

WYROK

z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2012 r. przez **LEK Spółkę Akcyjną w Strykowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **LEK Spółkę Akcyjną w Strykowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **LEK Spółkę Akcyjną w Strykowie** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie – prowadzi postępowanie na dostawę odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji lub puli osocza (przy uwzględnieniu niepełnych puli) w przypadku badań rutynowych wraz z wymaganymi kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, koniecznymi do wykonania badań i archiwizacji badanego materiału oraz dzierżawą aparatury do automatycznych metod badań biologii molekularnej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 października 2012 roku wykonawca LEK Spółka Akcyjna w Strykowie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec zmodyfikowanej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się podniósł, że pierwotna treść SIWZ była przedmiotem odwołania wniesionego przez odwołującego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2012 r. W powyższym odwołaniu z 17 września 2012 odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (i) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; oraz (ii) art. 29 ust. 3 PZP poprzez nie wskazanie parametrów równoważności dla przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższych zarzutów odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę SIWZ w następujący sposób:

- (i) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 1 i zastąpienie go następującym: „Odczynniki gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania.”;
- (ii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 6 oraz 7 i zastąpienie go następującym:

"6. Wykonawcy muszą w swoich ofertach przedstawić cenę zwolnienia jednej donacji oraz koszt dzierżawy urządzeń. W przypadku wykonywania badań w pulach, liczba donacji w puli musi zapewnić czułość wymaganą w aktualnej

publikacji „Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych polskiej służby krwi.” pod red. Prof. Magdaleny Łętowskiej. Łączną wartość kosztów stanowi: dzierzawa urządzeń, całość odczynników, materiałów zużywalnych wymaganych przez oferowaną technologię i innego asortymentu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia badań RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV całkowicie automatycznymi metodami biologii molekularnej.

7. Koszt odczynników musi uwzględniać:

- a) dochodzenie do pojedynczej donacji w pulach,
 - b) dochodzenie do dodatkowej donacji wraz z identyfikacją.”;
- (iii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 11 i zastąpienie go następującym: „Test z systemem zabezpieczającym przed kontaminacją, pozwalający na wyeliminowanie fałszywie reaktywnych wyników.”;
- (iv) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części "Urządzenia", punkcie 1) w brzmieniu: "Ciężar pojedynczego aparatu nie może przekraczać 400kg, wymiary zewnętrzne pojedynczego aparatu nie mogą przekraczać: szerokość 2m, głębokość 1m, wysokość 1m.”;
- (v) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części Urządzenia, punkt 2. f) i zastąpienie go następującym: „System umożliwiający: f. identyfikację wirusa „na cito” dostępną na tym samym analizatorze, możliwą do wykonania w ciągu jednego dnia roboczego, to znaczy w ciągu 8 godzin.”
- (vi) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części "Urządzenia", punkcie 12 i zastąpienie go następującym: „Szczegółowe warunki serwisu urządzeń: a) częstotliwość walidacji - co najmniej raz w roku, b) zapewnienie bezpłatnej walidacji wszystkich urządzeń wraz z wyszczególnieniem wszystkich elementów procesu walidacji w ofercie.”

W dniu 27 września 2012 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie z 17 września 2012, w której uwzględnił w całości zarzuty postawione przez odwołującego.

Przystępujący po stronie Zamawiającego od postępowania odwoławczego Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez

zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z 17 września 2012. W konsekwencji, zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp Izba postanowieniem z dnia 1 października 2012 r. umorzyła postępowanie.

Odwołujący się podniósł, że pomimo uznania zarzutów w całości zamawiający nie wprowadził zmian do SIWZ zgodnie z żądaniami odwołującego wyrażonymi w odwołaniu z 17 września 2012. Natomiast, w oparciu o art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający dodatkowo zmodyfikował treść SIWZ zmieniając w rozdziale XIII (OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY) kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, w ten sposób że cena brutto, która dotychczas stanowiła jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, została zastąpiona ceną brutto oraz oceną techniczną. W nowym brzmieniu SIWZ kryterium ceny została przypisana wartość 80%, natomiast nowowprowadzona ocena techniczna pozwala uzyskać 20% punktów przy obliczaniu wartości punktowej oferty.

W konsekwencji wprowadzenia nowego kryterium zamawiający dodał załącznik nr 6 do SIWZ zawierający parametry oceniane w kryterium "ocena techniczna", wraz z przypisaną im punktacją. W załączniku tym wymienione zostały następujące parametry, jakie musi spełniać oferowana aparatura, aby wykonawca mógł otrzymać pełną pulę punktów w ramach oceny technicznej:

- (i) Odczynniki po wyjęciu z urządzenia chłodniczego gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania i rozmrażania (TAK: 8 pkt, NIE: 0 pkt);
- (ii) Test z wewnętrznym, enzymatycznym systemem zabezpieczenia przed kontaminacją, umożliwiającym ograniczenie stosowania środków dezynfekujących TAK: 3 pkt, NIE: 0 pkt);;
- (iii) System umożliwiający identyfikację wirusa jednocześnie z badaniem przeglądownym w jednym teście dla donacji „na cito” badanych w pojedynczych próbkach (TAK: 4 pkt, NIE: 0 pkt);
- (iv) Ciśnieniowy system monitorowania poprawności pipetowania donacji do puli i archiwizacji (TAK: 5 pkt, NIE: 0 pkt).

Brak powyższych parametrów skutkuje otrzymaniem zera punktów w kryterium oceny technicznej. Parametry wymienione w punktach (i) - (iii) powyżej przed modyfikacją SIWZ podawane były przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w załączniku nr 1 do SIWZ. To właśnie tym zapisom SIWZ odwołujący zarzucił w odwołaniu z 17 września 2012 skutek utrudniania uczciwej konkurencji, zaś

zamawiający uznał te zarzuty w całości. Powyższe warunki techniczne może bowiem spełnić urządzenie tylko jednego wykonawcy, tj. Roche.

Odwołujący się podkreślił, że Roche obecnie dostarcza zamawiającemu system badania krwi na obecności wirusów metodą objętą przedmiotem zamówienia.

Odwołujący się wskazał, że w Polsce, podobnie jak na świecie, systemy badania krwi na obecności wirusów metodą objętą przedmiotem zamówienia oferuje jedynie dwóch producentów, tj. Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG reprezentowany przez odwołującego oraz Roche.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że wbrew ustawie Pzp dokonał modyfikacji SIWZ w sposób naruszający następujące przepisy:

Art. 7 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż preferowany jest jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę), w wyniku czego naruszenia doznaje zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu doprowadzenie postępowania do zgodności z podstawowymi zasadami zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zmianę SIWZ w następujący sposób:

- (i) usunięcie kryterium zawartego w Załączniku 6 do SIWZ, punkt (Lp.) 1 i zastąpienie go następującym: „Odczynniki gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania.”;
- (ii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 6 do SIWZ, punkt (Lp.) 2 i zastąpienie go następującym: „Test z systemem zabezpieczającym przed kontaminacją, pozwalający na wyeliminowanie fałszywie reaktywnych wyników.”;
- (iii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 6 do SIWZ, punkt (Lp.) 3 i zastąpienie go następującym: „Identyfikacja wirusa „na cito” dostępną na tym samym analizatorze, możliwa do wykonania w ciągu jednego dnia roboczego, to znaczy w ciągu 8 godzin.”.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z kryterium oceny zamówienia zawartym w SIWZ (Załącznik 6, Lp. 1) odczynniki służące do badania krwi na obecność wirusów powinny być "po wyjęciu z urządzenia chłodniczego gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego

pipetowania i rozmrażania.”, aby oferta wykonawcy mogła uzyskać punkty w ramach oceny technicznej.

W systemie badania krwi oferowanym przez odwołującego używane są odczynniki, które przed załadowaniem do urządzenia testującego przechowywane są w trzech różnych temperaturach. Część odczynników przechowywana jest w temperaturze pokojowej, część w temperaturze pomiędzy 2 a 8 stopni Celsjusza oraz w temperaturze pomiędzy minus 15 a minus 35 stopni Celsjusza.

W systemie oferowanym przez Roche odczynniki przechowywane są w urządzeniu chłodniczym i przed załadowaniem do urządzenie testującego, tak samo jak odczynnik odwołującego, wymagają ogrzania do temperatury pokojowej (tzw. inkubacja). Jednak z racji tego, że odczynniki Roche są przechowywane w temperaturach powyżej progu zamrażania (od 2 do 8 stopni Celsjusza), proces ich inkubacji nie obejmuje etapu rozmrażania.

W ocenie odwołującego się wprowadzenie preferowanego parametru w postaci odczynników nie wymagających rozmrażania wskazuje na Roche jako jedyne dostawcę mogącego zaoferować system do badania krwi na obecność wirusów, który otrzyma maksymalną pulę punktów oceny technicznej zgodnie z obecnym brzmieniem SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego metody zabezpieczenia systemu przed zanieczyszczeniem (załącznik nr 6 do SIWZ, lp. 2) odwołujący się wskazał, że zgodnie z kryterium oceny zamówienia zawartym w SIWZ (Załącznik 6, Lp. 2), system do badania krwi na obecność wirusów powinien zawierać „wewnętrzny, enzymatyczny systemem zabezpieczenia przed kontaminacją, umożliwiający ograniczenie stosowania środków dezynfekujących.”, aby oferta wykonawcy mogła uzyskać punkty w ramach oceny technicznej.

System badania krwi oferowany przez Roche opiera się na zastosowaniu enzymu, który powoduje rozkład materiału genetycznego wirusów w przypadku zanieczyszczenia urządzeń ich namnożonym materiałem genetycznym.

System badania krwi oferowany przez odwołującego się opiera się na innej, równie skutecznej metodzie zapobiegania kontaminacji, lecz opierającej się nie na wykorzystaniu enzymu, ale oleju tworzącego fizyczną barierę przed zanieczyszczeniem wirusami.

Zdaniem odwołującego się wprowadzenie wymogu, aby metoda zapobiegania

kontaminacji była metodą enzymatyczną jednoznacznie wskazuje na Roche jako jedyne dostawcę mogącego zaoferować system do badania krwi na obecność wirusów mogący otrzymać punkty w ramach oceny technicznej zgodnie z obecnym brzmieniem SIWZ. Tym samym zmodyfikowane brzmienie SIWZ wyklucza złożenie przez Odwołującego oferty mogącej realnie konkurować z ofertą Roche. Wyłączenie innej, równoważnej metody zapobiegania kontaminacji nie ma jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z kryterium oceny zamówienia zawartym w SIWZ (Załącznik 6, Lp. 3) wykonawca ma zaoferować system umożliwiający "identyfikację wirusa jednocześnie z badaniem przeglądowym w jednym teście dla donacji „na cito” badanych w pojedynczych próbkach.", aby oferta wykonawcy mogła uzyskać punkty w ramach oceny technicznej.

Omawiane postanowienie dotyczy identyfikacji, którym z wirusów (HIV, HCV czy HBV) jest zainfekowana krew.

W ostatnim czasie Roche wprowadził do oferty nowy test, pod nazwą MPX 2.O., który umożliwia identyfikację wirusa w badaniu w pojedynczej donacji, czyli w ograniczonym zakresie, ponieważ

Zamawiający w rutynowych badaniach krwi prowadzonych na urządzeniach Roche stosuje metodę badania w pulach. Identyfikacja wirusa może być przeprowadzona jednocześnie z badaniem przeglądowym jedynie za pomocą testu stosowanego w systemie Roche. Takie rozwiązanie zostało opisane w omawianym postanowieniu SIWZ i pośrednio wskazuje na Roche jako jedyne wykonawcę, który jest w stanie spełnić to kryterium techniczne.

W systemie oferowanym przez odwołującego, najpierw należy przeprowadzić badanie przeglądowe, a dopiero potem można przeprowadzić test identyfikujący konkretnego wirusa. System oferowany przez odwołującego nie umożliwia identyfikacji wirusa jednocześnie z badaniem przeglądowym w jednym teście przeprowadzanym w pojedynczej próbce. Dla uniknięcia wątpliwości należy podkreślić, że system oferowany przez odwołującego posiada wymaganą funkcjonalność, ale skutek identyfikacji wirusa jest osiągany w inny sposób niż opisany w obecnym brzmieniu SIWZ, tj. w dwóch krokach, ale w tych samych ramach czasowych.

Z punktu widzenia przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, kwestia metody dochodzenia do identyfikacji wirusa w badaniu "na cito" nie ma znaczenia dla

zamawiającego - istotne jest to, aby doszło do identyfikacji wirusa w ciągu jednego dnia roboczego. Powyższe twierdzenie potwierdza również oświadczenie Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, które stwierdziło jednoznacznie, że "Identyfikacja wirusa w reaktywnej donacji nie jest konieczna tego samego dnia, każdy wynik reaktywny potwierdzany jest w Instytucie Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie w przeciągu dwóch tygodni".

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z ostatnim z nowododanych kryteriów oceny zamówienia zawartym w SIWZ (Załącznik 6, Lp. 4), system do badania krwi na obecność wirusów powinien zawierać "Ciśnieniowy system monitorowania poprawności pipetowania donacji do puli i archiwizacji.", aby oferta wykonawcy mogła uzyskać punkty w ramach oceny technicznej.

Ostatnie z nowododanych kryteriów nie ma charakteru dyskryminującego, ponieważ niedawno aparatura oferowana przez odwołującego została zmodernizowana w ten sposób, że posiada omawianą funkcjonalność. Odwołujący ma prawo sądzić, że zamawiający oraz jego doradcy przygotowując zmianę SIWZ w zakresie dodania Załącznika 6 zawierającego kryteria techniczne nie mieli wiedzy o tym, że aparatura oferowana przez odwołującego została zmodernizowana i posiada omawianą funkcjonalność.

Odwołujący się podniósł, że stosownie do art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W obecnym brzmieniu rzeczzonego przepisu katalog sytuacji, w których zmiana SIWZ może nastąpić jest relatywnie szeroki. Wydaje się więc, że formalnie rzecz ujmując, zamawiający modyfikując postanowienia SIWZ działał w ramach przysługującego mu uprawnienia.

Pomimo działania w granicach uprawnienia udzielonego przez ustawę Pzp, w ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie należy uznać objętą odwołaniem modyfikację SIWZ za bezprawne nadużycie prawa, które niewątpliwie prowadzi do dyskryminacji jednego z wykonawców poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 17 września 2012 roku odwołujący się wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (i) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z

dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; oraz (ii) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie parametrów równoważności dla przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę SIWZ w następujący sposób:

(vii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 1 i zastąpienie go następującym: „Odczynniki gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania.”;

(viii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 6 oraz 7 i zastąpienie go następującym:

"6. Wykonawcy muszą w swoich ofertach przedstawić cenę zwolnienia jednej donacji oraz koszt dzierżawy urządzeń. W przypadku wykonywania badań w pulach, liczba donacji w puli musi zapewnić czułość wymaganą w aktualnej publikacji „Medyczne zasady pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych polskiej służby krwi.” pod red. Prof. Magdaleny Łętowskiej. Łączną wartość kosztów stanowi: dzierżawa urządzeń, całość odczynników, materiałów zużywalnych wymaganych przez oferowaną technologię i innego asortymentu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia badań RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV całkowicie automatycznymi metodami biologii molekularnej.

7. Koszt odczynników musi uwzględniać:

c) dochodzenie do pojedynczej donacji w pulach,

d) dochodzenie do dodatkowej donacji wraz z identyfikacją.”;

(ix) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części 2 punkt 11 i zastąpienie go następującym: „Test z systemem zabezpieczającym przed kontaminacją, pozwalający na wyeliminowanie fałszywie reaktywnych wyników.”;

(x) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części "Urządzenia", punkcie 1) w brzmieniu: "Ciężar pojedynczego aparatu nie może przekraczać 400kg, wymiary zewnętrzne pojedynczego aparatu nie mogą przekraczać: szerokość 2m, głębokość 1m, wysokość 1m.”;

(xi) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części Urządzenia, punkt 2. f) i zastąpienie go następującym: „System umożliwiający: f. identyfikację wirusa „na cito” dostępną na tym samym analizatorze, możliwą do wykonania w ciągu jednego dnia roboczego,

to znaczy w ciągu 8 godzin."

- (xii) usunięcie postanowienia zawartego w Załączniku 1 do SIWZ, w części "Urządzenia", punkcie 12 i zastąpienie go następującym: „Szczegółowe warunki serwisu urządzeń: a) częstotliwość walidacji - co najmniej raz w roku, b) zapewnienie bezpłatnej walidacji wszystkich urządzeń wraz z wyszczególnieniem wszystkich elementów procesu walidacji w ofercie."

W dniu 27 września 2012 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie z 17 września 2012, w której uwzględnił w całości zarzuty postawione przez odwołującego.

Izba postanowieniem z dnia 1 października 2012 r. umorzyła postępowanie.

W oparciu o art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający zmodyfikował treść SIWZ zmieniając w rozdziale XIII (OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY) kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, w ten sposób że cena brutto, która dotychczas stanowiła jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, została zastąpiona ceną brutto oraz oceną techniczną. W nowym brzmieniu SIWZ kryterium ceny została przypisana wartość 80%, natomiast nowowprowadzona ocena techniczna pozwala uzyskać 20% punktów przy obliczaniu wartości punktowej oferty.

W konsekwencji wprowadzenia nowego kryterium zamawiający dodał załącznik nr 6 do SIWZ zawierający parametry oceniane w kryterium "ocena techniczna", wraz z przypisaną im punktacją. W załączniku tym wymienione zostały następujące parametry, jakie musi spełniać oferowana aparatura, aby wykonawca mógł otrzymać pełną pulę punktów w ramach oceny technicznej:

- (v) Odczynniki po wyjęciu z urządzenia chłodniczego gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania i rozmrażania (TAK: 8 pkt, NIE: 0 pkt);
- (vi) Test z wewnętrznym, enzymatycznym systemem zabezpieczenia przed kontaminacją, umożliwiającym ograniczenie stosowania środków dezynfekujących TAK: 3 pkt, NIE: 0 pkt);;
- (vii) System umożliwiający identyfikację wirusa jednocześnie z badaniem przeglądowym w jednym teście dla donacji „na cito” badanych w pojedynczych próbkach (TAK: 4 pkt, NIE: 0 pkt);
- (viii) Ciśnieniowy system monitorowania poprawności

pipetowania donacji do puli i archiwizacji (TAK: 5 pkt, NIE: 0 pkt).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości>

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zamawiający modyfikując specyfikację istotnych warunków zamówienia poprzez dodanie nowego kryterium oceny ofert nie naruszył przepisów powołanych w odwołaniu.

Izba wskazuje, że 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.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

W związku z tym, że SIWZ stanowi odzwierciedlenie potrzeb zamawiającego, to oczywiste jest, że może on określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający tym potrzebom, jednak pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, może przesądzać, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy w przypadku niniejszego postępowania. W szczególności uznać należy, że opis przedmiotu zamówienia został tak skonstruowany, że wykonawca inny niż przystępujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. może złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę. Ponadto kryteria techniczne, które odpowiadają rzeczywistym

potrzebom zamawiającego, pozwalają uzyskać jedynie 20% punktów przy obliczaniu wartości punktowej oferty, natomiast kryterium ceny to wartość 80%.

Izba uznała, że zamawiający w sposób dostateczny wykazał, iż podane przez niego kryteria techniczne są obiektywnie uzasadnione. Kryterium, zgodnie z którym odczynniki służące do badania krwi na obecność wirusów powinny być po wyjęciu z urządzenia chłodniczego gotowe do użycia bez konieczności dodatkowego pipetowania i rozmrażania zamawiający uzasadnił tym, iż konieczność rozmrażania wydłuża czas badań, co powoduje zmianę organizacji pracy pracowni. Zarówno Pracownia Biologii Molekularnej, jak i Dział Zapewniania Jakości, które to jednostki organizacyjne zaangażowane są w proces badania pracują w systemie jednozmianowym. Tym samym każde przesunięcie w czasie badań w pracowni może skutkować zaburzeniem pracy pozostałych działów. Ponadto konieczność przechowywania odczynników w stanie zamrożenia wymaga zakupu dodatkowej zamrażarki, co wymusza rozbudowę istniejącej sieci systemu monitoringu temperatur.

Jeśli chodzi o kryterium wewnętrznego, enzymatycznego systemu zabezpieczenia przed kontaminacją zamawiający wskazał, iż metoda ta znacznie zwiększa bezpieczeństwo personelu, komfort pracy i jednocześnie zabezpiecza przed kontaminacją. Metoda ta nie wymaga stosowania środka dezynfekującego – podchlorynu sodu, będącego produktem niebezpiecznym, a ponadto jest zdecydowanie bardziej skuteczna. Powyższe potwierdzają przedstawione na rozprawie dowody, w tym w szczególności pismo Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 21 października 2010 roku oraz strony 23-24 instrukcji wykonywania testów Procleix Ultrio.

Kryterium polegające na zaoferowaniu systemu umożliwiającego identyfikację wirusa jednocześnie z badaniem przeglądowym w jednym teście dla donacji *na cito* badanych w pojedynczych próbkach zamawiający uzasadnił możliwością szybszego uzyskania ostatecznego wyniku badania, co ma duży wpływ na określenie statusu dawcy. System ten zwiększa bezpieczeństwo epidemiologiczne i umożliwia szybkie zgłoszenie dodatniego wyniku badania Państwowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej. Ponadto system taki nie generuje dodatkowych kosztów związanych z koniecznością nastawienia kolejnego badania.

Wymóg ciśnieniowego systemu monitorowania uzasadniony został doświadczeniami zamawiającego związanymi z brakiem wewnętrznego systemu monitorowania poprawności pipetowania i koniecznością nadzoru tego etapu przez operatora. Odwołujący się sam przyznał, że kryterium to nie ma charakteru dyskryminującego, ponieważ niedawno aparatura oferowana przez odwołującego została zmodernizowana w ten sposób, że posiada omawianą funkcjonalność.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08: „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji”. „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami” (wyrok KIO z 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby, treść przepisów ustawy Pzp, w tym art. 29, nie stoi na przeszkodzie zakupu towarów wysokiej jakości. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie musi się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej wyłącznie kryterium ceny. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji a także z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert mogą obejmować np. jakość, funkcjonalność czy parametry techniczne. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość oceny funkcjonalności przedmiotu oferty oczywistym jest, że funkcjonalności te u poszczególnych wykonawców będą się od siebie różnić.

A zatem działania zamawiającego nie noszą znamion naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że zaskarżonym kryteriom zamawiający przypisał o wiele mniejszą wagę niż kryterium zasadniczemu, czyli cenie. Wykonawcy, którzy nie spełniają wskazanych kryteriów mogą zatem tak przygotować ofertę, by mogła ona realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tym samym zarzuty odwołania należało uznać za nieuzasadnione.

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.

.....