Sygn. akt: KIO/UZP 1155/08

WYROK
z dnia 12 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Marzena Teresa Ordysińska**
Anna Packo

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu /~~ rozprawie* w dniu ~~/ w dniach~~ 6 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15, 44-101 Gliwice** protestu ~~/ protestów~~* z dnia 25 września 2008 r.

przy udziale **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego 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 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 uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa,**

2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX**,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (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 **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa.**

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

Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę odczynników biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu immuno - biochemicznego oraz aparatów dodatkowych – typu: back-up zabezpieczających prace zintegrowanego systemu dla Zakładu Analityki i Biochemii Klinicznej Centrum Onkologii – Instytutu o/Gliwice”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 12 września 2008 r., nr 2008/S 177-235703.

Pismem z dnia 19 września 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 25 września 2008 r.) Odwołujący wniósł protest na określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - uniemożliwiający złożenie oferty Odwołującemu, wskazujący na jednego dostawcę przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 6, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 –3, art. 30 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ" w sposób określony w proteście.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji polegające na takim doborze parametrów granicznych oraz na specyficznym doborze parametrów podlegających ocenie, że wskazują one tylko i wyłącznie na jednego dostawcę, tj. firmę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Abbott".

Dodatkowo podniósł, iż Zamawiający wymagał:

I. W załączniku nr 4 „Parametry graniczne zintegrowanego systemu immuno-biochemicznego", poz. 6, aby analizator biochemiczny wchodzący w skład systemu wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 700 oznaczeń fotometrycznych na godzinę. Zapis ten eliminuje możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców niż Abbott, oferujących inne równoważne rozwiązania, adekwatne do deklarowanej przez Zamawiającego ilości badań, natomiast zasadnym jest zaoferowanie analizatora o równoważnej i nieco mniejszej wydajności, biorąc także pod uwagę 8-godzinny czas pracy rutynowej.

II. W poz.7, aby analizator immunochemiczny wchodzący w skład systemu wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 200 oznaczeń na godzinę. Zapis ten eliminuje możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania, adekwatne do deklarowanej przez Zamawiającego ilości badań.

III. W poz.8, aby wbudowany moduł ISE do pomiaru jonów posiadał wydajność min. 450 oznaczeń (Na+, K+, CL^{-}) na godzinę. Zapis ten eliminuje możliwość złożenia oferty przez innych niż Abbott wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania, adekwatne do deklarowanej przez Zamawiającego ilości badań. Dodatkowo podniósł, iż nie domaga się obniżenia wymagań w taki sposób, aby miało to negatywny wpływ na użytkowanie zamawianych aparatów, a w skali dnia czas pracy analizatora o nieco niższej wydajności niż wymaga Zamawiający wydłuży się tylko o kilkanaście minut.

IV. W poz.9 całkowicie otwartego systemu odczynnikowego dla analizatora biochemicznego, tym samym eliminując możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania. Podany wymóg jest niezrozumiały w sytuacji powiązania w postępowaniu dostarczenia analizatora i odczynników wyspecyfikowanych szczegółowo przez Zamawiającego, gdyż

części immunochemiczne u wszystkich producentów są systemami zamkniętymi, a więc *de facto* wpisanie takiego wymogu łączy się z wyborem jednego oferenta.

V. W poz.18 chłodzenia odczynników na pokładzie analizatorów (temp. lodówki 2-12℃) pozwalające na pozostawienie odczynników w analizatorze. Sformułowanie to eliminuje możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania, albowiem dostosowanie temperatury przebywania odczynników na pokładzie analizatora związane jest ze specyfiką oferowanych odczynników, ze spełnieniem wymogu pozostawienia odczynników w analizatorze. Temperatura ta może się różnić od wymaganego przez Zamawiającego zakresu 2-12℃. Obecnie na rynku diagnostyki *in vitro* jest dostępnych szereg nowoczesnych analizatorów immunochemicznych wykorzystujących odczynniki, które nie wymagają chłodzenia do temperatury lodówki, które mogą przebywać w aparacie aż do zużycia przy jednoczesnym zapewnieniu stałej temperatury (niezależnej od temperatury otoczenia) i chłodzeniu w temperaturze innej niż 2-12℃. Utrzymanie tego warunku uniemożliwia złożenie oferty na analizatory najnowszej generacji i technologii, co przy 3-letnim czasie trwania umowy nie jest korzystne dla Zamawiającego.

VI. W poz. 4 „Parametry graniczne analizatora biochemicznego typu back-up", poz. 4 całkowicie otwartego systemu odczynnikowego dla analizatora biochemicznego, eliminując możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania. Natomiast częściowo otwarty system odczynnikowy analizatora biochemicznego umożliwi aplikowanie także innych parametrów innych producentów, co zgodne jest z intencją Zamawiającego.

VII. W poz. 6, aby analizator biochemiczny wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 700 oznaczeń fotometrycznych na godzinę. Zdaniem Odwołującego zasadne jest zaoferowanie analizatora o mniejszej wydajności (co sam Zamawiający analogicznie określił w przypadku analizatora immunochemicznego analizator back-up posiada połowę wydajności analizatora głównego) (min. 300 oznaczeń fotometrycznych na godzinę).

VIII. W poz. 7, aby wbudowany moduł ISE do pomiaru jonów posiadał wydajność min. 450 oznaczeń (Na+, K+ CL^-) na godzinę, jednak Odwołujący zaproponował zmianę, poprzez wprowadzenie zapisu, aby wbudowany przedmiotowy moduł posiadał wydajność min. 100 oznaczeń na godzinę.

IX. W poz. 16 chłodzenia odczynników na pokładzie analizatora (temp. lodówki 2-12℃) pozwalające na pozostawienie odczynników w analizatorze, eliminując możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, gdyż dostosowanie temperatury przebywania odczynników na pokładzie analizatora związane jest ze

specyfiką oferowanych odczynników, ze spełnieniem wymogu pozostawienia odczynników w analizatorze. Wymóg chłodzenia do temp. lodówki posiadają analizatory starszej generacji, a więc utrzymanie tego warunku odbiera możliwość złożenia oferty na analizatory najnowszej generacji i technologii, co przy 3-letnim czasie trwania umowy nie byłoby korzystne dla Zamawiającego.

X. W poz. 7 „Parametry graniczne analizatora immunochemicznego typu back-up", aby analizator immunochemiczny wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 100 oznaczeń na godzinę. Zdaniem Odwołującego zasadnym jest zaoferowanie analizatora o mniejszej wydajności.

XI. W poz. 14 chłodzenia odczynników na pokładzie analizatora (temp. lodówki 2-12℃) pozwalając na pozostawienie odczynników w analizatorze, eliminując możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, oferujących inne równoważne rozwiązania. Na rynku diagnostyki *in vitro* jest obecnie dostępnych szereg nowoczesnych analizatorów immunochemicznych wykorzystujących odczynniki, które nie wymagają chłodzenia do temperatury lodówki, i które mogą przebywać w aparacie aż do zużycia przy jednoczesnym zapewnieniu stałej temperatury (niezależnej od temperatury otoczenia) i chłodzeniu w temperaturze innej niż 2-12℃. Wymóg chłodzenia do temp. lodówki posiadają analizatory starszej generacji, a więc utrzymanie tego warunku odbiera możliwość złożenia oferty na analizatory najnowszej generacji i technologii, co przy 3-letnim czasie trwania umowy nie byłoby korzystne dla Zamawiającego.

XII. W rozdziale XIII SIWZ nie dopuścił możliwości realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy, mimo iż w zakresie przedmiotu zamówienia mieści się szereg czynności i prac, które wymagają udziału osób trzecich, a przyjęte jest w praktyce firm diagnostycznych, że niektóre prace zleca się wyspecjalizowanym jednostkom, dlatego tez wnosi o dopuszczenie realizacji zamówienia przez podwykonawców.

XIII. W poz. 5, aby termin realizacji umowy wynosił „do 5 dni na uruchomienie aparatów po podpisaniu urnowy", preferując wykonawców, którzy już posiadają analizatory w Laboratorium Zamawiającego. Dla innych wykonawców termin ten jest nierealny i wykonanie świadczenia może być obiektywnie niemożliwe (art. 387 §1 k.c.). Realnym terminem byłby termin 30-dniowy.

XIV. W załączniku nr 3 „Kontrole do oznaczeń biochemicznych i immunochemicznych" zaoferowania ciekłego materiału kontrolnego do oznaczeń biochemicznych (3 poziomy: niski, normalny, wysoki) oraz ciekłego materiału kontrolnego do oznaczeń immunochemicznych, eliminując możliwość złożenia oferty przez

innych wykonawców, gdyż większość firm oferuje materiały kontrolne na dwóch poziomach.

XV. W załączniku nr 3 wykonywania oznaczenia SCC, podkreślając, iż oznaczania SCC na systemie zintegrowanym produkowane są przez jednego wytwórcę Abbott, co uniemożliwia złożenie oferty przez innych wykonawców.

XVI. W załączniku nr 4 „Parametry oceniane systemu zintegrowanego oraz analizatora immunochemicznego" Zamawiający – zdaniem Odwołującego - w niezrozumiały sposób preferuje wykonywanie oznaczeń Treponema Pallidum na części immunochemicznej systemu zintegrowanego, a są one produkowane tylko i wyłącznie przez jednego wytwórcę firmę Abbott. Inni producenci oferują przedmiotowe oznaczenie na analizatorach biochemicznych, ale z wykorzystaniem metody immunochemicznej.

Pismem z dnia 26 września 2008 r., zamieszczonym na stronie internetowej w tej samej dacie, Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, zamieścił kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 29 września 2008 r. Abbott przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 6 października 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 7 października 2008 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest, oddalając go w całości. Nadto podniósł, iż wskazane przez Odwołującego zarzuty nie naruszają zasad uczciwej konkurencji, gdyż:

I. postawione wymagania w **zał. nr 4 „Parametry graniczne zintegrowanego systemu immuno - biochemicznego"** spełniają produkty więcej niż jednej firmy. Tym samym Zamawiający nie wyraża zgody na zaoferowanie produktów o innych parametrach niż wymagane, a tabele przedstawione przez Odwołującego są jedynie zestawieniem cyfr i nie mają nic wspólnego z rzeczywistością. Nadto podniósł w szczególności, iż:

1) wymóg postawiony w poz. 6 tabeli, tj. zaoferowania analizatora o wydajności min. 700 oznaczeń fotometrycznych na godzinę, uzasadniony jest szybkością uzyskiwania wyników, w godzinach największego natężenia pracy laboratorium;
2) wymóg postawiony w pozycji 9 tabeli, tj. zaoferowania całkowicie otwartego systemu odczynnikowego dla analizatora biochemicznego wynika stąd, iż częściowo otwarty system odczynnikowy ogranicza możliwości dodatkowych aplikacji;
3) wymóg postawiony w pozycji 18 tabeli, tj. chłodzenia odczynników na pokładzie analizatorów (temperatura lodówki 2-12℃) pozwalające na pozostawienie

odczynników w analizatorze wynika stąd, iż przechowywanie odczynników w temperaturze lodówki 2-12℃ zapewnia trwało ść odczynników, oraz to że są one natychmiast gotowe do użytku bez dodatkowego czasu adaptacji. Natomiast odczynniki przechowywane w innych warunkach, jak wynika z doświadczenia Zamawiającego, szybko ulegają rozkładowi i wymagają częstszych kalibracji, konsekwencją czego są dodatkowe koszty i przedłużony czas wykonywania badań;

II. postawione wymagania w **zał. nr 4 „Parametry graniczne analizatora biochemicznego typu back-up”** spełniają produkty więcej niż jednej firmy, a Zamawiający nie wyraża zgody na zaoferowanie produktów o innych parametrach niż wymagane w SIWZ, w tym m.in. wymóg postawiony w pozycji 6 tabeli, tj. aby analizator biochemiczny wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 700 oznaczeń fotometrycznych na godzinę uzasadniony jest zapewnieniem wykonywania oznaczeń w sposób ciągły i w czasie nie dłuższym niż część biochemiczna systemu zintegrowanego;

III. postawione wymagania w **zał. nr 4 „Parametry graniczne analizatora immunochemicznego typu back-up”** spełniają produkty więcej niż jednej firmy, a Zamawiający nie wyraża zgody na zaoferowanie produktów o innych parametrach niż wymagane w SIWZ, w tym m.in. wymóg postawiony w pozycji 7 tabeli, aby analizator immunochemiczny wyposażony był w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 100 oznaczeń na godzinę uzasadniony jest tym, iż wielokrotny system pomiarowy jest nieekonomiczny, wymaga wielokrotnie więcej kalibracji i prowadzenia osobno dla każdego układu pomiarowego kontroli jakości badań laboratoryjnych, co zwiększa koszty oznaczeń i wydłuża czas wykonywania badań. Natomiast zaoferowanie analizatora wyposażonego w pojedynczy układ pomiarowy o wydajności min. 85 oznaczeń na godzinę nie spełnia oczekiwań Zamawiającego;

IV. postawione wymagania w **rozdziale III SIWZ, pkt 3,** w zakresie:

1) nie dopuszczenia możliwości realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców, nie znajdują uzasadnienia, gdyż Zamawiający, nie dopuszczając udziału podwykonawców, nie wyklucza możliwości udziału w realizacji zamówienia podmiotom, które podwykonawcami nie są, a bez których nie jest możliwa realizacja zamówienia w zakresie wskazanym przez Odwołującego;
2) wskazanego terminu realizacji umowy, tj. „do 5 dni na uruchomienie aparatów po podpisaniu umowy”, który może być skorygowany jedynie poprzez wskazanie, iż „uruchomienie do 5 dni roboczych po podpisaniu umowy”.

V. postawione wymagania w **zał. nr 3 „Kontrole do oznaczeń biochemicznych i immunochemicznych”**, tj.:

1) zaoferowania ciekłego materiału kontrolnego oznaczeń biochemicznych i oznaczeń immunochemicznych, co spowodowane jest koniecznością kontrolowania metody przy wartościach, przy których podejmowane są decyzje kliniczne i odpowiadają z reguły niskim i wysokim wartościom zakresu pomiarowego. Ważna jest także weryfikacja jakości metody w punkcie środkowym zakresu pomiarowego i do tego są wykorzystywane materiały kontrolne na 3 poziomach;
2) wykonywania oznaczenia SCC, wykluczając wykonywanie przedmiotowych oznaczeń poza jednostkę Zamawiającego, jak również inną metodą;

VI. postawione wymagania **w zał. nr 4 „Parametry oceniane systemu zintegrowanego oraz analizatora immunochemicznego”** wykonywania oznaczeń p/ciał przeciwko Treponema Pallidum na części immunochemicznej systemu zintegrowanego charakteryzują się większą stabilnością i nie wymagają wcześniejszego przygotowania.

Pismem z dnia 9 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 10 października 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 października 2008 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście oraz wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W dniu 10 października 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 4 listopada 2008 r. (pismem z tej samej daty) Abbott przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty z pkt 1-11 oraz 14-16 nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdziale III „Przedmiot zamówienia i warunki związane z jego realizacją" wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu immuno -biochemicznego oraz aparatów dodatkowych – typu: back-up zabezpieczających prace zintegrowanego systemu dla Zakładu Analityki i Biochemii Klinicznej Centrum Onkologii – Instytutu o/Gliwice, których szczegółowy opis zawarł w załącznikach do SIWZ (nr 3 i nr 4).

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i odwołaniu podniósł, iż parametry graniczne wskazane w SIWZ (załącznik nr 3 i nr 4) może spełnić wyłącznie jeden wykonawca, jednocześnie wnosząc o obniżenie wymaganych parametrów w taki sposób, aby umożliwić Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oczywistym jest, iż przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, a więc określający szczegółowo zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji. Niewątpliwie Zamawiający, wbrew zarzutom Odwołującego, szczegółowo określił przedmiot zamówienia. Istotą sporu jest to, iż postawione wymogi uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, a dobór parametrów granicznych, jak i ocenianych stanowi – jego zdaniem – naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp, jak i naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza jednak konieczności nabycia przez Zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych. Niemniej jednak należy tak opisać przedmiot zamówienia, aby dopuścić konkurencję między wykonawcami, których produkty spełniają określone w SIWZ wymogi.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów Izba uznała, iż:

1) w zakresie zarzutu 1, 2, 3, 7 i 8 trudno nie zgodzić się z Zamawiającym, jak istotne znaczenie dla diagnostyki ma rzeczywisty czas pracy analizatora, tym samym szybkie uzyskanie wyników. Odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż obniżenie parametrów oferowanego sprzętu pozwala na uzyskanie wielokrotnych i szybszych wyników niż analizator oczekiwany przez Zamawiającego. Izba podzieliła w tym względzie argumentację Przystępującego, iż brak jest podstaw do uznania, iż przedłożona tabela zawiera miarodajne dane (mimo twierdzeń Odwołującego brak jest bowiem danych wskazujących na źródło ich pochodzenia). Nadto należy podkreślić, iż wyliczenia przedstawione przez Odwołującego w przedłożonych tabelach wskazują, iż wydajność oferowanych przez niego analizatorów jest niższa, jego sprzęt działa więc wolniej niż opisany w SIWZ, a różnice wynoszą nawet do 10 minut. Tym samym wydajność jest mniejsza. Trudno więc podzielić stanowisko Odwołującego i uznać, iż dla Zamawiającego nie ma, czy

też nie powinno to mieć znaczenia, Zamawiający ma bowiem prawo żądania sprzętu najszybszego na rynku.

2) W zakresie zarzutu 4 i 6, jak Strony zgodnie oświadczały na rozprawie, istnieje różnica pomiędzy całkowicie otwartym systemem odczynnikowym, a częściowo otwartym systemem odczynnikowym, która polega na możliwości wykorzystania dodatkowych aplikacji. Skoro więc całkowicie otwarty system odczynnikowy pozwala na przeprowadzenie większej ilości i większego rodzaju badań, a jak oświadczył Zamawiający, jego Instytut jest jednostką prowadzącą szereg badań naukowych, brak jest podstaw do ograniczenia go w możliwości wyboru żądanego sprzętu, zwłaszcza, iż analizatory wyposażone w ów system posiada w swej ofercie wiele firm. Jednocześnie należy podkreślić, iż to właśnie żądanie Odwołującego dotyczące systemu częściowo otwartego ogranicza dopiero zasadę uczciwej konkurencji, gdyż wówczas odczynniki będą mogły pochodzić wyłącznie od dostawcy sprzętu, eliminując innych dostawców odczynników, a jak podkreślił Zamawiający całkowicie otwarty system odczynnikowy pozwoli mu na zakup odczynników od szerokiej grupy dostawców.
3) W zakresie zarzutu 5, 9 i 11 ustalono, jak oświadczył Odwołujący, iż oferowane przez niego odczynniki nie wymagają schładzania do temperatury wymaganej przez Zamawiającego, znajdują się w temperaturze wyższej niż wymagane i mimo to są trwałe. Niemniej jednak powyższe wymaga dokonania dodatkowych czynności, w tym rekalibracji (użycia dodatkowych ludzi, sprzętu i materiału), a na stabilność odczynnika – jak ustalono - wpływ ma temperatura, przy czym im jest ona niższa tym odczynnik jest trwalszy.
4) W zakresie zarzutu 10 Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który konsekwentnie podkreśla znaczenie szybkości i niezawodności uzyskania wyników.
5) W zakresie zarzutu 14 Izba również podziela argumentację Zamawiającego i nie znajduje powodów, dla których należałoby zrezygnować z 3-poziomowego, bardziej wiarygodnego, łatwiejszego w użyciu i nie wymagającego dodatkowych czynności, pomiaru. Tym bardziej, że materiał kontrolny oferowany przez Odwołującego wymaga rozpuszczenia materiału raz w miesiącu, bądź raz na trzy miesiące, a co wymaga stałego nadzoru, kalibracji i walidacji, a Zamawiający oczekuje przeprowadzenia szybkich i niezawodnych badań, zmniejszających prawdopodobieństwo powstania błędu.
6) W zakresie zarzutu 15 żądanie wykonywania badań w jednostce Zamawiającego, jedynie metodą wskazaną przez Zamawiającego, a nie inną metodą, związane jest z wykorzystaniem ich wyników do monitorowania leczenia, co jest wbrew twierdzeniom Odwołującego, badaniem równie pilnym (dostępnym dla pacjentów

przyjezdnych w ciągu godziny), a nie okresowym. Nadto, jak podkreślił Przystępujący wykonywanie przedmiotowych oznaczeń powinno być brane pod uwagę wraz z innymi parametrami diagnostycznymi, dla tego też oznaczenie to powinno być wykonywane na wspólnym dla ocenianych parametrów analizatorze.

7) w zakresie zarzutu 16 skoro oznaczanie p/ciał Treponema Pallidum na analizatorze immunochemicznym jest korzystniejsze dla Zamawiającego trudno nie przyznać mu racji w premiowaniu wykonawców oferujących przedmiotowy analizator, poprzez przyznanie im wyższej punktacji, zwłaszcza że dokonanie przedmiotowego oznaczenia na w analizatorze immunochemicznym jest w pełni zautomatyzowane i nie wymaga obróbki materiału wstępnego.

Zamawiający - jak oświadczył na rozprawie - określił przedmiot zamówienia, uwzględniając swoje potrzeby, posiadaną wiedzę oraz obowiązujące u niego standardy. Istotny jest dla niego przede wszystkim czas badania i czas uzyskania wiarygodnych wyników, a postawienie wysokich wymagań produktom oferowanym przez wykonawców ma na celu uzyskiwanie wyników najwyższej jakości. Zamawiający jest jednym z wiodących ośrodków onkologicznych w Polsce, a szybkość uzyskania wyników pozwala na podjęcie wręcz natychmiastowych decyzji o dalszym sposobie leczenia. Tak więc postawienie tak szczegółowych i wysokich wymogów (wyższych parametrów zamawianego sprzętu) uzasadnione jest jego uzasadnionymi potrzebami.

Zamawiający dodatkowo podniósł, iż – wbrew twierdzeniom Odwołującego - że tylko jeden wykonawca (firma Abbott) jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, ponieważ w ofercie tylko tego właśnie wykonawcy znajduje się jedynie sprzęt spełniający wszystkie stawiane wymogi, poza firmą Abbott, wymagane parametry może spełnić także sprzęt firmy Beckman oraz Siemens. Niemniej jednak wykonawcy dla spełnienia wszystkich stawianych im wymogów mogą dokonywać zakupów części asortymentu u innych wykonawców, jak również zawiązywać konsorcja, czego Zamawiający w SIWZ nie wykluczył.

Żądanie dostarczenia urządzeń o parametrach o podwyższonych standardach, co miałoby wpływ na lepszą organizację pracy, w tym zaangażowanie mniejszej liczby pracowników, nie stanowi bowiem wystarczającej przesłanki do uznania, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym zasady uczciwej konkurencji.

Skoro wymagane parametry mogą spełnić produkty kilku wykonawców, fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu nie powoduje naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut 12 (dotyczący braku możliwości dopuszczenia podwykonawców, mimo iż realizacja zamówienia w zakresie niektórych prac nie będzie możliwa bez udziału osób trzecich) nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale III „Przedmiot zamówienia i warunki związane z jego realizacją", ustęp 3 zamieścił postanowienie: „nie dopuszcza się możliwości realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy".

Odwołujący podniósł, iż zapisy zamieszczone w załączniku nr 4, tj.:

- poz. 24 „Stacja uzdatniania wody wraz z bezpłatnym montażem",
- poz. 25 „Zewnętrzne zasilacze awaryjne (UPS) podtrzymujące prace analizatorów przez minimum 30 min.",
- poz. 32 „Bezpłatny serwis techniczny obejmujący bezpłatnie: dojazd, praca inżyniera serwisu, wszystkie części zużywalne i zamienne, w czasie trwania umowy",
- poz. 36 „Bezpłatny udział w międzynarodowej kontroli jakości RANDOX w zakresie oferowanych parametrów biochemicznych i immunochemicznych – cykle dwutygodniowe",
- poz. 37 „Bezpłatny udział w międzynarodowej kontroli jakości LABQUALITY, w zakresie oferowanych parametrów biochemicznych i immunochemicznych",

wymagają udziału osób trzecich, tym samym uzasadnionym jest wykreślenie braku możliwości udzielania zamówienia podwykonawcom.

Skład orzekający Izby uznał, iż dla rozstrzygnięcia powyższej kwestii koniecznym jest rozróżnienie podwykonawcy od osób trzecich uczestniczących w czynnościach pomocniczych potrzebnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W obowiązujących przepisach, poza definicją zawartą w k.c., a dotyczącą robót budowlanych brak jest definicji podwykonawcy. Wydaje się, iż podwykonawcą byłby, np. podmiot, który wykonuje część zamówienia (jest wydzierżawiającym analizator, bądź też dokonującym czynności zastrzeżonych wyłącznie dla wykonawcy, a objętych przedmiotem zamówienia). Bezsprzecznie nie może nim być osoba dokonująca konserwacji, czy serwisu zaoferowanego sprzętu, gdyż wykonawca, oświadczając iż jest właścicielem aparatu, może dokonywać wszelkich napraw, bieżących konserwacji i nie jest to sprzeczne z przepisami dotyczącymi dzierżawy. Tak więc, m.in. konserwacjii serwisu, na podstawie odrębnych umów, może dokonywać osoba bezsprzecznie trzecia. Natomiast – jak podkreślił Zamawiający zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie – wyeliminowanie podwykonawców miało służyć przede wszystkim temu, aby wykonawcy nie zlecali podwykonawcom przeprowadzania określonych badań. Skoro Zamawiający jest jednym z wiodących ośrodków onkologicznych w Polsce ważnym jest dla niego uzyskanie jak najkrótszego czasu badania i czasu uzyskania wiarygodnych wyników, a co jest niezwykle ważne przed podjęciem decyzji o dalszym przebiegu leczeniu, zwykle natychmiastowym.

Niezrozumiałym jest także, iż Odwołujący, kwestionując zapisy rozdziału XIII, ustęp 3, dotyczące udziału osób trzecich w realizacji zamówienia jednocześnie nie zakwestionował zapisów projektu umowy (załącznik nr 6.1.), z treści której wynika m.in., że wykonawca zobowiązuje się do „bezpłatnego montażu i bezpłatnego szkolenia", „napraw i konserwacji systemu i analizatorów", „ponoszenia kosztów z tytułu międzynarodowej kontroli jakości badań systemu i analizatorów" (§ 6 projektu umowy). Treść wskazanych zapisów wskazuje na to, iż wykonawca ponosi koszty określonych czynności, nie wykluczając możliwości ich powierzenia osobom trzecim przez wykonawcę, jak i Zamawiającego, zwłaszcza, że § 7 projektu umowy wprost wskazuje, iż usługi serwisowe będzie świadczyć niewątpliwie osoba trzecia.

Zarzut 13 (dotyczący zapisów rozdziału XIII ustęp 5) nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale III „Przedmiot zamówienia i warunki związane z jego realizacją", ustęp 5 „termin realizacji umowy", tiret 2 zamieścił postanowienie: „dla aparatów – uruchomienie do 5 dni po podpisaniu umowy i dostawie urządzeń". Jednocześnie w rozstrzygnięciu protestu dopuścił korektę zapisu, poprzez dodanie wyrazu „roboczych".

Odwołujący podniósł, iż wykonanie świadczenia w tak określonym terminie jest obiektywnie niemożliwe, dlatego też termin ten powinien być określony na 30 dni od dnia podpisania umowy.

Zdaniem Izby zaproponowana przez Zamawiającego korekta terminu realizacji umowy jest korektą, która gwarantuje dostawcom realizację przedmiotu zamówienia. Gabaryty aparatu, jego skomplikowanie techniczne – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie znajdują uzasadnienia w ustaleniu terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Czas na uruchomienie nowych analizatorów - jak oświadczył Zamawiający - nie zależy od tego jakie analizatory posiada on obecnie w laboratorium, a dostawy z dotychczasowych umów były realizowane w tak oznaczonym terminie.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego materiałów w postaci tabel porównawczych oraz wydruków ze stron internetowych, przedłożonych przez Strony na rozprawie. Odwołujący wskazał, iż źródłem uzyskanych danych, zawartych następnie w przedstawionych tabelach, były ulotki techniczne sprzętu, jednak tego nie uprawdopodobnił, nie wykazał także, iż umieszczone w tabelach wyliczenia są wiarygodne.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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~~/postanowienie*~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

---

* *niepotrzebne skreślić*