

Sygn. akt: KIO/UZP 768/09

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Małgorzata Rakowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Stanisław Sadowy</b> <b>Małgorzata Stręciwilk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Rafał Komoń</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, 35-310 Rzeszów, ul. Wierzbowa 14** protestu z dnia 22 maja 2009 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści ogłoszenia i modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku,**

**2. kosztami postępowania obciąża Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, 35-310 Rzeszów, ul. Wierzbowa 14 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, 35-310 Rzeszów, ul. Wierzbowa 14** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdańskie 6B**.

### **Uzasadnienie**

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę odczynników do równoczesnego wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV w pojedynczej donacji lub w puli osocza składającej się z 2 do 6-ciu donacji wraz z kontrolami, akcesoriami i materiałami zużywalnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodą biologii molekularnej”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 8 maja 2009 r., nr 2009/S 88-127057.

Pismem z dnia 21 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 22 maja 2009 r.) Odwołujący wniósł protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez ustalenie jako kryterium oceny ofert „terminu ważności odczynników” oraz przyznanie temu kryterium 35% wagi,

2. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez wymaganie punktu IV.A.4 SIWZ „Możliwość wykonywania testów różnicujących w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie”,

tj. art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. zmianę kryteriów oceny ofert, poprzez usunięcie z SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu kryterium „Termin ważności odczynników” przy jednoczesnym wprowadzeniu wymagania granicznego „termin ważności odczynników nie krótszy niż 3 miesiące od daty dostawy do magazynu Zamawiającego”,
2. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie punktu IV.A.4 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonanie badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki,
3. przedłużenie terminu składania ofert stosownie do treści art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż ustalony przez Zamawiającego sposób oceny ofert dyskryminuje Odwołującego, preferując jego jedynego konkurenta – firmę Chiron. Kryterium „termin ważności odczynników”, któremu przyznano wagę 35% stanowi wskazanie na firmę Chiron. Firmy Odwołującego i Chiron oferują dwa różne, oparte na innych metodach i rozwiązaniach technicznych, systemy równoczesnego wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV. Obydwie te metody zostały dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zróżnicował firmy poprzez wprowadzenie kryterium „termin ważności odczynników”. Odczynniki firmy Chiron zachowują kilkunastomiesięczny termin ważności podczas, gdy termin ważności odczynników oferowanych przez Odwołującego wynosi nie więcej niż trzy miesiące. Powyższe powoduje, iż na skutek wprowadzenia kwestionowanego kryterium, konkurent Odwołującego otrzyma maksymalną ilość punktów (w tym kryterium), natomiast Odwołujący tylko jeden punkt, a co w konsekwencji spowoduje wybór konkretnej, preferowanej przez Zamawiającego firmy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu punktu IV.A.4 Odwołujący podniósł, iż tylko jeden wykonawca (firma Chiron) może zaoferować odczynniki dla obydwu celów, tj. równoczesnego wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV oraz do wykonywania testów różnicujących w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, jednocześnie wnosząc o dopuszczenie możliwości

wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując m.in., iż ustalając oprócz kryterium „cena” także drugie kryterium, tj. „termin ważności odczynników” brał pod uwagę istotny wpływ jaki ma okres ważności na efektywne wykorzystanie odczynników, zwłaszcza, że będą one zamawiane raz na kwartał. Mniejsza liczba dawców od liczby zamówionych w danym kwartale odczynników może więc spowodować, przy krótkim terminie ważności, przeterminowanie odczynników.

W zakresie drugiego zarzutu Zamawiający podniósł, iż z obowiązujących przepisów wynika, iż testy różnicujące może wykonywać laboratorium Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie (RCKiK), jak i Instytut Hematologii i Transfuzjologii, jednakże wykonanie testów w laboratorium RCKiK w Rzeszowie pozwala na ekonomiczne gospodarowanie zasobami krwi, wydatkowanie środków publicznych zgodnie z ustawą o finansach publicznych, komfort dawcy krwi oraz sprawną organizację pracy dwóch pracowni Zamawiającego.

Pismem z dnia 10 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 10 czerwca 2009 r., wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 10 czerwca 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 czerwca 2009 r), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez ustalenie jako kryterium oceny ofert „terminu ważności odczynników” oraz przyznanie temu kryterium 35% wagi, potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia oraz rozdziale XIV SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty (...)” zawarł dwa kryteria udzielenia zamówienia: „cenę” z wagą „65%” oraz „termin ważności odczynników” z wagą „35%”. W ramach kryterium „termin ważności odczynników” zamieścił sposób oceny ofert, a więc ilość punktów jakie będzie przyznawał za wyspecyfikowane okresy ważności odczynników, tj.:

„od 0 do 3 m-cy – 1 pkt

powyżej 3 do 6 m-cy – 2 pkt

powyżej 6 do 9 m-cy – 3 pkt

powyżej 9 do 12 m-cy – 4 pkt

powyżej 12 do 15 m-cy – 5 pkt

powyżej 15 m-cy – 6 pkt”

W § 1 ust. 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, Zamawiający zamieścił postanowienia, iż dostawy odczynników będą realizowane w ciągu 36 miesięcy lub do pełnego wykorzystania ilości podanej w opisie przedmiotu zamówienia, jednocześnie wskazując, w ramach odpowiedzi na pytanie wykonawcy, iż zamówienia na odczynniki będzie składał raz na kwartał.

Bezspornym jest, iż wykonawcy działający na rynku tego rodzaju dostaw oferują dwie różne metody wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV.

Bezspornym jest także, iż jednym z elementów odróżniającym oferowane przez tych wykonawców odczynniki jest ich termin ważności. Termin ważności odczynników oferowanych przez Odwołującego wynosi bowiem 4 miesiące, natomiast termin ważności odczynników firmy Chiron wynosi 6 miesięcy i z uwagi na to, iż przedmiotowe odczynniki są zamrażane, może być dłuższy, a tym samym dowolnie określony.

W ocenie Izby kryterium „termin ważności odczynników” nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle planowanych okresów dostaw. Kwartalne dostawy gwarantują bowiem Zamawiającemu, iż otrzyma on, zarówno w przypadku dostawy odczynników przez Odwołującego, jak i firmę Chiron, odczynniki, których termin ważności, dla obydwu firm, może wynosić 4 miesiące od daty dostawy. Oznacza to, iż odczynniki dostarczone na dany kwartał zachowują jeszcze jeden miesiąc ważności, ponad planowany okres dostaw przy założeniu składania racjonalnych zamówień przez Zamawiającego.

Dlatego też podnoszony przez Zamawiającego argument braku możliwości ustalenia liczby dawców w danym kwartale, a tym samym brak możliwości ustalenia odpowiedniej ilości odczynników jest chybiony. Nawet jeżeli liczba dawców będzie różna w różnych miesiącach Zamawiający kalkulując ilość donacji, które będą wykonane w ciągu roku zapewne brał pod uwagę, ilość donacji wykonywanych w latach poprzednich, a jak podniósł

Odwołujący na rozprawie, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, ilość ta była zbliżona w latach (w podziale na miesiące, jak i lata), w których Odwołujący wykonywał zamówienie na rzecz tego właśnie Zamawiającego. Izba podzieliła więc stanowisko Odwołującego, iż przeterminowaniu odczynników powinno zapobiec zamawianie ich odpowiednich ilości, racjonalne, a nie przypadkowe i niespójne – jak wynika z postanowień SIWZ - określenie terminów dostaw, jak i ich ważności. Sam Zamawiający przyznał bowiem na rozprawie, iż w istocie być może popełnił drobne pomyłki tworząc SIWZ, w tym także opisując kwestionowane kryterium. Nie było jednak jego intencją preferowanie któregoś z wykonawców, gdyż obydwaj w różnych okresach realizowali zamówienie na jego rzecz. Długi termin ważności odczynników jest dla niego korzystny finansowo, jak i organizacyjnie, chociażby dlatego, że nie ponosi on kosztów ewentualnej utylizacji przeterminowanych odczynników.

Niemniej jednak stanowisko Zamawiającego, w kontekście twierdzeń Odwołującego, zdaniem Izby jest słuszne. Już z samego formularza oferty (s. 14 SIWZ) jednoznacznie wynika, iż cena jednostkowa brutto dotyczy zwolnienia donacji, a nie ceny jednostkowej odczynnika oraz faktu, iż koszt przeterminowanych odczynników ponosi wykonawca. Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił jakie to przyczyny organizacyjne spowodowały, iż zdecydował o wprowadzeniu kwestionowanego kryterium

Izba stwierdziła, iż przy tak sformułowanym opisie sposobu oceny ofert, istotnie jest już na etapie decyzji o ewentualnym złożeniu oferty, że wykonawcy mogą stwierdzić, jaką faktycznie ilość punktów otrzymają w danym kryterium, zwłaszcza, iż jak ustalono na rynku tego rodzaju dostaw działa wyłącznie dwóch wykonawców oferujących tego rodzaju odczynniki.

Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, jak również ma swobodę w ustaleniu kryteriów oceny ofert. Niemniej jednak nie może on opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniłby konkurencję na rynku tego rodzaju usług. W ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku, Zamawiający poprzez wprowadzenie kryterium „termin ważności odczynników” spowodował ograniczenie konkurencji na rynku tego rodzaju dostaw, zwłaszcza, że na rynku polskim działa wyłącznie dwóch wykonawców, a wprowadzone kryterium powoduje, iż prawdopodobnym jest, iż wykonawcy ci otrzymają w tym kryterium skrajne ilości przewidzianych w nim punktów. Zamawiający nie potrafił również racjonalnie uzasadnić powodów, dla których tak opisane kryterium jest dla niego koniecznym.

Dlatego też Izba uznała, iż zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w SIWZ należy dokonać zmian poprzez usunięcie kwestionowanego kryterium, tj. kryterium „termin ważności odczynników”, a zgodnie ze zmodyfikowanym na rozprawie wnioskiem Odwołującego (zgłoszonym na podstawie art. 184 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 13

k.p.c. w związku z art. 193 k.p.c.) należy wprowadzić wymaganie graniczne „termin ważności odczynników – 4 m-ce od daty dostarczenia do magazynu Zamawiającego”, uwzględniając także okoliczność, iż sam Zamawiający we wcześniej prowadzonych postępowaniach taki wymóg w sposób prawidłowy stawiał.

**Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez wymaganie punktu IV.A.4 SIWZ „Możliwość wykonywania testów różnicujących w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie” potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia – wymagania” litera A „Odczynniki” pkt 4 zamieścił postanowienie „Możliwość wykonywania testów różnicujących w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie”.

Nadto pismem z dnia 22 maja 2009 r., w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego z dnia 13 maja 2009 r., o dopuszczalność możliwości wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie (IHIT) zamiast na miejscu, przy założeniu, że wykonawca pokrywa koszty wykonania badania i przesyłki próbek oraz z wynikiem w ciągu 14 dni od wysłania próbki, Zamawiający oświadczył, iż takiej możliwości nie dopuszcza.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wykrywanie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA-HIV, RNA-HCV, DNA-HBV, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, złożonym na rozprawie, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, wykonywane jest za pomocą trzech rodzajów badań, a mianowicie badań przeglądowych, które co do zasady wykonywane są przez Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa (RCKiK), na podstawie których następuje wykrycie jednego z trzech wirusów bez wskazania, który z nich jest obecny w próbce. W takim przypadku następuje ponowne przeprowadzenie badania, a uzyskanie pozytywnego wyniku powoduje konieczność przeprowadzenia badań identyfikujących, czy też różnicujących, w wyniku których następuje rozróżnienie, który z trzech wirusów jest obecny w próbce dodatkowej testem przeglądowym NAT. Tego rodzaju badanie (identyfikacji wirusa) dokonywane metodą stosowaną przez firmę Chiron wykonywane jest w RCKiK, a dopiero trzeci rodzaj badania, tj. badanie weryfikacyjne, przeprowadzane w wyniku testu serologicznego, a więc potwierdzające obecność wirusa dokonywane jest w IHIT. Natomiast testy oferowane przez Odwołującego nie tylko na etapie weryfikacji, ale już na etapie identyfikacji (różnicowania) wirusa wymagają przeprowadzenia badań przez IHIT, które to badania wykonywane są innymi testami.

Powyższe spowodowane jest tym, iż oferowany przez Odwołującego test wykrywa do równoczesnego wykrywania materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w puli składającej się z 2-6 donacji nie umożliwia jego identyfikacji.

Okoliczność ta powoduje, iż konsekwencją wyłączenia możliwości przeprowadzenia badań różnicujących w IHiT, jest niemożność złożenia oferty przez Odwołującego, będącego jednym z dwóch wykonawców działających na rynku tego rodzaju dostaw, mimo iż metody badań oferowane przez obydwu wykonawców są metodami zalecanymi na rynku polskim (metoda badań w pojedynczych donacjach i metoda badania w pulach składających się z 6 donacji).

Argumenty Zamawiającego jakoby wykonywanie badań, zarówno różnicujących, jak i weryfikujących przez IHiT miało spowodować zwiększenie jego kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia nie znajduje żadnego uzasadnienia, wobec oświadczenia złożonego przez Odwołującego na rozprawie, iż poniesie on koszty wszystkich badań przeprowadzonych przez IHiT, jak również treści pytania nr 1 z dnia 13 maja 2009 r., zadając które Odwołujący jednoznacznie wskazał, iż pokryje koszty wykonania badania, jak i przesyłki próbek.

Równie istotny, zdaniem Zamawiającego, jest termin uzyskania wyników badań różnicujących, o ile tego rodzaju badania byłyby wykonywane przez podmiot zewnętrzny, który w przypadku badań wykonywanych przez IHiT – jak wynika z praktyki – wynosi obecnie około miesiąca. Ważnym jest bowiem nie tylko szybkie zweryfikowanie wirusa, ale i szybkie poinformowanie pacjenta o jego istnieniu. Niemniej jednak – jak podniósł Odwołujący – zgodnie z medycznymi zasadami badania krwi niedopuszczalnym jest informowanie pacjenta o wyniku badania przed jego ostateczną weryfikacją, a więc niezależnie od stosowanej metody, weryfikacją dokonaną przez IHiT. Dlatego też, w ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku należy jednak uznać, iż dokonywanie badań wykrywających materiał genetyczny trzech wirusów wyłącznie do metody, która pozwala na różnicowanie wirusów w RCKiK, w kontekście ograniczonej liczby wykonawców, nie znajduje uzasadnienia. Skoro bowiem obowiązujące przepisy dopuszczają stosowanie dla tego rodzaju badań obydwu metod wykrywania wirusów nie można w opisie przedmiotu zamówienia zawierać takich sformułowań, które ograniczając dostęp do zamówienia jednemu z dwóch działających na rynku wykonawców, jednocześnie preferują konkretnego wykonawcę, uniemożliwiając Odwołującemu możliwość złożenia oferty, zwłaszcza, że w przypadku obydwu oferowanych metod badawczych weryfikacja wirusa odbywa się zawsze w IHiT. Wymagania postawione przez Zamawiającego, co do miejsca i podmiotu przeprowadzającego badania różnicujące wirusa, są bowiem tak rygorystyczne, że w drastyczny sposób ograniczają krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyłącznie do firmy Chiron).



Tym samym w ocenie Izby konieczna jest modyfikacja punktu IV.A.4 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykonywania testów różnicujących w laboratorium referencyjnym IHiT w Warszawie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, uznając je za dokumenty prywatne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

<sup>\*</sup> *niepotrzebne skreślić*