

Sygn. akt: KIO/UZP 1042/09

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie:	Jolanta Markowska Klaudia Szczytowska Maziarz
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 B, 01-531 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa S.P.Z.O.Z., Aleja Wojska Polskiego 80/82, 70-482 Szczecin** protestu z dnia 6 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób następujący:

- 1) zastąpienie obecnej treści **punktu II.1. 1) ogłoszenia o zamówieniu** oraz **punktu 3.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia** następującą treścią: „**Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV wraz z wymaganymi kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej - dla 50 000 donacji.**”,
- 2) zastąpienie obecnej treści **punktu III. 1.4).1 ogłoszenia o zamówieniu** i **punktu 3.1.1.I. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia** następującą treścią „**Ilość zamawianych odczynników powinna wystarczyć na wykonanie badań zwalniających 50 000 donacji,**

po uwzględnieniu wymaganych kontroli kalibratorów itp. np. powtórek. Pierwsza dostawa w miesiącu wrześniu 2009 r., następne sukcesywnie do potrzeb zgłaszanych pisemnie.";

3) zmianę formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez zastąpienie wyrażenia „dla 50 000 badań”, wyrażeniem "dla badań zwalniających 50 000 donacji"

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

2. Kosztami postępowania obciąża **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa S.P.Z.O.Z., Aleja Wojska Polskiego 80/82, 70-482 Szczecin**

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 **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 B, 01-531 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa S.P.Z.O.Z., Aleja Wojska Polskiego 80/82, 70-482 Szczecin** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 B, 01-531 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 B, 01-531 Warszawa.**

U z a s a d n i e

I. W dniu 29.11.2008 r. Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa S.P.Z.O.Z., Aleja Wojska Polskiego 80/82, 70-482 Szczecin (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 233-310033 postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Dostawa odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji, wraz z wymaganymi kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej dla 50 000 donacji w okresie 12 miesięcy".

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12.12.2008 r. Roche Diagnostics Polska Sp. z o. o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6 B, 01-531 Warszawa (dalej: Odwołujący) złożył protest na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), wskazując, że Zamawiający przez opis przedmiotu zamówienia dopuszcza się ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający protest ten oddalił, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie, rozstrzygnięte w dn. 13.01.2009 r. wyrokiem sygn. akt KIO/UZP 1502/09.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w całości. Na powyższy wyrok Izby skargę wniósł Zamawiający. Skarga została oddalona wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dn. 17 kwietnia 2009 r. sygn. akt II Ca 137/09.

Wobec okoliczności, że Zamawiający powstrzymał się od wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 1502/09, nakazującego modyfikację ogłoszenia i SIWZ, Odwołujący w dn. 23.06.2009 r. wniósł protest na zaniechanie Zamawiającego. Zamawiający w dn. 30.06.2009 r. zmienił ogłoszenie oraz SIWZ i w dniu 2.07.2009 uwzględnił protest Odwołującego.

W dniu 6.07.2009 r. Odwołujący złożył protest na czynność Zamawiającego dokonaną w dn. 30.06.2009 r., od którego następnie wniósł odwołanie objęte niniejszym postępowaniem odwoławczym toczonym przed Izbą.

W proteście, a następnie w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i 3, 29 ust. 1 i ust. 2, art. 183 ust. 5 i 6 Prawa zamówień publicznych, przez:

- 1) zaniechanie dokonania czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 12.12.2008 r. oraz protestu złożonego w dniu 23.06.2009 r. (według Odwołującego modyfikacja ogłoszenia i SIWZ z dn. 30.06.2009 r. była niezgodna z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu);
- 2) dokonanie modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, ogranicza konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał, iż zmiana ogłoszenia z dn. 30.06.2009 r. co prawda, zgodnie z orzeczeniem KIO/UZP 1502/09, usuwa wymóg dostarczenia odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV wyłącznie w pojedynczej donacji, jednak oprócz wykreślenia tego zwrotu Zamawiający wprowadził do SIWZ i ogłoszenia nowe postanowienia, powtórnie zamykając Odwołującemu możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Mianowicie, Zamawiający w miejsce poprawnie używanego uprzednio terminu "donacje" wprowadził określenie "badania", przez co całkowicie zmienił opis przedmiotu zamówienia, co w ocenie Odwołującego powoduje, że w rzeczywistości postępowanie obejmuje zupełnie nowy przedmiot zamówienia (tj. inny od wcześniej określonego). W SIWZ i ogłoszeniu w pierwotnym brzmieniu znajdowały się postanowienia przewidujące, że ilość zamawianych odczynników powinna wystarczyć na wykonanie badań zwalniających 50 000 donacji. Odwołujący skutecznie oprotestował postanowienia ograniczające metodę wykonywania badań – tzn. Zamawiający wcześniej wymagał badań jedynie w pojedynczej donacji a powinien dopuścić badania również w pulach 6 donacji.

Obecnie Zamawiający posługując się sformułowaniem „50 000 badań” sugeruje, że przedmiotem oferty powinna być taka ilość odczynników, aby określoną ilość badań wykonać, gdy tymczasem w przypadku metody stosowanej przez Odwołującego oferującego system badań w pulach, do przebadania 50 000 pacjentów wystarczy wykonać ok. 1/6 tej ilości badań. Tym samym wystarczy zaoferować 1/6 ilości odczynników i wszystkich innych materiałów; aby otrzymać wynik dla 50 000 pacjentów, w przypadku procedury oferowanej przez Protestującego polegającej na badaniach próbek zawierających materiał pobrany od 6 pacjentów, wystarczy wykonać ok. 8 500 badań.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że zmiana z dn. 30.06.2009 r. dokonana przez Zamawiającego nie ma racjonalnego uzasadnienia.

Zamawiający oddalając protest, stwierdził, iż określenie przedmiotu zamówienia (zmiana dokonana w dn. 30.06.2009 r.) w sposób, jaki został zaskarżony protestem Roche z dnia 6.07.2009 r. czyni zadość żądaniom Roche zawartym w jej proteście z dnia 12.12.2008 r. oraz rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.01.2009 r. Określenie przedmiotu zamówienia w kwestionowany przez Roche sposób nie eliminuje ani metody badań polegającej na badaniu materiału w pojedynczej donacji, ani metody polegającej na badaniu materiałów zlanych w pulę sześciu donacji. Nadto, taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie eliminuje metody badań polegającej na badaniu materiału zlanego w pulę innej liczby donacji niż sześć.

Według Zamawiającego, określenie przedmiotu zamówienia dokładnie w taki sposób, jaki został wskazany w proteście z dnia 6.07.2009 r., byłoby równoznaczne z określeniem tego przedmiotu zamówienia w sposób skutkujący ograniczenie konkurencji, naruszenie zasad równego traktowania wykonawców, w sposób uniemożliwiający ubieganie się o jego udzielenie podmiotom, które są w stanie przeprowadzać badania w sposób dla siebie najkorzystniejszy, uwzględniający (według woli wykonawcy) próbki złane w pulę (dwóch, trzech, czterech, pięciu lub więcej donacji), bądź też nie. Uczynienie zadość żądaniu Roche będzie stało w sprzeczności z rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 13.01.2009 r., a wskazującym na to, iż przedmiotowe badania powinny być wykonywane oprócz w pojedynczej donacji również w pulach, lecz nie większych niż sześć donacji.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ (modyfikacji SIWZ), twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego, dotyczących przedmiotu zamówienia, naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie jest możliwy jego efektywny udział w postępowaniu, a tym samym - udzielenie mu zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający pierwotnie opisał przedmiot zamówienia, wskazując na wymóg „pojedynczej donacji”, a odczynniki miały być dostarczone dla 50 000 donacji.
2. W toku postępowania odwoławczego KIO/UZP 1502/09, a następnie w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie sygn. akt II Ca 137/09 stwierdzono, iż zgodnie z zaleceniami Instytutu Hematologii i Transfuzjologii wykrywanie wirusów może być prowadzone z wykorzystaniem dwóch równorzędnych metod - w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji. Obie metody wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów RNA-HCV, DNA HBV, RNA HIV umożliwiają optymalne gospodarowanie krwią oraz jej składnikami oraz pewność prawidłowego wyniku badania na porównywalnym poziomie. Skład orzekający w niniejszej sprawie przyjął powyższe ustalenia co do równorzędności metod badań w pojedynczej donacji i w puli 6 donacji za własne, dlatego zbędne było prowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie.
3. Zamawiający w dn. 30.06.2009 r. zmienił przedmiot umowy na następujący: „Dostawa odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV+RNA HCV+DNA HBV obejmująca wymagane kontrole z dostawą

materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych, oraz dzierżawa urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej - dla 50 000 badań.”

Wydawać by się mogło, że zmiana dokonana przez Zamawiającego w dn. 30.06.2009 r. jest obojętna z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia – określenie puli badań nie dyskryminuje bowiem żadnej z metody wykonywania badań: skoro Zamawiający żąda określonej ilości „badań”, nie ma to znaczenia, czy będą wykonywane w puli 6 donacji, czy dla pojedynczej donacji (czy ewentualnie w jakichkolwiek pulach do 6 donacji) Jednak w kontekście okoliczności wykazanych przez Odwołującego w toku poprzedniego postępowania odwoławczego nie ulega wątpliwości, że 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 skład orzekający zauważył, że, wbrew twierdzeniom Zamawiającego na rozprawie, to pojęcie „badanie”, a nie pojęcie „donacja” jest pojęciem niejednoznacznym. Zamawiający przyjmuje za oczywiste, że w metodzie „pojedynczej donacji” 1 badanie = 1 donacja, a w metodzie „puli 6 donacji” 1 badanie = 6 donacji, jednak odpowiadając na pytanie, co rozumie przez określenie „badanie”, udzielił odpowiedzi, że jest to proces laboratoryjny prowadzący do określonego wyniku. Zamawiający nie dostrzega, iż przy tak ogólnym rozumieniu słowa „badanie” można tym pojęciem określić nawet pełny proces przebadania puli 6 donacji aż do wykrycia, w której próbce znalazł się wirus, i ewentualnie jaki (choć będą to, zgodnie z niezakwestionowanym przez Zamawiającego oświadczeniem Odwołującego, zasadniczo trzy osobne procesy czy „badania”: badanie przeglądowe, identyfikacyjne i różnicujące).

W ocenie składu orzekającego, nie może ulegać wątpliwości, że pojęcie „donacja” odpowiada pojedynczej próbce pobranej od konkretnej osoby (przy czym nie ma znaczenia, czy jest to „pacjent”, czy „dawca”). Dlatego użycie w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia określenia „50 000 donacji” jest prawidłowe, zrozumiałe i pozwala na złożenie porównywalnych ofert, natomiast określenie w ogłoszeniu i SIWZ po zmianie „50 000 badań” powoduje, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny, a oferty złożone na „badania” byłyby nieporównywalne. Istotą przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest przeprowadzenie badań określonej liczby donacji, w celu ustalenia, czy nie znajduje się w nich jeden z trzech wirusów (tzw. zwolnienie donacji), a nie samo przeprowadzanie badań.

Wobec powyższego, skład orzekający stwierdził, że jeżeli nawet w dn. 30.06.2009 r. Zamawiający rzeczywiście usiłował wykonać wyrok Sądu Okręgowego sygn. akt II Ca 137/09 przez dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu i w SIWZ do

obowiązujących przepisów prawa, to uczynił to w sposób nieudolny, zastępując pojęcie „donacja” pojęciem „badanie”.

Na marginesie należy zauważyć, że Prawo zamówień publicznych nie stoi na przeszkodzie określeniu przedmiotu zamówienia w sposób, który może być zrealizowany przez ograniczony krąg wykonawców (albo przez tylko jednego wykonawcę), jednak musi to wynikać z zobiektywizowanej potrzeby Zamawiającego, który zobowiązany jest wykazać, że taka potrzeba rzeczywiście istnieje. Jeżeli Zamawiający jest przekonany, że zaspokoić jego potrzeby mogą tylko badania wykonywane dla pojedynczej donacji – winien był to wykazać w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 1502/08. Zamawiający tego nie uczynił, a więc - skoro z punktu oceny efektywności weryfikowania próbek nie ma znaczenia, czy badanie odbywa się dla pojedynczej donacji, czy dla puli kilku donacji (zarówno wyrok Izby z dn. 13.01.2009 r., jak i orzeczenie Sądu Okręgowego z dn. 17.04.2009 r. uznały obie te metody za równorzędne) – powinien dokonać modyfikacji SIWZ zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dn. 12.12.2009 r. Zamawiający co prawda dokonał – już po wniesieniu protestu w dn. 23.06.2009 r. – zaniechanej uprzednio czynności, jednak uczynił to, jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, w sposób niezgodny z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dn. 12.12.2009 r.

Wobec powyższego, skład orzekający uznał, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 oraz 183 ust. 5 i 6 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....