

**WYROK**

**z dnia 4 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2016 r. przez **Roche Diagnostic Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Centrum Onkologii – Instytutowi im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie warunków równoważności dotyczących produktów opisanych w załączniku nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wykreślenie, w załączniku nr 2b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wartości pH buforów.
2. W pozostałym zakresie żądania odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostic Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego – **Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach** – na rzecz **Roche Diagnostic Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej Curie w Warszawie Oddział w Gliwicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne dostawy odczynników wraz z dzierżawą aparatury do barwień IHC dla Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej-Curie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, Nr 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 lutego 2016 roku wykonawca Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) zarzucając zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych (także poprzez użycie nazw handlowych), charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na szkodę. Interes odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w s.i.w.z., zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p., odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podniósł, że jest wiodącym dostawcą nowoczesnych rozwiązań medycznych w zakresie diagnostyki laboratoryjnej. W szczególności posiada w ofercie odczynniki i aparaturę do barwień IHC, będąc drugim obok firmy Dako, producentem tego rodzaju asortymentu. Po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu odwołujący stwierdził, że został on przygotowany wyłącznie pod wyroby firmy Dako, uniemożliwiając innym wykonawcom (a w praktyce odwołującemu) złożenie oferty na własny asortyment, o analogicznym przeznaczeniu. Zamawiający nie tylko bowiem posłużył się w opisie przedmiotu zamówienia cechami właściwymi dla produktów Dako, ale w stosunku do niektórych pozycji wprost użył nazwy handlowej Dako. Dopuścił co prawda składanie ofert równoważnych, jednak to przyzwolenie ma charakter czysto pozorny i niczego nie zmienia w ogólnej ocenie sprawy. Odwołujący wskazał następujące pozycje s.i.w.z., które w jego przekonaniu mają dyskryminujący charakter:

1) pkt IV.8.1 s.i.w.z. - Moduły do bezksylenowego odparafinowania preparatów i odkrywania antygenów w buforach o różnych pH, odpowiednio dla oferowanych przeciwciał.

W ocenie odwołującego, osobny moduł do odparafinowania wskazuje na konkretnego dostawcę. Tylko jedna firma na rynku - Dako - posiada takie urządzenie. Pozostałe aparaty są w pełni automatyczne. Przy czym firma Dako posiada również aparat w pełni zautomatyzowany, ponieważ stosowanie modułów zewnętrznych znacząco wydłuża czas otrzymania wybarwionego preparatu. Nie ma więc żadnych powodów aby wprowadzać tego rodzaju ograniczenie technologiczne do opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt IV.8,1 s.i.w.z. i nadanie mu brzmienia:

*Możliwość bezksylenowego odparafinowania preparatów i odsłaniania antygenów w buforach o pH odpowiednim dla oferowanych przeciwciał, na pokładzie aparatu bądź w osobnym module.*

2) pkt 1V.8.2.1 s.i.w.z. - aparaty muszą pracować w systemie otwartym umożliwiającym zastosowanie odczynników różnych producentów, zarówno przeciwciał swoistych, jak i systemów wizualizacyjnych z możliwością tworzenia własnych protokołów barwienia.

Odwołujący wskazał, że na rynku nie występują aparaty pracujące na wszystkich dostępnych systemach wizualizacyjnych: np. systemów wizualizacyjnych Roche nie można używać w aparatach Dako i odwrotnie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z SIWZ ww. pkt.

3) pkt IV.8.2.5 tiret 6 s.i.w.z. - oprogramowanie aparatów musi umożliwiać regulację ilości nakrapianych odczynników.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał w tym punkcie o zmiennej ilości odczynników, natomiast w załączniku nr 2b do s.i.w.z. w pkt. 1 przewiduje, że „W przypadku aparatów z regulowaną objętością reagentów nakrapianych na szkiełko wymagana objętość na 1 test wynosi 300pl”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z s.i.w.z. ww. pkt. IV.8.2.5 tiret 6 s.i.w.z.

4) Załącznik nr 2A s.i.w.z. - Musi nadawać się do barwienia zarówno w aparatach barwiących, jak i ręcznego w temperaturze pokojowej

Załącznik nr 2B do s.i.w.z. pkt 1 - Do barwienia automatycznego i ręcznego, w temperaturze pokojowej bez konieczności stosowania ciemni

Odwołujący stwierdził, że przedmiot zamówienia dotyczy dzierżawy automatycznego systemu do barwień IHC wraz z dostawą odczynników. Używanie odczynników przeznaczonych do metod automatycznych w metodach manualnych jest obarczone olbrzymim błędem nawet w przypadku stosowania tych samych protokołów. Każdych odczynników dedykowanych do aparatu można teoretycznie użyć w metodzie manualnej z zastrzeżeniem, że jest to działanie niezgodne z instrukcją ich użycia, a zamawiający robi to na własną odpowiedzialność i ryzyko. Takie ich użycie może skutkować błędami, które bezpośrednio mogą skutkować błędną diagnozą i narazić zamawiającego na konsekwencje. Zamawiający powinien wydzielić do osobnego pakietu odczynniki i badania, które zamierza wykonywać manualnie, a nie umieszczać ich w pakiecie na automatyczny system do barwień. Jeśli intencją zamawiającego było zabezpieczenie możliwości wykonywania badań metodą manualną w przypadku awarii aparatu, zamawiający powinien zabezpieczyć się na taką okoliczność innymi zapisami (np. zapewnienie wykonania badań w innym ośrodku na własny koszt lub koszt wykonawcy, czy zapewnienie aparatu zastępczego w przypadku awarii trwającej dłużej niż 3 dni.).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z s.i.w.z. ww. punktów.

5) Załącznik nr 2A do s.i.w.z. - podane klony wskazują na konkretnego dostawcę - Dako.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dopuszczenia klonów wskazanych przeciwciał. Ewentualnie odwołujący wniósł o nakazanie

zamawiającemu, aby opisał sposób oceny ofert równoważnych tak, aby również inne wyroby niż Dako zostały dopuszczone do postępowania, w szczególności wskazane przez siebie klony przeciwciał.

6) Załącznik nr 2B do s.i.w.z. pkt. 2-4 - wskazanie na jednego dostawcę. pH buforów może się różnić u różnych producentów,

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z s.i.w.z. wartości pH buforów.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółowe stanowisko zamawiającego zawarte jest w protokole posiedzenia i rozprawy z dnia 3 marca 2016 roku.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zakwestionowane przez odwołującego postanowienia s.i.w.z. mają taką treść, jaką przytoczył odwołujący w odwołaniu. Wskazane postanowienie s.i.w.z., w zakresie ich brzmienia, nie są pomiędzy stronami sporne.

Zamawiający w pkt. IV s.i.w.z. „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 3 wskazał:

*Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu braku wskazania warunków równoważności klonów opisanych w załączniku nr 2A do s.i.w.z. oraz w zakresie wskazania buforów pH zawartych w załączniku nr 2B do s.i.w.z. pkt 2-4.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Uwzględniając wskazane wyżej zarzuty odwołania Izba wskazuje, iż - co do zasady - opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, jest zakazane, co wynika wprost z treści art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. Zakaz ten

doznaje jednak ograniczenia w sytuacji, gdy konieczność posłużenia się owymi znakami czy patentami jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p., musi mieć na względzie, że samo wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu wraz z dodaniem wyrazów "lub równoważne" jest niewystarczające. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, że "dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych, nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia *równoważność*, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równowartości ofert (...). Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wyrób za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ". Należy przy tym podkreślić, iż zamawiający, który nie określi w specyfikacji warunków równoważności, nie będzie mógł odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oferty, która w jego ocenie owej równoważności nie spełnia.

Odnosząc się do nakazania zamawiającemu wykreślenia wartości pH buforów, Izba wskazuje, że zamawiający nie wykazał zasadności wymogów wartości pH wskazanej w s.i.w.z.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania. Podkreślenia wymaga, że zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, kierował się własnymi określonymi potrzebami. Specyficzna działalność zamawiającego uzasadnia konieczność prowadzenia przez niego badań w sposób, jaki uzna on za stosowny i skuteczny. Zamawiający wykazał przez Izbę, iż przeprowadza badania uzasadniające nabycie opisanego sprzętu. Uwzględnienie odwołania w tym zakresie oznaczałoby zabranie zamawiającemu niezbędnego narzędzia diagnostycznego, pozbawiając go jednocześnie w znacznej mierze możliwości realizacji celów, dla których został on powołany.

Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Utrudnieniem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca.

A zatem, realizacja obowiązku zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. oznacza dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Taki pogląd został wyrażony między innymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2004 roku sygn. akt VI ACa 965/11.

Jednakże, pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....