

WYROK
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Ewa Jankowska
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Bródnowski SP ZOZ, ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa** protestu z dnia **10 czerwca 2009 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego SP ZOZ, ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Bródnowski Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dzierżawa aparatów wraz z dostawą odczynników i części zużywalnych oraz dostawa wyposażenia dodatkowego dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WSB SPZOZ w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 maja 2009 roku pod poz. 2009/ S 100 - 144672.

W dniu 27 maja 2009 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 10 czerwca 2009 roku Odwołujący wniósł protest, zarzucając naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy pzp przez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.
3. art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy.
4. art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp przez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia.
5. art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych
6. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
7. art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy przez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa.
8. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy pzp tj. przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.
9. działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący podniósł, że zestawienie parametrów mierzonych na analizatorach biochemicznych (część 8) i immunochemicznych (część 9) wskazuje, że wyłącznie firma Siemens Healthcare Diagnostic Sp. z o.o. spełnia wszystkie graniczne parametry określone w załączniku nr 4 A do siwz przy jednoczesnym zapewnieniu oznaczeń z panelu badań przedstawionych w zał. nr 4.

3

W jego ocenie jedynie wykreślenie kwestionowanych zapisów lub ich modyfikacja w sposób wskazany przez Odwołującego pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi Odwołującemu ubieganie się o zamówienie publiczne.

W zakresie części 8 Odwołujący wniósł o:

1. przeniesienie oznaczeń Troponina I, MMB masa, NT-pro BNP (z możliwością zmiany na BNP), TSH do części na analizator immunochemiczny lub wydzielenia tych badań do osobnego pakietu.
Oznaczenia Troponina I, MMB masa, NT-pro BNP, TSH to oznaczenia immunochemiczne, których możliwość wykonywania posiada tylko jeden analizator typu immunochemicznego - Dimension firmy Siemens. Zamawiający wymaga, aby oznaczenia te były wykonywane na analizatorze biochemicznym, a w chwili obecnej wyłącznie firma Siemens mogłaby zaoferować taki analizator biochemiczny. Zamawiający mógłby, chcąc dopuścić uczciwą konkurencję, przenieść te badania do pakietu oznaczeń immunochemicznych (większość analizatorów immunochemicznych może je wykonywać lub utworzyć osobny pakiet dla tych oznaczeń). Jednocześnie oznaczenie NT pro BNP ma odpowiednik w równoważnym teście BNP.
2. wykreślenie z załącznika 4a - punktu nr 6 lub zmianę zapisu na: „90% odczynników gotowych do użycia lub przygotowywanych przez analizator”.
3. możliwość zaoferowania dwóch analizatorów biochemicznych, pracujących na tych samych odczynnikach tego samego dostawcy, zamiast wymaganych trzech, przy zaoferowaniu analizatorów o wydajności zapewniającej wystarczającą przepustowość.
4. wykreślenie z punktu 8 w zał. 4A słów „bez wstępnej obróbki materiału badanego”.
5. wykreślenie punktu 11 w zał. 4A
6. wykreślenie punktu 21 w zał. 4A

7. zmianę punktu 23 zał. 4A na „zastosowanie kuwet jednorazowego lub wielorazowego użytku”.
8. zmianę punktu 25 zał. 4A na „czas trwałości kalibracji testów średnio 30 dni”.
9. wykreślenie z punktu 36 zał. 4A „bez wstępnej obróbki materiału badanego”.

W zakresie części 9 Odwołujący wniósł o:

1. wykreślenie z załącznika 4 pozycji 1.14 CTx/Pirynx D lub wyrażenie zgody na wykonywanie tego badania w czasie do 24h poza laboratorium Zamawiającego. Wykonawca zapewni transport materiału i przesyłanie wyników a w tabeli oferty ujęty

4

zostanie koszt brutto wykonywania tych badań. Badania te nie należą do grupy badań pilnych, a niewielka ich ilość przy takiej ofercie może mieć również uzasadnienie ekonomiczne w postaci niższych kosztów. W przypadku uwzględnienia Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 26 w tabeli parametrów wymaganych analizatora immunochemicznego zał. 4 A.

2. zmianę zapisu pkt 10 „Czas do uzyskania pierwszego wyniku max.30 minut dla testów jednostopniowych”.
3. wykreślenie z pkt 13 zał. 4A wymogu „dostawianie i usuwanie odczynników bez konieczności pauszowania aparatu”.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2009 roku poinformował Odwołującego o rozstrzygnięciu protestu, uznając za częściowo zasadne zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia części 9 zamówienia odnoszące się do zarzutu nr 2, 3 i 4, w pozostałej części Zamawiający protest oddalił wskazując:

W zakresie części 8:

Ad. 1. Oznaczenia NT- pro BNP nie są tożsame z oznaczeniami BNP, co jest bardzo ważne z punktu diagnostycznego, a zatem wybór konkretnej nazwy testu przez Zamawiającego jest uzasadniony. Poszczególne kliniki w WSB SP ZOZ wymagają oznaczenia NT-pro BNP, a zatem nie jest uzasadnione dokonywanie zmiany tych oznaczeń i dopuszczenie ich zamiany na oznaczenia BNP. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż oznaczenia Troponina I, NT-pro BNP są dostępne w aparatach oferowanych przez jednego producenta i wskazał, że są to parametry dostępne w aparatach oferowanych również przez inne firmy, takie jak np. Johnson (aparat Vitros 5600).

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż nie przewiduje wydzielenia tych badań do oddzielnej części. Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia, samodzielnie dokonując oceny swoich potrzeb i stosownie do nich opisując przedmiot zamówienia.

Ad. 2. Zamawiający poinformował, iż odczynniki gotowe do użycia lub przygotowywane przez analizator są niezbędne do pracy Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej. Zamawiający nie dopuścił zmiany zapisu na „90% odczynników gotowych do użycia lub przygotowywanych przez analizator”, bowiem powstaje pytanie, kto miałby przygotowywać pozostałe 10% odczynników. Zamawiający nie jest w stanie przeznaczyć dodatkowego czasu pracowników na przygotowywanie odczynników, co powodowałoby dodatkowe koszty np. zatrudnienia. Celem działania Zamawiającego jest usprawnienie pracy Zakładu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż takie rozwiązanie jest oferowane na rynku przez co

5

najmniej dwie firmy: Johnson, Roche, które mają odczynniki gotowe do użycia lub przygotowane przez analizator.

Ad. 3. Zamawiający wyjaśnił, iż konieczność posiadania trzech analizatorów wynika nie tylko z wydajności, ale przede wszystkim z organizacji pracy Zamawiającego w laboratorium, a trzeci analizator jest niezbędny do pracowni „cito”.

Protestujący nie może identyfikować i wskazywać, jakie mają być potrzeby Zamawiającego.

Ad. 4. Zamawiający wskazał, że producenci Roche, Olympus, Siemens, Johnson mają

w swojej ofercie ww. badania bez obróbki wstępnej materiału badanego. Dla Zamawiającego, podejmującego decyzję o zastosowaniu takiego rozwiązania były ważne inne czynniki, takie jak czas przygotowania i konieczność zaangażowania osoby do wykonywania obróbki wstępnej badań. Działanie Zamawiającego miało na celu usprawnienie pracy Zakładu.

Ad. 5. Zamawiający nie wyraził zgody na wykreślenie wymagania „*Pomiar troponiny I - metodą o liniowości do 40 ng/ml charakteryzującej się brakiem interferencji w próbkach lipemicznych do 3000 mg/ml oraz zhemolizowanych do 1000 mg/dl Hb*”. Pomiar troponiny I laboratorium wykonuje przez całą dobę. Zwykle w materiale badanym oprócz tych parametrów, jest wiele innych badań typu NT-pro BNP, MMB masa, CK, CKMB, które wykonywane są równocześnie. Są to badania pilne w zdecydowanej większości zleceń. Troponina I musi posiadać dużą liniowość ze względu na bardzo ważny diagnostycznie parametr kardiologiczny.

Ad. 6. Zamawiający nie wyraził zgody na wykreślenie wymagania „Ilość jednorazowo załadowanych kuwet pomiarowych min 300”, uzasadniając to wymaganie swoimi potrzebami i wskazując, że ze względu na dużą liczbę wykonywanych badań i różny przepływ próbek w czasie doby Zamawiający musi dysponować minimum 300 kuwetami.

Ad. 7. Zamawiający wskazał, że wymaga kuwety jednorazowego użytku i nie dopuszcza innego rozwiązania. Dopuszczenie kuwet wielorazowego użytku spowodowałoby konieczność ich mycia a celem działania Zamawiającego jest usprawnienie pracy.

Ad. 8. Zamawiający poinformował, że im dłuższy okres trwałości kalibracji, tym jest to rozwiązanie ekonomicznie zasadne, gdyż powoduje oszczędność na materiale kalibracji. Wymóg Zamawiającego czasu trwałości kalibracji dla wszystkich testów minimum 30 dni nie

6

jest wygórowany, bowiem są firmy na rynku, które oferują okres kalibracji trwałości znacznie dłuższy niż 30 dni, dochodzący nawet do 90 dni, jak np. Roche, Olympus.

Ad. 9. Zamawiający wskazał, że szereg wykonawców na rynku, takich jak Roche, Olympus, Siemens, Johnson mają w swojej ofercie ww. badania bez obróbki wstępnej materiału badanego. Dla Zamawiającego, podejmującego decyzję o zastosowaniu takiego rozwiązania były ważne inne czynniki, takie jak czas przygotowania i konieczność zaangażowania osoby do wykonywania obróbki wstępnej badań. Wymagane rozwiązanie ma na celu usprawnienie pracy Zakładu.

W zakresie części 9:

Ad. 1. Zamawiający nie wyraził zgody na wykreślenie z załącznika 4 wskazanych pozycji. Parametry takie jak CTX/Pirynx D nie są niewielkimi ilościami, jest to 5 000 oznaczeń. Konieczność wykonywania tych oznaczeń na miejscu wynika z potrzeb jednego z Oddziałów Zamawiającego - Oddziału Ortopedii i Poradni Osteoporozy. Zamawiający ponownie podkreślił że ma prawo samodzielnie dokonywać oceny swoich potrzeb i stosownie do nich opisać przedmiot zamówienia a Odwołujący nie może identyfikować i wskazywać, jakie mają być potrzeby Zamawiającego.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a przedmiot zamówienia opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Wskazał, że oddalenie zarzutów nie skutkuje koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił swoich argumentów, a swoje zarzuty oparł jedynie na negacji potrzeb Zamawiającego.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 29 czerwca 2009 roku odwołanie, przekazując jego kopię Zamawiającemu tego samego dnia. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście za wyjątkiem zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego a dotyczących części 9 zamówienia w zakresie zarzutu nr 2, 3 wskazanego w proteście.

7

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

Odwołanie polega oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zgłaszający zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy w zakresie wymaganych parametrów w opisie przedmiotu zamówienia które, w jego ocenie, uniemożliwiają mu udział w postępowaniu i złożenie oferty, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa aparatów wraz z dostawą odczynników i części zużywalnych oraz dostawa wyposażenia dodatkowego dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej WSB SP ZOZ w Warszawie określonych w specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Zamówienie zostało podzielone na 10 części, protest i odwołanie dotyczy części 8 i 9 zamówienia, które obejmują dzierżawę analizatora biochemicznego i chłodziarki laboratoryjnej wraz z dostawą odczynników, materiałów zużywalnych, wirówki laboratoryjnej, chłodziarki laboratoryjnej i monitora LCD - zadanie nr 8 oraz dzierżawę analizatora immunochemicznego wraz z dostawą odczynników i materiałów zużywalnych - zadanie nr 9. W załączniku nr 4 a do siwz, Zamawiający podał wymagane parametry techniczne, jakie mają spełniać zaoferowane analizatory.

Izba stoi na stanowisku, że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ustawy pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także

8

określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Istotne jest jednak to, że Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ „ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu ciężar udowodnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia i dobór wymaganych parametrów Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na Odwołującym.

Z przebiegu postępowania dowodowego należy uznać, że twierdzenia Odwołującego nie zostały udowodnione.

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Zatem sama okoliczność, że Wykonawca nie spełnia wszystkich

wymagań określonych przez Zamawiającego, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić istnienie czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez Zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia.

Rozpatrując merytorycznie kwestionowane przez Odwołującego parametry, w granicach żądań i zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu, Izba zważyła, co następuje:

Część 8 – Analizator biochemiczny

1. Odwołujący wnioskował o przeniesienie oznaczeń Troponina I, MMB masa, NT- pro BNP, TSH do oznaczeń wykonywanych na analizatorze immunochemicznym lub wydzielania badań do osobnego pakietu, podczas gdy Zamawiający wymagał wykonywania tego rodzaju oznaczeń na analizatorze biochemicznym. W ocenie Izby, wykonywanie wskazanych wyżej oznaczeń na analizatorze biochemicznym jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi z organizacji

9

pracy zakładu oraz faktem, że analizator immunochemiczny znajduje się w innym laboratorium Zamawiającego, którego czas pracy nie pozwala na całodobowe wykonywanie wymaganych oznaczeń Troponina I, MMB masa, NT - pro BNP, TSH. Zdaniem Izby, Odwołujący na którym spoczywał ciężar udowodnienia, nie wykazał, iż oznaczenie NT - pro BNP wymagane przez Zamawiającego jest oznaczeniem tożsamym z BNP i może być stosowane zamiennie. Bezspornym między stronami jest, że oznaczenia te różnią się pod względem biochemicznym, Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń co do braku wymienności oznaczeń NT - pro BNP oraz BNP złożył do akt sprawy tabelaryczne zestawienie różnic, wynikające z porównania obu oznaczeń. Odwołujący nie zakwestionował wykazanych przez Zamawiającego różnic w obu oznaczeniach, nie złożył dowodu na twierdzenie przeciwne, z którego wynikałoby że oznaczenia NT pro - BNP i BNP mogą być stosowane wymiennie, co wskazywałoby na możliwość ich dopuszczenia. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska złożył wydruki ze stron internetowych artykułów: „Wstępne z testu AxSYM BNP doświadczenia diagnostycznego zastosowania BNP”, Consensus 2004, „Znaczenie biomarkerów sercowych w stratyfikacji ryzyka w ostrej zatorowości płucnej”. Wydruki te, choć z uwagi na formę w jakiej zostały złożone nie mogą stanowić dowodu w sprawie, są potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego o powszechności stosowania i dopuszczeniu do stosowania na zasadzie równorzędności obu metod przez światowe towarzystwa kardiologiczne i inne szpitale pozostały gołosłowne. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wymóg odnośnie oznaczeń NT pro - BNP i braku dopuszczenia oznaczeń BNP jest przejawem subiektywizmu i określonych nawyków lekarzy. W ocenie Izby postępowanie dowodowe w tym zakresie, wykazało, że wymóg ten jest uzasadniony obiektywną potrzebą zapewnienia jak najwyższej jakości oznaczeń a zatem podyktowany jest wyłącznie dobrem pacjenta. Podsumowując, wobec braku wykazania przez Odwołującego, że oznaczenia NT pro - BNP i BNP są oznaczeniami tożsamymi i można je stosować wymiennie w diagnostyce bezobjawowej niewydolności serca, brak podstaw do uwzględnienia zarzutu Odwołującego.

2. Zamawiający nie dopuścił zmiany wymogu określonego w pkt 6 dla załącznika 4 a, gdzie wskazał, aby „odczynniki były gotowe do użycia lub przygotowane przez analizator”. Celem wprowadzenia takiego wymogu było, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, wyeliminowanie czynnika ludzkiego z pracy przy przygotowaniu odczynników, co wpływa nie tylko na koszty ale przede wszystkim zapewnia lepszą jakość badań. W treści protestu i odwołania Odwołujący domagał się zmiany tego

10

postanowienia w ten sposób, aby dopuścić „90% odczynników gotowych do użycia

lub przygotowywanych przez analizator". W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że produkowany przez niego analizator w znikomym zakresie, bo wynoszącym 1 % wymaga przygotowania odczynników, zaś 99% odczynników jest gotowych do użycia lub przygotowanych przez analizator. Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów i żądań zgłoszonych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu, uznaje za zasadne stanowisko Zamawiającego co do tego, że zmiana wymogu w taki sposób, jak żądał tego Odwołujący w proteście i odwołaniu na „90 % odczynników gotowych do użycia lub przygotowanych przez analizator”, przy dużej ilości wykonywanych dziennie badań stanowiłaby utrudnienie organizacji pracy Zamawiającego, byłaby bardzo czasochłonna i wpływałaby na jakość badań. Uwzględnienie żądania Odwołującego jest tym bardziej nieuzasadnione, gdyż jak przyznał sam Odwołujący parametr ten spełnia w wyższym niż objętym zakresem żądania zakresie tj. 99 % odczynników gotowych do użycia lub przygotowanych przez analizator. Zatem Izba uznała, za nieuzasadnione uwzględnienie żądania Odwołującego we wskazanym w treści protestu i odwołania zakresie.

Niezależnie od powyższego, należy zważyć, że Zamawiający przyznał, iż gdyby Odwołujący swoje żądanie sformułował w ten sposób, że konieczne byłoby przygotowanie jedynie 1 % odczynników a pozostałe 99 % byłoby gotowych do użycia lub przygotowanych przez analizator, to być może uwzględniłby takie żądanie. Izba wskazuje, że możliwe jest złożenie przez Odwołującego zapytania do treści siwz w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pzp i doprowadzenie do zmiany kwestionowanego wymogu w taki sposób, w jaki wskazał to Odwołujący w toku rozprawy.

3. Nie zasługuje również na uwzględnienie żądanie Odwołującego co do zmniejszenia do dwóch zamiast trzech liczby dostarczonych analizatorów. Określenie wymagań co do ilości asortymentu, będącego przedmiotem zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego, który określa te dane biorąc pod uwagę swoje potrzeby i organizację pracy. Śądanie Odwołującego jest tym bardziej niezasadne, że Odwołujący sam przyznał, że jest w stanie dostarczyć dowolną liczbę analizatorów, a zatem wymóg ten nie narusza w istocie jest praw oraz w żaden sposób nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy określeniu przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta mogłaby być jedynie oceniana z punktu widzenia celowości i oszczędności wydatkowania środków publicznych, co pozostaje poza kognicją Izby.
4. W pkt 8 załącznika 4 A, Zamawiający wymagał, aby pomiar cholesterolu HDL, cholesterolu LDL, HbA1C odbywał się metodą bezpośrednią bez wstępnej obróbki materiału badanego. Za słuszne należy uznać uzasadnienie Zamawiającego co do sformułowania takiego wymagania. Rozwiązanie, aby badania prowadzone były bez

11

wstępnej obróbki materiału badanego ma na celu nie tylko usprawnienie pracy i wyeliminowanie konieczności zaangażowania czynnika ludzkiego ale także ma istotny wpływ na jakość wykonywanych badań, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. W ocenie Izby wymóg ten jest podyktowany obiektywnymi potrzebami, a fakt, że jest on rozwiązaniem powszechnym, o czym świadczy złożone przez Odwołującego tabelaryczne porównanie parametrów analizatorów różnych producentów, sprawia że nie została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Okoliczność, że Odwołujący, co przyznał w trakcie rozprawy, nie dysponuje na chwilę obecną analizatorem, który posiada wymaganą funkcję wykonywania wszystkich wskazanych badań bez obróbki wstępnej nie oznacza, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji, tym bardziej, że jak wyjaśnił Zamawiający rozwiązanie to jest powszechnie stosowane.

5. W pkt 11 załącznika 4a Zamawiający sformułował następujący wymóg „pomiar troponiny I - metodą o liniowości do 40 ng/ml charakteryzującej się brakiem interferencji w próbkach lipemicznych do 3000 mg/ ml oraz zhemolizowanych do 1000 ng/dl”. Izba, oceniając zasadność takiego wymogu siwz oraz rozpatrując tę kwestię wyłącznie w zakresie zarzutów i żądań podniesionych w proteście i odwołaniu wzięła pod uwagę okoliczność, że zarówno w proteście jak i odwołaniu Odwołujący wnosił o całkowite wykreślenie pkt 11 załącznika 4a. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że produkowany przez niego analizator posiada pomiar troponiny I metodą o liniowości do 50 ng/ml, zaś parametr dotyczący interferencji na poziomie mniejszym 500 ng/dl.

W ocenie Izby nie jest możliwe uwzględnienie żądania Odwołującego i nakazanie wykreślenia pkt 11 załącznika 4 a., ponieważ jak wskazał Zamawiający, wymóg dotyczący pomiaru troponiny jest niezwykle istotny z punktu widzenia prowadzonej przez Zamawiającego działalności. Kwestia ewentualnego zmniejszenia parametrów mogłaby być przedmiotem odrębnego rozpoznania przez Zamawiającego. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że również w tym zakresie Odwołujący nie uzasadnił w sposób nie budzący wątpliwości, że obniżenie wymaganych przez Zamawiającego parametrów pozostanie bez uszczerbku dla oczekiwanych rezultatów badań.

6. W pkt 21 załącznika 4a, Zamawiający wymagał, aby ilość jednorazowo załadowanych kuwet pomiarowych wynosiła min. 300. Odwołujący wniósł o całkowite wykreślenie tego wymogu a nie jego zmianę. Oceniając odwołanie w granicach zarzutów i żądań w nim wskazanych, Izba stwierdza, że brak uzasadnienia, aby wykreślić z treści siwz wymóg określony w pkt 21. Zamawiający, określając na takim poziomie wymóg co do ilości kuwet chciał mieć orientację co do sposobu zorganizowania pracy.

12

7. W pkt 23 Zamawiający wskazał, na konieczność zastosowania kuwet jednorazowego użytku. Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu na dopuszczenie zastosowania kuwet jednorazowego lub wielorazowego użytku. Izba zauważa, że każde z rozwiązań (zastosowanie kuwet jednorazowych czy wielorazowych) ma pewne zalety i wady. Niemniej jednak to Odwołujący winien wykazać, w sposób nie budzący wątpliwości, że rozwiązanie, które jest stosowane w jego analizatorach jest rozwiązaniem nie gorszym od wymaganego w siwz, tak pod względem ekonomicznym (zużycie wody, filtrów, konieczność utylizacji – przy kuwetach jednorazowych) jak również pod względem oczekiwanych rezultatów czy choćby organizacji pracy i zaangażowania czynnika ludzkiego. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił analizy, która potwierdzałaby, że oferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem, które można określić jako rozwiązanie równoważne w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego w siwz. Jak wynika ze złożonego przez Zamawiającego porównania parametrów analizatorów różnych producentów, zastosowanie kuwet jest powszechnie jednorazowego użytku rozwiązaniem stosowanym, zatem postawienie tego wymogu nie narusza uczciwej konkurencji.
8. W pkt 25 Zamawiający wymagał, aby „czas trwałości kalibracji dla wszystkich testów wynosił min. 30 dni”. Odwołujący wniósł o zmianę tego postanowienia i dopuszczenie, aby „czas trwałości kalibracji testów wynosił średnio 30 dni”. Na rozprawie Odwołujący doprecyzował, że większość testów wymaga kalibracji rzadziej niż 30 dni, jedynie dla niewielkiej ilości testów istnieje konieczność kalibracji częściej niż 30 dni. W ocenie Izby, Odwołujący nie kwestionował twierdzenia Zamawiającego, że im krótszy okres kalibracji tym większa jest oszczędność na materiale. Zatem dążenie do uzyskania jak najkrótszego czasu kalibracji jest w pełni uzasadnione i podyktowane obiektywnymi potrzebami. Odwołujący, żądając zmiany zapisu siwz nie podał, że konieczność częstszej niż 30 dni kalibracji dotyczy znikomej liczby odczynników i jaka jest faktyczna częstotliwość kalibracji dla wybranych testów. Zatem uzasadnione jest stanowisko Zamawiającego co do nieuwzględnienia żądania Odwołującego w zakresie wskazanym w treści protestu i podtrzymanym w odwołaniu przez zmianę „czasu kalibracji testów średnio 30 dni”.
9. W pkt 36 załącznika 4a Zamawiający wymagał, aby „cholesterol HDL, TIBC/ I BCT oznaczany metodą bezpośrednią, bez wstępnej obróbki materiału”, Odwołujący wniósł o wykreślenie sformułowania „bez wstępnej obróbki materiału”. Izba wskazuje, że skoro, jak wyjaśnił Odwołujący analizator zaproponowany przez niego wymaga wstępnej obróbki materiału wyłącznie w odniesieniu do jednego testu (odczynnika) to nie znajduje uzasadnienia żądanie Odwołującego co do wykreślenia w całości wymogu braku wstępnej obróbki w odniesieniu do wszystkich testów

13

(odczynników). W pozostałym zakresie Izba odsyła do argumentacji wyrażonej w niniejszym orzeczeniu i odnoszącej się zarzutu nr 4.

Część 9 - Analizator immunochemiczny

W zakresie parametrów dotyczących analizatora immunochemicznego Odwołujący wniósł o wykreślenie z załącznika 4 pozycji 1.14 CTx/Pirynx D lub wyrażenie zgody na wykonywanie tego badania w czasie do 24h poza laboratorium Zamawiającego oraz o wykreślenie punktu 26 w tabeli parametrów wymaganych analizatora immunochemicznego zał. 4 A.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron złożone do protokołu rozprawy, Izba uznała na wstępie, że nie jest możliwe zadośćuczynienie żądaniu Odwołującego co do wykreślenia badania CTx/Pirynx D z katalogu badań. Nie można podważyć twierdzenia, że badanie to jest niezbędne i obiektywnie istotne do diagnozowania pacjentów i nawet okoliczność, że jest ono wykonywane w znikomych ilościach nie może skutkować uwzględnieniem żądania Odwołującego co do wykreślenia tego badania z katalogu badań wykonywanych przez analizator.

Za nieuzasadnione należy uznać także alternatywnie zgłoszone żądanie wyrażenia zgody na wykonywanie tego badania przez jednostkę zewnętrzną w czasie do 24 h. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający kierując się zasadą uzyskania jak najlepszych efektów z posiadanych nakładów ma prawo wymagać dostarczenia aparatury o jak najwyższej jakości, która w pełni będzie odpowiadać jego uzasadnionym, obiektywnym potrzebom. Nie można, w ocenie Izby, odbierać Zamawiającemu prawa do zakupu aparatury, która będzie w pełni wykonywała wszystkie niezbędne z jego punktu widzenia badania. Przy czym bez znaczenia dla oceny tego stanu faktycznego pozostaje kwestia podnoszona przez Odwołującego co do znikomej ilości wykonywania kwestionowanego badania oraz kosztów zlecania tego badania jednostce zewnętrznej.

Izba nie znalazła także podstaw do unieważnienia postępowania jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy, Izba uznała oświadczenie z dnia 11.07.2009 roku Siemens, w którym producent ten oświadcza, że podpisał umowy kooperacyjne z dwoma firmami. Oświadczenie to dowodzi jedynie, że istnieją na rynku dystrybutorzy, którzy mogą oferować produkty Siemens.

14

Podsumowując Izba oddaliła zarzuty art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp., art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy pzp, art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy pzp.

Ewentualne stwierdzenie naruszeń, wskazanych przez Odwołującego, przepisów art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej pozostaje poza kognicją Izby.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

15