

WYROK
z dnia 4 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 02.12.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. **Wolińska 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7** protestu / protestów * z dnia 28.10.2008 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. **Wolińska 4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. **Wolińska 4**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Comesa Polska**” Sp. z o.o., 03-699 Warszawa, ul. **Wolińska 4**.

Uzasadnienie

Zamawiający - Akademickie Centrum Kliniczne, Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników wraz z dzierżawą analizatorów do kompleksowego wykonywania morfologii i rozmazu krwi obwodowej dla ACK -Szpitala AMG

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2008/ S200-265430 z dnia 15.10.2008 roku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Odwołujący - Comesa Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 27 października 2008 roku (wpływ do Zamawiającego w dniu 28 października) wniósł protest a następnie odwołanie na postanowienie siwz dotyczące opisu przedmiotu zamówienia .

Odwołujący zarzucił naruszenie : art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 354 kc w zw. z art. 14 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że aktualnie związany jest z Zamawiającym umowami, które nie zostały jeszcze wykorzystane tj. umową najmu nr 25-2/PN-DZM/2006 oraz umową dostawy 25-1/PN-DZM/2006 z dnia 5 lipca 2006 roku, zawartymi na okres 36 m-cy i obowiązującymi do dnia 4 lipca 2009 roku oraz umową dostawy odczynników nr 110-2/PN-DZM/2008 z dnia 12 września 2008 roku zawartą na okres 12 m-cy. W ocenie Odwołującego organizowanie kolejnego przetargu na ten sam przedmiot zamówienia, jaki jest objęty wskazanymi umowami, oznacza planowane niewykonanie bądź ich nienależyte wykonanie przez Zamawiającego oraz stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji, gdyż ceny kalkulowane przez Odwołującego na potrzeby poprzedniego przetargu zakładały określoną ilość dostaw. Odwołujący w dalszej części wskazał na konkretne parametry graniczne dzierżawionych analizatorów, określone w załącznikach 7A, 7B, 7C, 7D siwz, które dopuszczają, zdaniem Odwołującego, jedynie konkretne analizatory pochodzące od jednego producenta – firmy Sysmex.

Odwołujący wskazał na następujące parametry:

Wyszczególnione w punkcie 5 Załącznika nr 7 A parametry: RDW (SD, CV), IG, IPF oraz P- LCR w tej konfiguracji są typowymi parametrami dla konkretnego modelu analizatora hematologicznego tylko jednego producenta (firmy SYSMEX), ponadto parametry IG oraz P-LCR określane są jako "for research use only" i nie mogą być używane w rutynowej diagnostyce hematologicznej.

Analogicznie w punkcie 5 Załącznika 7B, konfiguracja parametrów: RDW (SD, CV), P- LCR wskazuje wyrażnie na tego samego producenta.

Punkty 2-4 Załącznika 7A precyzują szereg parametrów wymaganych przez Zamawiającego, takich jak: NRBC, IG, HPC, których uzyskanie warunkuje uruchomienie w analizatorach dodatkowych kanałów i trybów pracy takich jak kanał i tryb NRBC oraz IMI, co wiąże się z zastosowaniem dodatkowych odczynników, a więc ponoszeniem dodatkowych kosztów. Zamawiający wymaga tych parametrów nie uwzględniając ich w podanej ilości badań oraz nie wyszczególnia odpowiednich trybów pracy analizatora w punkcie 5 Załącznika 7A, narażając się na dodatkowe koszty i jednocześnie tworząc SIWZ w sposób nieczytelny.

W punkcie 4 Załącznika 7A Zamawiający wymaga parametru HPC, który uzyskiwany jest przez uruchomienie kanału IMI oraz dodatkowego oprogramowania, co naraża.

Zamawiającego na ponoszenie kosztów związanych z zużyciem dedykowanych odczynników, co w przypadku parametru HPC, który nie jest parametrem uznanym w hematologii, a jedynie określanym jako "for research use only" o swoistości 50-70 % nie ma uzasadnienia. Zamawiający posiada w swojej placówce sprzęt specjalistyczny w postaci cytometru przepływowego, gdzie jest w stanie przeprowadzić analizę próbki pod kątem komórek progenitorowych testami o swoistości 100 %. Nie ma uzasadnienia wprowadzania parametrów "research" w laboratorium wykonującym diagnostykę rutynową, testami mającymi niewielką wartość diagnostyczną a generującymi dodatkowe koszty. Do oszacowania próbki pod kątem występowania komórek macierzystych może służyć parametr hematologiczny IRF obecnie oznaczany w Laboratorium Zamawiającego.

Wykonanie morfologii krwi z jednoczesnym oznaczeniem parametru HPC wynosi 90 sekund, co jednoznacznie wyklucza wymóg Zamawiającego z punktu 6 Załącznika 7A - wydajność analizatora dla trybu pracy CBC+WBC 5 DIFF co najmniej 130 oznaczeń na godzinę. Punkt ten wskazuje także jednoznacznie na konkretnego producenta, którym jest Sysmex, bowiem wszystkie pozostałe analizatory innych producentów posiadają deklarowaną wydajność w trybie CBC+WBC 5 DIFF poniżej 120 oznaczeń na godzinę.

W punkcie 8 Załącznika 7A minimalna objętość próbki krwi niezbędna do wykonania pełnej analizy we wszystkich wymaganych trybach oznaczeń, przy pracy z podajnikiem została określona na poziomie 200 µl. W podajniku automatycznym jest konieczność stosowania próbek hematologicznych systemu zamkniętego lub próbek z przebijalnym

korkiem. Stosowanie tych probówek warunkuje ze względu na ich specyfikę, objętość krwi w ilości minimum 1 ml do 2,7 ml. Nie ma więc znaczenia, czy analizator pracujący w tym trybie aspiruje 300 µl czy też 200 µl.

Zamawiający wymaga w punkcie 10 Załącznika 7A oznaczania płytek metodą optyczną. Metoda ta posiada znacznie mniejszą korelację z metodą referencyjną wykorzystującą cytometr przepływowy w porównaniu do metody konduktometrycznej, korelującej znacznie lepiej. Wprowadzenie tego wymogu jest błędem merytorycznym w opisie przedmiotu zamówienia, metoda optyczna oznaczania płytek możliwa jest do zastosowania tylko w przypadku równoczesnego oznaczania retikulocytów w próbce, tak więc tylko 3,25 % wyspecyfikowanych przez Zamawiającego badań mogłoby spełniać powyższy parametr. Spełnienie parametru w pozostałych wyspecyfikowanych badaniach naraża Zamawiającego na dodatkowe koszty związane z niepotrzebnym oznaczaniem retikulocytów.

Punkt 11 Załącznika 7A oraz punkt 10 Załącznika 7B definiuje zastosowanie w analizatorach lasera półprzewodnikowego, co ogranicza konkurencyjność, zawężając grupę do wyłącznie analizatorów stosujących taki rodzaj lasera. Brak jakichkolwiek podstaw merytorycznych wskazujących o wyższości tego typu lasera nad innymi laserami, nie ma to także wpływu na czułość czy specyfikę pomiaru.

4

Punkt 8 Załącznik 7B określa minimalną objętość próbki do wykonania morfologii CBC+5diff na poziomie 40 µl, co jest cechą charakterystyczną tylko dla jednego analizatora występującego na rynku, to jest firmy SYSMEX.

Załącznik 7B w punkcie 20 warunkuje wyposażenie analizatora w podajnik automatyczny. W podajniku automatycznym jest konieczność stosowania probówek hematologicznych systemu zamkniętego lub probówek z przebijalnym korkiem. Stosowanie tych probówek warunkuje ze względu na ich specyfikę, objętość krwi w ilości minimum 1 ml do 2,7 ml. Nie ma więc znaczenia, czy analizator pracujący w tym trybie aspiruje 40 µl czy też 200 µl.

Punkt 2 i punkt 3 Załącznika 7C oraz Załącznik 7 D punkt 3 i punkt 10 specyfikuje konkretne parametry urządzenia tego samego producenta (SYSMEX).

Punkt 6 i punkt 7 Załącznika nr 7D także wskazują konkretne rozwiązania techniczne wykorzystywane przez firmę Sysmex.

Odwołujący podniósł, że art. 29 ustawy zakazuje określania przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów lub sformułowań, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub wykonawcę i na potwierdzenie tej okoliczności przytoczył wyroki Zespołu Arbitrów oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 roku (sygn. akt II CA 693/5).

Pismem z dnia 7 listopada 2008 roku, przekazany Odwołującemu tego samego dnia Zamawiający oddalił protest w całości i wyjaśnił, że obowiązująca umowa z Odwołującym w przedmiocie dostaw odczynników wygasa po wykorzystaniu asortymentu nimi objętego i zabezpiecza ona potrzeby Zamawiającego na okres 4-5 miesięcy. Jednak Zamawiający już rozpoczął przedmiotową procedurę, mając na uwadze czas trwania postępowania i środki odwoławcze a także późniejszą konieczność wdrożenia analizatora i przeszkolenia pracowników.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pkt 2 - 4 załącznika 7A siwz Zamawiający wyjaśnił, że wg jego wiedzy i doświadczenia dokładna weryfikacja liczby leukocytów i limfocytów o obecność NRBC wyraźnie wpływa na wiarygodność uzyskanego wyniku i zmniejsza koszty związane z manualnym liczeniem NRBC obarczonym dużym błędem. Ponadto obecnie stosowana przez Zamawiającego technologia wykonywania NRBC w tych samych kanałach pomiarowych bez zastosowania dodatkowych odczynników jak pozostałe parametry morfologii okazała się mało wiarygodna i uciążliwa w praktyce, bowiem nie pozwala na kliniczne i diagnostyczne zastosowanie tego parametru.

Odnośnie zarzutu dotyczącego pkt 4 załącznika 7a wyjaśnił, że porównywanie oznaczania próbki na cytometrze przepływowym z morfologią wykonywaną dotychczas przez

5

Zamawiającego mija się z dobrą praktyką, ponieważ są to zupełnie inne metody analityczne i jako takie nie mogą być porównywane.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 6 załącznika 7a, wskazał, że oznaczanie HPC nie jest parametrem oznaczanym rutynowo, jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach. W związku z tym Zamawiający nie uważa, że wykonywanie pojedynczych badań z trybem HPC nie wpłynie na ogólną wydajność analizatora.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 8 załącznika 7a, wskazał, że z doświadczenia wynika, że pacjenci wymagający wykonania dodatkowego rozmazu są pacjentami w ciężkim stanie klinicznym i niejednokrotnie pobranie wymaganej ilości krwi jest niemożliwe, stąd też potrzeba pracy na analizatorze wykonującym oznaczanie morfologii w jak najmniejszej ilości krwi bez pogorszenia jakości analizy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 10 załącznika 7a Zamawiający jest zdania, że oznaczanie płytek metodą optyczną zapewni brak interferencji ze strony z mikrocytów i schistocytów, a także agregatów płytkowych albo obecności tzw. płytek olbrzymich, co ma znaczny wpływ na wiarygodność uzyskanych wyników.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 11 załącznika 7a i 10 załącznika 7b Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie laser półprzewodnikowy posiada dłuższą żywotność i wykazuje się mniejszym zużyciem energii.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 8 załącznika 7b wyjaśnił, że wykonuje oznaczenia morfologii krwi między innymi dla oddziału intensywnej terapii noworodków, gdzie niejednokrotnie pacjenci mają wagę poniżej 900 g, stąd też każda kropla krwi im zaoszczędzona jest na wagę złota.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 20 załącznika 7b Zamawiający wyjaśnił, że analizator oprócz wykonywania morfologii dla noworodków z niską wagą urodzeniową będzie używany do wykonywania oznaczeń dla pacjentów dorosłych i dla takich będzie używany podajnik automatyczny.

Zamawiający uważa, że ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom a fakt, że określone wymogi nie pozwalają wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w branży podmiotom, nie przesądza o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Na poparcie przywołał treść wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/ UZP/ 204/08 KIO/UZP/ 200/08, KIO/ UZP/ 196/08)

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 14 listopada 2008 roku odwołanie do Prezesa UZP, a jego kopię tego samego dnia przekazał Zamawiającemu. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i dodatkowo wskazał na naruszenie art. 34, 35 i 94 ustawy, wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności polegających na przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie

6

zamówienia publicznego, postanowień siwz oraz ogłoszenia o postępowaniu, z uwagi na okoliczność, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień pełnomocników stron złożonych w trakcie rozprawy i ustalił następujący stan faktyczny:

Przedmiot rozpatrywanego zamówienia publicznego obejmuje:

1. dostawę odczynników na okres 3 lat, na podstawie zamówień częściowych w asortymencie i szacunkowej ilości określonych w załączniku nr 6 do siwz oraz
2. wydzierżawienie fabrycznie 3 nowych analizatorów (rok produkcji nie późniejszy niż 2008) do wykonywania oznaczeń wyszczególnionych w załączniku nr 6 do siwz wraz z jednym analizatorem do automatycznego wykonywania i wybarwiania rozmazów hematologicznych na płytkach szklanych, jednego analizatora do oznaczania cyfrowej morfologii krwi drukarki i UPsów o parametrach granicznych wyszczególnionych w załączniku 7 do siwz.
3. dostawa materiału kontrolnego, kalibratorów i części zużywalnych do analizatorów w

przeliczeniu na trzy lata uwzględniając termin ważności materiału kontrolnego. Szczegółowe parametry techniczne dzierżawionych analizatorów Zamawiający określił w kolejnych załącznikach do siwz odpowiednio: 7A - analizator do oznaczania morfologii krwi i retikulocytów - 2 sztuki, 7B- analizator do oznaczania morfologii krwi - 1 sztuka, 7C - analizator do oznaczania cyfrowej morfologii krwi.

Ponieważ protest Odwołującego został złożony w dniu 27 października 2008 roku tj. po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 roku (Dz. U. nr 171, poz. 1058), do rozpatrzenia przedmiotowego odwołania zastosowano przepisy znowelizowanej ustawy, zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 przepisów przejściowych ustawy.

7

Skład orzekający Izby zważył:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozważając kwestię interesu prawnego do wniesienia środków ochrony prawnej, skład orzekający Izby, stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego żądanie objęte protestem i odwołaniem sprowadza się wyłącznie do wniosku o unieważnienie postępowania, nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Interes prawny jest przesłanką materialnoprawną, podlegającą ocenie Izby w trakcie rozprawy. W rozpatrywanej sprawie Odwołujący, podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy ograniczył swój wniosek jedynie do żądania unieważnienia postępowania, oceniając że charakter wad jakimi obarczona jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia powoduje, że nie jest możliwa jej modyfikacja zgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący wyjaśnił również, że jego interes prawny w unieważnieniu postępowania sprowadza się do chęci udziału w nowym postępowaniu, przeprowadzonym zgodnie z przepisami ustawy, które doprowadzi do zawarcia ważnej umowy z wykonawcą.

W ocenie Izby, nie można przypisać istnienia interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Odwołującemu, w sytuacji gdy jedynym żądaniem jest unieważnienie postępowania a nie modyfikacja kwestionowanych postanowień siwz, nawet mimo iż Odwołujący wskazuje na możliwość doznania uszczerbku prawnego w wyniku działań Zamawiającego naruszających w jego ocenie przepisy ustawy.

Zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy dla zaistnienia przesłanki interesu prawnego należy wykazać doznanie lub możliwość doznania uszczerbku prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu. Celem składanych środków ochrony prawnej winno być dążenie do uzyskania zamówienia publicznego w postępowaniu, którego ten środek dotyczy a nie powoływanie się na uzyskanie zamówienia w postępowaniu przyszłym i niepewnym. W ocenie składu orzekającego Izby, nie można powoływać się na przyszły, hipoteczny interes prawny i ewentualne uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu, bowiem nie ma pewności czy Zamawiający po unieważnieniu postępowania rozpocznie kolejną procedurę oraz czy Odwołujący złoży w niej ofertę i uzyska zamówienie.

Nie zasługuje na uznanie argument Odwołującego, że jego żądanie unieważnienia postępowania wynika z braku możliwości modyfikacji treści siwz w kwestionowanych punktach. Podnoszone w treści protestu i odwołania zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i wymagań co do parametrów technicznych podlegają ewentualnej modyfikacji zgodnie z przepisami ustawy. Zatem należy uznać, że uwzględnienie odwołania i żądania Odwołującego co do unieważnienia postępowania powodowałoby naruszenie art. 93 ust. 1

8

pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż w tym zakresie zarzutów podniesionych w proteście przepisy ustawy dopuszczają modyfikację. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie jako złożone przez podmiot nie legitymujący się interesem prawnym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, podlega oddaleniu.

Niezależnie od potwierdzenia się przesłanki do oddalenia odwołania, skład

orzekający Izby rozpatrzył zarzuty protestu i odwołania i zważył co następuje:

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego sprowadzający się do kwestionowania rozpoczęcia przez Zamawiającego przedmiotowej procedury o zamówienie publiczne z uwagi na trwające nadal umowy najmu i dostawy odczynników, złożone w trakcie rozprawy. Po pierwsze należy wskazać, że Izba nie ma uprawnień do orzekania w kwestii należytego bądź nienależytego wykonania umów, stosunki zobowiązaniowe, prawa i obowiązki stron wynikłe z tytułu umów i ich realizacja pozostają poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej. Ewentualne roszczenia z tytułu niewykonania umów bądź naruszenia jej postanowień mogą być przedmiotem rozpatrzenia przez sąd powszechny w drodze powództwa cywilnego. Z podobnych względów nie może być również rozpatrzony zarzut ewentualnego nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy przyszłej, zawartej w wyniku rozpatrywanego postępowania.

Izba nie może ingerować również w suwerenne prawo Zamawiającego do wszczęcia danej procedury o zamówienie publiczne. Decyzja o rozpoczęciu procedury jest decyzją należącą wyłącznie do Zamawiającego, którą podejmuje samodzielnie, biorąc pod uwagę swoje bieżące potrzeby oraz posiadane na ten cel środki.

Zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami ustawy oszacowania wartości zamówienia publicznego, tj. naruszenia art. 34, 35 i 94 ustawy jako zarzuty nie podniesione w treści protestu nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów dotyczących parametrów granicznych dzierżawionych analizatorów, skład orzekający zważył:

W zakresie grupy zarzutów dotyczących niespójności i niejasności w treści siwz, wskazanych przez Odwołującego w załączniku 7A pkt 2- 4, 8, 10 oraz 7B pkt 5 skład orzekający zważył:

W kontekście wskazanych parametrów analizatora, Odwołujący podniósł brak podania przez Zamawiającego precyzyjnych ilości oznaczeń NRBC, HPC i IG. W ocenie Izby, zarzut podniesiony przez Odwołującego zasługuje na uwzględnienie. Brak wskazania precyzyjnych ilości wykonywanych oznaczeń przy jednoczesnej konieczności złożenia oświadczenia o treści określonej w załącznikach 6 (formularz asortymentowo - cenowy), że wskazany asortyment jest wystarczający do prawidłowego wykonania podanej ilości analiz

i zobowiązaniu wykonawców do bezpłatnego zapewnienia asortymentu, w przypadku nie uwzględnienia asortymentu potrzebnego do wykonania analiz, uniemożliwia prawidłowe oszacowanie wartości oferty przez wykonawców, do udziału przystępujących w postępowaniu i naraża ich na ponoszenie dodatkowych, bliżej nie określonych kosztów. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że w treści rozstrzygnięcia protestu przez określenie, że „oznaczenie HPC nie jest parametrem oznaczanym rutynowo, jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach” wskazał ilość wykonywanych oznaczeń. Zasady jest także zarzut Odwołującego, sprowadzający się do wskazania niespójności w treści załączników 6F, 6G, 6H formularz asortymentowo - cenowy, gdzie wskazano „odczynniki, kalibratory, kontrole wewnętrzne i materiały zużywalne do oznaczania morfologii z retikulocytami w ilości 20 000 oznaczeń” zaś w kolumnie c wskazano „ilość opakowań handlowych niezbędna do wykonania 600 tys. oznaczeń”. W tym zakresie formularze są niespójne i wewnętrznie sprzeczne.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający, w celu zapewnienia porównywalności ofert, winien, korzystając z dyspozycji art. 38 ust. 4 ustawy podać precyzyjnie ilość oznaczeń, które zamierza wykonać oraz usunąć sprzeczności co do ilości oznaczeń w treści załączników 6F, 6G, 6H.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 8 załącznika 7A - tj. wymogu określonego przez Zamawiającego co do minimalnej objętości próbki krwi niezbędnej do wykonania pełnej analizy we wszystkich wymaganych trybach oznaczeń, przy pracy z podajnikiem automatycznym na poziomie 200 ul, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający uzasadnił swoje potrzeby w tym zakresie i wskazał, że parametr ten jest konieczny, gdyż z doświadczenia wynika, że pobranie większej ilości krwi jest czasem u pacjentów w ciężkim stanie klinicznym wręcz niemożliwe.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 10, załącznika 7A, zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający wykazał, że oznaczanie trombocytów metodą optyczną w wysoce specjalistycznym szpitalu, jakim jest Akademickie Centrum Kliniczne, Szpital Akademii

Medycznej, jest metodą lepszą od metody referencyjnej, zapewnia bowiem brak interferencji ze strony mikrocytów, schistocytów, oraz agregatów płytkowych lub obecności płytek olbrzymich.

W zakresie grupy zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i wskazujący na jednego producenta, wskazanych w Załączniku 7A pkt 3, 4, 6, 10, 11, załączniku 7B pkt 5, 8, 10, 20, załączniku 7C pkt 2 i 3, załączniku 7D pkt 3, 6, 7, 10, skład orzekający Izby zważył:
Odwołujący wskazał, że wymagane przez Zamawiającego parametry określone w siwz, w szczególności możliwość wykonywania oznaczeń IG oraz HPC, wskazują na konkretnego

10

producenta analizatorów – Sysmex i tym samym wyłączają możliwość zaoferowania analizatorów innych producentów.

Skład orzekający Izby, nie uwzględnił jako dowodu w sprawie przedstawionego przez Odwołującego w trakcie rozprawy na tą okoliczność dokumentu College of American Pathologists dotyczącego analizatora Sysmex XE -2100, złożonego w języku angielskim wraz z jego tłumaczeniem, z uwagi na brak poświadczenia tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego, co jest wymagane treścią § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku (Dz. U. nr 187, poz. 1327 ze zm). Zgodnie z przywołanym przepisem rozporządzenia, dokumenty w trakcie rozprawy składa się w języku polskim a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona postępowania odwoławczego, która się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego.

Ponadto należy zaznaczyć, że treść tego dokumentu nie potwierdza przedstawionej przez Odwołującego tezy, że istnieje jeden producent na rynku oferujący analizatory o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, w szczególności nie stanowi takiego potwierdzenia sformułowanie, że „testy wykonywane wyłącznie na tym analizatorze to HPC#, IG%, IG# Ret He, IPF”, bowiem nie wiadomo jakie analizatory były poddawane ocenie czy były to analizatory wyłącznie producenta Sysmex czy też innych a jeśli tak – to jakich producentów. Skład orzekający zwraca ponadto uwagę na okoliczność, że dokument ten pochodzi z grudnia 2007 roku i nie wiadomo, czy biorąc pod uwagę postęp techniczny w tej dziedzinie określa aktualne dane.

Odwołujący, poza wskazanym dokumentem nie przedstawił żadnych innych dowodów, które choćby uprawdopodobniły okoliczność opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta. Twierdzenia Odwołującego poza wskazaniem na konkretne parametry i oświadczeniem, że wskazują one producenta Sysmex pozostały zatem bez dowodu. Odwołujący nie dowiódł w szczególności, że wskazane w odwołaniu parametry analizatora może spełniać wyłącznie jeden produkt na rynku. Okoliczność, że analizator oferowany przez Odwołującego nie posiada parametrów, wymaganych przez Zamawiającego nie oznacza jeszcze, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający z uwagi na specyfikę prowadzonej działalności wymaga przedmiotu zamówienia o wysokich parametrach technicznych.

Zgodnie z art. 6 kc ciężar udowodnienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta, spoczywa na Odwołującym. Wobec tego, że twierdzenia Odwołującego nie zostały udowodnione, skład orzekający Izby zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i art. 7 ustawy oddalił.

11

Za nie udowodnione należy ocenić zarzuty dotyczące parametrów określonych w 6, 10, 11, załączniku 7B pkt 5, 8, 10, 20, załączniku 7C pkt 2 i 3, załączniku 7D pkt 3, 6, 7, 10. Zdaniem składu orzekającego Izby, wskazane wyżej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, gdyż dotyczą wymagań co do przedmiotu zamówienia, które w ocenie Zamawiającego są niezbędne do uzyskania najlepszych efektów z posiadanych nakładów. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że wymagane przez niego parametry są parametrami koniecznymi w tak wysoce specjalistycznym szpitalu, w którym wykonuje się nie tylko badania rutynowe ale także o charakterze naukowo- badawczym. Dlatego uzasadnione jest również wykonywanie oznaczeń na analizatorze np. HPC czy IG „for reaserch use only”.

Zamawiający wymaga dostarczenia analizatorów o wysokich parametrach technicznych, ale wymóg ten jest podyktowany specyfiką działalności Zamawiającego i charakterem prowadzonych przez niego badań. Istotnie Zamawiający wymaga dostarczenia przedmiotu zamówienia o wysokich parametrach technicznych i jak wykazał w trakcie rozprawy takie wymagania wynikają z jego obiektywnych potrzeb, spowodowanych specyfiką, charakterem i zakresem prowadzonej działalności.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie można odbierać Zamawiającemu prawa do określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewnia realizację jego potrzeb w najszerszym zakresie. Ustawodawca postawił w gestii Zamawiającego prawo do precyzowania cech przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby chronił on jego zobiektywizowany interes i zapewnił uzyskanie najlepszych efektów z posiadanych nakładów finansowych, zgodnie z art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 249 poz.2104).

Z tych powodów wymagania np. co do oznaczania trombocytów metodą optyczną (pkt 10 załącznik 7A) , wykorzystania światła lasera półprzewodnikowego do pomiaru i różnicowania BWC oraz RET (pkt 11 załącznika 7A oraz pkt 10 załącznika 7B) czy zastosowania automatycznego podajnika próbek (pkt 20 załącznika 7B) oraz inne wskazane parametry, biorąc pod uwagę specyfikę i zakres prowadzonych badań przez Zamawiającego, obejmujących nie tylko badania rutynowe ale także naukowo- badawcze należy uznać za uzasadnione i nie naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, z uwagi na brak interesu prawnego w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, skład orzekający Izby oddalił odwołanie, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

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

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, nr 223, poz. 1655 ze zm. Dz. U. z 2008, nr 171, po. 1058) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

13