczególnych oznaczeń – Zamawiający potwierdził, że planuje codziennie wykonywać kontrolę wszystkich parametrów. Na kolejne pytania [nr 6 z dnia 18.01.2012 r.] dotyczące doliczania ilości poszczególnych badań testów dodatkowych (niezbędnych do wykonania podanej ilości badań) na kontrolę i kalibrację - Zamawiający stwierdził, że takie doliczenie powinno następować zgodnie z obowiązującymi standardami jakościowymi. Zamawiający wyraził także zgodę [odpowiedź na pytanie nr 7 z dnia 18.01.2012 r.] na modyfikację formularza cenowego [nr 2] w ten sposób aby zawierał on więcej danych niż w wersji załączonej do siwz, wskazując przykładowo [użycie w odpowiedzi *in fine*] na dodatkowe pozycje odnoszące się do kalibratorów, materiałów kontrolnych oraz materiałów zużywalnych. Tym samym Izba podziela pogląd wykonawcy wnoszącego odwołanie, że wykonawcy w świetle udzielonych odpowiedzi - bez względu na intencje Zamawiającego –

mieli obowiązek doliczyć do podanych w specyfikacji ilości, dodatkowo testy przeznaczone na kalibracje i kontrole, przy założeniu obowiązujących standardów jakościowych, oraz że kontrola wszystkich parametrów będzie wykonywana codziennie. Tak jak wskazał Odwołujący, wyjaśnienia specyfikacji i udzielane odpowiedzi stanowią integralną częścią siwz i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiążą wszystkich wykonawców. Wobec takich ustaleń Izba stwierdziła, że wykonawca Siemens w formularzu nr 2 podał tylko te ilości podstawowe, które określił Zamawiający w specyfikacji nie podając ani w formularzu ani w uwagach do formularza ilości oznaczeń dla testów przeznaczonych do wykonywania oznaczeń kontrolnych i kalibracyjnych. Nie podał także, że kalkulacja ceny jednostkowej obejmuje także dodatkowe oznaczenia. Dlatego też wyjaśnienia z dnia 8.02.2012 r. i wyjaśnienia z dnia 23.02.2012 r. - nie mogą być podstawą dla przyjęcia, że wykonawca Siemens rzeczywistą ilość odczynników potrzebnych do wykonania wymaganych oznaczeń zawarł w cenie jednostkowej za dane oznaczenie. Z treści oferty wykonawcy Siemens – w żaden sposób nie można wywieść, że wykonawca ten podał i wycenił ilości dodatkowe, albowiem w formularzu nr 2 podano wyłącznie wymagane ilości podstawowe oraz ceny jednostkowe dla podanych parametrów. W żaden sposób dane te nie wskazują, tak jak przedstawiano w wyjaśnieniach, że przyjęty model kalkulacji dla ceny jednostkowej każdego oznaczenia uwzględnia zarówno ilość określoną w siwz (i ujętą w ofercie) oraz dodatkowe oznaczenia kontrolne i kalibracje odrębnie niewyspecyfikowane i w wymaganych ilościach.

Izba także stwierdziła, że podnoszony zarzut w zakresie materiału kontrolnego HIV Combo, zasługuje na uwzględnienie. Tak jak przyznał w toku rozprawy wykonawca Siemens ilość 19 opakowań – z uwagi na dotychczasowe praktyczne doświadczenie w jednostce zamawiającego – została przewidziana na wykonywanie badań raz w tygodniu w okresie 48 miesięcy. Tak jak wcześniej podano, Zamawiający w odpowiedzi na pytania stwierdził, że planuje codziennie wykonywać kontrolę wszystkich parametrów i ta zasada nie została zmieniona w kolejnych wskazanych wyżej odpowiedziach. To oznacza zdaniem Izby, że w tym postępowaniu interpretując treść oferty każdego z wykonawców należało mieć na względzie - tak jak wyżej wskazano - postanowienia specyfikacji oraz wyjaśnienia i odpowiedzi udzielane przed upływem terminu do składania ofert. Organizacja kontroli wewnątrzlaboratoryjnej i specyfika pracy laboratorium w jednostce zamawiającej nie została wykonawcom podana, a zatem nie może być uwzględniana na etapie oceny ofert.

Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp są zasadne i podlegają uwzględnieniu, albowiem w ofercie wykonawcy Siemens brak jest wymaganej ilości odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i używalnych – w zakresie zaskarżonym – co nie odpowiada treści specyfikacji, a w konsekwencji oferta ta zawiera także błąd w obliczeniu ceny, gdyż nie uwzględnia

wszystkich kosztów, jakie muszą być poniesione dla zrealizowania tego przedmiotu zamówienia.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż kwota 3.600 zł.

.....