

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **21 października 2010 r.** przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, 91-433 Łódź, ul. Franciszkańska 17/25,**

przy udziale wykonawcy **Novartis Vaccines and Diagnostics SAS, 10, rue Chevreul, 92-150 Suresnes, Francja** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B i :**
 - 1) nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche**

Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B
tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądzić kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** na rzecz **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, 91-433 Łódź, ul. Franciszkańska 17/25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi, ul. Franciszkańska 17/25 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę odczynników, materiałów zużywalnych oraz dzierżawę urządzeń wraz z systemem ich sterowania (komputer, automatyczny podtrzymywacz napięcia) niezbędnych do przeprowadzenia badań RNA HIV+ RNA HCV+ DNA HBV w pojedynczych donacjach metodami automatycznymi.", które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16.10.2010 r. pod nr. 2010/S 202-307983.

Odwołujący - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa w dniu 21.10.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków tego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie w nim wymagań utrudniających uczciwą konkurencję, nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, wskazujących na konkretnego dostawcę i uniemożliwiających złożenie oferty Odwołującemu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

1) dopuszczenie dostawy odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji (ewentualnie w puli od 2 do 6 donacji przy uwzględnieniu niepełnych pul);

2) dopuszczenie możliwości wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez Wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki.

Odwołujący kwestionował przedmiot zamówienia zawarty w rozdziale I SIWZ oraz w punkcie II.1.1) i 5) ogłoszenia o zamówieniu to jest dostawę odczynników, materiałów zużywalnych oraz dzierżawę urządzeń wraz z systemem ich sterowania (komputer, automatyczny podtrzymywacz napięcia) niezbędnych do przeprowadzenia badań RNA HIV+ RNA HCV+ DNA HBV w pojedynczych donacjach metodami automatycznymi oraz szczegółowy opis zawarty w punkcie 1 rozdziału I SIWZ zawierający wymagania, aby oferowane testy i urządzenia umożliwiały wykonanie badań wszystkich 3 wirusów HCV RNA + HIV RNA + HBV DNA przez 5 dni roboczych w tygodniu w pojedynczych donacjach oraz aby oferowane testy i urządzenia umożliwiały

zwolnienie 250 -300 donacji badanych pojedynczo w czasie nie dłuższym niż 6 godzin. Dodatkowo Odwołujący podważał zastrzeżenie Zamawiającego, że oferowane odczynniki i aparatura muszą umożliwić rozróżnienie czynnika zakaźnego zawartego w donacji dodatniej (test różnicujący) w miejscu Zamawiającego.

Według Odwołującego powyższe elementy opisu przedmiotu zamówienia utrudniają uczciwą konkurencję, nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, wskazują na konkretnego dostawcę, tj. Novartis Vaccines and Diagnostics SAS z siedzibą we Francji, dalej zwaną NOVARTIS/Chiron, i uniemożliwiają złożenie mu oferty. Powyższe zaś wynika z faktu, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie metody detekcji trzech wirusów (DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV) charakterystycznej dla Novartis, a nie poprzez parametry lub właściwości diagnostyczne testów oraz aparatury przeznaczonych do wykonywania badań molekularnych.

Wskazywał, że zgodnie z obowiązującymi w Polsce zasadami równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HCV, DNA HBV, RNA HIV może odbywać się w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 2 do 6 donacji. Obie metody – według Odwołującego - są równoważne i dopuszczone do stosowania w polskiej służbie krwi. Powołał się przy tym na ustalony sposób wykonywania badań obowiązujący w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii w publikacji „Medyczne Zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych polskiej służby krwi" pod redakcją Magdaleny Łętowskiej (Instytut Hematologii i Transfuzjologii, Warszawa, 2006). Wyżej wymienione „Medyczne Zasady (...)" zostały opracowane zaś przede wszystkim na podstawie Dyrektywy 2002/98/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady Unii Europejskiej wraz z trzema dyrektywami wprowadzającymi, ustawy o publicznej służbie krwi oraz aktów wykonawczych, a także rekomendacji No R (95) 15 Rady Europy („Guide to the preparation, use and quality assurance of blood components" 11th edition, Council of Europe Publishing, Strasburg 2005).

Zwrócił uwagę, że Instytut Hematologii i Transfuzjologii w ww. opracowaniu, w rozdziale nr 8 „Diagnostyka czynników zakaźnych przenoszonych przez krew", nakazuje prowadzenie badań technikami biologii molekularnej w zlanym w pulę próbkach osocza lub w pojedynczej donacji. Przedłożył również pismo Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 16.01.2009 r. jako dowód na okoliczność, że wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV może się odbywać zarówno z wykorzystaniem metody pojedynczych donacji i metody donacji w zlanym w pulę próbkach od 6 dawców oraz na okoliczność, że obie ww. metody są porównywalne pod względem czułości i dopuszczone do stosowania w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa.

Powołał się również na wcześniejsze rekomendacje Instytutu Hematologii i Transfuzjologii, który w piśmie z dnia 19 czerwca 2006 r. podał, iż: „Ze względu na wysokie koszty badań biologii molekularnej organizując zakup odczynników w drodze przetargu, należy ustalić kryterium ceny jako mające zasadnicze znaczenie" co zapewnia optymalne wykorzystanie środków publicznych.

Zauważył także, że wymagania dotyczące badań wykonywanych w osoczu przeznaczonym do frakcjonowania sformułowane zostały w Farmakopei Europejskiej: monografia: 01/2006:0853, a metodę zaakceptowaną do analizy kwasów nukleinowych stosowanych przy badaniu osocza zawiera paragraf 2.6.21, który uwzględnia wykonywanie oznaczeń w pulach osocza.

Uważał zatem, że na podstawie wyżej przytoczonych wymagań zawartych w obowiązującej publikacji „Medyczne Zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych polskiej służby krwi” powstałych zgodnie z art. 25 ustawy o publicznej służbie krwi, Dyrektyw Parlamentu Europejskiego, rekomendacji Rady Europy, przepisów Farmakopei Europejskiej i zaleceń Instytutu Hematologii i Transfuzjologii oraz literatury światowej, absolutnie uzasadniony jest wniosek o dopuszczenie do zaoferowania odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HCV, DNA HBV, RfJA₁ HIV w puli składającej się z 6 donacji testem Roche jako metody równoważnej do wykrywania wirusów w pojedynczej donacji.

W swojej argumentacji powołał się również na korzystne dla Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wyroki KIO nakazujące zamawiającym (RCKiK w Lublinie i Szczecinie, a pośrednio także w Rzeszowie) zmianę SIWZ i dopuszczenie metody oferowanej przez Odwołującego (por. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. KIO/UZP 02/09 oraz wyrok KIO z dnia 13.01.2009 r., sygn. KIO/UZP 1502/08) oraz wyroki Sądów Okręgowych odpowiednio w Lublinie (wyrok z dnia 02.04.2009 r., sygn. IX Ga 49/09) i w Szczecinie (wyrok z dnia 17.04.2009 r., sygn. 137/09).

Ostatecznie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu jako konsekwencję dostawy testów do badań w pojedynczej donacji, postawienie wymogu, aby oferowane odczynniki i aparatura umożliwiały rozróżnienie czynnika zakaźnego zawartego w donacji dodatkowej (test różnicujący)w miejscu Zamawiającego (pkt I.2.b. SIWZ), a takiej sytuacji tylko jeden dostawca (Novartis) może zaoferować odczynniki do obu celów: równoczesnego wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV oraz do wykonywania testów różnicujących w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa. Wskazał, że badanie różnicujące jest oznaczeniem wykonywanym w pozytywnej donacji i nie jest niezbędne do odroczenia dawcy z wynikiem pozytywnym badania przeglądowego, stąd nie ma konieczności wykonywania go natychmiast. Zwrócił uwagę, iż praktyką przyjętą w większości Regionalnych Centrów Krwiodawstwa w Polsce jest wykonywanie testów różnicujących w laboratorium referencyjnym (IHiT w Warszawie) na koszt wykonawcy, co wynika z faktu, że oprócz badania różnicującego dawcy z pozytywnym wynikiem testu przeglądowego należy wykonać badania potwierdzenia w Instytucie Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, które mogą trwać do kilku tygodni i bez których wynik nie może zostać wydany. Tak więc próbka i tak musi obowiązkowo trafić do ww. instytucji, dlatego wymaganie, aby badania różnicujące odbywały się w siedzibie Zamawiającego nie ma żadnego uzasadnienia.

W konkluzji zwrócił uwagę, że istotą badań metodami biologii molekularnej jest sprawdzenie, czy dawca jest zakażony wirusem czy nie. Sposoby prowadzenia tych badań

stanowią metody dojścia do wyników i w chwili obecnej w Polsce są to metody badań w pojedynczej donacji (Novartis), oraz w pulach 6 (ROCHE).

W dniu 25.10.2010r. wykonawca Novartis Vaccines and Diagnostics SAS, 10, rue Chevreul, 92-150 Suresnes, Francja zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W dniu 2.11.2010r. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył pismo uczestnika w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania do którego załączył następującą listę dowodów :

1. Dowód nr 1: ogłoszenie o przetargu nr 2006/S 221-237255, na podstawie którego zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w Grecji, wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

2. Dowód nr 2: ogłoszenie nr 10/2006 wraz z tłumaczeniem przysięgłym jego fragmentów;

3. Dowód nr 3: decyzja Ministerstwa Zdrowia i Solidarności Społecznej Grecji z dnia 19 czerwca 2008 r., na podstawie której Roche wygrał przetarg na dostawę systemów do badania krwi w pojedynczej donacji wraz z tłumaczeniem przysięgłym jej fragmentów;

4. Dowód nr 4: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 21 października 2009 r. (sygn. 2009/S 206-296184), na podstawie którego zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez Francuski Zakład Krwiodawstwa wraz z tłumaczeniem przysięgłym jego fragmentów;

5. Dowód nr 5: wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przetargu ogłoszonego dnia 21 października 2009 r. (sygn. 2009/S 206-296184) przez Francuski Zakład Krwiodawstwa wraz z tłumaczeniem przysięgłym fragmentów.

6. Dowód nr 6: Rekomendacja Duńskiego Ministerstwa Zdrowia nr 43 z 10 lipca 2008 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym jej fragmentów;

7. Dowód nr 7: ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr TED 2008/S 51007, na podstawie którego zostało przeprowadzone postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na dostawę systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji dla regionu Syddanmark oraz dla regionu Sjaelland wraz z tłumaczeniem przysięgłym fragmentów;

8. Dowód nr 8: list przewodni złożony przez Roche w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji dla regionu Syddanmark oraz dla regionu Sjaelland z tłumaczeniem przysięgłym listu przewodniego;

9. Dowód nr 9: lista referencyjna klientów cobas s201 wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

10. Dowód nr 10: ogłoszenie o postępowaniu na dostawę systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji dla Centrum Krwiodawstwa w

Kopenhadze o nr 2008/S 13-015622 wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

11. Dowód nr 11: ogłoszenie o udzieleniu zamówienia o numerze 2008/S 239-317229 potwierdzające złożenie dwóch ofert wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

12. Dowód nr 12: list z dnia 4 marca 2010 r. od Centrum Krwiodawstwa w Kopenhadze poświadczający, że Roche brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym.

13. Dowód nr 13: poświadczona za zgodność z oryginałem kopia broszury cobas s201;

14. Dowód nr 14: wydruk ze strony internetowej Roche http://molecular.roche.com/blood_screening/cobas_taqscreen_mpx.html wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

15. Dowód nr 15: specyfikacja produktu Cobas Taqscreen MPX zamieszczona na stronie U.S. Drug and Food Administration: http://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/BloodBloodProducts/ApprovedProducts/LicensedProductsBLAs/BloodDonorScreening/InfectiousDisease/UCM_176443.pdf, wraz z tłumaczeniem przysięgłym jej fragmentów;

16. Dowód nr 16: prezentacja Johna Saldanha z Działu Naukowego, Badania Krwi, Roche Molecular Systems przedstawiona na 15. Warsztatach organizowanych corocznie przez International Plasma Fractionation Association (IPFA) oraz Paul-Ehrlich-Institut (PEI) pt. "Nadzór i skryning patogenów krwiopochodnych" które odbyły się w Wiedniu w dniach 13-15 maja 2008 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym jej fragmentów;

17. Dowód nr 17: wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 782/08;

18. Dowód nr 18: artykuł naukowy opublikowanego w periodyku branżowym TRANSFUSION, Zeszyt 48, wrzesień 2008 r., s. 2026-2028 „Transfusion - transmitted human immunodeficiency virus infection by a Danish blood donor with a very low viral load in the preseroconversion window phase." wraz z tłumaczeniem przysięgłym;

19. Dowód nr 19: Rozporządzenie nr 768 o zasadach bezpieczeństwa przy oddawaniu krwi Ministra Zdrowia i Profilaktyki Danii z dnia 10 lipca 2008 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym jego fragmentów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o dowody zgłoszone przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego załączone przy piśmie z dnia 2.11.2010r. oraz przy piśmie z dnia 3.11.2010r., treść ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, załącznik do niniejszego odwołania, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 3.11.2010 r. wraz z załącznikiem, pisma przygotowawczego Odwołującego z dnia 3.11.2010r. i jego załączników, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania. Na rozprawie pełnomocnicy złożyli również dodatkowe pisma procesowe wraz z załącznikami: Zamawiający – odpowiedź na odwołanie, Odwołujący – pismo przygotowawcze, Przystępujący – pismo uczestnika w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759).

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż podstawę rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie stanowią powinny dowody zebrane w niniejszym postępowaniu, a nie te które były przeprowadzone w innych postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą czy przed Sądami Okręgowymi.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie zachodzi rozszerzona prawomocność wyroków, bowiem brak jest tożsamości zebranego materiału dowodowego w stosunku do spraw już rozstrzygniętych zawierających jedynie podobieństwa stanu faktycznego i prawnego.

Poza tym stosownie do przepisu art.185 ust.7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Uregulowania przepisu art.365 § 1 kpc nie znajdują się części piątej – sąd polubowny(arbitrażowy) teźże ustawy, stąd rozszerzona prawomocność wyroku może działać jedynie w konkretnej i tej samej sprawie.

Należy zauważyć, iż zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Według Izby Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający formułując przedmiot zamówienia oraz jego opis, który następnie został objęty zarzutami odwoławczymi naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz, że opisał go w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Pismo z dnia 16.01.2009r.Instytutu Hematologii i Trasfuzjologii, na które powołał się Odwołujący stanowi informację skierowaną do niego o dopuszczeniu do stosowania dwóch metod do badań przeglądowych materiału genetycznego wirusów przenoszonych drogą krwi: metoda TMA i metoda PCR. Informacja ta zawiera również wskazanie, iż w Regionalnych Centrach Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa wykonywane są porównywalne pod względem czułości przeglądowe badania NAT: pojedynczych donacji z zastosowaniem testu Procleix Ultrio firmy Novartis Chiron oraz donacji w zlanych w pule próbkach do 6 dawców z zastosowaniem testu Cobas TaqScreen MPX przy użyciu Cobas 201 firmy Roche.

Powyższe pismo – zdaniem Izby - nie przesądza jednak o możliwościach ofertowych Odwołującego, który preferuje jedną z dwóch dopuszczonych metod.

Załączone przez Przystępującego dowody (zgłoszone przy piśmie z dnia 2.11.2010r. dowody nr 1-3 oraz przy piśmie z dnia 3.11.2010r.dowód nr 4) wykazują w sposób nie budzący wątpliwości, iż działające na obszarze Unii Europejskiej konsorcjum spółek Roche Diagnostics(Hellas) i Katopis Group S.A. dostarczają na rzecz Ministerstwa Zdrowia i Solidarności Społecznej Republiki Grecji na podstawie umowy z dnia 24.08.2008r., analogiczny jak w ogłoszeniu i SIWZ Zamawiającego przedmiot zamówienia na podstawie specyfikacji z ogłoszenia nr 10/2006 oraz decyzji o sygn.DY6b/G.P/84492/19-6-2008. Zgodnie z art.4 teźże umowy niniejszy kontrakt obowiązuje na okres pięciu lat, poczynając od jego podpisania. Z faktu wykonywania w Grecji przedmiotu umowy równorzędnego jak u Zamawiającego należy wnosić, iż Odwołujący ma możliwości wykonania zamówienia publicznego zgodnego z ogłoszeniem i SIWZ.

Ponadto z pisma z dnia 4 marca 2010 r. Kierownika Banku Krwi Rigshospitalet w Kopenhadze dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

opublikowanego pod nr 2008/S 13-015622 wynika, że Roche zaoferował test MPX i Cobas s201 w indywidualnym badaniu dawców(dowód nr 12 przy piśmie Przystępującego z dnia 2.11.2010r.). Ogłoszenie o postępowaniu na dostawę systemów do badania krwi na obecność wirusów HBV, HCV i HIV w pojedynczej donacji ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE, pod nr 2008/S 13-015622(dowód nr 10 przy piśmie Przystępującego z dnia 2.11.2010r.).

Powyższe dowody wskazują, iż Odwołujący na obszarze Unii Europejskiej prowadzi nieskrępowaną działalność gospodarczą, a jego wyroby medyczne i technologie zgodne z opisem Zamawiającego są swobodnie przemieszczane. Wobec tego trudno o zrozumienie dla Odwołującego, który próbuje ograniczyć swój katalog ofertowy tylko do wybranych krajów Unii Europejskiej.

Poza tym Izba uznała informację ze strony internetowej Roche potwierdzoną notarialnie(rep. A nr 8602/2010), iż osocze od wszystkich dawców może być badane jako pojedyncze próbki oraz, że dla dawców pełnej krwi i elementów krwi próbki osocza mogą być badane pojedynczo lub w pulach składających się z takich samych objętości pojedynczych próbek w połączeniu z testami serologicznymi wykrywającymi wirusy HIV, HCV i HBV za w pełni potwierdzającą zakres świadczenia Odwołującego, w tym uwzględniający przedmiotowe potrzeby Zamawiającego.

W tym kontekście złożone przez członka zarządu Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. oświadczenie z dnia 6.01.2009r.(załącznik nr 4 do pisma przygotowawczego Odwołującego z dnia 3.11.2010r.) nie jest – według zapatrywania Izby - w pełni wiarygodne, również w aspekcie rekomendacji IHiT z dnia 16.01.2009r.na, którą zresztą Odwołujący sam się powołuje.

Oświadczenie to – zdaniem Izby – zostało złożone w ramach podejmowanych przez Odwołującego decyzji biznesowych co do wdrażania takich metod badawczych jakie uzna za właściwe, co nie zawsze musi odpowiadać obiektywnym potrzebom konkretnych zamawiających .

W ocenie Izby dowody przedstawione przez Przystępującego świadczą również o tym, iż Odwołujący posiada dostateczny potencjał umożliwiający mu złożenie oferty w obecnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiot opisany w ogłoszeniu i SIWZ.

Izba reprezentuje pogląd, iż materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje, iż metody preferowane przez wykonawców są dopuszczone do obrotu i zbliżone (pismo z dnia 16.01.2009r. Instytutu Hematologii i Trasfuzjologii), jednak posiadają pewne odrębności, które są niejednolicie oceniane przez różne ośrodki naukowe (dowody przedstawione przez Odwołującego: rozdział 8 „Medyczne Zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi”, pismo IHiT z dnia 19.06.2006 r., prezentacja Pani Prof. Ewy Brojer, Acta Haematologia Polonica, Tom 40, 2009 r, Zeszyt 2, str. 61, Doniesienie ustne podczas Lubelskich dni Wirusologicznych, 19-21 czerwca 2008, dowód nr 18 przedstawiony w piśmie Przystępującego z dnia 2.11.2010r. oraz artykuły naukowe przedstawione w piśmie Przystępującego z dnia 3.11.2010r. jako dowody nr 6 -12).

Z powyższego wynika, iż uznanie wyższości jednej z metod nad drugą jest wątpliwe.

Wybór danej metody jest zaś zdaniem Izby wynikiem różnych doświadczeń poszczególnych ośrodków Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w kraju i Europie.

Izba ustaliła, iż na gruncie europejskich zamówień publicznych w przedmiotowym zakresie istnieją niejednolicie określone przedmioty zamówień w zależności od doświadczeń zamawiających (załącznik nr 21 i nieoznaczony załącznik będący pismem z dnia 8.01.2009r. RCKiK w Gdańsku przedstawione przy piśmie Odwołującego z dnia 3.11.2010r., dowód nr 4 i 13 załączony przy piśmie Przystępującego z dnia 3.11.2010r.). Przykładowo instytucja – Blutspendedienst Städtisches Klinikum München w kwietniu 2010r. zdecydowała się wprowadzić badanie krwi w pojedynczej donacji (IDT) w celu uzyskania najbardziej zaawansowanej technologii i osiągnięcia możliwie najwyższej czułości, aby zapobiec jakimkolwiek przypadkom przeniesienia pacjentom infekcji w drodze transfuzji (dowód nr 13 załączony przy piśmie Przystępującego z dnia 3.11.2010r.). Jak oświadczył Przystępujący, co potwierdził Odwołujący, w Niemczech wykonuje się również badania metodą, nawet w pulach 96 próbek.

Izba wzięła również pod uwagę doświadczenie Zamawiającego wskazujące na to, że nie spotkał się z zakażeniem w przypadku pojedynczej donacji.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że IHiT w piśmie z dnia 19.06.2006r. wyraził pogląd o wpływie zmniejszenia liczby próbek na zwiększenie czułości systemu badania. IHiT wskazał również, że ośrodki w krajach zachodnich badające krwiodawców w kierunku DNA HBV zmierzają obecnie do wykonania badań w pulach nie większych niż 6 donacji.

Z powyższego wynika, iż granicą bezpieczeństwa stosowanej metody w polskim

systemie krwiodawstwa i krwiolecznictwa jest metoda uwzględniająca maksymalnie 6 donacji.

Z oświadczenia zaś Zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, iż czułość analityczna w pojedynczej dawce jest wyższa.

Należy zatem stwierdzić, że uznanie metody wykonania zamówienia preferowanej przez Odwołującego za zbliżoną do tej podanej w ogłoszeniu Zamawiającego nie prowadzi jednak do wniosku – w ocenie Izby, iż Zamawiający nie ma prawa wybrać takiej metody, która w oparciu o jego doświadczenia kliniczne stanowi prawidłowe wykonanie realizowanego zadania publicznego.

Ostatecznie wybór metody przez Zamawiającego – zdaniem Izby – nie pozbawia Odwołującego możliwości złożenia przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało udowodnione przez Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła oddalić dowód o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z listy Sądu Okręgowego zgłoszonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 listopada 2010 r. uznając, iż udowodnienie okoliczności jak we wniosku dowodowym zostało w całości wykazane powyższymi dokumentami w stopniu wystarczającym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Opierając się na przedłożonych przez Przystępującego dowodach Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasady konkurencyjności, ani równości, bowiem zdaniem Izby Odwołujący posiada potencjał umożliwiający wykonanie ogłoszonego przez Zamawiającego przetargu, skoro składa oferty i wykonuje dostawy według potrzeb odpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia Zamawiającego w innych przetargach na terenie Unii Europejskiej.

Jednocześnie Izba nie dostrzegła, aby przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Z powyższych względów Izba reprezentuje zapatrywanie, iż Zamawiający ma pełne prawo decydować o wybranej metodzie w realizowanym zamówieniu, która nie narusza zasady konkurencyjności i równości uczestników obrotu zamówień publicznych, tym bardziej, że ustawodawca nałożył w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi na

regionalne centra szczególnie odpowiedzialne zadania w zakresie pobierania krwi, oddzielania jej składników oraz zaopatrzenia w krew.

Nie bez znaczenia przy wyborze metody wykonania przedmiotu zamówienia – według Izby – ma intencja Zamawiającego sprzedaży osocza(dowód: pismo Biomed Wytównii Surowic i Szczepionek sp. z o.o. z dnia 21.09.2010r.). Pkt 1.6 ppkt 2 załącznika nr 1 do projektu umowy statuuje obowiązek dostarczenia każdej donacji przebadanej w pojedynczych donacjach odpowiednio walidowaną metodą biologii molekularnej dla wirusów: HIV, HBV i HCV.

Zdaniem Izby nie zasługiwał również na uwzględnienie wniosek Odwołującego o dokonanie zmiany ogłoszenia i SIWZ w części dotyczącej dopuszczenia możliwości wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez Wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki.

Odwołujący nie udowodnił, podobnie jak przy wcześniejszym zarzucie, jakie przeszkody uniemożliwiają mu wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie wnioskowanej zmiany i uzasadniają zmianę wykonania opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za zasługującą na uznanie argumentację Zamawiającego wskazującą na względy moralne związane ze skróceniem okresu wykonania testów różnicujących, bowiem w przypadku zaproponowanym przez Odwołującego okres oczekiwania na wynik jest dłuższy i trwa około 14 dni w przypadku zakażenia wątpliwej donacji, a w siedzibie Zamawiającego przy zastosowaniu pojedynczej donacji okres ten wynosi 24 godziny. W tym terminie Zamawiający jest zobowiązany powiadomić instytucję i dawcę o zagrożeniu.

Izba uznała za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego w postaci dwóch umów o numerach 26 i 66 z 2004 r. mający wykazać okoliczność, iż względy epidemiologiczne nie stanowią o potrzebie ograniczenia zamówienia do pojedynczej donacji oraz, że wykonywanie badań metodą sześciu donacji stosowaną przez Roche sprawdza się również w ośrodkach o najwyższym zagrożeniu epidemiologicznym z tego powodu, że dowód ten nie jest przydatny do wykazania sytuacji epidemiologicznej w województwie łódzkim.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....