

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2009 r.

#### Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSC Vioktra Osińska (spr.)

Sędziowie: SSO Dorota Tainrat — Kuheuzuk

SSU Murzenna Ernest

Protokolant: sekr. sądowy Elżbieta Szlachta

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2009 r. w Szczecinie  
oprawy? odwołania Roofoc Diagnostyki Polska Spółki z Ograniczoną odpowiedzialnością w  
Warszawie

przy udziale zaniuwiającego Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa  
Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Szczecinie  
o zamówienie publiczne

na składek skargi wniesionej przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa  
Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Szczecinie  
od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w  
Warszawie z dnia 26 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UPZ 1042/09

#### 1. oddala skargę;

2. zasądza od Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa  
Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Szczecinie  
na rzecz Roche Diagnostics Polska Spółki z ograniczoną  
odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 3617 zł (trzy tysiące sześćset

.... siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w

II Ca 992,119

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2009 r., wydanym w sprawie KfO/LJZ! 1042/09.  
Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w  
punkcie 1. uwzględniła odwołanie wniesione przez Roche Diagnostics Polska Spółkę z  
ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa S.P.Z.O.Z. w Szczecinie protestu z dnia 6 lipca 2009 r. i nakazała Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób następujący:

- 1) zastąpienie obecnej treści punktu III. 1) ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 3. Ul. specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującą treścią: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA IMW wraz z wymaganymi kontrolnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej - dla 50 (100 donacji).”
- 2) zastąpienie obecnej treści punktu 1.1.1. 1.41.1 ogłoszenia o zamówieniu i punktu 3.1.1.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia następującą treścią: „Ilość zamawianych odczynników powinna wystarczyć na wykonanie badań zwalniających 50 000 (t donacji, po uwzględnieniu wymaganych kontroli kalibratorów itp. np. pułtówrek. Pierwsza dostawa w miesiącu wrześniu 2009 r., następnie sukcesywnie do pot rzezi zgłaszanych pisemnie.”
- 3) zmianę formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez zastąpienie wyrażenia „dla 50 (HJÓ badań””, wyrażeniem "dla badań zwalniających 50.000 donacji"

ożliż dostosowanie pozostałych postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia do powyższych zmian.

W punkcie 2. Krajowa Izba Odwoławcza kosztami postępowania obciążyła Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwi n lecnictwu S.P.Z.O.Z. w Szczecinie i nakazała:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty<sup>1</sup> w<sup>1</sup> wysokości 4 574 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Rnche Diagnostic e Polska Spółkę z ogranicz/orią odpowiedzialnością w Warszawie,
- 2) dokończyć wpłaty kwoty S 174 zł przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i K/jw mlecznie Lwa S.P.ZrO.Z. w Szczęcinie na rzecz IsocJie Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, stanowiącej uzi- jsyUnione koszty strony poniesione z i/y.ulu ko-szłóW' postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokończyć zwrotu kwoty 11)426 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Rnche Diagnostics Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w \_ Warszawie.

W uzasadnieniu wyroku wskazano, iż odwołujący się Wykonawca posiada interes prawny w żądaniu modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia bo wiem wobec wymagań Zamawiającego, do tyczących pr«dmiv(u zamówienia,

naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; nie jest możliwy ciekły wny udział w postępowaniu, a tym samym ■ udzielenie mu zamówienia.

Krajowa izba Odwoławcza podniosła, iż Zamawiający pierwotnie opisu) przedmiot zamówienia, wskazując mu wymóg „pojedynczej donacji”<sup>1</sup>, a odczynniki miały być dostarczone dla 5(1 000 dojtacji. Następnie w<sup>1</sup> dniu 30.00,2009 r. zmienić) przedmiot umowy na następujący: „Dostawa odczynników py/.wulających na równoczesne wykrycie materiału geodycznego 1 rzech w i rasów RN A Lii V-KN.\ HCY-DNA HBV obejmująca wymagane kontrole z dostawą materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych, oraz dzieżawa urządzeń konieczny cli dn wykonania badań metodami biologii molekularnej - dla 50 000 badań." W kontekście okoliczności wykazanych przez odwołującego w<sup>1</sup> toku poprzedniego postępowania odwoławczego, określenie liczby badań, a nie ilości donacji, w sposób oczywisty preferuje wykonawcę oferującego metodę badania w pojedynczej donacji (przy założeniu, że w tej metodzie 1 badanie = 1 donacja). Ponadto pojęcie „badanie” a nie pojęcie „donacja”<sup>1</sup> jest pojęciem niejednoznacznym. Trzy tak ogólnym rozumieniu słowa „badanie” można tym pojęciem określić nawet pełny proces przebadania puli fi donacji aż do wykrycia, w której próbce znalazł się wirus, i ewentualnie jaki. Natomiast wątpliwości Lakich nie

budziło pojęcie „donacja”, które odpowiada pojedynczej próbce pobranej od konkretnej osoby (przy czym nie ma znaczeń „pacjent”, czy „dawca”<sup>11</sup>). Z tych przyczyn, użycie w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia określenia „50 000 donacji”<sup>11</sup>, KIO uznała za prawidłowe, zrozumiałe i pozwalające na złożenie porównywalnych ofert, natomiast określenie w ogłoszeniu i SIWZ po zmianie „50 000 badań” w jej ocenie powoduje, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny, a oferty<sup>7</sup> złożone na „badania” byłyby nieporównywalne. Istotą przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest przeprowadzenie badań określonej liczby donacji, w celu ustaleniu, czy uje znajduje się w nich jeden z trzech wirusów (tzw. zwolnienie donacji), a nie samo przeprowadzanie badań.

W przedmiocie kosztów postępowania Krajowa Izba Odbwoławcza otzeka na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skargę od powyższego wyroku wywiódł Zamawiający, który zaskarżył go w całości i wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie protestu w całości i zasądzenie od Rycha Diagnostyka Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą, w Warszawie na rzecz skarżącego kosztów postępowania. W tym kosztów zastępstwa procesowego.

Skarżący zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż użycie w przedmiocie zamówienia pojęcia „badania” zamiast pierwotnego pojęcia „donacje” w sposób oczywisty preferuje wykonawcę oferującego metodę badania w pojedynczej donacji - podczas gdy użycie przez Zamawiającego w przedmiocie zamówienia pojęcia „badania” ma na celu takie określenie przedmiotu zamówienia, które pozwoli na uniknięcie nierównego, niekonkurencyjnego traktowania potencjalnych wykonawców, to już pozwoli na uniknięcie zwrócenia uwagi na wykończenie usługodawcy posługującego się metodą badania w pojedynczej donacji i w stosunku do wykonawców korzystających z metody badania w postaci błęd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, wbrew stanowiaku Zamawiającego, iż pojęcie „donacja” jest pojęciem precyzyjnym, w przeciwieństwie do wieloznacznego pojęcia „badanie”, pojęcie „donacja”<sup>11</sup> jest niewątpliwie odpowiada pojedynczej próbce pobranej od konkretnej osoby, a w konsekwencji, błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż określenie w ogłoszeniu i SIWZ po zmianie „50.000 badań” powoduje, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny, a oferty złożone przez różnych wykonawców na te „badania” byłyby nieporównywalne; błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż wyrażenie zawarte w formularzu oferty „dla 50.000 badań”<sup>11</sup> może zostać zastąpione formułą „dla badań zwalniających 50.000 (1 donacji)”, stanowiący wynik błędnego zrozumienia pojęcia „zwolnienie donacji”.

W uzasadnieniu skargi podniósł, iż Przewodniczący posługuje się pojęciem „zwolnienie donacji” w niewłaściwy sposób. Do zwolnienia donacji potrzebne są następujące wyniki badań: HBsAg, anti-HCV, anti-1 HCV L2 (wykonane metodami immunologicznymi), DNA HBV, RNA HCV, RNA HCV (wykonane metodami biologii molekularnej) i przeciwciała odporności owej do wszystkich układów grupowych krwi. W związku z powyższym, uzyskanie jedynie wyników badań metodami biologii molekularnej, nie skutkuje zwolnieniem donacji.

## Sąd Okręgowy zważył, co następuje;

Skarga Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż ocena wiarygodności i mocy dowodów nie wykracza poza określone ramy art. 138 ust. 7 ustawy dn. 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i jedn. Ust. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm. zgodnie z którym Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie nie dostrzegł zaś by Izba uchybiła zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego i zawodowego, co jedynie mogłoby być przeciwstawione uprawnieniu do dokonywania swobodnej oceny dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia

zebranego materiału.

NatorTsias| Zamawiający wykazuje w kolejnych postępowaniach prowadzonych niemalże w tym samym przedmiocie brak konsekwencji w swoich działaniach i wypowiedziach. Dostrzec należy, iż w pierwotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 29 listopada 2007 r. zamawiający wielokrotnie: określał jako przedmiot zamówienia dostawę odczynników „dla 50.000 donacji”<sup>1</sup> (podkr. - 30). Wskazywał także, iż „ilość żarna wkutych odczynników powinna wystarczyć na wykonanie badań zwalniających 50.000 donacji, a tak że, iż „olecrowEinc odczynniki i urządzenia konieczne do wykonywania badań powinny umożliwiać (...) zwolnienie ok. 300 donacji dziennie” (podkr. - 30). Tym samym, zarówno pojęcie „donacji” jak i „zwolnienia donacji” były w poprzednim postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą jak i przed Sądem Okręgowym w Szczecinie w sprawie II Cu 1 77d/9 rozumiane jednoznacznie, nie budziły kontrowersji, ani tym bardziej sporu między stronami. Zakres zmian nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. i podtrzymanych wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r. nie ingerował w powyższe fragmenty ogłoszenia oraz s.i.w.z., a zatem brak było potrzeby i podstaw do ich zmiany po ogłoszeniu zamówienia. Tymczasem Zamawiający, oprócz uwzględnienia zmian koniecznych z punktu widzenia w. orzeczeń, bez wykazania w niniejszym postępowaniu jakiegokolwiek ku temu konieczności, dodatkowo z. h i a p i ł dołychczasową terminologię dotyczącą przedmiotu zamówienia, innymi sformułowaniami, czym ponownie, po usunięciu poprzednich usterek, wywołał wątpliwość co do zgodności zapisanego zamówienia z regulacjami ustawowymi, a tym samym naruszył dyspozycję art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie skarżący szczegółowo opijał, dlaczego - jego zdaniem - pojęcie „donacji” jest nieprecyzyjne, a „zwolnienie donacji” wręcz nieprawidłowe, pomimo użycia tych sformułowań przez siebie w poprzednim brzmieniu dokumentów zamówienia, a niekonsekwencja. powodująca jedynie przewlekanie procedury przetargowej, w sposób uzasadniony może wywołać podejrzenia u prosiącego, iż podmiot zamawiający jest zainteresowany w kontynuowaniu zamówień z wolnej ręki u potencjalnego konkurenta u o l e r l o w e g o.

Rozważając zarzuty skarżącego z punktu widzenia merytorycznego, nie sposób uznać ich za słuszne. Jak wykazał protestujący, określenie przedmiotu zamówienia jako dostawy odczynników koniecznych dla wykrycia materiału genetycznego wirusów dla określonej ilości donacji jest powszechnie stosowane w procedurach przeprowadzanych przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa na terenie Fobki, Cu więcej, powyższą terminologią posługiwał się także skarżący zawierając poprzednio umowę dostawy odczynników z dnia 20 grudnia 2000 r. Można tym samym dojść do przekonania, iż nazewnictwo w | armie „donacja” oraz „zwolnienie donacji” prawidłowo funkcjonuje w obrocie prawnym, co istotne, w branży krwiodawstwa, w której działają zamawiający i protestujący. Natomiast zastosowana przez skarżącego terminologia ilości „badania” jest nie tylko wieloznaczna, ale wręcz, jak to dostrzegła Krajowa Izba Odwoławcza, o l w a r c i e dyskryminuje protestującego, którego metoda badawcza polega co do zasady na jednoczesnym zwolnieniu n próbek krwi w trakcie jednego badania. Brak jest zatem porównywalności pomiędzy potencjalnymi ofertami, jeżeli przeciwnik ofertowy dysponuje technologią zwalniającą jedną próbkę krwi w trakcie pojedynczego badania. Tym samym ilość 50.000 „badań” może zwolnić u protestującego nawet 300.000 donacji, zaś u ewentualnego przeciwnika, jedynie 50.000. Badanie w tym sensie należy uznać za równoważne terminowi „Lupa” używanemu m.in. we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do s.i.w.z. z dnia 25 czerwca 2009 r. Stosownie zaś do treści art. 29 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem skarżący, mając wiedzę co do dwóch obecnych na rynku metod badań, co wynika chociażby z przebiegu poprzedniego postępowania odwoławczego, sformułował w wyniku zamówienia z poanięciem tej podstawowej okoliczności, mającej istotny wpływ na przygotowanie oferty i możliwość jej porównania z ofertą przyjmującą inną metodę, /godnie zaś / . n s i - 2 powołanego artykułu 29 , przedmiotu zamówienia nie mógłby opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak się powszechnie przyjmuje w<sup>7</sup> orzecznictwie organów odwoławczych, po stronie wykonawcy wystarczy j c i t y nie uprawdopodobnienie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą

konkurencję (tak m.in. wyrok KTO z dnia 24 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 466/O9j KIOdJZP 4&Ó/09). Po stronie wykonawcy, leży tym samym obowiązek jedynie uprawdopodobnienia, iż warunki udziału stwarzają nierówne reguły konkurencji, nie zaś ścisłego udowodnienia tego faktu. Tym kontekście podkreślić po raz kolejny trzeba, iż pojęcia użyte przez Autora do sformułowania przedmiotu zamówienia nie tyle utrudniają, co eliminują porównywalność ofert a tym samym potencjalną konkurencję pomiędzy oferentami. Ztymuwiłoby poproszony przez, protestującego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielił odpowiedzi wymijającej, nie odnoszącej się do sedna zapytania.

Co prawda, obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Nie jest także konieczne zapewnienie zdolności realizacji zleconej przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży (por. Paweł Cieranek *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck 2009, s. 136-137). Kwestionowany opis przedmiotu zamówienia musi znajdować jednakże uzasadnienie w wykazanych potrzebach zamawiającego. Tymczasem argumentacja przedstawiona przez skarżącego w niniejszym postępowaniu nie jest przekonująca, ograniczając się do polemiki terminologicznej. Wskazanie, iż Protestujący posługuje się dwoma znaczeniami słowa „donacja” jest bez znaczenia, skoro z użycia słowa w kontekście wypowiedzi jednoznacznie wynika, które ze znaczeń ma zastosowanie. Jednocześnie skarżący podniósł, iż zdarza się przeprowadzanie badań bez związku z donacją, np. badań weryfikacyjnych u dawcy. Podkreślić jednak należy, iż sposób określenia przedmiotu zamówienia jedynie ilościowego rozmiaru zamówienia, tym wypadku na 50.000 donacji, nie ogranicza w żaden sposób celów, w jakich wykorzystane będą dostarczone materiały i urządzenia. Istotne jest, iż Zamawiającego oraz Oferentów, że ich ilość wystarczyć musi potencjalnie na przebadanie 50.000 donacji. Czy całość odczynników zostanie w ten sposób wykorzystana zależy już od Zamawiającego, związanego określonymi przepisami i zasadami postępowania. Nie jest to jednak okoliczność istotna dla oferentów i z tego względu przedstawienie tegoż argumentu w niniejszym postępowaniu jest bezcelowe.

Skarżący kwestionował także użycie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej terminu „zwolnienie donacji” podnosząc, iż uzyskanie jedynie wyników badań metodami biologii molekularnej, nie skutkuje zwolnieniem donacji, gdyż konieczne jest przeprowadzenie także innych badań metodami immunologicznymi. Pomijając już omówioną wyżej okoliczność, iż pojęcie „zwolnienia donacji” jest powszechnie stosowane w zamówieniach udzielanych przez Centrum Krwiodawstwa, a także posługiwał się nim sam Zamawiający w poprzedniej wersji dokumentów zamówienia zważyć trzeba, iż logiczne rozumienie „zwolnienia donacji” jeżeli badanie zostało przeprowadzone jedynie metodą biologii molekularnej w zakresie RNA-HIV, RNA-HCV i DNA-HBV oznaczać musi zwolnienie donacji jedynie w tym zakresie. Powyższa interpretacja użytych w sentencji zaskarżonego wyroku sformułowani powinni być oczywista nawet dla rozsądnego rozumującego laika, a tym bardziej dla podmiotów działających w branży krwiodawstwa. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego, brak było potrzeby doprecyzowania pod tym względem sentencji kwestionowanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Tym bardziej nie może zasługiwać na aprobatę Sądu zadanie Zamawiającego, który zarzucając orzeczeniu KJO, iż jest niewystarczająco drobiazgowo, pragnie uchylecia zaskarżonego wyroku i pozostawienia w dokumentach zamówienia zapisów rażąco niejednoznacznych, wywołujących oczywiste wątpliwości co do uczciwego przebiegu procedur wyłonienia wykonawcy.

Mając powyższe rozważania na uwadze, Sąd Okręgowy w Szczecinie w punkcie 1. sentencji i wyroku oddalił skargę lutem art. 194 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W przedmiocie kosztów postępowania orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 194 ust. 2 i art. 398 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mając na uwadze, iż na koszty postępowania należne przeciwnikowi od zamawiającego złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 6.000 zł oraz 17 zł opłaty pełnomocnictwa. Wysokość wynagrodzenia Sąd Okręgowy ustalił na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.

sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego ? urzędu (Dz. U. Kr 163. jioz. 1349 zc zm).