Sygn. akt KIO/UZP 695 /09

WYROK
z dnia 16 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Sylwester Kuchnio**

Członkowie: **Izabela Kuciak**
Emil Kuriata

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOT Laboratories Poland Sp. z o. o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony, 71-455 Szczecin, ul. Arkońska 4** protestu z dnia **6 maja 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ABBOT Laboratories Poland Sp. z o. o., 02-676 Warszawa ul. Postępu 18A** 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 **ABBOT Laboratories Poland Sp. z o. o., 02-676 Warszawa ul. Postępu 18A;**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 599zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **ABBOT Laboratories Poland Sp. z o. o., 02-676 Warszawa ul. Postępu 18A,** na rzecz **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony, 71-455 Szczecin, ul. Arkońska 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **ABBOT Laboratories Poland Sp. z o. o., 02-676 Warszawa ul. Postępu 18A.**

U z a s a d n i e n i e

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony z siedzibą w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa wyrobów laboratoryjnych i/lub odczynników wraz z dzierżawą analizatorów/sprzętu dla SPWSZ przy ul. Arkońskiej 4 w Szczecinie.
W dniu 24.04.2009 r. zamawiający umieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na własnej stronie internetowej.

W dniu 06.05.2009 r. ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniosła **protest** dotyczący części (pakietu) 24 siwz.

W proteście zarzucono, iż zamawiający formułując oprotestowane postanowienia siwz naruszył następujące przepisy prawa:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2. naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję;
3. naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez 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 poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;
5. naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
6. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;
7. w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo -skutkowego spowodowałoby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa;
8. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.
9. Takowe działanie Zamawiającego stanowią jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997, która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, iż zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do przestrzegania wszystkich obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych i innych ustaw opisanych w *petitum* pisma.

W przedmiotowym postępowaniu naruszenie taksatywnie opisanych przepisów polegało na umieszczeniu w SIWZ warunków koniecznych i ocenianych dla testów i dla aparatu (załącznik nr 24A i 24B), które to dopuszczają do postępowania tylko jednego wykonawcę obecnego na rynku polskim natomiast uniemożliwiają uczestnictwo dostawcom, którzy również mogą wykonać to zadanie natomiast, których aparatura i testy posiadają inną (ale nie gorszą i nie rzutującą na jakość wykonywanych badań) aparaturę i testy.

W ślad za powyższym stwierdzeniem, protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13 w/w ustawy, co oznacza, że Zamawiający tak sformułował opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej (wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert), że w sposób absolutnie nieuzasadniony doprowadza do wskazania wykonawcy z którym chce podpisać umowę i to jeszcze przed momentem złożenia ofert! Proste porównanie pozostałych części (pakietów) niniejszego postępowania, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena pozwala z całą stanowczością sformułować taką tezę. Oczywiście Zamawiający zawsze będzie twierdził, że wybór kryteriów oceny ofert jest jego prawem i ma co do tego dowolność, niemniej nie powinien on wykorzystywać swojego prawa w ten sposób, że gwałci zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równości albowiem wynik punktowy z tego kryterium może przynieść udzielenie zamówienia tylko jednemu wykonawcy. Dlatego wprowadzenie drugiego kryterium w tym konkretnym przypadku możemy nazwać "grą dla stwarzania pozorów". Praktyka taka stanowi czyn obejścia prawa, jest sprzeczna z prawem i zasadami współżycia społecznego i winna zostać zmieniona poprzez zmianę tego kryterium (jego wykreślenie) czemu na drodze nie stoi obecnie uchylony art. 38 ust. 5 ustawy lub winna zostać zmieniona w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji i równości pomiędzy podmiotami, posiadającymi w pełni porównywalny asortyment jaki może być wykorzystany dla zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.
Ergo poniższe punkty specyfikacji istotnych warunków zamówienia tendencyjnie i wyraźnie określają jedynego dostawcę, który może spełnić te warunki:
1. zestawienie warunków koniecznych aparatu z zadania 24:
a) monitorowanie ilości wykorzystanych odczynników i materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu

oraz poprzez:
2. zestawienie parametrów testów diagnostycznych do oceny jakości z zadania nr 24
a) dla testu RNA HCV ilościowo
-Enzymatyczny system zabezpieczający przed Kontaminacją
-Wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej

b) dla testu DNA HBV ilościowo
-Enzymatyczny system zabezpieczający przed Kontaminacją
-Wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej

c) dla testu RNA HN-l ilościowo
-Enzymatyczny system zabezpieczający przed Kontaminacją

-Wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej

d) dla testu RNA HCV jakościowo
-Enzymatyczny system zabezpieczający przed Kontaminacją
-Wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej

dopuścił do postępowania tylko jednego wykonawcę, albowiem ww. parametry w przedstawionej konfiguracji spełnia wyłącznie jedna firma.
Tym samym Zamawiający uniemożliwił uczestnictwo oferentom, którzy również mogą wykonać to zadanie jednak, którzy posiadają inną, ale nie gorszą i nie rzutującą na jakość wykonywanych badań, aparaturę i testy.

Wobec powyższego protestujący zażądał zmian zapisów w tabeli warunków koniecznych w następujących punktach:

- Kontrola ilości wykorzystanych materiałów zużywalnych na pokładzie aparatu do automatycznej izolacji próbki

oraz, zmiany zapisów w zestawieniu parametrów diagnostycznych do oceny jakości odpowiednio w następujących punktach dla testów RNA HCV ilościowo; DNA HRV ilościowo, RNA HIV-l ilosciowo, RNA HCV jakościowo:

- System zabezpieczający przed kontaminacją enzymatyczny, mechaniczny bądź inny
- System zapewniający kontrolę ewentualnej inhibicji reakcji PCR oraz system zapewniający prawidłowość ilościowej oceny badanego wirusa.

Dodatkowo protestem objęto odpowiedzi na zapytania wykonawców (pismo z dnia 30 kwietnia 2009 r.) doręczone protestującemu w dniu 05 maja 2009 r. A mianowicie zażądano dopuszczenia firmy Abbott do wykonania zadania nr 24.
Protestujący podniósł, iż nie widzi logicznego uzasadnienia decyzji Zamawiającego, który w SIWZ dopuszcza analizator używany (starszy niż AD 2007) do badań jakościowych w ilości 1800 badań na 24 miesiące, jednocześnie naruszając zasadę równości i nie dopuszczając do uczciwej konkurencji przez brak zgody na zaoferowanie analizatora używanego starszego niż 2007 do wykonywania testów CMV o znacząco niższej ilości bo tylko 400 badań na 24 miesiące. Przez odpowiedź przecząca na zadane pytanie Zamawiający wyraźnie preferuje konkretnego wykonawcę zadania uniemożliwiając uczciwą konkurencję.
Wobec powyższego zażądano modyfikacji siwz w jeden z alternatywnie podanych sposobów:

- wyłączenie CMV z zadania 24 i objęcie go osobnym zadaniem

• dopuszczenie używanego analizatora na który zwalidowane są testy CMV, rok produkcji, nie starszy niż 2005
• dopuszczenie testów CMV bez znaku CE przeznaczonych do badań naukowych (RUO)

Brak modyfikacji SIWZ pociąga za sobą skutek w postaci obowiązku unieważnienia postępowania albowiem niemożliwe jest zachowanie zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu i złożenie porównywalnych ofert.

W związku z opisanymi okolicznościami protestujący wniósł o:

1. modyfikację SIWZ poprzez dopuszczenie zapisów pozwalających na uczciwą konkurencję w sposób opisany powyżej;
2. ewentualnie jeżeli Zamawiający uzna, że niemożliwym jest zadośćuczynienie żądaniu w sposób powyżej opisany to wnioskujemy o unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 18.05.2009 r. zamawiający doręczył protestującemu pismo informujące o rozstrzygnięciu protestu w następujący sposób:
• uwzględniono protest w zakresie żądania zmiany warunku koniecznego aparatu;
• oddalono protest w pozostałej części.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono, iż zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z poszanowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. SIWZ została sporządzona w dobrej wierze, w sposób umożliwiający złożenie oferty wielu wykonawcom, aby można było wyłonić propozycję najkorzystniejszą dla Szpitala. W tym celu Zamawiający m.in. zminimalizował ilość warunków bezwzględnie wymaganych, nie mnożąc przeszkód dla potencjalnych oferentów.
Jednocześnie swoje oczekiwania w stosunku do testów do diagnostyki molekularnej, czyli parametry które uważa za szczególnie przydatne na podstawie swoich dotychczasowych doświadczeń, Zamawiający zawarł w grupie przewidzianej do oceny jakości. Podkreślić należy, że kryterium "jakości" Zamawiający przyznał tylko 10% wagi. Mając na uwadze znaczny koszt produktów zamawianych w ramach zadania 24 decydujące znaczenie przy wyborze przypadło "cenie" (90%).
W związku z powyższym Zamawiający w całości odpiera i nie zgadza się z ogólną tezą zawartą w proteście, iż postępowanie prowadzi ze wskazaniem na konkretnego wykonawcę,

wykorzystując swoje prawa w sposób naruszający konkurencję. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a w myśl ust. 2 tego artykułu - kryteriami oceny ofert są cena, albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne. W świetle tych przepisów nie mają podstaw żądania Protestującego modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie zestawienia parametrów diagnostycznych do oceny jakości. Tym bardziej, że Protestujący nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu na rzecz zmiany, której się domaga.
Enzymatyczny system zabezpieczający przed kontaminacją jest dodatkowym zabezpieczeniem w porównaniu do mechanicznego systemu ochrony przed kontaminacją, który powszechnie uznaje się za minimalny standard. Stąd Zamawiający chcąc zapewnić maksymalną ochronę przed wynikami fałszywie dodatnimi umieścił ten parametr w warunkach ocenianych. Protestujący nie sprecyzował jaki "inny" system ochrony, poza enzymatycznym i mechanicznym, mógłby zostać zaoferowany oraz nie wykazał, że byłby on przynajmniej tak samo efektywny jak system enzymatyczny. Dlatego Zamawiający nie może przystać na propozycję Protestującego, bowiem ta stwarza ryzyko dodatkowej punktacji, a przez to wyższej ceny, za właściwości z których nie będą wynikały zakładane efekty.

Wewnętrzny standard ilościowy dla każdej próbki badanej jest systemem umożliwiającym otrzymanie indywidualnej krzywej standardowej dla każdej próbki badanej oddzielnie, co wpływa pozytywnie na jakość i dokładność otrzymywanych wyników. Parametr ten został przez Zamawiającego umieszczony w warunkach ocenianych ponieważ stosowanie wewnętrznego standardu ilościowego niesie za sobą korzyści w porównaniu do innych systemów ilościowej oceny wyników.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w stosunku do "Zestawienia warunków koniecznych dla aparatu" Zamawiający, zgodnie z założeniami które omówiono na wstępie uzasadnienia, uwzględnia żądanie zmiany poz. 7 tabeli, zestawienie warunków koniecznych dla aparatu - Monitorowanie ilości wykorzystanych odczynników i materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu i dokona modyfikacji SIWZ w tym zakresie w ten sposób, że parametr otrzyma brzmienie: „Monitorowanie ilości wykorzystanych materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu”.

Odnośnie żądania modyfikacji do zapisów w załączniku nr 24A poz. 2 w zakresie dopuszczenia używanego analizatora na który zwalidowane są testy CMV, rok produkcji, nie starszy niż 2005 Zamawiający wyjaśnia, że w dniu 28.04.2009 r. wpłynęło zapytanie o treści: "Skoro Zamawiający do badań jakościowych, które w tym przypadku stanowią testy RNA

HCV w znamiennej liczbie do aż 2800 testów na 24 miesiące, dopuszcza analizator który nie musi być fabrycznie nowy, dopuści do badań CMV analizator z roku 2005, które to badania stanowią jedynie 400 oznaczeń na 24 miesiące?", na które w dniu 30.04.2009 r. Zamawiający odpowiedział w sposób następujący: "Zamawiający nie wyraża zgody".
W treści protestu podniesiono, że zdaniem Protestującego nie ma żadnego logicznego uzasadnienia dla decyzji Zamawiającego, polegającej na tym, że w SIWZ dopuszcza się analizator używany starszy niż 2007 r. tymczasem konsekwentnie zarówno w SIWZ jak i w późniejszych wyjaśnieniach Zamawiający oczekuje wyłącznie fabrycznie nowego analizatora, wyprodukowanego jednak nie wcześniej niż w 2007 r. (tzn. że może być wyprodukowany w latach 2007-2009 i nie może być w tym czasie używany). W związku z tym Zamawiający odmawia zmiany postanowień poz. 2 powyższej tabeli w taki sposób jak tego żąda Protestujący. Badania ilościowe stanowią zdecydowaną większość w ramach zadania 24, stąd stanowisko Protestującego jest niezrozumiałe. Nie ma podstaw do narzucania Zamawiającemu zakupu towarów używanych. Decyzja w tym zakresie należy do Zamawiającego, i żaden przepis prawa nie ogranicza Zamawiającego w tej swobodzie. Zamawiający podtrzymuje brzmienie siwz w tym zakresie.

Ponadto, nie można zgodzić się na wyłączenie CMV z zadania 24, ani na dopuszczenie testów CMV bez znaku CE przeznaczonych do badań naukowych (RUO). Badania CMV wykonywane jest w tej jednej pracowni. Zważyć również należy, że testy CMV będą przeznaczone do diagnostyki medycznej pacjentów. Zakłady opieki zdrowotnej nabywają i stosują wyroby medyczne odpowiadające wymaganiom ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 ze zm.). Stosowanie odczynników naukowych (RUO) do diagnostyki Cytomegalowirusa (CMV) nie jest możliwe ponieważ zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych należą do wykazu B ze względu na ryzyko dla pacjenta związane z ich zastosowaniem. Ustawa o wyrobach medycznym nakłada obowiązek zgłoszenia odczynników z wykazu A i B do Rejestru Wyrobów Medycznych. Zamawiający nie może narażać pacjentów na ryzyko związane ze stosowaniem odczynników do badań naukowych RUO.

ODWOŁANIE
Protestujący w dniu 26.05.2009 r. wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.
W odwołaniu podtrzymano i powtórzono wszystkie ustalenia, argumenty i zarzuty protestu. Dodatkowo podniesiono, iż rozstrzygnięcia protestu nie sposób podzielić. W szczególności Zamawiający obrał linie obrony twierdząc, że "taki a nie inny" opis przedmiotu zamówienia jest jego prawem nie podejmując nawet wątpliwości, że może w tym konkretnym przypadku

tendencyjne nagromadzenie zakwestionowanych elementów ogranicza uczciwą konkurencję. Określenie przetarg publiczny jest zatem w tym przypadku nadużyciem.
W odniesieniu do wykazania interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazano, iż działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z prawem ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana lub wykreślenie kwestionowanych zapisów pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu/odwołującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzuty protestu i odwołania są niezasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.
W pierwszej kolejności Izba rozważyła zarzuty i postulat związane z postanowieniami siwz dotyczącymi warunków koniecznych dla aparatu do przeprowadzania testów.
Nie budzi wątpliwości, iż protestujący przedstawił wyraźne żądanie zmodyfikowania postanowień siwz w zakresie wiersza 7 tabeli „Zestawienie warunków koniecznych dla aparatu” poprzez zastąpienie wymagania „monitorowanie ilości wykorzystanych odczynników i materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu” na wyrażenie „Kontrola ilości wykorzystanych materiałów zużywalnych na pokładzie aparatu do automatycznej izolacji próbki”. Natomiast zamawiający deklarując uwzględnienie protestu w tym zakresie dokonał modyfikacji siwz odmiennej od postulowanej. Mianowicie wprowadził zapis w brzemieniu: „Monitorowanie ilości wykorzystanych materiałów zużywalnych znajdujących się na pokładzie aparatu”. W związku z różnicami w treści zapisów postulowanych i wprowadzonych, odwołujący miał prawo kwestionować tego typu rozstrzygnięcie protestu, w którym nie uwzględniono jego wyraźnie sformułowanych żądań. Decydujące znaczenie ma tu porównanie literalnego brzemienia ww. zapisów, które jednoznacznie wskazuje na różnice w treści i zakresie postulowanego i wprowadzonego wymogu. Bez znacznie pozostają

wyobrażenia zamawiającego na temat domniemanych intencji czy zamiarów odwołującego w trakcie dalszego postępowania. Izba uznaje, iż protestujący przyjął właściwą drogę złożenia odwołania od niezgodnego z jego żądaniami rozstrzygnięcia protestu – nie musiał składać ponownego protestu na zmodyfikowane zapisy siwz.

Żądania i argumentacja odwołującego w tym przedmiocie nie znalazły jednak, w ocenie Izby, merytorycznego potwierdzenia. Z przedstawionych w trakcie rozprawy przez zamawiającego informacji wynika, iż wymagania tego rodzaju znajdują uzasadnienie w konieczności zabezpieczenia prawidłowego przebiegu badań i prac prowadzonych przy pomocy dzierżawionego sprzętu.

W ocenie Izby niezależnie od ilości aparatów przy pomocy których wykonywane będą testy diagnostyczne lub zapewniane będą ich wymagane w siwz funkcjonalności, zamawiający ma prawo wymagać aby każdy ze stosowanych aparatów umożliwiał monitorowanie stanu czy ilości zużywanych i znajdujących się na pokładzie aparatu materiałów. Nie budzi wątpliwości, iż tego typu funkcjonalności urządzeń pozwalają użytkownikom na bezpieczniejsze i bardziej komfortowe wykonywanie badań związane ze stałą dostępnością informacji na temat ilości stosowanych materiałów eksploatacyjnych, monitoringu ich zużycia i stanu zapasu. Próbę narzucenia zamawiającemu rozwiązań ograniczających tego typu monitoring/kontrolę jedynie do materiałów używanych w aparacie do automatycznej izolacji kwasów RNA należy uznać za żądanie, które nie znajduje oparcia w przepisach ustawy.

Reasumując, stwierdzić należy, iż żądanie monitoringu wszystkich materiałów eksploatacyjnych zużywanych przez aparaty w trakcie badań (zarówno wymienione w wierszu 3 jak i 4 ww. tabeli) jest wymaganiem uzasadnionym z punktu widzenia komfortu i bezpieczeństwa prowadzonych czynności laboratoryjnych. Fakt, iż badania mogą być prowadzone również bez tego typu zabezpieczeń wymaganych przez zamawiającego (co nakładałoby na zamawiającego konieczność ponoszenia ryzyka związanego z wyczerpaniem materiałów w trakcie badań) nie przesądza o niemożliwości ich wymagania jako elementu podnoszącego ich bezpieczeństwo. W przypadku przyjęcia przeciwnego stanowiska, zamawiający mogliby *de facto* dokonywać zakupów jedynie rozwiązań najprostszych, gwarantujących wykonanie podstawowych celów zamówienia, pozostając bez szans na uzyskanie rozwiązań zapewniających szerszą funkcjonalność, większe bezpieczeństwo pracy, szybkość, moc,... etc. Natomiast o niedopuszczalności tego typu żądań, a właściwie o mającym przejawiać się w ten sposób ograniczaniu konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie przesądza sam fakt, iż rozwiązania oferowane przez odwołującego ich nie spełniają, natomiast w pełni spełnia je oferta rynkowa jednego z jego konkurentów. Powyższe może dowodzić braków w ofercie protestującego, a nie ograniczenia konkurencji poprzez celowe preferowanie jednego, a ograniczanie dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Jak wskazano powyżej stawiane wymagania są uzasadnione

potrzebami zamawiającego i jako takim nie można im z góry, bez stosownych dowodów, przypisać, iż służą jedynie do zapewnienia wyboru oferty z góry określonego wykonawcy. Udowodnienie niedopuszczalnego ograniczenia konkurencji poprzez wprowadzenie tego typu zapisów, którego ciężar spoczywa na odwołującym, powinno polegać na wykazaniu ofert innych wykonawców obecnych na danym rynku, które nie spełniają podwyższonych wymagań zamawiającego, co uprawdopodobniłoby tezę o sprzecznym z ustawą celu wprowadzenia przez zamawiającego danych zapisów siwz. Tylko jednoznaczne wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia preferuje jednego wykonawcę kosztem pozostałych (bynajmniej nie wszystkich, ale przynajmniej ich reprezentatywnej grupy) uprawnia do stwierdzenia, że zamawiający w sposób niedopuszczalny dla procedury otwartej, ograniczył dostęp do wykonania zamówienia.

Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie innych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż wymagane opisem przedmiotu zamówienia rozwiązania, muszą być w równym stopniu „wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców, jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta" aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. Natomiast tego typu okoliczności, co wielokrotnie wyżej i niżej zostało podkreślane – nie zostały udowodnione. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia mają mniejsze szanse lub nie będą mogły uzyskać zamówienia. Wykonawcy nie mogą narzucać zamawiającemu kształtu jego zamówień, czy też decydować, czego zakupić nie może, tylko ze względu na fakt, iż opis przedmiotu zamówienia jest niedostosowany do specyfiki i rodzaju ich oferty.

Jak zostało wyżej podkreślone, fakt niedopuszczalnego w świetle art. 29 ust. 2 ustawy ograniczenia konkurencji w rozumieniu dostępności do jego wykonania szerszemu kręgowi wykonawców (nie tylko odwołującemu) albo takie ukształtowanie postanowień siwz, które jednoznacznie przesądzają o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, w żaden sposób nie zostały wykazany. W odwołaniu znalazła się jedynie deklaracja, iż tylko produkty jednej firmy spełniają wymagania zamawiającego. Wobec równie gołosłownych deklaracji zamawiającego, iż na rynku europejskim, do którego dotrze ogłoszenie opublikowane w DZUUE, jest wielu producentów oferujących aparaty z rozwiązaniami tego typu, Izba kierując się ogólną zasadą spoczywania ciężaru dowodu na stronie wywodzącej z powoływanych okoliczności skutki prawne, uznała, iż nie zostało udowodnione jakoby przez wymóg obowiązkowego monitoringu materiałów używanych na

aparatach w trakcie badań zamawiający ograniczył krąg wykonawców do tylko jednego podmiotu. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę rozległość europejskiego rynku oraz fakt, że kwestionowana funkcjonalność nie jest rozwiązaniem szczególnie skomplikowanym, okoliczność, iż występuje w aparatach tylko jednej firmy jest mało prawdopodobna.
Izba nie podziela tu stanowiska odwołującego, iż przeprowadzenie dowodu, że dany opis przedmiotu zamówienia umożliwia złożenie oferty przez tylko jednego wykonawcę, jest niemożliwe, gdyż wymagałoby tu przedstawienia i porównania wszystkich produktów występujących na rynku, których odwołujący nie zna i znać nie może. Izba wskazuje, iż indukcyjne dowodzenie występowania pewnych okoliczności nie wymagana uzyskania stuprocentowej pewności wystąpienia określonych faktów czy wykazania tautologii, które do wniosków takich doprowadzą. Przeciwnie, z założenia, indukcja służy jedynie uprawdopodobnieniu faktów poprzez podanie ich reprezentatywnych egzemplifikacji. Dla przeprowadzenia tego typu dowodu i uznaniu go za skuteczny, wystarczyłoby więc np. przedstawienie i porównanie ofert kilku innych firm z danej branży (w ilości odpowiedniej dla konkretnych okoliczności sprawy, specyfiki danego rynku… etc.). Przedstawienie produktu jednej firmy, który wymagania zamawiającego spełnia oraz jednego, który produktu innej firmy, który takich właściwości nie posiada, prowadzi jedynie do pustej tautologii – potwierdza okoliczności bezpośrednio z tych faktów wynikające, że jedna firma wymagania zamawiającego spełnia, a druga nie spełnia. Również samo posługiwanie się materiałami jednego wykonawcy jako pomocą do sporządzenia siwz, nie przesądza o ograniczeniu dostępu do zamówienia innym wykonawcom, a tym samym nie przesądza o preferencjach dla tylko jednego wykonawcy.
Izba w żadnym wypadku nie podziela stanowiska, iż dla zarzucenia i orzeczenia naruszenia konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia wystarczy samo „podejrzenie" wystąpienia tego typu naruszenia – przeciwnie, tego typu okoliczność należy ze wszystkimi konsekwencjami związanymi z rygorami dochodzenia do prawdy, udowodnić i wykazać.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert, które znowu w opinii odwołującego mają preferować tylko jednego wykonawcę, fakt ten Izba, m.in. z przyczyn opisanych powyżej, również uznała za niepotwierdzony. Jeszcze raz należy podkreślić, iż z okoliczności, że jeden wykonawca spełnia czy dysponuje wszystkim rozwiązaniami, które podlegały będą dodatkowej punktacji, a inny (tu: odwołujący) w swojej ofercie niektórych nie posiada, nie wynika, iż pierwszy wykonawca jest jednoznacznie preferowany, a zamawiający w ten sposób przesądza o zwycięskiej ofercie czy ogranicza dostępność do zamówienia dla innych wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, czy nawet nie uprawdopodobnił, iż tego typu postanowienia siwz stanowią obiektywną barierę w uzyskaniu zamówienia dla innych uczestników gry rynkowej. Fakt, że jego oferta nie wypełnia

niektórych punktowanych w kryterium jakości wymagań zamawiającego i może w ten sposób uzyskać mniejszą ilość punktów, nie oznacza, iż generalne zasady konkurencyjności wyrażane w ustawie zostały przez zamawiającego złamane.

Tym bardziej, że zamawiający przedstawił wiarygodne i obiektywne powody dla wprowadzenia dodatkowej punktacji dla rozwiązań, których najbardziej odpowiadałyby jego potrzebom i oczekiwaniom, co do sposobu prowadzenia i zabezpieczania badań. W szczególności nie budzi wątpliwości okoliczność, iż preferowane i punktowane są rozwiązania zapewniającą dodatkową i podwyższoną ochronę przed kontaminacją – za pomocą enzymatycznego systemu ochrony. Ponadto jak przyznał sam odwołujący tego rodzaju system jest w ofercie innych producentów oraz w jego własnej ofercie.

Również stosowanie wewnętrznego standardu ilościowego dla każdej próbki badanej jako metody określania liczby wirusów najbardziej odpowiada potrzebom zamawiającego wynikającym z organizacji jego pracy (system jednozmianowy), natomiast postulowany w proteście zapis „System zapewniający kontrolę ewentualnej inhibicji reakcji PCR oraz system zapewniający prawidłowość ilościowej oceny badanego wirusa" jest zapisem nierównoważnym, odnoszącym się do innych obszarów i sposobu weryfikacji badań (kontroli prawidłowości ich przeprowadzenia i uzyskanych wyników).

Podkreślić należy, iż poprzez wprowadzenie punktacji w kryteriach jakościowych odnoszących się do określonych funkcjonalności czy rozwiązań technicznych, zamawiający nie ograniczył dostępu do uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy w swoich ofertach takich rozwiązań nie posiadają. Wykonawcy mogą zmodyfikować swoją ofertę tak aby zwiększyć swoje szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a jeżeli nie jest to możliwe lub nastręcza zbyt duże trudności, mogą konkurować w innych kryteriach ocenianych, np. cenowym, które w niniejszym postępowaniu posiada przemożną wagę 90% (ponadto nie całe 10% punktów przypadające na kryterium jakości jest poza możliwością zdobycia przez odwołującego). Z faktu, iż z góry wiadomo, że w niektórych kryteriach oceny oferta odwołującego uzyska mniej, czy w ogóle nie uzyska punktów nie przesądza o wyniku postępowania. Odwołujący nie jest uprawniony do wymuszania na zamawiającym rezygnacji z preferowania najbardziej odpowiadających mu rozwiązań jedynie w celu zwiększenia sowich szans na uzyskanie zamówienia w oparciu o hipotetyczne przewidywania, co do przyszłej oceny punktowej różnych ofert.

W odniesieniu do wymogu dopuszczenia do wykonywania zamówienia przy pomocy aparatu używanego, Izba stwierdza, iż w każdym przypadku żądanie urządzeń jak najnowszych i nieużywanych znajduje uzasadnienie w ogólnych właściwościach sprzętu technicznego i związanych z nią sposobami i przebiegiem jego eksploatacji. Zgodnie z uniwersalnymi prawami fizyki, sprzęt i urządzenia mechaniczne (zwłaszcza wykazujące wysoki stopień

komplikacji technicznej) w trakcie używania ulegają zużyciu, w trakcie przestojów – atrofii, co zwiększa ryzyko ich niedokładności i awaryjności w trakcie dalszej eksploatacji. W odróżnieniu np. od niektórych produktów spożywczych upływ czasu lub intensywne używanie nie podnosi jakości i niezawodności urządzeń technicznych. Zamawiający będą więc generalnie zawsze, co do zasady, uprawnieni do wymagania dostarczenia sprzętu nowego i nieużywanego, a samo wykazanie, iż jeden z potencjalnych wykonawców takim sprzętem nie dysponuje jest niewystarczające do udowodnienia, iż tego typu wymagania wprowadzone zostały w celu ograniczenia konkurencji.

W związku z powyższym, w odniesieniu do wnioskowanych przez odwołującego dowodów Izba stwierdza, iż przedstawiona przez odwołującego ulotka firmy Roche, dowodzi jedynie, iż rzeczywiście firma ta spełnia wymagania zamawiającego sformułowane w kwestionowanych w proteście punktach siwz.
Natomiast powoływane akta sprawy i wyrok w sprawie sygn. akt. KIO/UZP/984/08 dowodzą jedynie i obrazują sposób oceny dowodów i uzasadnienia zapadłego rozstrzygnięcia dokonane przez inny skład orzekający Izby w sprawie o innym stanie faktycznym.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba uznała zarzuty naruszenia powołanych w treści protestu i odwołania art. 7, 29 czy 36 Pzp za niepotwierdzone. Ponadto wobec braku stwierdzenia naruszeń regulujących prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przepisów ustawy nie dopatrzono się w działaniach zamawiającego naruszenia zasad wyrażonych w Kodeksie cywilnym czy Konstytucji RP.
W odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Izba wskazuje, iż nie jest właściwa do orzekania o samoistnym naruszeniu przepisów ww. ustaw bez oparcia i powiązania tego typu naruszeń z konkretnymi przepisami Pzp (jak np. w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

……..

……..