Sygn. akt: KIO 2373/24 Warszawa, 06 sierpnia 2024 roku

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 lipca 2024 roku przez Odwołującego Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. (ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Olsztynie (ul. Malborska 2, 10-255 Olsztyn)

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. (ul. Domaniewska 28, 02-672 Warszawa)

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. (ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. (ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania,

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ….……

Sygn. akt: KIO 2373/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie amówienia, którego przedmiotem jest dzierżawa analizatorów i dostawa odczynników do badań przeglądowych donacji metodą immunodetekcji w kierunku markerów zakażenia HIV, HCV, HBV, Krętek blady.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 277271-2024.

Odwołujący Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., pomimo iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; oraz czynności Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o., pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

- bezpodstawny brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Roche na tej podstawie, podczas gdy oferta Roche została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

- wybór oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o., pomimo iż podlegała ona odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów i nakazanie Zamawiającemu: odrzucenia oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. ze względu na to, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz powtórzenie czynności oceny ofert po odrzuceniu oferty Roche Diagnostic Polska sp. z o.o., dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na fakty opisane w uzasadnieniu przy danym dowodzie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. działanie sprzeczne dobrymi obyczajami jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Zgodnie z pkt 18.2.4 SWZ parametrem punktowanym oferowanego systemu jest jego wydajność, przy czym Zamawiający wyraźnie wskazał, iż chodzi o wydajność zdefiniowaną jako liczba wykonanych badań dla najdłużej oznaczonego markera przez jeden system na godzinę.

Zamawiający wskazał, że w ramach kryterium "wydajność jednego systemu" badana będzie liczba wykonanych badań dla najdłużej oznaczonego markera przez jeden system na godzinę: Maksymalna ilość punktów możliwa do uzyskania

w ramach tego kryterium wynosi 5 pkt i liczona będzie według następującego wzoru: Wo/Wnw* 100*5% gdzie: Wo - wydajność oceniana Wnw - wydajność najwyższa spośród złożonych ofert. W przypadku kiedy wykonawca nie wskaże ilości wykonywanych badań zamawiający przyjmie wartość "0"

Odwołujący wskazał, że w przypadku oferty Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. badaniem, które wykonywane jest najdłużej, jest badanie wykrywające wirus HIV. Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. wskazał w ofercie, że wydajność jednego systemu (dla najdłużej wykonywanego badania, czyli dla badania wykrywającego wirus HIV) wynosi 600 badań na godzinę. Zdaniem Odwołującego, jest to twierdzenie nieprawdziwe, złożone w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów, a tym samym stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśniał, że zaoferowany przez Wykonawcę Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. odczynnik do wykonywania oznaczeń w kierunku HIV Elecsys HIV Duo jest odczynnikiem, w przypadku, którego główny wynik testu (wynik badania w kierunku HIV) jest wyliczany na podstawie dwóch oddzielnych wykonywanych równolegle oznaczeń - oznaczenia antygenu H1V-1 p24 oraz oznaczenia przeciwciał skierowanych przeciwko HIV-1 i HIV-2Za pomocą testu Elecsys HIV Duo, w dwóch oddzielnych oznaczeniach można równolegle wykryć antygen HIV-1 p24 (HIV Ag) przeciwciała skierowane przeciwko HIV-1 i HIV-2 (anty-HIV). Na podstawie wykonanych oznaczeń analizator wyliczy automatycznie główny wynik testu Elecsys HIV Duo. Natomiast oddzielne wyniki uzyskane dla HIV Ag i dla przeciwciał (fragment ulotki odczynnika Elecsys HIV Duo) Odczynnik do wykonywania oznaczeń antygenu i odczynnik do wykonywania oznaczeń przeciwciał są konfekcjonowane w oddzielnych kasetach odczynnikowych:

„Odczynniki roztwory robocze

cobas e pack HIV Ag (M, R1, R2) oznakowany jest HIVAG.

cobas e pack Anti-H|V (M, R1, R2) oznakowany jest AH|V".

(fragment ulotki odczynnika Elecsys HIV Duo)

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, że do wykonania badania w kierunku HIV w przypadku zaoferowanego przez Roche odczynnika Elecsys HIV Duo na pokład analizatora należy załadować dwie kasety odczynnikowe - kasetę z odczynnikiem do wykonywania oznaczeń antygenu oraz kasetę z odczynnikiem do wykonywania oznaczeń przeciwciał. To z kolei oznacza, że zaoferowany przez Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. system nie będzie w stanie wykonać 600 badań w kierunku HIV w ciągu godziny, a jedynie 300. W ciągu godziny system Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. wykona 300 oznaczeń antygenu HIV oraz 300 oznaczeń przeciwciał HIV, w wyniku czego system wyda 300 głównych wyników testów Elecsys HIV Duo. Tym samym wydajność zaoferowanego przez Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. systemu w przypadku badania w kierunku HIV wynosi 300 wykonanych badań na godzinę.

W opinii Odwołującego, Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. zna funkcjonowanie swojego systemu oraz charakterystykę odczynnika Elecsys HIV Duo, wie zatem, iż w zaoferowanej konfiguracji (dwa analizatory cobas e801 połączone w jeden system) wydajność systemu Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. wynosi 300 badań HIV na godzinę. Mimo to, w celu uzyskania większej ilości punktów w toku przetargu, Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o., złożył nieprawdziwe oświadczenie dotyczące wydajności oferowanego systemu. Oświadczenie to zostało złożone w celu wpłynięcia na ranking ofert. Powyższe w ocenie Odwołującego oznacza, że oferta Roche została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 226 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał także, że na to, iż rzeczywista wydajność analizatorów Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. jest niższa, niż zadeklarowana przez Roche w ofercie, wskazuje także to, że Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. zaoferował system składający się z 2 analizatorów Cobas e801. W punkcie 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wskazał, iż oferowany system musi mieć całkowitą wydajność minimum 270 oznaczeń w ciągu jednej godziny: „16. Dostarczony system do immunodetekcji wykorzystuje technikę CLIA lub ECLIA Całkowita wydajność zaoferowanego systemu minimum 270 oznaczeń w ciągu jednej godziny. (fragment opisu przedmiotu zamówienia)".

Najdłużej wykonywanym badaniem w przypadku analizatorów Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. (spośród badań objętych przetargiem) jest badanie w kierunku HIV. Gdyby rzeczywiście zaoferowany przez Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. system, składający się z dwóch połączonych ze sobą analizatorów Cobas e801, wykonywał 600 oznaczeń HIV na godzinę, to oznaczałoby, że jeden taki analizator wykonywałby 300 oznaczeń HIV na godzinę. Gdyby natomiast jeden analizator Cobas e801 wykonywał 300 oznaczeń HIV na godzinę, to już jeden taki analizator spełniałby wymagania graniczne co do wydajności wskazane w punkcie 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia. W takiej sytuacji Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. nie musiałby oferować dwóch analizatorów połączonych w jeden system, aby spełnić wymagania Zamawiającego w kwestii wydajności. Fakt, że Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. zaoferował dwa analizatory Cobas e801 wynika natomiast z tego, że tylko jeden taki analizator nie spełniałby wymogu granicznego

dotyczącego wydajności wskazanego w punkcie 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia. Wydajność jednego analizatora Cobas e801w przypadku badania HIV jest bowiem mniejsza niż 270 oznaczeń w ciągu jednej godziny.

Zdaniem Odwołującego, dla Zamawiającego kluczowy jest całościowy wynik danego oznaczenia w kierunku wykrycia w donacji wirusów WZW B, WZW C, HIV czy krętka bladego, nie zaś wyniki pośrednie/cząstkowe, takie jak - w przypadku badania w kierunku wirusa HIV - oznaczenie antygenu czy oznaczenie przeciwciał. Znajduje to potwierdzenie m.in. w kształcie formularza ofertowego, gdzie wykonawcy mieli podać cenę zwolnienia jednej donacji w kierunku wykrycia danego wirusa, a nie cenę wyników badań pośrednich/cząstkowych, takich jak oznaczenie antygenu czy oznaczenie przeciwciał (w sytuacji gdy takie oznaczenia - jak w przypadku oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. - wykonywane są równolegle ale oddzielnie).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. w całości.

Ponadto wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów, na wskazane okoliczności:

1.Broszury załączonej do oferty, celem wykazania faktu wydajności dwóch analizatorów cobas e801 połączonych w jeden system o łącznej wydajności wynoszącej 600 ozn./h, przy uwzględnieniu wydajności jednego modułu wynoszącej 300 ozn./h;

2.Ulotek odczynnikowych załączonych do oferty, celem wykazania faktu całkowitego czasu oznaczenia zaoferowanym testem wynoszącej 18 minut.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem Odwołującego dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i jej wybór, pomimo rzekomego zadeklarowania nieprawdy dot. wydajności oferowanego systemu. Wyjaśnił, że zgodnie z treścią broszury załączonej do oferty wydajność jednego analizatora cobas e801 wynosi 300 ozn./h. W związku z zaoferowaniem dwóch analizatorów połączonych w jeden system należało uznać, że łączna ich wydajność wynosi 600 ozn./h. W konsekwencji Zamawiający zgodził się ze stanowiskiem Przystępującego, że zadeklarował on prawdę dot. wydajności oferowanego systemu, a co za tym idzie, że odwołanie uznać za niezasadne w całości.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby nie można mówić o czynie nieuczciwej konkurencji polegającym na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, skoro Zamawiający dysponował dokumentami źródłowymi, które zostały załączone do treści oferty Wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. Zamawiający zatem miał możliwość zweryfikowania informacji zawartych w ofercie. Wszystkie strony postępowania odwoławczego – w tym Odwołujący i Zamawiający - powoływały się na treść tych samych dokumentów załączonych do oferty Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. Stąd zatem strony czerpały wiedzę w zakresie wydajności urządzenia. Skoro zatem informacje dotyczące urządzenia, w tym parametru wydajności, specyfiki badania, wynikały z treści oferty Wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., to nie można uznać, że Zamawiający był wprowadzony w błąd.

Z dokumentów źródłowych wynika, że aparat Cobas e801 posiada wydajność 300 ozn./godzinę (str. 58 ulotki). Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. przedstawił informację o wydajności urządzenia w systemie łączącym dwa urządzenia i wynoszącym 600 ozn./godzinę.

Zgodnie z treścią broszury załączonej do oferty, wydajność jednego analizatora Cobas e801 wynosi 300 ozn./godzinę. Nigdzie w dokumentach źródłowych dotyczących wirusa HIV (ulotka złączona do oferty i odwołania) nie pojawia się zastrzeżenie, jak w przypadku innych testów, że wskazana dla jednego analizatora wartość 300 ozn./godzinę odpowiada maksymalnie 150 oznaczeniom potwierdzającym.

Należy także zauważyć, że Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron nie potrafił wskazać, gdzie i dokładnie jakie informacje powinien wpisać Wykonawca Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. do treści oferty.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zatem okoliczności, na które się powołuje. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, aby oferta Wykonawcy Roche Diagnostic Polska sp. z o.o., która zawierała informacje o produkcie, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Nie wykazał, aby złożenie oferty przez Wykonawcę Roche Diagnostic Polska sp. z o.o. stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, czy zagrażało innemu przedsiębiorcy.

Sposób oceny kryterium przez Zamawiającego nie stanowił podstawy odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..