

Sygn. akt: KIO 1682/10

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 6 sierpnia 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez odwołującego **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, 26-617 Radom, ul. Juliana Aleksandrowicza 5** na rzecz odwołującego **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 26-617 Radom, ul. Aleksandrowicza 5, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dzierżawę analizatora biochemicznego wraz z dostawą odczynników oraz dzierżawą analizatora immunologicznego wraz z dostawą odczynników a także dostawą odczynników do systemu ORTHO BIOVUE dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

30.07.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 146-225643.

06.08.2010 r. wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez 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 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu wykonawców oraz wymuszaniu na wykonawcach wybór określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;
- 4) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp przez 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 (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.);
- 6) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych postanowień jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- 7) w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo-skutkowego spowodowałyby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp przez 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. przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;
- 9) *takie działanie zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471 oraz z 2009 r. Nr 114, poz. 946) które stanowią, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny – odwołujący na rozprawie odstąpił od popierania tego zarzutu.*

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie wykreślenia kwestionowanych postanowień lub o ich modyfikację.

Argumentacja odwołującego

(część 3 – Dzierżawa analizatora immunologicznego)

W przedmiotowym postępowaniu naruszenie taksatywnie opisanych przepisów polegało na:

Zamawiający przez tendencyjny opis parametrów dotyczących dzierżawionego analizatora immunologicznego oraz zestawienie parametrów mierzonych na analizatorze wybrał już na wstępie dostawcę, jest nim firma Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o. Żadna inna firma nie spełnia jednocześnie wszystkich parametrów analizatora przy jednoczesnym zapewnieniu wykonania oznaczeń z panelu badań przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący żąda dopuszczenia wykonawcy Abbott do udziału w przetargu przez zmianę postanowień w specyfikacji:

1. Wykreślenie z Załącznika 1 do umowy pozycji: Prokalcytonina i IgE Total lub wyrażenie zgody na wykonanie tych badań poza Laboratorium Zamawiającego w czasie do 24 godzin. Koszt badania ujęty zostanie w formularzu cenowym. Odbiór surowicy oraz dostarczenie wyników odbywałby się na koszt wykonawcy. Należy podkreślić, że w chwili obecnej zamawiający ma możliwość wykonywania ww. oznaczeń na analizatorach znajdujących się w laboratorium zamawiającego (jeden aparat dzierżawiony, drugi aparat będący własnością zamawiającego), a w specyfikacji zdefiniował konieczność wykonywania tych badań na kolejnym, dzierżawionym analizatorze.

2. Wykreślenie z Załącznika 1 do umowy kolumny definiującej wielkość wymaganych opakowań poszczególnych odczynników. Wielkości te są dokładnym odzwierciedleniem sposobu konfekcjonowania odczynników do analizatorów immunochemicznych ADVIA

Centaur oferowanych przez wykonawcę Siemens. Powszechnie wiadomo, że większość firm diagnostycznych posiada w swojej ofercie opakowania po 100 testów lub ich wielokrotności; sposób konfekcjonowania nie ma żadnego wpływu na jakość oferowanych odczynników. Należy podkreślić, że zamawiający w formularzu cenowym nie umieścił nawet ilości planowanych oznaczeń w okresie umowy, jedynie podał ilości opakowań i dokładny sposób konfekcjonowania odczynników.

3. Wykreślenie z tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 1 postanowienia „... w pełni kompatybilny z posiadany na własność przez zamawiającego analizatorem ADVIA Centaur”. Wszystkie analizatory immunologiczne dostępne na rynku są aparatami pracującymi w systemie zamkniętym. Oznacza to, że jedynym analizatorem spełniającym powyższy warunek jest analizator ADVIA Centaur produkcji Siemens, co już na wstępie uniemożliwia złożenie oferty innej niż analizator serii ADVIA Centaur.

4. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 3. „Testy wykonywane metodą chemiluminescencji bezsubstratowej” na postanowienie: „Testy wykonywane metodą chemiluminescencji”. Wszystkie oferowane wysokiej klasy analizatory immunologiczne działają w oparciu o metodę chemiluminescencji.

5. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 6. „Wydajność aparatu – powyżej 220 oznaczeń na godzinę” na postanowienie „Wydajność aparatu – powyżej 190 oznaczeń na godzinę”. Obecne postanowienie dotyczący wydajności oferowanego analizatora dopuszcza dwie firmy; jednakże w połączeniu z pozostałymi postanowieniami specyfikacji zawęża grupę firm mogących złożyć ofertę jedynie do wykonawcy Siemens. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z formularzem cenowym zamawiający wykonuje dziennie około 140 oznaczeń immunochemicznych. Wymagając wydajności 220 oznaczeń immunochemicznych na godzinę oznaczałoby, że analizator pracowałby mniej niż 1 godz. dziennie.

6. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 10: „Zastosowanie w pipetorze wymiennych jednorazowych końcówek” na „Zastosowanie rozwiązań technologicznych dozowania materiału i odczynników zapobiegających przenoszeniu materiału z próbki na próbkę”.

Końcówki jednorazowe (przy postanowieniach w pozostałych parametrach) wskazują jednoznacznie na wykonawcę Siemens. Z punktu widzenia jakości otrzymywanych wyników oznaczeń ważne i istotne jest zapobieganie przenoszeniu materiału badanego z próbki na próbkę, co mogą gwarantować inne, sprawdzone technologie.

7. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 13: „Czas do uzyskania pierwszego wyniku – maks. 20 minut dla testów jednostopniowych” na postanowienie „Czas do uzyskania pierwszego wyniku – maks. 28 minut dla testów zlecanych w trybie pilnym”. Zależnie od rodzaju stosowanej technologii

pomiarowej różne testy mogą być jedno lub dwustopniowe dla różnych firm. Z punktu widzenia laboratorium kluczowe jest aby czas uzyskania wyników dla testów zleczanych w trybie pilnym (np. Troponina, bHCG) był jak najkrótszy.

8. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 16: „Dostawianie i usuwanie odczynników, próbek i materiałów zużywalnych możliwe w każdym czasie – bez konieczności pauzowania aparatu” na postanowienie „Dostawianie i usuwanie próbek i materiałów zużywalnych możliwe w każdym czasie – bez konieczności pauzowania aparatu”. Postanowienie to przy postanowieniach w pozostałych parametrach jednoznacznie wskazuje na wykonawcę Siemens.

9. Zmianę postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 26: „Bezpłatne serwisowanie obydwu analizatorów w okresie dzierżawy oraz przeglądy serwisowe” na postanowienie „Bezpłatne serwisowanie dzierżawionego analizatora w okresie dzierżawy oraz przegląd serwisowy”. Postanowienie to przy postanowieniach w pozostałych parametrach jednoznacznie wskazuje na wykonawcę Siemens, będącym producentem analizatorów serii ADVIA Centaur. Powszechnie wiadomo, że z punktu widzenia użytkownika aparatu usługę serwisową na najwyższym poziomie (dostęp do aktualizacji, magazyn części zamiennych itp.) dostarczyć może jedynie producent aparatu. Zakup usługi serwisowej od producenta aparatu przez wykonawcę konkurencyjnego i zaoferowanie jej zamawiającemu jest niekorzystne ekonomicznie.

06.08.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

09.08.2009 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez zamawiającego:

1) (dowód nr 1) pismo wraz z ośmioma załącznikami, z których zamawiający wywodzi niezasadność odwołania oraz dowodów złożonych przez odwołującego;

2) (dowód nr 2) wyciągi z ofert złożonych w poprzednich postępowaniach prowadzonych wcześniej przez zamawiającego na potwierdzenie, że specyfikacja zamawiającego odnosi się wyłącznie do tych przedmiotów zamówienia wyspecyfikowanych w złożonych fragmentach ofert;

3) (dowód nr 3) prospekt z października 2009 r. w języku angielskim na potwierdzenie faktu, że zamawiający przez wymaganie określonego specyfikacji

sposobu konfekcjonowania (liczba testów w danym komplecie) wskazuje na konkretnego wykonawcę;

4) (dowód nr 4) referencje Narodowego Centrum Krwiodawstwa, opis sposobu mycia sondy do podawania próbek i lista podmiotów użytkujących urządzenia bez cechy jednorazowych końcówek na potwierdzenie tezy, że system spełniający wymaganie zamawiającego nie musi opierać się na wymienności jednorazowych końcówek pipet

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dokonania opisu niektórych parametrów i wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia bez uzasadnienia realnymi potrzebami zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący szczegółowo kwestionuje 9 postanowień specyfikacji (w tym w załącznikach do specyfikacji), które – zdaniem odwołującego – bezzasadnie uniemożliwiają odwołującemu złożenie w przetargu oferty, która miałaby szansę na wybór jako najkorzystniejszej.

W zakresie pierwszego żądania – wykreślenia z załącznika 1 do umowy (str. 47 specyfikacji) pozycji: prokalcytonina i IgE Total lub wyrażenie zgody na wykonanie tych badań poza laboratorium zamawiającego w czasie do 24 godzin – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Zamawiający wykazał, że w ciągu kilku miesięcy będzie dysponować tylko jednym aparatem do kwestionowanych badań, którego to urządzenia jest właścicielem oraz drugim, które będzie przedmiotem dzierżawy na podstawie rozpoznawanego postępowania. W związku z tym zamawiający musi – ze względów bezpieczeństwa pacjentów i właściwego toku postępowania z nimi – dysponować dwoma aparatami i w trybie natychmiastowym móc wykonywać analizy na obu urządzeniach. Ze względu na to, że oznaczenie prokalcytonina jest markerem sepsy, zamawiający nie może dopuścić do wykonywania badań (bez względu na obciążenie kosztami wykonawcy) w ciągu 24 godzin, a zaniechać wymagania w specyfikacji wykonywania tych badań w trybie natychmiastowym na zamawianym analizatorze.

Ponadto zamawiający wykazał, że zgodnie ze swoimi potrzebami ujął w obecnej specyfikacji jedynie niewielką liczbę badań prokalcytoniny, tj. 200 oznaczeń aby zabezpieczyć ciągłość wykonywania tego parametru przez okres postępowania, które zamierza przeprowadzić w najbliższej przyszłości.

Z przytoczonych wyżej powodów pierwsze żądanie odwołującego nie może być popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie drugiego żądania – wykreślenia z załącznika 1 do umowy (str. 47 specyfikacji) kolumny definiującej wielkość wymaganych opakowań poszczególnych odczynników, gdyż wielkości te są dokładnym odzwierciedleniem sposobu konfekcjonowania odczynników do analizatorów immunochemicznych ADVIA Centaur oferowanych przez wykonawcę Siemens, a sposób konfekcjonowania nie ma żadnego wpływu na jakość oferowanych odczynników – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Izba stwierdza, na podstawie oświadczenia zamawiającego, że zamawiający jest właścicielem określonego typu analizatora i w rozpoznawanym zamówieniu zamierza przede wszystkim uzyskać ciągłość dostaw odczynników do swojego analizatora. Wobec tego musiał określić sposób konfekcjonowania odczynników zgodny ze swoimi potrzebami i stosowania ich w urządzeniu, które jest jego własnością i które będzie używać w okresie na której jest udzielane rozpoznwane zamówienie.

Zamawiający zdefiniował wielkość i liczbę zamawianych opakowań odczynników i na podstawie tych informacji jest ściśle określona liczba oznaczeń w okresie umowy, czego nie wziął pod uwagę odwołujący.

Z przytoczonych wyżej powodów drugie żądanie odwołującego nie może być popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie trzeciego żądania – wykreślenia z tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora (str. 55 specyfikacji) z pozycji nr 1 postanowienia „... w pełni kompatybilny z posiadanym na własność przez zamawiającego analizatorem ADVIA Centaur”, gdyż wszystkie analizatory immunologiczne dostępne na rynku są aparatami pracującymi w systemie zamkniętym, co oznacza, że jedynym analizatorem spełniającym powyższy warunek jest analizator ADVIA Centaur, a to na wstępie uniemożliwia złożenie oferty innej niż analizator serii ADVIA Centaur – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Zgodnie ze »Słownikiem języka polskiego« Wydawnictwo Naukowe PWN, **kompatybilny** to cyt. »mogący działać łącznie z innym czynnikiem lub elementem w sposób nie powodujący zakłóceń; wzajemnie się uzupełniający; zgodny z czymś«. Mdelową obecnie

kompatybilnością jest możliwość stosowania plików zapisanych w dawniejszych wersjach programów komputerowych w nowych wersjach programów komputerowych. Jednak nie oznacza to, że nowy program będzie mógł realizować wszystkie swoje funkcje po zastosowaniu pliku starej wersji programu komputerowego. Inaczej, odtwarzając kompatybilną gramofonową płytę monofoniczną na najbardziej kompatybilnym gramofonie stereofonicznym nie będzie można uzyskać efektu stereofonicznego dźwięku.

Natomiast ze stanowiska zamawiającego wynika, że w jego ojęciu kompatybilność to nie tylko możliwość zastosowania odczynników do wszystkich używanych przez zamawiającego analizatorów, ale – przede wszystkim – możliwość uzyskiwania odpowiednich wyników analiz, na wszystkich analizatorach, a to wykracza poza pojęcie kompatybilności.

Z przytoczonych wyżej powodów trzecie żądanie odwołującego jest popierane przez skład orzekający Izby i wobec tego zamawiający jest obowiązany wykreślić z kwestionowanego miejsca specyfikacji (str. 55) wyrazy »w pełni kompatybilny z posiadany na własność przez zamawiającego analizatorem ADVIA Centaur«.

W zakresie czwartego żądania – zmiany postanowienia w tabeli opisującej parametry dzierżawionego analizatora z pozycji nr 3 „Testy wykonywane metodą chemiluminescencji bezsubstratowej” na postanowienie: „Testy wykonywane metodą chemiluminescencji”, gdyż wszystkie oferowane wysokiej klasy analizatory immunologiczne działają w oparciu o metodę chemiluminescencji – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Odwołujący stwierdził podczas rozprawy, że cyt. »nie ma pojęcia „chemiluminescencja bezsubstratowa”, jednak nie uzasadnił bliżej swojego stanowiska. Natomiast zamawiający zaproponował i również nie uzasadnił bliżej swojego stanowiska.

Natomiast w Internecie można znaleźć pojęcie „chemiluminescencja bezsubstratowa”, dlatego nie można przychylić się do tezy odwołującego, że nie istnieje takie pojecie.

Z przytoczonych wyżej powodów czwarte żądanie odwołującego nie może być popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie piątego żądania – obniżenia wymagania wydajności aparatu (pkt 6 str. 55 specyfikacji) z powyżej 220 oznaczeń na godzinę na powyżej 190 oznaczeń na godzinę – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła do stanowiska odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza za stanowiskami odwołującego i zamawiającego, że wydajności aparatu liczonej w liczbie analiz na godzinę – nie można odnosić do ciągłej pracy urządzenia z najwyższym natężeniem, ale w warunkach laboratoryjnych, jakie występują w rozpoznawanym postępowaniu – należy odnieść do szybkości wykonywania pojedynczej analizy, na czym zależy zamawiającemu. Ponadto zamawiający nie dowiódł, że wymagana

przez niego wydajność ma wpływ na poziom standardów leczenia obowiązujących u zamawiającego.

Skoro parametr wydajności nie może mieć teoretycznie ani praktycznie zastosowania w rozpoznawanym postępowaniu, jak tego dowiodły strony, zamawiający powinien zrezygnować z niego, natomiast może skupić się na realnie istotnym parametrze – czasie wykonywania pojedynczej analizy, który to parametr odzwierciedli w należyтым stopniu potrzeby zamawiającego.

Nie jest ważne czy parametr ten spełnia jeden wykonawca, czy większa liczba wykonawców – co starał się wykazać zamawiający, ale istotność parametru dla zamawiającego. Skoro obie strony stwierdziły, że parametr wydajności analizatora na godzinę jest nieistotny dla zamawiającego, a nawet niemożliwy do zaistnienia w laboratoryjnej pracy urządzenia, to zamawiający powinien z niego zrezygnować. W związku z tym dowód przedstawiony przez zamawiającego w postaci załącznika nr 2 do pisma złożonego przez zamawiającego i sporządzony w języku obcym nie był brany pod uwagę przez Izbę.

Zdaniem składu orzekającego Izby, podkreślenia wymaga fakt, że podstawowy dokument postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nosi nazwę »specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, co zostało uregulowane w art. 36 Pzp. W związku z tym włączenie do tego aktu informacji czy wymagań nieistotnych może być poczytane jako naruszenie wyżej przytoczonego unormowania, a w skrajnych przypadkach może stanowić naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Z przytoczonych wyżej powodów piąte żądanie odwołującego jest popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie szóstego żądania – zmiany wymaganego parametru analizatora opisanego w pozycji 10 (str 55 specyfikacji) stosowania w pipetorze wymiennych jednorazowych końcówek na wymaganie cyt. „Zastosowanie rozwiązań technologicznych dozowania materiału i odczynników zapobiegających przenoszeniu materiału z próbki na próbkę” – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Zamawiający podczas rozprawy podtrzymał stanowisko, że zastosowanie w analizatorze jednorazowych wymiennych końcówek jest najlepszym i najbezpieczniejszym rozwiązaniem technologicznym zapobiegającym przenoszeniu materiału z próbki na próbkę, jednak ze względu na cel jakemu ma służyć to wymaganie (zapobieganie przenoszenia materiału z próbki na próbkę), zamawiający dopuści rozwiązania równoważne, czyli wprowadzi do specyfikacji sformułowanie dopuszczające zastosowanie w oferowanych urządzeniach cyt.

»rozwiązań technologicznych dozowania materiału i odczynników zapobiegających przenoszeniu materiału z próbki na próbkę«.

Zdaniem Izby, takie określenie właściwie odda rzeczywiste potrzeby zamawiającego, bez względu na określenie zaawansowania technologicznego oferowanych analizatorów, co nie jest celem rozpoznawanego postępowania.

Z przytoczonych wyżej powodów szóste żądanie odwołującego zostało poparte przez skład orzekający Izby.

W zakresie siódmego żądania – zmiany postanowienia z pozycji nr 13 (str. 55 specyfikacji): „Czas do uzyskania pierwszego wyniku – maks. 20 minut dla testów jednostopniowych” na postanowienie „Czas do uzyskania pierwszego wyniku – maks. 28 minut dla testów zlecanych w trybie pilnym” – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Odwołujący żąda wydłużenia czasu do uzyskania pierwszego wyniku o 8 minut czyli o 40%. Może to znacząco obniżyć standardy leczenia, jak zauważył zamawiający.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może się przychylić do żądania odwołującego.

Jednak sam odwołujący stwierdził, że w oferowanej przez niego technologii można uzyskać pierwsze wyniki po 18 minutach, ale stosując testy dwustopniowe. Również zamawiający uzyskuje podobne wyniki na użytkowanych przez siebie analizatorach, ale w testach jednostopniowych, co zamawiający stwierdził podczas rozprawy.

Jednak jak wynika z wystąpień stron podczas rozprawy, nie jest istotna technika wykonywania testów, ale czas uzyskania wyników, dlatego zamawiający powinien zmodyfikować specyfikację i w modyfikacji specyfikacji zwrócić najwyższą uwagę na najistotniejszy czynnik, jakim jest czas uzyskania wyniku i dopuścić inne technologie dochodzenia do tego wyniku – jednostopniowe i dwustopniowe.

Z przytoczonych wyżej powodów siódme żądanie odwołującego, wydłużenia czasu uzyskania pierwszego wyniku czyli obniżenia standardów wykonywania analiz, nie może być popierane przez skład orzekający Izby.

W zakresie ósmego żądania – zmiany postanowienia parametru analizatora w pozycji nr 16 na str 55 specyfikacji z, cyt.: „Dostawianie i usuwanie odczynników, próbek i materiałów zużywalnych [...]” na postanowienie „Dostawianie i usuwanie próbek i materiałów zużywalnych [...]”. – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Odwołujący dowiódł, że stosowana technologia w oferowanym przez niego analizatorze nie powoduje konieczności usuwania odczynników rzadko używanych i w związku z tym dostawiania i usuwania odczynników, a należy wykonać inne czynności faktyczne, które w

efekcie powodują, że zostaje spełnione wymaganie zamawiającego bez konieczności cyt. »pauzowania aparatu«.

Ze względu na efekt (możliwość używania odczynników rzadko stosowanych bez pauzowania aparatu), dla którego został postawiony kwestionowany wymóg, a który może być osiągnięty w inny sposób niż zakładał w specyfikacji zamawiający, zamawiający powinien zmodyfikować wymóg, aby nie utrudniać uczciwej konkurencji dopuszczając w specyfikacji inne rozwiązania równoważne.

Z przytoczonych wyżej powodów skład orzekający Izby popiera ósme żądanie odwołującego.

W zakresie dziewiątego żądania – zmiany postanowienia pozycji nr 26 (str. 56 specyfikacji) „Bezpłatne serwisowanie obydwu analizatorów w okresie dzierżawy oraz przeglądy serwisowe” na postanowienie „Bezpłatne serwisowanie dzierżawionego analizatora w okresie dzierżawy oraz przegląd serwisowy” – Krajowa Izba Odwoławcza nie może się przychylić do stanowiska odwołującego.

Zamawiający nie wymagał serwisowania wskazanych w specyfikacji aparatów przez autoryzowany serwis i nie wskazywał na konieczność zachowania gwarancji. Dlatego wykonawca może samodzielnie wykonywać czynności serwisowe i przeglądy serwisowe lub wykupić świadczenie takich usług u producenta aparatu bądź u innego usługodawcy, a możliwość taką potwierdza odwołujący.

Mimo zastosowania przez zamawiającego potocznego wyrażenia o bezpłatnym świadczeniu usługi serwisowania, sformułowania zamawiającego zmierzają do uzyskania jednej ceny bez rozbięcia jej na poszczególne pozycje kosztowe, zwłaszcza że koszt serwisu stanowi tylko nieznaczną część kosztów zamówienia dzierżawy analizatora i dostawy odczynników, jak w tytule zamówienia. Dlatego w rzeczywistości zamawiający jest świadomy, że zapłaci za wszystkie swoje wymagania, w tym za serwisowanie i dokonywanie przeglądów urządzeń i zamawiający nie wymaga zobligowania się wykonawcy do dokonywania darmowych świadczeń.

Z przytoczonych wyżej powodów dziewiąte żądanie odwołującego nie może być popierane przez skład orzekający Izby.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że na wykonawcy nie ciąży obowiązek wykorzystania instytucji zwracania się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji (art. 38 ust. 1 Pzp), aby skorzystać ze środków ochrony prawnej. Podobnie zamawiający nie musi niezwłocznie przekazywać odpowiedzi na odwołanie, na podstawie której odwołujący mógłby nawet wycofać całe odwołanie lub zaniechać popierania niektórych zarzutów.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 i art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp wadliwe sporządzenie specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem załączników nr 2 i 5 dowodu nr 1 oraz dowodu nr 3, które zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski. Ponadto nie miał znaczenia dowód nr 2, gdyż dotyczył innego postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....