

Sygn. akt: KIO 2188/11

WYROK
z dnia 21 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2011 r. przez wykonawcę **Lek S.A. w Strykowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie postanowienia punktu 1c załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia) oraz wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wymaganych zgodnie z ustawą **Prawo zamówień publicznych**,
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Lek S.A. w Strykowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu** na rzecz **Lek S.A. w Strykowie** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest Dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania RNA HIV, RNA HCV oraz DNA HBV w pojedynczych donacjach lub w pulach osocza (przy uwzględnieniu niepełnych puli) z możliwością wykonania badań pojedynczych w przypadku badań „Cito” oraz badań potwierdzających dodatni wynik testu serologicznego wraz z wymaganymi kontrolami, możliwością archiwizacji materiału badanego, wszelkimi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi koniecznymi do obsługi wymienionych wyżej badań oraz dzierżawą niezbędną aparatury do automatycznych badań metodami biologii molekularnej i systemem sterowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 29 września 2011 r. nr 2011/S 187-305635. W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opisu przedmiotu zamówienia odwołujący wniósł w dniu 10 października 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 Pzp w związku z brzmieniem art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 29 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wskazania precyzyjnie parametrów równoważności dla przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) modyfikacji postanowień SIWZ poprzez zmianę zapisu w punkcie 1a załącznika nr 1 na następujący: „Zamawiający wymaga, aby proponowany system badań metodami biologii molekularnej umożliwiał jednoczesne wykrywanie RNA HIV, RNA HCV oraz DNA HBV w pojedynczych donacjach lub w puli osocza składającej się z 2 do 6 donacji oraz w pojedynczej donacji dla badań potwierdzających”,

- 2) wykreślenie zapisu w punkcie 1c załącznika nr 1,
 - 3) wskazania parametrów równoważności dla przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie punktu 1c załącznika nr 1 do SIWZ, w sytuacji braku wykreślenia wymogu opisanego w tym punkcie w związku z treścią niniejszego odwołania,
- oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że występuje sprzeczność pomiędzy nazwą zamówienia nadaną przez zamawiającego a opisem przedmiotu zamówienia w punkcie 1a załącznika nr 1 do SIWZ. O ile w nazwie zamówienia zamawiający dopuścił wykrywanie RNA HIV, RNA HCV oraz DNA HBV w pojedynczych donacjach lub w puli osocza, o tyle w punkcie 1a załącznika nr 1 do SIWZ występuje już wyrażenie „zarówno w pojedynczych donacjach jak i w puli osocza”, co sugeruje, iż zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek dostarczenia systemu badań, który wykrywa wirusy w pojedynczych donacjach i w puli osocza. Natomiast z literalnego brzmienia nazwy postępowania wynika możliwość wyboru przez wykonawcę, czy zaoferuje w swojej ofercie system badań wykrywający wirusy w pojedynczych donacjach czy też w pulach. W związku z powyższym odwołujący wniósł o dokonanie zmiany zapisu punktu 1a załącznika nr 1 do SIWZ, przez wykreślenie słowa „zarówno” oraz zastąpienie wyrażenia „jak i” słowem „lub”. Wskazywał, że metoda przeprowadzania badań wykrywania wirusów w pulach osocza składających się z 2 do 6 donacji, gwarantuje poziom czułości dużo niższy niż opisany w rekomendacjach Instytutu Hematologii i Transplantologii. Dlatego też bez znaczenia dla zamawiającego powinna być zaproponowana przez wykonawcę metoda wykonywania badań, gdy poziom czułości oferowanych metod zaakceptowany jest przez jednostkę nadzorującą badania w RCKiK w Poznaniu.

Odwołujący wywodził ponadto, iż przedstawiony w punkcie 1 c Załącznika nr 1 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia, tj. opis systemu badań metodami biologii molekularnej stanowi niedozwolony opis przedmiotu zamówienia, który prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, bowiem zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez zbytnie dookreślenie wymagań przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia wskazanie na konkretny produkt. Wskazywał, że realia polskiego rynku przedmiotowych zamówień, przedstawiają się w taki sposób, iż funkcjonują tylko dwie firmy produkcyjne: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. oraz Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG. Z uwagi na te realia dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w ww. sposób wskazuje na konkretny produkt - produkt Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu istnieje możliwość

zaoferowania systemu badań metodami biologii molekularnej Cobas s 201 tylko jednego producenta, tj. Roche Diagnostics Polska sp. z o. o., który jako jedyny posiada wymaganą aplikację systemu zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet. Tymczasem system Procleix Tigris firmy Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG opcji zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet nie posiada. W takim stanie rzeczy tylko wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. może złożyć w przedmiotowym postępowaniu ofertę z uwagi na posiadanie opcji zdalnej diagnostyki analizatorów. Odwołujący podnosił, iż zamawiający jest zobowiązany do znajomości rynku, w tym w szczególności specyficznych rozwiązań technicznych oferowanych przez producentów zamawianych produktów i urządzeń. Tylko uwzględnienie przez zamawiającego tego rodzaju wiadomości umożliwia sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wypełniający warunki określone w art. 29 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający posiada doskonałą znajomość rynku przedmiotu zamówienia i wie jakie produkty i rozwiązania oferują dwie firmy, które na rynku badań wirusów HIV, HBV i HCV występują, a w szczególności zna wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., z którym współpracuje od wielu lat. Dlatego też rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić system badań metodami diagnostyki biologii molekularnej ma na celu wskazanie spośród produktów obecnych na rynku, produktu preferowanego w istocie jedynego możliwego do zaoferowania, określonego producenta tj. Roche Diagnostics Polska sp. z o.o, i nie może być uznane za realizację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp w odniesieniu do równego traktowania wykonawców i prowadzi do wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji. Dodatkowo wskazywał, iż dowodem na to, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, preferuje produkt firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. jest zapis punktu 1d załącznika nr 1 do SIWZ. Termin „linia technologiczna” jest charakterystyczny na oznaczenie urządzeń i systemu, oferowanego przez Roche Diagnostics Polska sp. z o. o.

Odwołujący argumentował również, iż w przedmiotowym postępowaniu podstawowe potrzeby zamawiającego sprowadzają się do posiadania urządzenia i systemu, który zapewni możliwość nieprzerwanego wykonywania badań wrywania wirusów HIV, HCV i HBV. W tym zakresie dostateczną gwarancję stanowi posiadanie przez zamawiającego dodatkowego systemu zapasowego - backup, identycznego jak system podstawowy, którego dostarczenie przez wykonawców jest wymagane w punkcie 1d załącznika nr 1 do SIWZ. W przypadku jakiegokolwiek awarii zamawiający dzięki systemowi zapasowemu ma możliwość nieprzerwanego wykonywania badań, podczas gdy system podstawowy podlega naprawie przez profesjonalny serwis techniczny. Ponadto zamawiający w przypadku usterek lub awarii przewiduje możliwość ich naprawienia poprzez wskazówki drogą telefoniczną, a także wskazuje na możliwość telefonicznego zgłaszania wykonawcy wszelkich usterek i awarii drogą telefoniczną lub za pomocą faxu, które to drogi stanowią alternatywę wobec zdalnej

diagnostyki przez Internet uzyskiwania informacji przez wykonawcę o błędzie, usterce lub awarii urządzenia bądź systemu. Z uwagi na powyższe odwołujący nie widział konieczności, posiadania przez system badań metodami biologii molekularnej zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet. Za wystarczające dla zapewnienia poprawnego działania analizatorów należy uznać zapewnienie linii zapasowej (backup), serwisu telefonicznego dostępnego w godzinach pracy Zamawiającego (możliwość napraw drobnych usterek oraz diagnozy problemu przez telefon) oraz bezpośredniej pomocy pracowników serwisu technicznego dostępnych telefonicznie 24/7 i przybywających do zamawiającego w ciągu 24h. Wobec braku dostatecznego uzasadnienia obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wymaganie aby system badań metodami biologii molekularnej, posiadał możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, jest działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, narusza art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a wobec sytuacji rynkowej eliminuje produkty oferowane przez odwołującego i uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego na warunkach uczciwej konkurencji.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podnosił, iż obowiązkiem zamawiającego, w przypadku wskazania konkretnych produktów jest dopuszczenie rozwiązań równoważnych, czemu zamawiający czyni zadość w punkcie 9.1. SIWZ. Jednakże poza obowiązkiem wyraźnego podania przez zamawiającego, że dopuszcza rozwiązania lub urządzenia równoważne, takiemu wskazaniu winno dodatkowo towarzyszyć precyzyjne określenie zakresu oczekiwanej równoważności. Wywodził, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przedstawił zakresu minimalnych parametrów równoważności przedmiotu zamówienia, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ, tym samym nie jest uprawniony do badania równoważności w nie zakreślonych wcześniej granicach. W opinii odwołującego, biorąc pod uwagę, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, odwołujący wnioskował, że system równoważny powinien posiadać:

- możliwość oznaczania i dyskryminacji wirusów HIV-1, HCV, HBV w pulach lub pojedynczych donacjach,
- umożliwiać nieprzerwaną pracę, skutkującą brakiem opóźnień w zwalnianiu donacji krwi,
- posiadać walidację oraz być dopuszczonym przez jednostkę nadzorującą,
- umożliwiać zdalne przesyłanie wyników oraz komunikację z posiadanym przez zamawiającego systemem informatycznym,
- zapewnić możliwość zwalniania donacji w ilości odpowiedniej dla potrzeb zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosił o zmianę treści postanowień SIWZ w zakresie wskazania przez zamawiającego zakresu minimalnych parametrów równoważności

dla systemu badań metodami biologii molekularnej, w sytuacji gdy system oferowany przez innego niż Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. wykonawcę, nie posiada opcji zdalnego diagnozowania analizatorów przez Internet.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odwołanie, modyfikację SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia” w punkcie 1, opisując przedmiot zamówienia, wskazał wymagania dla systemu badań metodami biologii molekularnej, a w szczególności Zamawiający: w punkcie 1c wymagał, aby *proponowany system badań, posiadał możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet*. W dniu 18 października 2011 r., po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał modyfikacji przywoływanego postanowienia SIWZ nadając mu brzmienie: *Zamawiający wymaga, aby proponowany system badań metodami biologii molekularnej posiadał możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet (minimum możliwość przejęcia zdalnej kontroli nad komputerami*

sterującymi analizatorami, celem szybkiej oceny zakresu ewentualnej awarii i rozwiązywania problemów programowych i/lub awarii).

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie

uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności poczyniła ustalenia dotyczące rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Izba uznała za udowodnione twierdzenie odwołującego, iż specyfika rynku przedmiotowych zamówień, przedstawia się w taki sposób, iż funkcjonują tylko dwie firmy produkcyjne: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG. Izba ustaliła powyższe w oparciu o pismo Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie z dnia 16 stycznia 2009 r., zgodnie z którym w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa dopuszczone są do stosowania dwie metody do badań przeglądowych materiału genetycznego przenoszonych drogą krwi, zaś w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa wykonywane są porównywalne pod względem czułości przeglądowe badania pojedynczych donacji z zastosowaniem testu Procleix Ultrio firmy Novartis Chiron i donacji w zlanych w pule próbkach od 6 dawców z zastosowaniem testu Cobas TaqScreen przy użyciu systemu Cobas firmy Roche. Izba wzięła pod uwagę w omawianym zakresie także postanowienie punktu 1l SIWZ, zgodnie z którym *Czułość oferowanych metod musi być zaakceptowana przez jednostkę nadzorującą badania w RCKiK*. Ponieważ wymogiem zamawiającego było zaakceptowanie czułości oferowanej metody, zaś z przywoływanego pisma Instytutu Hematologii i Transfuzjologii wynika, iż zaakceptowana została jako porównywalna czułość metod produktów pochodzących wyłącznie od dwóch wskazanych przez odwołującego producentów, to wątpliwym jest możliwość zaoferowania testów produkowanych przez innych producentów aniżeli

wymienione. Na prawidłowość powyższego ustalenia wskazywało również, iż zamawiający w trakcie rozprawy nie potrafił wskazać nazwy innej firmy produkcyjnej oferującej zamawiany asortyment i przyznał, iż przedmiot zamówienia oferował mu do tej pory wyłącznie wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o. o., zaś zainteresowanie postępowaniami wyrażał dodatkowo jeszcze tylko odwołujący oferujący produkty firmy Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG. Izba ustaliła również, w przedmiotowym postępowaniu istnieje możliwość zaoferowania systemu badań metodami biologii molekularnej Cobas s 201 producenta, tj. Roche Diagnostics Polska sp. z o. o., który posiada wymaganą aplikację systemu zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet. Fakt, iż wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. oferuje wymagane przez zamawiającego rozwiązanie ustalono w oparciu o wyciąg z oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z dnia 1 sierpnia 2011 r. złożonej w przetargu ograniczonym na dostawę odczynników oraz dzierżawę urządzeń wraz z niezbędnymi akcesoriami, materiałami zużywalnymi, systemami sterującymi i oprogramowaniem, prowadzonym przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa (dalej: RCKiK) w Katowicach, oraz okazaną na rozprawie całość oferty ww. wykonawcy, w której znajdował się złożony w charakterze dowodu wyciąg. W ofercie tej znalazł się stwierdzenie, iż *stacja robocza cobas Link z cobas IT firewall zawiera oprogramowania umożliwia bezpieczne połączenie serwisu Roche z systemem s 201, zapewniając zdalną diagnostykę aparatów.* Ponadto powyższa okoliczność nie była kwestionowana przez zamawiającego. Natomiast fakt, iż system Procleix Tigris firmy Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG opcji zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet nie posiada ustalono w oparciu o oświadczenie odwołującego jako dystrybutora urządzeń oferowanych przez tego producenta, czego nie kwestionował zamawiający. Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba stwierdziła, iż przy utrzymaniu kwestionowanego postanowienia pkt 1c załącznika nr 1 do SIWZ niepodlegającą odrzuceniu ofertę może złożyć jedynie wykonawca który zaoferuje system badań metodami biologii molekularnej Cobas s 201 producenta Roche Diagnostics Polska sp. z o. o., z uwagi na posiadanie opcji zdalnej diagnostyki analizatorów. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w przywoływanym przez odwołującego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 2.11.2010 r. (sygn. akt. KIO 2270/10), iż „przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na produkt określonego wykonawcy, nie tylko wówczas, gdy jest nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć produkt konkretnego wykonawcy”.

Jednocześnie, w ocenie Izby, zamawiający nie wskazał, iż określony przez niego w SIWZ wymóg jest uzasadniony potrzebami zamawiającego w takim stopniu, iż bez jego niespełnienia potrzeby zamawiającego nie zostaną zaspokojone w ogóle lub też ich zaspokojenie będzie połączone z nadmiernymi trudnościami. Potrzeby zamawiającego

srowadzają się do posiadania urządzenia i systemu, który zapewni możliwość nieprzerwanego wykonywania badań wrywania wirusów HIV, HCV i HBV. Wprawdzie nie sposób stwierdzić, że wymagane przez zamawiającego rozwiązanie oparte na zdalnej diagnostyce analizatorów przez Internet nie ma wpływu na skrócenie czasu usuwania usterek i czasu diagnostyki a więc niewątpliwie posiada praktyczne znaczenie dla zamawiającego. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę złożone przez zamawiającego na rozprawie oświadczenie Administratora Sieci Komputerowej i Systemu Bank Krwi z dnia 19 października 2011 r., zgodnie z którym narzędzia zdalnej diagnostyki skracają czas usuwania podstawowych awarii, eliminując zbędne koszty i nieprecyzyjną interpretację zaistniałego problemu przez pracownika zamawiającego. Jednakże nie jest wykluczone, iż proste, a więc i najczęstsze problemy mogą być rozwiązane bezpośrednio przez urządzenie albo przez samych techników laboratoryjnych co niekoniecznie musi się odbywać w trybie zdalnym (por. ulotka dla aparatów rodziny Cobas produkowanych przez firmę Roche złożona przez odwołującego). Ponadto zamawiający w przypadku usterek lub awarii przewidział możliwość ich naprawienia poprzez wskazówki drogą telefoniczną, a także wskazuje na możliwość telefonicznego zgłaszania wykonawcy wszelkich usterek i awarii drogą telefoniczną lub za pomocą faksu, które to drogi stanowią alternatywę wobec zdalnej diagnostyki przez Internet uzyskiwania informacji przez wykonawcę o błędzie, usterce lub awarii urządzenia bądź systemu.

Izba wzięła pod uwagę, iż analizator oferowany przez odwołującego może być zatem diagnozowany poprzez łącze telefoniczne w ten sposób, iż po pojawieniu się na urządzeniu komunikatu o błędzie lub awarii, zamawiający może skontaktować się z serwisem wykonawcy z pomocą telefonu, faksu, czy poczty elektronicznej i wskazać wyświetlony komunikat, zaś rozwiązanie problemu przy pomocy telefonicznej konsultacji serwisanta nastąpi w ciągu wymaganych przez zamawiającego 3 godzin, jednakże bez konieczności dokonywania tego w sposób zdalny. Powyższe w ocenie Izby może zapewnić potrzeby zamawiającego w dostatecznym stopniu. Powyższa procedura została przewidziana przez zamawiającego w postanowieniu §4 ust. 2-4 zmodyfikowanej umowy dzierżawy, w którym zastrzeżono, iż:

W przypadku wady działania i/lub awarii urządzeń i/lub ich osprzętu Zamawiający zgłasza ten fakt za pomocą poczty elektronicznej na adres@....., telefonu na nr..... lub faksu na nr.....

3. W przypadku otrzymania zgłoszenia wad działania i/lub awarii urządzeń i/lub ich osprzętu Wyzierżawiający zobowiązany jest dokonać niezwłocznej zdalnej diagnostyki celem oceny zakresu ewentualnej awarii i w przypadku jej zaistnienia, podjąć działania mające na celu zdalne rozwiązanie rozpoznanych problemów w terminie 3 godz. W przypadku braku możliwości usunięcia usterki na odległość, Wyzierżawiający zobowiązany jest zlecić

serwisantom naprawę w miejscu instalacji i powiadomić Dzierżawcę o przewidywanym czasie przybycia ekipy serwisowej.

4. Wyzierżawiający jest zobowiązany do usunięcia zgłoszonych usterek i/lub awarii nieusuniętych zdalnie w terminie 24 godz. od momentu zgłoszenia. W przypadku zaistnienia konieczności sprowadzenia części zamiennych usunięcie wad może nastąpić w terminie 48 godz. od momentu zgłoszenia.

Ponadto w oparciu o wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Cobas 480 System firmy Roche Diagnostics Polska sp. z o. o., złożony przez odwołującego na rozprawie ustalono iż również w przypadku urządzeń firmy Roche Diagnostics Polska sp. z o. o. posiadających wymaganą opcję, w celu zainicjowania zdalnego dostępu, należy nawiązać połączenie telefoniczne ze służbą serwisową, zaś podczas trwania zdalnej sesji serwisowej nie należy korzystać z systemu. Okoliczność ta świadczyła o tym, iż pomimo opcji zdalnego sterowania system oferowany przez wykonawcę Roche w trakcie serwisowania jest wyłączony, co również wpływa na wymóg nieprzerwanego wykonywania badań, tak więc różnica w czasie usuwania usterek pomiędzy oba systemami nie będzie znacząca na tyle, aby uzasadniać faktyczne wykluczenie systemu oferowanego przez odwołującego. Na charakter spornego wymagania, którego nie można określić kluczowym, wskazywały przykłady innych postępowań przetargowych, w których inne jednostki RCKiK nie wymagały spełnienia przez oferowany system parametru zdalnej diagnostyki poprzez Internet. Przykładowo w SIWZ dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników oraz dzierżawę urządzeń wraz z niezbędnymi akcesoriami i materiałami zużywalnymi, koniecznymi do wykonywania badań wykrywających RNA HIV + RNA HCV + DNA HBV metodami biologii molekularnej prowadzonego przez RCKiK w Bydgoszczy (znak postępowania: 3/ZP/2011), oraz SIWZ na dostawę odczynników pozwalających na równoczesne wykrywanie materiału genetycznego RNA HIV +, RNA HCV +, DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji wraz z wymaganymi kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej dla 60 000 donacji z dnia 1 lutego 2011 r. prowadzonego przez RCKiK w Szczecinie, czy w SIWZ w przetargu nieograniczonym na dostawę w okresie 24 miesięcy odczynników oraz dzierżawę urządzeń wraz z niezbędnymi akcesoriami do wykonywania badań RNA HIV+ RNAHCV+ DNA HBV z dnia 21 czerwca 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez RCKiK w Katowicach, zamawiający ci nie wymagali możliwości zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, choć niewątpliwie potrzeby tych zamawiających są zbieżne z potrzebami zamawiającego.

Na taki charakter spornego wymogu wskazywać mogła również okoliczność, iż obowiązek zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet jako parametr wymagany pojawił się w opisie przedmiotu zamówienia sformułowanym przez zamawiającego po raz pierwszy.

Na uwagę zasługiwało bowiem, iż zamawiający w postępowaniu na dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania RNA HIV, RNA HCV oraz DNA HBV w pojedynczych donacjach lub w puli osocza składającej się z 2 do 6 donacji (przy uwzględnieniu niepełnych puli) z możliwością wykonania badań pojedynczych w przypadku badań „Cito” oraz badań potwierdzających dodatni wynik testu serologicznego wraz z wymaganymi kontrolami, możliwością archiwizacji materiału badanego, wszelkimi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi koniecznymi do obsługi wymienionych wyżej badań oraz dzierżawą niezbędnej aparatury do automatycznych badań metodami biologii molekularnej prowadzonym w ubiegłym roku nie wymagał posiadania przez oferowany system możliwości zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, albowiem parametr ten był jedynie parametrem ocenianym, za który przyznawano ofercie dodatkową ilość punktów (por. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 6 maja 2010 r. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2010/S 88-131225, złożony przez odwołującego na rozprawie).

Zamawiający przywoływał okoliczność, iż na podstawie łączących go umów z innymi jednostkami RCKiK zobowiązany jest wykonywać badania również na ich rzecz i że obsługuje w ten sposób ok. ¼ jednostek RCKiK w kraju. Na dowód powyższego złożył kserokopie umów łączących go z innymi jednostkami RCKiK. Izba wzięła pod uwagę, iż umowy te w znacznej części są kontynuowane co najmniej od początku 2010 r., a jednak w poprzednim roku zamawiający nie określił kwestionowanego parametru jako wymagany, lecz jako pożądaný, co mogło świadczyć, iż w rzeczywistości parametr ten nie jest dla zamawiającego kluczowy w takim stopniu, jaki mu przypisywał. Zamawiający nie wskazał, czy i w jaki sposób doświadczenie nabyte na podstawie wykonywania przywoływanych umów skłoniło go do wprowadzenia zakwestionowanego wymogu. Ponadto jedna z umów tj. umowa zawarta z RCKiK w Katowicach od stycznia 2012 r. może nie być kontynuowana w dotychczasowym kształcie, albowiem ten podmiot rozpoczyna własne badania, o czym świadczyło przeprowadzone przez niego postępowanie przetargowe prowadzone w oparciu o złożoną przez odwołującego SIWZ z dnia 21 czerwca 2011 r., a więc skala działalności zamawiającego, której przypisywał kluczowe znaczenie uzasadniając swą potrzebę utrzymania kwestionowanego parametru może się zmniejszyć w stosunku do roku 2010.

Oceniając przedstawione przez zamawiającego w trakcie rozprawy oświadczenia w tym firm Biomedica Poland sp. z o.o., Johnson&Johnson Poland sp. z o.o., Horiba ABX sp. z o.o., złożone celem wykazania, iż parametr zdalnej diagnostyki nie jest nowatorskim rozwiązaniem Izba stwierdziła, iż dowody te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia rozpatrywanej sprawy, albowiem firmy te, w odróżnieniu od firm Roche Diagnostics Polska sp. z o. o. i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG nie są producentami urządzeń wykonujących badania molekularne, a zatem ich rozwiązania nie mogą być brane pod uwagę przy analizie rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do dowodu z kserokopii rekordu zdarzeń systemu, w oparciu o który zamawiający wywodził, iż zdarzenia sygnalizowane zdalnie następują często Izba po jego analizie stwierdziła, iż podnoszona okoliczność nie potwierdziła się. W oparciu o ww. dokument ustalono, iż rejestr obejmował 24 zdarzenia zaistniałe w okresie od 24 maja 2010 r. do 26 września 2011 r. Biorąc pod uwagę liczbę zdarzeń przypadających na stosunkowo długi okres czasu tj. 16 miesięcy, co nie przekładało się średnio nawet na dwa zdarzenia na miesiąc, Izba stwierdziła, iż twierdzenie zamawiającego nie zostało wykazane.

Izba wzięła natomiast pod uwagę, iż zamawiający w drodze modyfikacji postanowień SIWZ może zapewnić sobie w analizowanym postępowaniu możliwość premiowania oferty w której zaoferowany zostanie system posiadający opcję zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet poprzez przyznanie takiej ofercie stosownej, odpowiedniej do zaspokajanej potrzeby zamawiającego punktacji. Reasumując, Izba, nie negując korzyści, jakie zapewnia zamawiającemu możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, nie dostrzegła jednak konieczności utrzymania kwestionowanego parametru jako wymaganego, w sytuacji gdy prowadziłoby do faktycznego wykluczenia jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu. Wobec braku dostatecznego uzasadnienia obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wymaganie aby system badań metodami biologii molekularnej posiadał możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, jako działanie wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, naruszało art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem biorąc pod uwagę sytuację na badanym rynku ograniczało krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w ten sposób, iż wyłączało faktycznie konkurencję eliminując produkty oferowane przez odwołującego i uniemożliwiając mu złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie postanowienia punktu 1c załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia) oraz wykonanie łączących się z dokonaną modyfikacją czynności, w tym czynności informacyjnych wymaganych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego postanowienia pkt 1a załącznika nr 1 do SIWZ albowiem odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, iż ogranicza zarzuty przedstawione w odwołaniu w ten sposób, iż nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego postanowienia pkt 1a załącznika nr 1 do SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp

Izba nie rozpoznała zarzutu i nie orzekła o żądaniu określonym przez odwołującego jako ewentualny. Odwołujący w sposób wyraźny na rozprawie oświadczył, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie precyzyjnego określenia w SIWZ parametrów równoważności przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wymogu pkt 1c załącznika nr 1 do SIWZ podniósł wyłącznie z ostrożności i tylko na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznanego wyżej zarzutu podstawowego. Izba stwierdziła zatem, iż w ten sposób odwołujący sformułował zarzut i towarzyszące mu żądanie ewentualne. Żądanie ewentualne charakteryzuje się tym, że wykonawca występuje z żądaniem głównym, a wyłącznie na wypadek niezasadności i oddalenia takiego żądania wysuwa inne żądanie. Zatem uwzględnienie przez Izbę zarzutu zasadniczego i orzeczenie o żądaniu podstawowym jako dalej idącym wyłączyło potrzebę orzekania o zarzucie naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z intencją odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: