

**Sygn. akt: KIO 1890/14**

**WYROK**  
**z dnia 29 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2014 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie, ul. W. K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1890/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa 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 Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** na rzecz wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

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

Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę odczynników i materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatorów do oznaczania DNA wirusa HPV (HR) metodą PCR w czasie rzeczywistym w ramach realizacji Programu pilotażowego wdrożenia testu podwójnego - badania cytologicznego i oznaczenia DNA HPV HR na terenie województwa mazowieckiego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2014 r., nr 2014/S 132-236061.

W dniu 5 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą ABBOTT”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 września 2014 r.) od czynności i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ABBOTT jako najkorzystniejszej
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ABBOTT

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. odrzucenia oferty wykonawcy ABBOTT
3. dokonania ponownej oceny ofert

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z załącznikami nr 5, 5A oraz 5B do SIWZ zastrzeżono dodatkowo, że wykonawcy mają zaoferować odpowiednią ilość odczynników i materiałów eksploatacyjnych do wykonywania oznaczeń i prawidłowej pracy analizatorów dla wykonania 10 000 oznaczeń do wykrywania DNA wirusa brodawczaka ludzkiego wysokiego ryzyka metodą PCR w czasie rzeczywistym. Innymi słowy, zamawiający narzucił wykonawcom dobranie odpowiedniej ilości asortymentu (odczynników, materiałów zużywalnych itp.) do określonej przez siebie liczby oznaczeń (10

000). Zatem oferta zgodna z SIWZ to taka, w której prawidłowo dobrano ilość asortymentu potrzebnego do zrealizowania wspomnianej liczby badań. Tymczasem oferta wykonawcy ABBOTT pozostaje w sprzeczności z ww. postanowieniami SIWZ.

Podstawowym błędem jest zbyt mała, w stosunku do liczby oznaczeń którą przewiduje wykonać zamawiający (10 000), ilość odczynnika DNA Sample Preparation Reagents (HPV). Odczynnika o nazwie DNA Sample Preparation Reagents (HPV) o nr kat 6K1224 zaoferowano w ilości 54 opakowania składające się z 96 oznaczeń każde - pozycja nr 3 w tabeli na 14 stronie oferty wykonawcy ABBOTT. Wystarczy to na wykonanie tylko 5184 oznaczeń, a nie 10 000, jak tego wymaga zamawiający. Zakres oferty wykonawcy ABBOTT nie odpowiada zatem treści SIWZ, co stanowi pierwszą i wystarczającą podstawę odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ofercie wykonawcy ABBOTT jest szereg innych odstępstw w stosunku do SIWZ. Kolejne braki dotyczą towaru Abbott RealTime DNA HPV Controls o nr. kat. 2N0980- pozycja nr 2 w tabeli na 14 stronie oferty wykonawcy ABBOTT. Zaoferowano 9 opakowań, w których znajduje się 12 buteleczek każdej z kontroli (zgodnie z instrukcją na stronie 144 oferty ABBOTT), co jest wystarczające na wykonanie 108 serii badań. Tymczasem zamawiający wymagał w SIWZ najpierw aby zestawy odczynnikowe pozwalały na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotność ośmiu oznaczeń (poz. 5, zał. nr 5), a następnie dopuścił serię składającą się z 24 oznaczeń (odp. na pyt. nr 8 z dnia 5.08.2014 ), co powoduje że przy 10 000 oznaczeniach należy wykonać 417 serii ( $10\ 000 / 24 = 416,67$ ). Oznacza to, że brakuje 26 opakowań Abbott RealTime DNA HPV Controls (tyle jest konieczne aby wykonać dodatkowe 309 serii).

Niedoszacowanie dotyczy również wielu innych materiałów zużywalnych, których policzono przy założeniu wykonywania badań w seriach po 96, a nie 24 oznaczenia. I tak:

- punkt 5 formularza – strona 14 oferty ABBOTT - 96 Well Optical Reaction Plates. Zaoferowano 120 sztuk co pozwala na wykonanie 120 serii z wymaganych 417; niedoszacowanie wynosi 301 sztuk, czyli 16 opakowań 96 Well Optical Reaction Plates
- punkt 6 formularza - Optical Covers - brakuje min. 3 opakowań
- punkt 8-96 Deep Well Plate - brakuje min. 3 opakowań.

Podobne niedoszacowania dotyczą pozostałych materiałów zużywa Innych (pkt 9 i następnym formularza).

W dniu 15 września 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 16 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ABBOTT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 22 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty oraz żądania przedstawione w treści odwołania.

Wykonawca ABBOTT w dniu 23 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) złożył sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut pierwszy dotyczący produktu o numerze katalogowym 6K12-24 i o nazwie Abbott *m*Sample Preparation System DNA (HPV) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający – zgodnie z treścią SIWZ (załącznik nr 5, poz. 5) - podając parametry techniczne dla zestawów odczynników do wykrywania DNA wirusa brodawczaka ludzkiego wysokiego ryzyka metoda PCR w czasie rzeczywistym (Real time PCR) dla 10 000 oznaczeń postawił wymóg „zestaw odczynnikowy pozwalający na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotność ośmiu oznaczeń”. Nadto, odpowiadając na pytanie nr 2, pismem z dnia 25 lipca 2014 r. podał, iż „dopuszcza zestaw odczynnikowy pozwalający na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotności 24 oznaczeń”.

Wykonawca ABBOTT w tabeli „Zapotrzebowanie na odczynniki, materiały eksploatacyjne” (str. 14 oferty), poz. 3 tabeli wyspecyfikował produkt o nazwie „DNA Sample Preparation Reagents (HPV)”, podając m.in. numer katalogowy „6K1224”, „J.M.”- „96” oraz ilość opakowań „54”.

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł, iż wykonawca ABBOTT zaoferował zbyt małą ilość odczynnika HPV w stosunku do liczby oznaczeń, którą przewiduje wykonać zamawiający, tj. 10 000.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w treści formularza (załącznika nr 5) dla produktu o nazwie „DNA Sample Preparation Reagents (HPV)” wykonawca ABBOTT w kolumnie „J.M.” podał „96”, w kolumnie „Ilość opakowań” podał „54”, natomiast w kolumnie „Ilość oznaczeń” podał „10 000”. Tym samym oświadczając, iż zaoferowana ilość wskazanego w pozycji 3 produktu wystarczy na wykonanie wymaganej przez zamawiającego ilości badań, tj. 10 000 oznaczeń. Powyższe jednoznacznie wynika z treści załączonej do oferty ulotki odczynnikowej, w której wskazano, iż „Jeden zestaw *m*Sample Preparation SystemDNA wystarcza na przygotowanie 4 x 48 (192) próbek HPV” (str. 5 ulotki) oraz „Jeden zestaw przeznaczony jest do przygotowania 192 próbek HPV” (str. 16 ulotki). Oznacza to, iż zaoferowany przez wykonawcę ABBOTT produkt o nazwie „DNA Sample Preparation Reagents (HPV)” i numerze katalogowym „6K1224” jest przeznaczony do wykonania 192 oznaczeń. Tak więc wskazana w formularzu ilość opakowań wystarczy do wykonania wymaganej przez zamawiającego liczby oznaczeń.

W treści deklaracji zgodności WE wskazano „numer kat.: MD2005 (nr kat. Firmy Abbott 06K12-24)”, natomiast w treści ulotki podano „Abbott *m*Sample Preparation SystemDNA (nr kat. 6K12)” nie oznacza to jednak, iż mamy do czynienia – jak oczekuje tego odwołujący - z dwoma różnymi produktami. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów okoliczność tę potwierdzających. Wykonawca ABBOTT wyjaśnił bowiem, iż istotny jest numer 6K12, natomiast każdy kolejny jest tylko jego rozszerzeniem. Natomiast sposób definiowania numerów katalogowych wynika z różnych potrzeb i rynków.

Reasumując Izba stwierdziła, iż zarzut odwołującego nie potwierdził się.

**Zarzuty drugi i trzeci dotyczące zaoferowania zbyt małej ilości odczynników nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający – zgodnie z treścią SIWZ (załącznik nr 5, poz. 5) - podając parametry techniczne dla zestawów odczynników do wykrywania DNA wirusa brodawczaka ludzkiego wysokiego ryzyka metoda PCR w czasie rzeczywistym (Real time PCR) dla 10 000 oznaczeń postawił wymóg „zestaw odczynnikowy pozwalający na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotność ośmiu oznaczeń”. Nadto, odpowiadając na pytanie nr 2, pismem z dnia 25 lipca 2014 r. podał, iż „dopuszcza zestaw odczynnikowy pozwalający na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotności 24 oznaczeń”.

Zdaniem odwołującego wykonawca ABBOTT wyszedł z błędnego założenia, iż zamawiający będzie wykonywał oznaczenia w seriach po 96 każda, podczas gdy z treści

SIWZ jednoznacznie wynika, że ilość zestawów odczynnikowych należało skalkulować przy założeniu, że badania będą wykonywane w seriach składających się z 24 oznaczeń.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje.

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wymagał zaoferowania zestawu odczynnikowego pozwalającego na wykonaniu w jednym cyklu pracy wielokrotności ośmiu oznaczeń, jak również, iż odpowiadając na pytanie wykonawcy dopuścił także możliwość zaoferowania zestawu odczynnikowego pozwalającego na wykonanie w jednym cyklu pracy wielokrotności 24 oznaczeń. Niemniej jednak z treści SIWZ nie wynika, jak chce tego odwołujący, iż badania będą wykonywane w seriach składających się tylko i wyłącznie z 24 oznaczeń. Są to - co konsekwentnie podkreślał zamawiający - badania profilaktyczne dotyczące ludzi zdrowych i będą wykonywane w seriach. Bez znaczenia jest dla niego czy będzie to wielokrotność 8, czy 24, gdyż maksymalnie może wprowadzić do urządzenia 96 oznaczeń. Przy takim założeniu (96 oznaczeń), co przyznał i sam odwołujący w treści złożonego pisma procesowego, oferta wykonawcy ABBOTT jest zgodna z treścią SIWZ. To odwołujący powołuje się na wymogi, które nie wynikają z treści SIWZ. Tym samym zarzuty odwołania dotyczące zbyt małej ilości zaoferowanych produktów w stosunku do postawionych przez zamawiającego wymogów nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego ABBOTT i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....