

WYROK
z dnia 1 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Grzegorz Mazurek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12** protestu z dnia 1 września 2008 r.

przy udziale **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę odczynników laboratoryjnych, dzierżawę analizatora do mikroplątek, dzierżawę analizatorów immunochemicznych, dzierżawę aparatu do automatycznej izolacji kwasów nukleinowych wraz z analizatorem do amplifikacji i detekcji techniką real-time PCR”*, (numer referencyjny 022/22/2008), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 16 sierpnia 2008r., nr 158 pod pozycją 213664. Specyfikacje istotnych warunków zamówienia zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2008r.

W dniu 1 września 2008r., na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protest do Zamawiającego złożył ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. W proteście zarzucono Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na jednego wykonawcę (Pakiet nr 20). Zestawienie parametrów granicznych aparatury i testów wskazuje na możliwość złożenia oferty wyłącznie przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Pozostali oferenci mogący zaproponować aparaturę oraz testy

inne, choć nie gorsze i nie rzutuujące na jakość wykonywanych badań, nie mogą na skutek podanych parametrów złożyć ważnej oferty. Zastrzeżenia Protestującego dotyczą wymagań:

1. identyfikowanie kaset odczynników i próbek przy pomocy kodów paskowych,
2. możliwości wykonywania 2 różnych testów jednocześnie,
3. monitorowanie ilości wykorzystanych odczynników i materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu,
4. enzymatyczny system zabezpieczający przed kontaminacją,
5. wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej i kontroli.

Podany sposób opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także sam w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu od określonego przedsiębiorcy, prowadząc w ten sposób do naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Protestujący wskazuje na sankcję nieważności czynności prawnej sprzecznej z zasadami współżycia społecznego (art. 58 i 5 k.c.), o której stanowi działanie zamawiającego naruszające ustawę lub mające na celu jej obejście. Działaniu Zamawiającemu Protestujący zarzuca naruszenie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, na skutek nieuzasadnionego ograniczania wolności działalności gospodarczej. Wykonawca zażądał wprowadzenia zmiany w zapisach tabeli parametrów granicznych w sposób przez niego wskazany, z zastrzeżeniem konieczności uwzględnienia wszystkich proponowanych zapisów, tj.:

- identyfikowanie odczynników i próbek przy pomocy kodów paskowych,
- wykonywanie jednego testu w badanej próbce z dopuszczalną opcjonalną możliwością wykonywania dwóch testów jednocześnie,
- kontrola ilości wykorzystanych materiałów zużywalnych na pokładzie aparatu do automatycznej izolacji próbki,
- system zabezpieczający przed kontaminacją enzymatyczny, mechaniczny bądź inny,
- system zapewniający kontrolę ewentualnej inhibicji reakcji PCR oraz system zapewniający prawidłowość ilościowej oceny badanego wirusa.

Zamawiający w dniu 5 września 2008r. oddalił przedmiotowy protest, wskazując na motywy, jakimi kierował się formułując siwz, a wynikające z potrzeb placówki służby zdrowia. Każde z wymienionych parametrów znajduje odzwierciedlenie w wymiernych korzyściach diagnostycznych dla użytkownika i praktyki laboratoryjnej.

Identyfikowanie kaset odczynników i próbek przy pomocy kodów paskowych jest rozwiązaniem powszechnie stosowanym w analizach do diagnostyki *In vitro*. Umożliwia ono automatyczne identyfikowanie odczynników oraz próbek, a tym samym ogranicza możliwość pomyłek i błędów operatora mogących prowadzić do wydania niewiarygodnych wyników, co

może powodować potencjalne zagrożenie życia lub zdrowia pacjenta. Pozwala również na optymalne wykorzystanie odczynników uwzględniając potrzebę wykonania zarówno krótszych serii pomiarowych jak i próbek pojedynczych, bez konieczności wyrzucania pozostałej ilości odczynnika.

Możliwość wykonania dwóch różnych testów jednocześnie zapewnia szybką diagnostykę pacjentów w sytuacjach pilnych, np. badania dawcy i biorcy w procedurze przeszczepu organów lub szpiku. Zapewnienie tej funkcjonalności możliwe jest w dwojaki sposób (dwa niezależne termocyklery w jednej obudowie lub dwa niezależne termocyklery w oddzielnych obudowach). Z wiedzy Zamawiającego wiele firm wykorzystuje wskazane podejścia.

Funkcja monitorowania ilości wykorzystywanych odczynników na pokładzie aparatu umożliwia optymalne zużycie odczynników, pozwalając na jednorazowe wykorzystanie tylu oznaczeń ile jest wymaganych do przeprowadzenia badań oraz zaplanowanie dalszych oznaczeń poprzez informacje o ilości odczynników pozostałych do wykorzystania. Zapewnia stałą kontrolę nad ilością materiałów zużywalnych. Jest ono powszechnie stosowane w analizach do diagnostyki medycznej *In vitro*.

System enzymatyczny zabezpieczający przed kontaminacją pozwala na ograniczenie potencjalnego zanieczyszczenia próbki badanej oraz odczynników aplikowanymi fragmentami DNA. Jest to nowoczesny system, który zabezpiecza użytkownika przed wydaniem wyników fałszywie dodatnich i według dostępnych informacji stosowany jest nie tylko przez Roche Diagnostics.

Wewnętrzny standard ilościowy umożliwia uwzględnienie specyficznych warunków amplifikacji próbki badanej, które mogą być spowodowane przez substancje znajdujące się w surowicy lub osoczu. Umożliwia obliczenie wyniku ilościowego na podstawie wewnętrznego standardu ilościowego znajdującego się w każdej badanej próbce i kontroli, a tym samym uwzględnienie właściwego dla tej próbki środowiska amplifikacji i detekcji.

W dniu 10 września 2008r., Wykonawca wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w proteście. Jednocześnie wskazał dodatkowe argumenty uzasadniające jego żądania w zakresie zmiany opisu parametrów. Proponowany przez Odwołującego system identyfikacji odczynników również polega na odczytaniu kodu paskowego z tym, że nie z gotowych kaset, ale z naczyń reakcyjnych służących temu samemu celowi. Pozwala on również na wykonanie krótszych serii pomiarowych, jak i próbek pojedynczych. W przypadku Zamawiającego ilość oznaczeń wymieniona w siwz jest na tyle duża, że wykonywanie badań w seriach 21 pacjentów / 24 próbki pozwoli na ekonomiczne wykonywanie badań i minimalizację strat. Mniejsze serie badań z ekonomicznego punktu widzenia są bardziej kosztowne, ponieważ każda seria badań wiąże się z wykonaniem trzech badań kontrolnych.

Zapisy siwz sugerują, iż Zamawiający wymaga jednego analizatora do PCR, który miałby wykonywać dwa testy równocześnie. Tym samym nie ma możliwości złożenia oferty zawierającej 2 aparaty (termocyklery) w oddzielnych obudowach.

Monitorowanie ilości wykorzystywanych odczynników związane jest ze sposobem konfekcjonowania odczynników. W przypadku rozwiązania Odwołującego nie odgrywa ono żadnej roli, gdyż odczynniki są tak konfekcjonowane, że nie można wykonać mniej oznaczeń niż zostało to zdefiniowane przez użytkownika i nie ma możliwości użycia tego samego opakowania ponownie.

System zabezpieczenia inny niż enzymatyczny proponowany przez Odwołującego całkowicie eliminuje możliwość zanieczyszczenia badanej próbki przed amplikowanymi fragmentami DNA. Dodatkową rolę zabezpieczającą pełni kontrola negatywna, na podstawie której ocenia się prawidłowość wykonania badań.

Wewnętrzny standard ilościowy jest rozwiązaniem charakterystycznym dla firmy Roche. Proponowane przez Odwołującego rozwiązanie wykorzystuje kalibratory zewnętrzne, które pozwalają na wyznaczenie krzywej kalibracyjnej i uzyskanie precyzyjnego wyniku ilościowego. W celu uwzględnienia specyficznych warunków dla próbki badanej, które mogą być spowodowane przez substancje w krwi i osoczu stosuje kontrolę wewnętrzną, która w pełni gwarantuje uzyskanie prawidłowych wyników badań i kontrolę inhibicji.

W dniu 19 września 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Skład orzekający na posiedzeniu postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Interes prawny Odwołującego potwierdza się w okoliczności ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz możliwości złożenia oferty. Oprotestowane zapisy siwz determinują wymagania przedmiotowe, jakim sprostać muszą oferowane urządzenia do badań laboratoryjnych. W sposób bezpośredni przekładają się one na dostępność przedmiotowego zamówienia dla Odwołującego się. Tym samym Wykonawca, w celu ochrony prawa do ubiegania się o udzielenie zamówienia, posiada interes prawny w żądaniu modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie, podniesionej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego, wady protestu i odwołania, polegającej na braku wskazania przepisu art. 29 ustawy Pzp., który odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, iż nie ma ona znaczenia, gdyż Wykonawca postawił zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując jednocześnie na opis przedmiotu zamówienia. W punkcie drugim protestu i odwołania, Wykonawca postawił zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Nie można zatem wywodzić jedynie z tego powodu, iż Wykonawca nie powołał wprost art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzutu wady prawnej protestu i odwołania prowadzącej do bezskuteczności podniesionego zarzutu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zarzuty protestu oraz odwołania dotyczą trzech parametrów charakterystyki aparatury oraz dwóch parametrów charakterystyki testów, zamieszczonych przez Zamawiającego w załączniku nr 3 (formularz cenowy dla pakietu nr 20), do którego odsyła w pkt I opisu przedmiotu zamówienia, przez wskazanie, iż „Ilość oraz rodzaj zamawianych odczynników oraz wymagania stawiane dla analizatorów i aparatu podane są szczegółowo w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ”. W dalszej części siwz, Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na odczynniki inaczej konfekcjonowane niż podane w załączniku nr 3 z zaznaczeniem, iż spełniony musi być warunek całkowitej ilości odczynnika, oraz dopuścił możliwość składania ofert równoważnych. Przedmiot zamówienia podzielony został na 23 pakiety obejmujące dostawy odczynników laboratoryjnych oraz dzierżawy analizatorów i aparatu.

W toku rozprawy, Zamawiający szczegółowo uzasadniał wprowadzone wymagania odwołując się do celu, jakim było zapewnienie jakości wyników, a także dbałość o dobro praktyki laboratoryjnej wysoce specjalistycznych badań molekularnych. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający wykazał, iż dokonując opisu przedmiotu zamówienia, w tym kwestionowanej charakterystyki aparatury oraz testów, kierował się funkcjonalnością systemu oraz uzasadnionymi korzyściami dla użytkownika. Mając jednak na uwadze, iż Zamawiający nie udowodnił, że opisane rozwiązania są stosowane również przez innych producentów niż Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., skład orzekający uznał, iż opisy charakterystyki, w zakresie wskazanym w odwołaniu, wskazują w sposób pośredni na produkt Przystępującego i prowadzą do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Korzystając z dorobku orzecznictwa, skład orzekający wskazuje na wyroku SO w Lublinie z dnia 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05), w którym Sąd wyjaśnił, iż „Zakazane jest

formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby eliminować konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych". Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W badanej sprawie Zamawiający wprawdzie nie wskazał wprost znaków towarowych, jak również nazwy producenta produktu, nie oznacza to jednak, iż nie doszło do uprzywilejowania jednego z potencjalnych wykonawców. Podnoszona przez Przystępującego okoliczność zgodności wymagań z zapisami instrukcji urządzenia oferowanego przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., nie został przez Zamawiającego zaprzeczona. Ponadto, skład orzekający, przy braku jednoznacznego zaprzeczenia przez Zamawiającego, przyznał za uprawdopodobnioną okoliczność, iż dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający kierował się obecnie użytkowanym urządzeniem firmy Roche. Izba podkreśla, iż w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców. W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwiają mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r. II Ca 693/5). Jednocześnie, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 25 stycznia 2006r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. W przeciwnym wypadku fakt eliminacji technologii stosowanych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych warunków, Izba stwierdziła, iż wymaganie zastosowania kaset odczynników, dotyczy sposobu zamknięcia odczynników. Może mieć ono znaczenie dla podniesienia standardu wykonywania badań, jednak nie uzasadnia wykluczenia innych rozwiązań, przy których stosowane są odmienne sposoby zabezpieczenia badanej próbki.

Zamawiający na etapie przygotowania postępowania może wprowadzić kryterium oceny rozwiązań pod kątem ich ekonomiczności, czy też bezpieczeństwa. Nie może natomiast preferować jednego tylko rozwiązania stosowanego przez konkretnego znanego mu producenta.

Możliwość wykonania 2 różnych testów jednocześnie jest warunkiem pozwalającym na skrócenie czasu oczekiwania na wyniki. Podobnie parametr ten mógłby podlegać punktacji, natomiast nie uzasadnia wyłączenia innych rozwiązań. Izba uznała, iż zapisy siwz nie wskazują wprost na możliwość zaoferowania dwóch analizatorów z termocyklerami pozwalającymi wykonać jednocześnie dwa różne testy. Sam Zamawiający wskazał, iż rozwiązaniem dla niego lepszym jest jeden analizator z dwoma termocyklerami.

Funkcja monitorowania ilości wykorzystanych odczynników i materiałów zużywalnych przyczynia się do racjonalnej gospodarki, co jednak nie uzasadnia wykluczenia rozwiązań posiadających także funkcje kontroli, choć w mniejszym zakresie.

Zamawiający wskazał w specyfikacji konkretny system zabezpieczenia przed kontaminacją, tj. zanieczyszczeniem badanej próbki – enzymatyczny i tym samym wykluczył systemy mechaniczne, służące temu samemu celowi. Działanie takie nie znajduje uzasadnienia w ocenie składu, ponieważ uniemożliwia złożenie oferty na produkt posiadający system zabezpieczenia, jednak inny niż konkretnie wskazany przez Zamawiającego. Nie można zatem mówić, iż jedynie enzymatyczny system chroni przed uzyskaniem wyniku fałszywie dodatniego.

Podobnie wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej i kontroli wskazuje na jedno z rozwiązań, w oparciu o który zostaje obliczona ilość wirusa.

Podsumowując, skład orzekający stwierdził, iż wskazane parametry ograniczają rozwiązania do jednego z możliwych oferowanych na rynku, co prowadzi do ograniczenia dostępu do zamówienia Odwołującemu. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dokonał wyboru pomiędzy dostępnymi rozwiązaniami umożliwiającymi osiągnięcie celu, jakim jest uzyskanie prawidłowych wyników badań w danych warunkach środowiskowych. Wprawdzie dopuścił on składanie ofert równoważnych, jednak przy braku opisu sposobu oceny równoważności, wykonawcy nie mają możliwości przygotowania ofert, które spełniałyby oczekiwania Zamawiającego. Kwestionowane zapisy, jak wcześniej ustalono wskazują w sposób pośredni na konkretny produkt, zatem wykonawcy oferujący inne rozwiązania nie będą mieli możliwości wykazania ich równoważności, co potwierdza również stanowisko Zamawiającego, który w toku rozprawy wykazywał, iż inne od wskazanych przez niego w opisie charakterystyki systemy nie potwierdzają spełniania warunków przedmiotowych. Zamawiający nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż urządzenia Odwołującego nie gwarantują prawidłowości wyników badań laboratoryjnych, jak również nie wykazał, jakoby wskazane w siwz wymagania spełniał więcej niż jeden wykonawca, którym jest

Przystępujący do postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie zmiany zapisów specyfikacji w sposób wskazany przez Odwołującego się w proteście i odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Izba przyznała na rzecz Odwołującego się zwrot kosztów związanych z zastępstwem przed Krajową Izbą Odwoławczą, na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*