

Sygn. akt: KIO 185/13

WYROK

z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, 31-540 Kraków, ul. Rzeźnicza 11,**

przy udziale wykonawcy **LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, 95-010 Stryków, Podlipie 16** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 185/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Sprzedaż i dostawę odczynników (testów) do IVD do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV DNA, HCV RNA, HIV RNA w pojedynczych donacjach metodą automatyczną ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi i dzierżawą automatycznych systemów diagnostycznych z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 stycznia 2013 r., nr 2013/S 013-017158.

W dniu 28 stycznia 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 stycznia 2013 r.) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu, iż:

1. opis przedmiotu zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 – 3 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w nim wymagań utrudniających uczciwą konkurencję, nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wskazujących na jednego konkretnego dostawcę, a tym samym uniemożliwiających złożenie oferty odwołującemu,
2. opis przedmiotu zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 – 3 ustawy Pzp poprzez brak jednoznacznych i wyczerpujących informacji w zakresie harmonogramu sukcesywnych dostaw, a tym samym szacunkowych ilości dostaw w ustalonych odstępach czasu, co w konsekwencji również utrudnia uczciwą konkurencję o zamówienie,
3. postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu ustalające kryterium oceny ofert „Okres ważności testów” oraz jego wagę (15%), a także zastrzeżenie że „okres przydatności do użycia odczynników (testów) nie może być krótszy niż 6 miesięcy od daty dostawy do zamawiającego” naruszają art. 7 ust. 1

w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnioną preferencję długości okresu ważności odczynników (oraz jego minimalnej wartości), która to właściwość jest nieistotna z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego i celu postępowania, a uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

1. dopuszczenie dostawy odczynników i aparatury pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składających się z nie więcej niż 8 donacji, w szczególności poprzez:
 - a. zmianę nazwy postępowania (poprzez usunięcie zwrotu „w pojedynczych donacjach”, względnie uzupełnienie o zwrot „w pojedynczych donacjach lub w pulach osocza składających się z nie więcej niż 8 donacji”),
 - b. zmianę punktu D.1.1. i D.1.2. SIWZ (Skrócony opis przedmiotu zamówienia) poprzez usunięcie z obu zwrotu „pojedynczych”, a w konsekwencji odpowiednią zmianę postanowień wzoru umowy,
2. uzupełnienie SIWZ o harmonogram sukcesywnych dostaw lub przynajmniej o dane na temat szacunkowej ilości dostaw w ustalonych odstępach czasu,
3. zmianę kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie z SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu kryterium „Okres ważności testów” przy jednoczesnym wprowadzeniu wymagania granicznego aby okres przydatności do użycia odczynników (testów) nie był krótszy niż 3 miesiące od daty dostawy zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

- zgodnie z obowiązującymi w Polsce zasadami równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HCV, DNA HBV, RNA HIV może odbywać się w pojedynczej donacji lub w pulach osocza. Obie metody są równoważne i dopuszczone do stosowania w polskiej służbie krwi, co potwierdzają obowiązujące regionalne centra krwiodawstwa instrukcje wydawane przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii. Podniósł także, że na podstawie wymagań zawartych w obowiązującej publikacji „Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych polskiej służby krwi” powstałych zgodnie z art. 25 ustawy o publicznej służbie krwi, Dyrektyw Parlamentu Europejskiego, rekomendacji Rady Europy, przepisów Farmakopei Europejskiej i zaleceń Instytutu Hematologii i Transfuzjologii oraz literatury światowej, uzasadniony jest wniosek o dopuszczenie do zaoferowania

odczynników pozwalających na równoczesna wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HCV, DNA HBV, RNA HIV w puli składającej się z nie więcej niż 8 donacji jako metody równoważnej do wykrywania wirusów w pojedynczej donacji. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia przewiduje wyłącznie dostawę odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów w pojedynczej donacji, a więc metody charakterystycznej dla NOVARTIS;

- opis przedmiotu zamówienia nie zawiera informacji na temat ilości dostaw w danych okresach czasu, ograniczając się do informacji, że w okresie 3 lat od zawarcia umowy będzie przebadane 360 000 donacji. Zakres ilościowy pojedynczej dostawy oraz ich częstotliwość ma kluczowe znaczenie dla założeń logistycznych i kalkulacji ceny;
- kryterium oceny ofert „Okres ważności testów” przewiduje, że wykonawca oferujący najdłuższy okres ważności odczynników otrzyma 15 punktów, jednocześnie okres przydatności do użycia odczynników nie może być krótszy niż 6 miesięcy od daty dostawy do zamawiającego, co powoduje, iż kluczowe znaczenie zamawiający nadał właściwościom przedmiotu zamówienia charakterystycznym dla odczynników firmy NOVARTIS.

W dniu 28 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 31 stycznia 2013 r. (pismem z dnia 30 stycznia 2013 r.) wykonawca LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, zwany dalej „wykonawcą LEK”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (zamieszczenie wymagań utrudniających uczciwą konkurencję, nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wskazujących na jednego konkretnego wykonawcę) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest sprzedaż i dostawę odczynników (testów) do IVD do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV DNA, HCV RNA, HIV RNA w pojedynczych donacjach metodą automatyczną ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi i dzierżawą automatycznych systemów diagnostycznych z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem”, a zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, w ramach którego „Wykonawca dostarczy odczynniki (testy) i materiały zużywalne do zbadania 360 000 pojedynczych donacji w ciągu 36 miesięcy od momentu rozpoczęcia realizacji Umowy do momentu zakończenia realizacji umowy lub wykorzystania testów z opcją zmiany wielkości zamówienia +20% w odniesieniu do wartości umowy brutto

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zakaz takiego dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten nie oznacza jednak nabycia przez zamawiającego produktu nieodpowiadającego jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi co do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do tego konkretnego zamówienia. A zatem określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosownie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb. Tak więc nawet określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający w żaden sposób nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie powinna być bowiem stosowana i interpretowana tylko i wyłącznie przez pryzmat zasady równej konkurencji, a więc w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów, gdyż narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, mogłoby prowadzić do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych mu zadań.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest sprzedaż i dostawa odczynników (testów) do IVD do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV DNA, HCV RNA, HIV RNA w pojedynczych donacjach metodą automatyczną ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi i dzierżawą automatycznych systemów diagnostycznych z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, podał więc jaką metodą badania te mają być wykonywane. Jednoznacznie bowiem wskazał, iż testy mają być przeznaczone do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów (HBV DNA, HCV RNA, HIV RNA) w pojedynczych donacjach. Wskazanie tej właśnie metody było podstawą wniesionego odwołania. Badania przeglądowe RNA HCV, RNA HIV i DNA HBV mogą być bowiem przeprowadzane dwoma metodami, tj. donacji w zlanych w pule próbkach od 6 dawców oraz pojedynczych donacji. Tymczasem, jak podniósł odwołujący, metodę tę (pojedynczych donacji) jest w stanie zaoferować wyłącznie jeden wykonawca. Na okoliczność tę przedłożył szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, odwołując się jednocześnie do ich rozszerzonej prawomocności, która – w ocenie Izby – w tym wypadku z takiego przymiotu nie korzysta. Powołane orzeczenia zapadły bowiem w odmiennych stanach faktycznych i w oparciu o inny materiał dowodowy.

W niniejszym stanie faktycznym to zamawiający i przystępujący w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazali, że odwołujący jest zdolny do realizacji zamówienia będącego przedmiotem tego konkretnego postępowania. Okolicznością niewątpliwie potwierdzającą i jednoznacznie przesadzającą jest umowa „Na dostawę produktu „odczynniki serologiczne, wraz z towarzyszącym wyposażeniem, do badań krwi techniką molekularną kwasów nukleinowych – NAT” zawarta w dniu 28 sierpnia 2008 r. pomiędzy Ministerstwem Zdrowia i Solidarności Społecznej z siedzibą w Atenach (Grecja), a „Konsorcjum Spółek: ROCHE DIAGNOSTICS (HELLAS) S.A. – KATOPIS GROUP S.A” (poświadczone tłumaczenie umowy – przedmiotowego kontraktu z języka greckiego), której stroną jest Roche Diagnostics (działający w konsorcjum firm). Przedmiotem tej umowy jest bowiem „dostawa odczynników serologicznych z towarzyszącym im wyposażeniem, aranżacja pomieszczeń, wsparcie techniczne, konserwacja sprzętu, szkolenie personelu w kierunku równoczesnych badań krwi na obecność wirusów HBV DNA, HCV RNA, HIV RNA w tej samej próbce krwi dla każdej jednostki krwi odrębnie, technikami molekularnymi kwasów nukleinowy”, a więc dostawa testów do badań metodą pojedynczych donacji. Umowa – zgodnie z treścią artykułu 4 „Czas, harmonogram i miejsce świadczenia usług” - jest nadal realizowana, gdyż „kontrakt obowiązuje na okres pięciu lat (5), poczynając od jego podpisania”. Z powyższego więc wynika, że spółka z grupy kapitałowej Roche – co słusznie podniósł przystępujący – dostarcza systemy do badania krwi w pojedynczych donacjach. Dostawa taka faktycznie nie była realizowana na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niemniej

jednak sytuacja taka niewątpliwie ma miejsce na obszarze Unii Europejskiej. Odwołujący dostarcza bowiem testy do badania metodą pojedynczych donacji. Sam odwołujący przyznał na rozprawie, że „istotnie w postępowaniu prowadzonym w Grecji zaoferowano test oparty na wykorzystaniu metody pojedynczej donacji”. Testy oparte na tej właśnie metodzie (pojedynczych donacji) wykonawca ten (Roche Diagnostics) zaoferował także w postępowaniach prowadzonych w Danii, gdyż Duńskie Ministerstwo Zdrowia i Profilaktyki wydało rekomendacje w sprawie zasad bezpieczeństwa przy oddawaniu krwi (Rekomendacja nr 7 z dnia 19 stycznia 2006 r.), w których wskazano, że „obowiązkowe badanie w kierunku markerów zakażenia 1 - 3 wykonuje się przy użyciu testu ID – (indywidualny dawca) – NAT – (test amplifikacji kwasu nukleinowego), a więc metodą pojedynczych donacji. Dowodem na powyższe są m.in. ogłoszenia o zamówieniu (dostawa systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji dla regionu Syddanmark oraz dla regionu Sjaelland – Dz. U. UE, nr 2008/S 37-051007 oraz dostawa systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji dla Centrum Krwiodawstwa w Kopenhadze – Dz. U. UE, nr 2008/S 13-015622), ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, którego przedmiotem były „odczynniki i wyroby laboratoryjne do wykonywania przeglądowych badań NAT w pojedynczych donacjach. Urządzenia do wykonywania przeglądowych badań NAT w pojedynczych donacjach” (Dz. U. UE, nr 2008/S 239-317229), i w którym oferty złożyło dwóch wykonawców, jak i list przewodni Roche złożony w postępowaniu dotyczącym dostawy systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji regionu Syddanmark oraz dla regionu Sjaelland. Tak więc – z uwagi na powyższe – stwierdzić należy, iż Roche Diagnostics ubiegał się w Danii o udzielenie zamówienie, którego przedmiotem była dostawa testów opartych na metodzie pojedynczych donacji, oferując „test MPX i Cobas s201 w indywidualnym badaniu dawców (list potwierdzający udział Roche w postępowaniu nr 2008/S 13-015622). A ponadto w oparciu o tę właśnie metodę (pojedynczych donacji) prowadzone były badania w Zjednoczonych Emiratach Arabskich. „(...) na początku 2008 r. wprowadzono technikę testów przeprowadzanych w pojedynczej donacji (ID-NAT), wykorzystującą złożone testy (Cobas TaqScreen, Roche Diagnostics) (...)” (artykuł opublikowany w periodyku naukowym „TRANSFUSION COMPLICATONS”, nr 52, listopad 2012 r.). Za pomocą testów Roche i przy użyciu posiadanych przez tego wykonawcę urządzeń (Cobas TaqScreen) przeprowadzono badania właśnie metodą pojedynczych donacji, którą to metodę wprowadzono – jak wynika z dalszej części powołanego wyżej periodyku – celem „wykorzystania wysokiej czułości klinicznej techniki ID-NAT w porównaniu z techniką mini pul NAT”. A ponadto posiadany przez tego wykonawcę (Roche Diagnostics) system Cobas s „umożliwia badania zarówno w pojedynczej donacji, jak i w pulach liczących sześć próbek” (broszura „cobas s 201 system for Nat Donor Screening One Visin, Many Possibilities.). To

na tym właśnie urządzeniu (cobas) przeprowadzano testy metodą pojedynczych donacji, gdyż za pomocą tego urządzenia „osocze od wszystkich dawców może być badane jako pojedyncze próbki. Dla dawców pełnej krwi i elementów krwi próbki osocza mogą być badane pojedynczo lub w pulach składających się z takich samych objętości pojedynczych próbek w połączeniu z testami serologicznymi wykrywającymi wirusy HIV, HCV i HBV” (instrukcja do testu cobas TaqScreen MPX Test for use on the cobas s 201 system; instrukcja do testu cobas TaqScreen MPX, wersja 2.0 do stosowania na urządzeniu cobas s 201). System cobas jest to więc system, który pozwala na przeprowadzenie badań zarówno metoda pojedynczych donacji, jak i w pulach liczących 6 próbek.

Mimo, iż obie metody są dopuszczone do stosowania, to jednak „należy dążyć do zmniejszenia liczby donacji w puli do 6 lub wykonywania badań w pojedynczych donacjach” (pismo Instytutu Hematologii i Transfuzjologii, zwanego dalej „IHiT”, z dnia 19 czerwca 2006 r.), gdyż „im mniejsza jest liczba próbek w puli, tym większa jest czułość systemu badania” (pismo IHiT z dnia 19 czerwca 2006 r.). Jak wynika bowiem z treści „Medycznych zasad pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi”, Praca zbiorowa pod redakcją Magdaleny Łętowskiej, Wydanie II, Warszawa, 2011 rok „należy jednak rozważyć czy w przypadku, gdy badania NAT wykonuje się w pulach postępowanie takie nie powoduje *znaczącego wzrostu liczby koniecznych do wykonania oznaczeń i czy jest to uzasadnione ekonomicznie*”, jak również wziąć pod uwagę powyższe przy podejmowaniu decyzji o sposobie wykonywania badań. Zamawiający konsekwentnie podkreślał na rozprawie, iż w przypadku zastosowania metody pulowania i uzyskania wyniku reaktywnego sześciokrotnie trzeba powtórzyć test, co powoduje wzrost czasochłonności przeprowadzonych badań, jak i zwiększenie ich kosztów, gdyż „(...) wzrośnie wtedy liczba badań koniecznych do zwolnienia ujemnych donacji” (pismo IHiT z dnia 16 stycznia 2009 r.). Tak więc i z tych przyczyn zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania na dostawę testów do badań metodą pojedynczych donacji.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawcy powinni dostarczać produkty o najwyższym zaawansowaniu technologicznym, a tym samym takie, które w największym stopniu spełnią oczekiwania zamawiającego. Oczekiwania zamawiającego, co jest niewątpliwe, spełniają testy do badań metodą pojedynczych donacji. I taką metodę, jak wykazali zamawiający i przystępujący, jest w stanie spełnić obecnie dwóch wykonawców, którzy oferują swoje produkty na obszarze Unii Europejskiej, a mianowicie przystępujący i odwołujący. Odwołujący mimo, iż na rynku polskim testów przeprowadzanych metodą pojedynczych donacji dotychczas nie oferował to jednak czynił to – jak wykazał to przystępujący - na obszarze innych państw Unii Europejskiej. Z powyższego więc wynika, iż odwołujący jest w stanie zaoferować testy oparte na metodzie badania krwi w pojedynczych donacjach. Brak jest więc podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

Zarzut drugi dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (braku jednoznacznych i wyczerpujących informacji w zakresie harmonogramu dostaw) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, zamieścił następujące postanowienie „Wykonawca dostarczy odczynniki (testy) i materiały zużywalne do zbadania 360 000 pojedynczych donacji w ciągu 36 miesięcy od momentu rozpoczęcia realizacji Umowy do momentu zakończenia realizacji umowy lub wykorzystania testów z opcją zmiany wielkości zamówienia +20% w odniesieniu do wartości umowy brutto”

W dniu 1 lutego 2013 r. zamawiający dokonał wyjaśnień („w ramach odpowiedzi do zapytań”), a mianowicie na pytanie „prosimy o sprecyzowanie częstości dostaw odczynników i podanie ilości testów w dostawie” podał „zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia; w ciągu 36 miesięcy dostawy testów do zbadania 360 000 donacji w oparciu o miesięczne pobrania krwi, zgodnie z harmonogramem dostaw średnio 10 000 testów miesięcznie”.

Odpowiedź ta, jak podniósł odwołujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym (pismo z dnia 7 lutego 2013 r.), niczego nie wyjaśnia i nadal jest on pozbawiony informacji o częstotliwości zamówień, a w efekcie dostaw.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż opis przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielenia zamówienia. To on decyduje o tym czy dany wykonawca może złożyć swoją ofertę w postępowaniu. Opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się więc w sposób jednoznaczny, z pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. I w taki sposób, sposób jednoznaczny i wyczerpujący sporządzony został opis przedmiotu tego konkretnego zamówienia. Wynika bowiem z niego zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Przedmiotem zamówienia jest dostawa testów do zbadania 360 000 donacji w okresie 36 miesięcy i w każdym miesiącu przewiduje się średnio dostawę 10 000 testów. Tak więc wykonawca wie co i w jakim okresie ma świadczyć. Ma więc możliwość zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, a tym samym skalkulowania ceny. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut trzeci dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i 29 ust. 2 ustawy Pzp (dotyczący kryterium „Okres ważności testów”) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ pkt D „Przedmiot zamówienia”, ppkt 2 „Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty”, zamieścił następujące postanowienie „15% okres ważności testów”. Wykonawca oferujący najdłuższy okres ważności odczynników otrzyma 15 punktów. Jednocześnie okres przydatności do użycia odczynników (testów) nie może być krótszy niż 6 miesięcy od daty dostawy do Zamawiającego”.

W dniu 1 lutego 2013 r. zamawiający dokonał autokorekty ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ poprzez skreślenie zdania „Jednocześnie okres przydatności do użycia odczynników (testów) nie może być krótszy niż 6 miesięcy od daty dostawy do Zamawiającego”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 7 lutego 2013 r. złożonym na rozprawie, oświadczył, iż cofa zarzut w zakresie wymogu, aby okres przydatności do użycia odczynników (testów) nie był krótszy niż 6 miesięcy od daty dostawy do zamawiającego (wobec jego braku w aktualnej SIWZ), podtrzymując zastrzeżenia dotyczące kryterium jako takiego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający ustalając kryteria oceny ofert, ma swobodę w ich określeniu. Kieruje się bowiem przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę na to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. „Przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów” (wyrok SO w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02). Niemniej jednak kształtowanie kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym i musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający w sposób logiczny wyjaśnił przyczyny, dla których zarówno kwestionowane kryterium, jak i pozostałe po dokonanej autokorekcie postanowienie SIWZ, jest właściwym, a zatem doprowadzi do dostawy produktu spełniającego jego oczekiwania. Zamawiający powołał się bowiem na prowadzoną przez niego gospodarkę posiadanymi testami i posiadane w tym zakresie doświadczenie, zwracając uwagę przede wszystkim na sytuacje, których nie da się przewidzieć, a w których testy te pozostają do wykorzystania w późniejszym okresie (nawet do kilku miesięcy). Tym samym konsekwentnie podkreślając znaczenie jakie ma dla niego jak najdłuższy okres ważności dostarczonych mu testów. Nie można więc zgodzić się z odwołującym, który podniósł, iż termin ten nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia. Zamawiający przedstawił bowiem racjonalne przyczyny, dla których oczekuje dostawy produktu o jak najdłuższym okresie ważności. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: