

WYROK

z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2014 r. przez **wykonawcę ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr. hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawę testów niezbędnych do automatycznego wykonywania badań w kierunku obecności: HBV, HCV, HIV i Treponema pallidum t.j. oznaczenia następujących parametrów: antygeny (HBs Ag), przeciwciał: anty-HCV (HCV Ab), anty-HIV1/2 (HIV 1/2 Ab) i anty-Treponema pallidum wraz z materiałami zużywalnymi, kalibracyjnymi i kontrolnymi i z dzierżawą dwóch analizatorów w okresie 36 miesięcy dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 18 grudnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wskazując również na naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 18 grudnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r.) wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym Johnson & Johnson”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa testów niezbędnych do automatycznego wykonywania badań w kierunku obecności: HBV, HCV, HIV i Treponema pallidum t.j. oznaczenia następujących parametrów: antygeny (HBs Ag), przeciwciał: anty-HCV (HCV Ab), anty-HIV1/2 (HIV 1/2 Ab) i anty-Treponema pallidum wraz z materiałami zużywalnymi, kalibracyjnymi i kontrolnymi i z dzierżawą dwóch analizatorów w okresie 36 miesięcy dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu. /dokumentacja postępowania: pkt I ppkt 1.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt I przedmiot zamówienia, ppkt 1.1., tabela: wymagania ogólne dotyczące testów, materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych:

Ppkt 7 – Wykonawca w kosztach donacji musi uwzględnić koszt testów, materiałów zużywalnych, kalibracyjnych i kontrolnych niezbędnych do przeprowadzenia badań donacji, testów przeznaczonych na powtarne badania próbek wstępnie reaktywnych oraz przeprowadzonej codziennie kontroli wewnętrznej i zewnętrznej dla każdego parametru 6 razy/tydzień na każdym urządzeniu;

Ppkt 13 – Test musi zawierać zestaw odczynnikowy wykrywający antygen HBs i test potwierdzenia wraz z materiałami kontrolnymi i kalibratorami.

2.3 lit. b) „Dostawy testów oraz materiałów zużywalnych, kalibracyjnych i kontrolnych” – Jeżeli dostarczona przez Wykonawcę liczba (na wnioskowaną przez Zamawiającego liczbę testów) lub jakość testów i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych okaże się niewystarczająca, to wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia (na swój koszt)

brakującej liczby testów oraz ww. materiałów w ciągu 72 godzin od pisemnego zgłoszenia (dopuszcza się drogę faksową lub elektroniczną) ich braku przez Zamawiającego.

§ 1 ust. 2.4 Wzoru umowy: Warunki i termin dostawy – Jeżeli dostarczona przez Wykonawcę (na wnioskowaną przez Zamawiającego liczbę testów) liczba lub jakość testów i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych okaże się niewystarczająca, to wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia (na swój koszt) brakującej liczby testów oraz ww. materiałów w ciągu 72 godzin od pisemnego zgłoszenia (dopuszcza się drogę faksową lub elektroniczną) ich braku przez Zamawiającego.

/dokumentacja postępowania: pkt 1 pkt 1.1, tabela, str. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Wzór umowy, str. 25/.

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane pytania, t.j.:

Pytanie nr 18

Prosimy o doprecyzowanie, jaki procent próbek to próbki reaktywne, które wymagają powtórnego przebadania?

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 13 listopada 2014 r.

Zamawiający informuje, że próbki reaktywne stanowią od 0,1 % do 0,3 % w zależności od testu.

Pytanie nr 48

Dotyczy testów potwierdzenia HBs . Zwracamy się z prośbą o podanie ilości testów potwierdzenia HBs, które powinny zostać skalkulowane w ofercie. Prosimy również o wskazanie, w której tabeli załącznika nr 4 powinny znaleźć się niniejsze testy (nazwa, typ, producent, numer katalogowy).

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 13 listopada 2014 r.

Zamawiający nie posiada wiedzy jaka liczba testów potwierdzenia HBs będzie konieczna do przeprowadzenia określonej w SIWZ ilości badań. Testy potwierdzenia powinny zostać wykazane w załączniku nr 5 w tabeli A, Lp. 1 (Testy HBsAg).

/dokumentacja postępowania: pismo Zamawiającego z udzielonymi odpowiedziami z dnia 13 listopada 2014 r., str. 5 oraz 14/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Johnson & Johnson złożyli oferty w niniejszym postępowaniu:

1. wykonawca Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – z ceną 3.679.966,16 zł brutto;
2. wykonawca ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – z ceną 3.741.819,42 zł brutto.

/dokumentacja postępowania: pkt 9 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 3 protokołu/.

Bezspornym jest, że Przystępujący Johnson & Johnson w swojej ofercie w formularzu ofertowym dokonał odrębnego wyliczenia, t.j. wskazania ilości odczynników oraz odrębnie testów potwierdzenia.

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy Przystępującego Johnson & Johnson, formularz oferty tabela A, Lp. 1, str. 3 ./.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 12 grudnia 2014 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca - wykonawca ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie w dniu 18 grudnia 2014 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy ABBOT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 grudnia 2014 r. ./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego Johnson & Johnson z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Johnson & Johnson na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznała że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych – przez Izbę - materiale dowodowym.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający w SIWZ nie wskazał jaka ilość testów ma być wystarczająca, w jakiej ilości wykonawcy mają testy te oszacować i skalkulować w swojej ofercie. Powyższej ilości nie wskazał również Odwołujący na przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2015 r. rozprawie.

Ponadto odpowiedzi Zamawiającego wskazywały, że nie jest on w stanie dookreślić ilości wymaganych testów w sposób precyzyjny, w tym zakresie Zamawiający mógł jedynie w sposób ogólny oprzeć się na swoim doświadczeniu oraz przeprowadzonych statystykach.

W ocenie Izby stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w SIWZ potwierdzają udzielone odpowiedzi na pytania, w tym w szczególności pytanie i odpowiedź 48, na które to Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie posiada wiedzy jaka liczba testów potwierdzenia HBs będzie konieczna do przeprowadzenia określonej w SIWZ ilości badań (...). Podobnie w pkt I pkt 1.1 ppkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca w kosztach donacji musi uwzględnić koszt testów, testów przeznaczonych na powtórne badania próbek wstępnie reaktywnych (...).

Nie ulega wątpliwości, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący Johnson & Johnson dokonali odpowiedniej kalkulacji tych testów w swoich ofertach, co było ich obowiązkiem w świetle postanowień pkt I pkt 1.1 ppkt 7 SIWZ. Jednak Odwołujący nie wskazał konkretnie w formularzu, nie podał konkretnej liczby testów (co nie było wymagane przez Zamawiającego). Istotnym dla Zamawiającego był sam fakt wliczenia tych testów do oferty przez wykonawców biorących udział w tym postępowaniu, nie interesowała go konkretna liczba tych testów, gdyż sam przyznał w odpowiedzi na pytanie nr 48, że nie posiada wiedzy jaka liczba testów będzie konieczna. Dodatkowo Odwołujący na rozprawie nie wskazał jaka konkretnie liczba testów, dla tak opisanego przedmiotu zamówienia jest właściwa, aby – jak twierdził – oferty mogły być porównywalne.

Na uwagę zasługuje – co zostało podniesione przez Przystępującego Johnson & Johnson – treść § 2 *Wzoru umowy*, która to zabezpiecza interesy Zamawiającego przed wykonawcami, którzy skalkulowaliby ofertę w sposób nienależyty – nieuwzględniający wymaganych testów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej rozdzielanie formularza – dotyczącego ilości wymaganych testów – jest czymś więcej niż wymagał tego Zamawiający (ale tylko pod względem formalnym), w porównaniu ze sporządzonymi przez Zamawiającego wzorami załączonymi do SIWZ. Jednak owe rozdzielanie pozycji dotyczących odczynników diagnostycznych i testów potwierdzenia może być uznane tylko jako formalne rozdzielanie powyższych pozycji – nie jest niezgodnością treści oferty z SIWZ – gdyż Zamawiający wymagał, aby te testy zostały przez wykonawców wliczone i uwzględnione w formularzu – co Przystępujący Johnson & Johnson uczynił (odzwierciedlając powyższe informacje w sposób szczegółowy na str. 3 złożonej oferty). Zatem odrębne wyliczenie testów i przedstawienie ich w sposób czytelny Zamawiającemu w formularzu (wyliczenie, które i tak musiało być uwzględnione w pozycji dotyczącej odczynników diagnostycznych) nie jest niezgodnością z SIWZ, a jedynie odrębnością co do formy, która nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, przepis ten nie dotyczy jakichkolwiek niezgodności z formą, gdyż istotna jest treść oferty – jej merytoryczna zawartość – nie zaś kwestie formalne związane z przygotowaniem i opisaniem oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny – skoro Zamawiający wymagał, aby takiego wyliczenia testów dokonano – a wykonawca takie wyliczenie przedstawił. Zatem w ocenie Izby wszystkie elementy dotyczące kalkulacji ceny zostały przez Przystępującego Johnson & Johnson przedstawione i obliczenia ceny dokonano zgodnie z pkt 9 SIWZ.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Konkludując – orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....