

Sygn. akt: KIO/UZP 99 /10

WYROK
z dnia 18 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego – **Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 60-535 Poznań, ul. Polna 33** protestu z dnia 4 stycznia 2010 roku

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 B

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 B**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset zł 00 gr.) przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 B** na rzecz **Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, 60-535 Poznań, ul. Polna 33** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 B**

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

Zamawiający - Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa automatycznego systemu do diagnostyki molekularnej; testy do diagnostyki medycznej, dzierżawa fabrycznie nowych analizatorów wraz z oprogramowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2009 r. nr 2009/S 246-352513 i zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący – Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp przez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu i postanowień siwz w sposób utrudniający i uniemożliwiający uczciwą konkurencję.

W proteście odwołujący wskazał, że brak podziału przedmiotu zamówienia na części i wymóg dostarczenia łącznie testów do diagnostyki molekularnej (DNA HPV, Genotyping HPV, CT/NG) przesądza o tym, że ofertę może złożyć wyłącznie jeden wykonawca, który aktualnie dysponuje wszystkimi trzema testami diagnostyki molekularnej. Dowodem na sporządzenie siwz, która jest „dedykowana” wyłącznie dla aparatów firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. są, zdaniem odwołującego postanowienia Załącznika nr 1 do SIWZ punkt 2.1. dotyczące analizatora do izolacji kwasów nukleinowych do RT - PCR, które zostały skopiowane z instrukcji obsługi aparatów firmy Roche:

1. „Próbki badane i kasety odczynnikowe identyfikowane za pomocą czytnika kodów paskowych” (pkt 3 tabeli 2.1)
2. „Zastosowanie systemu uniemożliwiającego powstawanie aerozoli w trakcie wymuszonego mechanicznego odrzucania końcówek” (pkt 7 tabeli 2.1).

Odwołujący nie może zaoferować testu do:

- Genotypowania co najmniej 28 typów wysokiego i niskiego ryzyka HPV,
 - Testu CT/NG umożliwiającego testowanie tylko w kierunku CT
- przez co nie może złożyć oferty i traci możliwość uzyskania zamówienia.

Zamawiający oddalając protest, wskazał, że podzielenie przedmiotu zamówienia na pakiety (części) jest niekorzystne dla Szpitala ze względu na utratę kompatybilności sprzętu i rozdrobnienie źródeł materiałów zużywalnych oraz odczynników. Przy ograniczonym obiekcie zamówienia jakim jest detekcja tylko trzech patogenów, zróżnicowanie sprzętowe i odczynnikowe jest niepotrzebnym problemem i wpłynie znacząco na komplikacje zarówno technicznego wykonania pojedynczego badania jak i zapewnienie płynnej dostawy odczynników i materiałów zużywalnych. Podniósł, że ustawa jak i specyfikacja dopuszcza złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutów dotyczących czytnika kodów paskowych i systemu uniemożliwiającego powstawanie aerozoli w trakcie pipetowania wyjaśnił, że sformułowania przywołane przez odwołującego są wyjęte z kontekstu, nie zawierają żadnych danych charakteryzujących sprzęt firmy Roche i stanowią jedynie uniwersalne omówienie zagadnień, pasujące do wszystkich aparatów spełniających te wymagania.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście.

Dodatkowo wskazał, że biorąc pod uwagę aktualne możliwości techniczne oferowane na rynku Unii Europejskiej tylko jeden analizator np. COBAS 4 800 działający w technologii Real Time - PCR, który jest aktualnie wprowadzany na rynek Polski i rynki innych Państw Członkowskich Unii Europejskiej umożliwi wykonywanie tylko dwóch z trzech testów do

diagnostyki medycznej in vitro tj . DNA HPV i CT/NG. Pozostałe testy do genotypowania HPV będą musiały być wykonane na oddzielnym analizatorze, który działa w technologii PCR. A zatem będzie musiało dojść do utraty kompatybilności sprzętu z materiałami zużywalnymi i odczynnikami ponieważ potencjalny wykonawca ze względów technologicznych będzie zmuszony wyposażyć zamawiającego nie w jeden ale w dwa analizatory działające w dwóch różnych technologiach, a co za tym idzie zużywających różne materiały zużywalne i odczynniki.

W odwołaniu wskazał również na następujące postanowienia siwz, które świadczą o utrudnieniu uczciwej konkurencji:

1. maksymalnie dwie kontrole dla serii oznaczeń (dodatnia i ujemna) (test CT/NG poz. 9)

parametr ten jest właściwy dla testów oferowanych wyłącznie przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

2. zestaw do pobierania materiału do badania zapewniający co najmniej 80 -dniową stabilność próbek moczu i wymazów przechowywanych w temperaturze pokojowej (test CT/NG poz. 2)

Zamawiający na pytanie z dnia 29.12.2010 roku nie dopuścił możliwości przechowywania wymazów i moczu w temperaturze pokojowej do 14 dni lub do 90 dni w tem. – 90 stopni Celsjusza. Wymóg podany w poz. 2 jest nieuzasadniony, gdyż aktualnie tj. na dzień składania niniejszego odwołania w ofercie rynkowej nie jest dostępny analizator spełniający taki wymóg.

3. wykrywanie co najmniej 28 genotypów HPV z niżej wymienionych: [6, 11, 16, 18, 26, 31, 33, 35, 39, 40, 42, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, (MM9), 81, 82, (MM4), 83 (MM7), 84 (MM8), IS39, oraz CP6108] (test do genotypowania HPV poz. 2)

aktualnie na rynku polskim tylko jeden dostawca - TRANSFARM Sp. z o.o. oferuje test do genotypowania HPV, ale tylko zbliżony do wymogów określonych przez zamawiającego. Test ten wykrywa jedynie 26 spośród określonych przez zamawiającego genotypów HPV. Oczekiwanie Zamawiającego odnośnie wykrywania 28 genotypów HPV jest na chwilę obecną niewykonalne przez podmioty inne niż Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Dowód: Wydruk ze strony internetowej Roche Global z opisem produktów diagnostycznych i tłumaczenie przysięgłe na język polski

4. analizator wraz z oprogramowaniem do automatycznej izolacji kwasów nukleinowych do reakcji PCR w czasie rzeczywistym (real time PCR) [Część II pkt

3 str. 21) „próbki badane i kasety odczynnikowe identyfikowane za pomocą czytnika kodów paskowych”

Wprawdzie w odpowiedzi na pytanie z dnia 6.01.2010 r. zamawiający potwierdził, że dopuszcza aparat, który identyfikuje próbki przy pomocy kodów paskowych za pomocą czytnika kodów paskowych, zamiast identyfikować kasety odczynnikowe. Jednakże nie zmienia to faktu, że tylko analizatory oferowane przez spółkę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. konfekcjonują odczynniki w tzw. „kasetach odczynnikowych”. Użyte przez Zamawiającego sformułowanie: „próbki badane i kasety odczynnikowe identyfikowane za pomocą czytnika kodów paskowych” znajduje się w jednym z punktów opisu (instrukcji obsługi) analizatora COBAS AmpliPrep zaoferowanego przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w innym postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Obserwacyjno - Zakaźny im. Tadeusza Browicza w Bydgoszczy. Na potwierdzenie załączył kopię oferty Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. z dnia 12.11.2008 roku złożoną dla Wojewódzkiego Szpitala Obserwacyjno - Zakaźnego im. Tadeusza Browicza w Bydgoszczy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia przez modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający uczciwą konkurencję, w tym również podzielenie zamówienia na trzy osobne pakiety (części) i dopuszczenie tym samym możliwości składania ofert częściowych przez wykonawców, a gdyby to nie było możliwe – unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w całości,
2. dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,
3. orzeczenie o zwrocie kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego stosownie do jego wyników.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, w szczególności: treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o postanowienia siwz, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa automatycznego systemu do diagnostyki molekularnej; testy do diagnostyki medycznej in vitro do: DNA HPV jakościowo – 14 typów wysokiego ryzyka łącznie z identyfikacją typu 16 i typu 18, Chlamydii Trachomatis oraz genotypowania co najmniej 28 typów wysokiego i niskiego ryzyka HPV. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi dzierżawa fabrycznie

nowych analizatorów wraz z oprogramowaniem zapewniającym sterowanie automatyczną interpretacją wyników oraz ich transfer do sieci informatycznej laboratorium.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i wymagania techniczne odnośnie każdego z trzech testów, objętych przedmiotem zamówienia (test DNA HPV, test do genotypowania HPV oraz test CT/NG) zamawiający opisał w załączniku nr 1 do siwz.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania na posiedzeniu, a odwołujący jako podmiot kwestionujący postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które utrudniają mu dostęp do przedmiotowego zamówienia, legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zakresu zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu, Izba zważyła, że przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza rozpoznanie przez Izbę jedynie zarzutów poprzedzonych protestem. Izba zwraca uwagę, że zarzuty winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu. Zarzuty prawne konkretyzują się bowiem przez podanie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za niedopuszczalne w praktyce należy uznać, ogólne, blankietowe wskazanie naruszenia przepisów prawnych i późniejsze, na etapie odwołania i w trakcie rozprawy, powoływanie nowych konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które potwierdzają wskazane w proteście podstawy prawne zarzutu. Takie działanie uniemożliwia również zajęcie stanowiska przez zamawiającego co do konkretnych kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że podlegające rozpoznaniu przez Izbę, mogą być jedynie zarzuty dotyczące postanowień siwz, wskazane w treści protestu.

Są nimi zarzuty: braku podziału zamówienia na części (pakiety), wymogi określone w załączniku nr 1 punkt 2.1 dotyczące analizatora do izolacji kwasów nukleinowych do RT-PCR, gdzie zamawiający wskazał, aby: „Próbki badane i kasety odczynnikowe identyfikowane za pomocą czytnika kodów paskowych” (pkt 3 tabeli 2.1) oraz wymagał „Zastosowania systemu uniemożliwiającego powstawanie aerozoli w trakcie wymuszonego mechanicznego odrzucania końcówek” (pkt 7 tabeli 2.1). Ponadto odwołujący wskazał w proteście, że nie może zaoferować testu do genotypowania co najmniej 28 typów wysokiego

i niskiego ryzyka HPV oraz testu CT/NG umożliwiającego testowanie tylko w kierunku CT, przez co nie może złożyć oferty i traci możliwość uzyskania zamówienia.

Zgłoszone w odwołaniu i w trakcie rozprawy, a nie kwestionowane w proteście postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w ocenie odwołującego utrudniają mu dostęp do przedmiotowego zamówienia, nie mogą być z uwagi na art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, objęte zakresem rozpoznania w niniejszym odwołaniu i z tych względów Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Ponadto, wskazywane przez odwołującego w trakcie rozprawy niejasności i rozbieżności w udzielonych w dniu 6 oraz 15 stycznia 2010 roku odpowiedziach na pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, z uwagi na to, że zarzuty te nie były poprzedzone protestem. Izba wskazuje, że odwołujący mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci protestu na czynność udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, czego nie uczynił. Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania niejasnych wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego dnia 6 i 15 stycznia bez uprzedniego złożenia protestu na tą czynność zamawiającego i wskazywanie, że działania te potwierdzają jedynie ogólny zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, jest niezasadne i nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Zasadniczym zarzutem odwołującego podniesionym w proteście i podtrzymanym w odwołaniu jest naruszenie art. 7 oraz art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp przez sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu i postanowień siwz w sposób utrudniający i uniemożliwiający uczciwą konkurencję. Odwołujący domaga się podzielenia zamówienia na części (pakiety), wskazując, że „ w obecnym kształcie, siwz jest dedykowana dla jednego wykonawcy”.

Izba zważyła, że żądanie odwołującego sprowadzające się do podzielenia zamówienia na części nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez zamawiającego w trakcie rozprawy, że dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, co wynika wprost z cytowanego przepisu art. 83 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego należy przyjąć, że wykonawca nie może domagać się od zamawiającego dopuszczenia składania ofert częściowych. Stanowisko to zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r. V CA 1213/02 odrzucił pogląd, że brak zgody zamawiającego na składanie ofert częściowych godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu.

Ustawodawca pozostawił do dyspozycji zamawiającego ocenę celowości podziału zamówienia na części. Korzystając z prawa do podziału zamówienia na części zamawiający bierze pod uwagę nie tylko możliwość podziału zamówienia ale może również kierować się innymi przesłankami takimi jak, np.: organizacja pracy zamawiającego czy łatwość realizacji całości zamówienia przez jednego a nie kilku kontrahentów.

W oparciu o przepisy ustawy Pzp, zamawiający nie ma zatem obowiązku dzielenia zamówienia na części, a co za tym idzie wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział danego zamówienia na części. Wobec tego brak podstaw do uznania, że wykonawcy mogą skutecznie podważać brak podziału zamówienia na części.

W ocenie Izby, okoliczności przedstawione przez zamawiającego jakimi są: rozdrobnienie źródeł materiałów zużywalnych oraz odczynników, ograniczony zakres zamówienia (detekcja jedynie trzech patogenów), powierzchnia obiektu oraz komplikacje natury technicznej związane z ewentualną realizacją zamówienia przez kilka podmiotów, uzasadniają decyzję zamawiającego o braku podziału zamówienia na części i dążeniu do realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę.

Odwołujący wyjaśnił, że dysponuje dwoma testami: HPV DNA, Chlamydia Trachomatis, nie posiada w swej ofercie testu HPV genotypowanie. Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp w art. 23 dopuszcza wspólny udział wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem jeśli wykonawca nie posiada w ofercie testów HPV do genotypowania, może złożyć ofertę wspólnie z innymi wykonawcami, którzy dysponują w swej ofercie handlowej testem HPV genotypowanie.

Izba podziela ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego, a ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes. Okoliczność, jaką wskazywał odwołujący, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Aby udowodnić istnienie czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, a oczekiwania co do parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że przez sformułowanie wskazanych w proteście wymogów, aby: „próbki badane i kasety odczynnikowe identyfikowane za pomocą czytnika kodów paskowych" (pkt 3 tabeli 2.1) oraz wymóg „zastosowania systemu uniemożliwiającego powstawanie aerozoli w trakcie wymuszonego mechanicznego odrzucania końcówek" (pkt 7 tabeli 2.1) naruszały uczciwą konkurencję i uniemożliwiały bądź utrudniały dostęp do zamówienia publicznego.

Izba oddaliła zgłoszone przez odwołującego dowody:

1. z dokumentów – wydruku ze strony internetowej - na okoliczność oferowania przez Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. testów umożliwiających przechowywanie próbek materiału do analizy w temperaturze 2 - 30⁰ i przez 90 dni,
2. opinia biegłego mikrobiologa - na okoliczność istnienia rzeczywistej, uzasadnionej względami medycznymi potrzeby zapewnienia 80 - dniowej stabilności próbek moczu i wymazów w temperaturze pokojowej.

Zgłoszone przez odwołującego dowody są bezprzedmiotowe i zbędne dla rozstrzygnięcia sporu, biorąc pod uwagę wskazany wyżej brak możliwości rozpoznania przez Izbę zarzutów, których dotyczą zgłoszone w sprawie dowody (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienie żądania odwołującego sprowadzającego się do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 zm.), uznając za uzasadnione wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną fakturą.

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 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*