

**WYROK**

**z dnia 6 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2017 r. przez wykonawcę Beckmann Coulter Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku

przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Płocku unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Beckmann Coulter Polska Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Beckmann Coulter Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku na rzecz Beckmann Coulter Polska Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Płocku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dzierżawa urządzeń laboratoryjnych wraz z dostawą odczynników i innych materiałów laboratoryjnych dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 18 listopada 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 223-407212. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku rozstrzygnięciem postępowania w pakiecie 1 23 marca 2017 r. wykonawca Beckmann Coulter Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez przyznanie punktów ofercie złożonej przez Roche Diagnostic Polska z siedzibą w Warszawie (dalej: „Roche”), w kryterium „jakość”, w sposób niezgodny z ustalonymi kryteriami oceny ofert, a przez to zawyżenie punktacji w tym kryterium;
3. art. 96 ust. 3 w związku z art. 96 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieudostępnienie odwołującemu załącznika do protokołu postępowania zawierającego zestawienie punktów przyznanych ofercie Roche w ramach parametrów ocenianych w kryterium „Jakość”, co uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do poszczególnych elementów dokonanej oceny;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
3. dokonania zmniejszenia (wykreślenia) punktacji przyznanej ofercie Roche w ramach następujących parametrów opisanych w następujących punktach w Załączniku 1.1 K Zestawienie parametrów technicznych i analitycznych dla:
  - pkt 14 oraz 9 T abeli 1 Analizator główny biochemiczno-immunochemiczny części

dotyczącej modułu immunochemicznego;

- pkt 10 oraz 5 Tabeli 3. Zastępczy analizator immunochemiczny;

4. udostępnienia odwołującemu załącznika do protokołu postępowania zawierającego zestawienie punktów przyznanych ofercie Roche w ramach parametrów ocenianych w kryterium „jakość”;

5. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż

Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie Andrzej Banaszek przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot postępowania obejmuje „Dzierżawę automatycznych analizatorów biochemicznych i immunochemicznych: głównego i zastępczych oraz laboratoryjnego systemu informatycznego, sortera i urządzeń dodatkowych, wraz z zakupem odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych oraz usług autoryzowanego serwisu - na okres 4 lat”.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający oświadczył, że oferta złożona przez odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał, iż zaoferowany analizator biochemiczny zastępczy, AU480, nie jest taki sam jak analizator główny AU680, co oznacza niezgodność zaoferowanego analizatora zastępczego z pkt 24 Załącznika nr 1.1. B do SIWZ - tj. „Wykonywanie badań na takim samym analizatorze... ”

Treść pkt 24 brzmi następująco:

„Wykonywanie badań na takim samym analizatorze, przy użyciu takich samych odczynników, kalibratorów i materiału kontrolnego oraz materiałów zużywalnych, które są używane w części biochemicznej analizatora głównego.”

Zamawiający w dwóch odrębnych załącznikach do SIWZ opisał osobno parametry i funkcjonalności aparatu głównego i aparatu zastępczego.

Analizator biochemiczny główny wchodzi w skład zintegrowanego analizatora biochemiczno-immunochemicznego i jego parametry opisuje Załącznik nr 1.1 A. Parametry graniczne dla analizatora biochemicznego zastępczego Zamawiający opisał w Załączniku nr 1.1 B.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1.1 A analizator biochemiczny główny powinien spełniać następujący wymogi:

- Wydajność łączna części biochemicznej (z ISE) minimum 800 oznaczeń/godzinę (nie mniej niż 650 oznaczeń/ godzinę bez ISE) (Załącznik nr 1.1 A punkt 3);
- Ilość pozycji dla próbek badanych - minimum 150 oraz możliwość ciągłego dokładania próbek citowych (minimum 5 jednorazowo) (Załącznik nr 1.1 A punkt 8);
- Ilość dostępnych jednocześnie reagentów na pokładzie analizatora: część biochemiczna - do minimum 50 badań (...) (Załącznik nr 1.1 A punkt 9).

Zgodnie z Załącznikiem nr 1.1.B analizator biochemiczny zastępczy powinien spełniać następujący wymogi:

- Aparat w tej samej technologii, co część biochemiczna w zintegrowanym analizatorze biochemiczno-immunochemicznym z pełną wymiennością odczynników, kalibratorów i kontroli oraz materiałów zużywalnych (Załącznik nr 1.1 B punkt 2);
- Wydajność: minimum 400 oznaczeń / godzinę (Załącznik nr 1.1 B punkt 3);
- Ilość pozycji dla próbek badanych - minimum 80 oraz możliwość ciągłego dokładania próbek citowych (minimum 5 jednorazowo) (Załącznik nr 1.1 B punkt 8);
- Ilość dostępnych jednocześnie reagentów na pokładzie analizatora: - do minimum 30 badań (Załącznik nr 1.1 B punkt 7);
- Wykonywanie badań na takim samym analizatorze, przy użyciu takich samych odczynników, kalibratorów i materiału kontrolnego oraz materiałów zużywalnych, które są używane w części biochemicznej analizatora głównego (Załącznik nr 1.1 B punkt 24)

SIWZ zawierała oprócz parametrów dopuszczających (których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty) także parametry techniczne oceniane parametry biochemicznego analizatora głównego (Lp 1 - 17 - łączna ilość punktów 49), a oddzielnej ocenie parametry biochemicznego analizatora zastępczego (Lp 1-12 łączna ilość punktów 36).

W zakresie zarzutów dotyczący oceny punktowej oferty przystępującego w Pkt 14 Tabeli 1 „Analizator główny biochemiczno-immunochemiczny części dotyczącej modułu immunochemicznego” oraz Pkt 10 Tabeli 3 „Zastępczy analizator immunochemiczny” zamawiający jako parametr podlegający ocenie określił „Możliwość dokładania odczynników w czasie pracy analizatora bez przerywania jego pracy”. Roche w kolumnie Opis parametru wpisał: „TAK, możliwość dokładania odczynników w trybie stand by pracy analizatora”. Sama odpowiedź Roche wskazuje na niespełnienie powyższego warunku. Należy dodać, że w tych samych tabelach opisując parametr „Czas przejścia ze stanu Stand by do rozpoczęcia wykonywania badań” podano czas 13 minut.

20 grudnia 2016 r. zamawiający udzielił wyjaśnień na pytanie nr 22 dotyczące powołanych zapisów w załączniku 1.1 K. Pytanie brzmiało: „Czy Zamawiający przyzna 2 punkty w ocenie w przypadku możliwości dokładania odczynników w trybie stand-by z krótkim czasem przejścia do pracy rutynowej wynoszącym tylko 3 min? W przypadku negatywnej odpowiedzi, zwracamy się z prośbą o zmianę SIWZ na „Możliwość dokładania próbek w czasie pracy analizatora bez konieczności przerywania jego pracy”. Zamawiający odpowiedział, że „W pytaniu skompilowano dokładanie odczynników z dokładaniem próbek Zamawiający nie zmienia zapisów w tym punkcie”.

W Pkt 9 Tabeli 1 Analizator główny biochemiczno-immunochemiczny części dotyczącej modułu immunochemicznego, Pkt 5 Tabeli 3. Zastępczy analizator immunochemiczny zamawiający określił parametr podlegający ocenie: „Czas wykonywania obowiązkowych codziennych czynności konserwacyjnych”, przystępujący w kolumnie Opis parametru wpisał: „5 minut - czyszczenie igieł”. Zgodnie z instrukcją obsługi analizatora Cobas 6000, w rozdziale dotyczącym konserwacji modułu e601 analizatora, w części opisującej schemat konserwacji modułu, czas potrzebny na przeprowadzenie dziennej konserwacji wynosi 10 minut:

- Czyszczenie igieł - 5 minut;
- Czyszczenie powierzchni analizatora - 5 minut.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego grozi mu poniesieniem szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Rozpoznaniu podlegają wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu. Nie podzielono poglądu, że odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu zarzutów wobec oferty przystępującego, z powodu stwierdzenia, że unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty da mu możliwość uzyskania zamówienia. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że w postępowaniach o wartościach przekraczających tzw. progi unijne nie ma podstaw do ograniczania zarzutów, które podlegają rozpoznaniu na rozprawie. Ustawodawca w art. 180 ust. 2 Pzp reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej wyłącznie w postępowaniach o niższej wartości. Argumentując z przeciwieństwa należy dojść do przekonania, że ograniczenie czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogą być kwestionowane przez wniesienie odwołania, nie istnieje w postępowaniach o wyższej wartości. Sprzyja to celowi istnienia systemu środków ochrony prawnej, czyli umożliwienie zamawiającemu korekty czynności działanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tak aby ważność przyszłej umowy nie była kwestionowana.

Należy też sprzeciwić się pogładowi przystępującego, który wywodził niezasadność badania zarzutów wobec oceny jego oferty w kryteriach pozacenowych z powodu braku możliwości uzyskania przewagi punktowej przez odwołującego. Dostrzec trzeba, że zarzuty odwołania dotyczą oferty odwołującego, która nie była oceniana w ogóle oraz oceny oferty przystępującego. Niezasadne jest uzależnianie dopuszczalności badania zarzutów odwołania od hipotetycznych rezultatów przyszłej czynności zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym Izba bada wyłącznie czynności lub zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu, w oderwaniu od możliwych przyszłych czynności, czynności których zamawiający jeszcze nie dokonał.

Odwołanie okazało się zasadne.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić, gdy treść oferty jest niezgodna z wymaganiami jasno wyrażonymi w SIWZ. Postanowienie wskazane przez zamawiającego nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Pojęcie „taki sam aparat” wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie nie jest jednoznaczne, gdyż według mądrości różnych źródeł (w tym internetowych) może być rozumiane zarówno jako „tożsamy”, „ten sam” albo jako „porównywalny”. Zdaniem Izby określenie użyte przez zamawiającego oznacza aparat porównywalny, a nie tożsamy. Gdyby było inaczej zamawiający nie uściśliłby już w samym pkt 24, że badania na tym analizatorze powinny być wykonywane przy użyciu takich samych odczynników, kalibratorów i materiału kontrolnego oraz materiałów zużywalnych. Tożsamość obu analizatorów czyniłaby to uściślenie całkowicie zbędnym. Podobnie zbyteczna byłaby w takiej sytuacji odrębna ocena obu analizatorów w zakresie parametrów dopuszczających (których niespełnienie powoduje odrzucenie oferty) oraz punktowanych w kryteriach pozacenowych.

W tej sytuacji odrzucenie oferty odwołującego wyłącznie na podstawie braku tożsamości obu analizatorów, czyli – jak uściślił zamawiający na rozprawie – wskazania różnych numerów katalogowych. narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Pominięto próby przystępującego wykazania braku tożsamości technologicznej obu analizatorów oferowanych przez odwołującego, gdyż nie było to podstawą odrzucenia oferty. Izba nie neguje potrzeby zachowania przez zamawiającego wysokich standardów udzielania świadczeń medycznych, ani tego, że posługiwanie się dwoma identycznymi analizatorami jest prostsze i mniej czasochłonne. Nie ma to jednak znaczenia dla oceny czynności odrzucenia oferty odwołującego, zwłaszcza, że w informacji o odrzuceniu oferty nie zostało wskazane żadne inne wymaganie, którego analizator zastępczy oferowany przez odwołującego by nie spełniał. Uznać zatem należy, że urządzenie to posiada standard oczekiwany przez zamawiającego.

Nie znalazł natomiast potwierdzenia zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp. Z akt sprawy wynika, że odwołujący trzykrotnie zwracał się do zamawiającego o przekazanie mu oceny punktowej oferty przystępującego. W złożonych pismach wskazał dwa adresy poczty e-mail i na jeden z nich została przesłana oczekiwana informacja. W aktach sprawy znajduje się również raport potwierdzający dostarczenia korespondencji.

Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż przystępujący nie powinien otrzymać 5 pkt za możliwość dokładania odczynników w czasie pracy analizatora. Przystępujący wskazał, że następuje to, gdy analizator znajduje się w trybie „stand by”. Zdaniem Izby stan „stand by” urządzenia nie oznacza trybu pracy, lecz jedynie stan czuwania, gdy aparat nie jest wyłączony i pobiera mniej energii elektrycznej.

Również przyznanie 5 pkt za czas wykonywania codziennych czynności konserwacyjnych jest nieprawidłowe. Oprócz „czyszczenia igieł” zadeklarowanych przez przystępującego, czynnością, która powinna być wykonywana codziennie jest czyszczenie pokładu analizatora. Wynika to wprost z instrukcji użytkownika. Dokument ten nie podlega interpretacji na zasadach wykładni oświadczeń woli. Wyliczenie w części wstępnej instrukcji skazuje, że czyszczenie pokładu analizatora jest czynnością codzienną, a kolejne strony nie powielają już wskazania częstotliwości tej czynności, tylko wskazują szczegóły postępowania przy jej wykonywaniu.

Zamawiający powinien dokonać ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz skorygować ocenę oferty przystępującego we wskazanych punktach. Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż rezultaty ponownej oceny ofert nie są znane. Przyjąć więc należy, że wpływ potwierdzonych zarzutów odwołania na wynik postępowania wynika z samej konieczności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm).

**Przewodniczący:** .....