

Sygn. akt: KIO/2154/10

**WYROK**

**z dnia 18 października 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 30 września 2010 roku przez **Wykonawcę: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku, ul. Hoene Wrońskiego 4, 80-210 Gdańsk**

przy udziale Wykonawcy: **Novartis Vassines and Diagnostics SAS, 10, rue Chevreul, 92150 Suresnes, Francja** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Regionalnemu Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,**
- 2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa oraz uzasadnione koszty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa obejmujące wynagrodzenie**

pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

3. zasądza od **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku, ul. Hoene Wrońskiego 4, 80-210 Gdańsk** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b, 01-531 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty obejmujące uiszczony przez Wykonawcę wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa testów do jednoczesnego wykrywania w pojedynczych donacjach: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV metodą automatyczną wraz ze wszystkimi dodatkowymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą automatycznych analizatorów diagnostycznych z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem dla około 160 000 donacji w okresie 2 lat wraz z zabezpieczeniem ciągłości pracy w przypadku awarii na zapasowym analizatorze.*” zostało wszczęte przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku, zwane dalej Zamawiającym, w dniu 25 września 2010 r. poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 187-285561), przekazanego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 września 2010 r. Powołane ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej w dniu 27 września 2010 r. W tym samym dniu Zamawiający udostępnił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 4 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 8 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez Wykonawcę: Novartis Vassines and Diagnostics SAS, zwanego dalej Przystępującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania zawarte w złożonych pismach, jak i zaprezentowane na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez zamieszczenie w nim wymagań utrudniających uczciwą konkurencję, nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, wskazujących na konkretnego dostawcę i uniemożliwiających złożenie oferty Odwołującemu.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

1. dopuszczenie dostawy testów pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji (ewentualnie w puli od 2 do 6 donacji w przypadku niepełnych pul);
2. dopuszczenie możliwości wykonywania testów różnicujących (dyskryminacji wirusów) w dodatknej donacji w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez Wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący wskazywał, że zgodnie z obowiązującymi w Polsce zasadami, ustalonymi przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii, równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA HCV, DNA HBV, RNA HIV może odbywać się w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji. Obie metody są równoważne i dopuszczone dostosowania w polskiej służbie krwi. Zawężenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia tylko do metody badania pojedynczej puli, w ocenie Odwołującego, w sposób jednoznaczny wskazuje na Przystępującego, jednego z dwóch producentów testów pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów. Drugim producentem jest Odwołujący, który oferuje testy do przeprowadzania badań w puli składającej się z 6 donacji.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący wskazywał, iż nie przedstawili oni żadnych dowodów na okoliczność wyższości metody, która została opisana w SIWZ nad tą, którą ofertuje Odwołujący.

Mając na celu wykazanie słuszności własnych żądań, Odwołujący powoływał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych będącymi korzystnymi rozstrzygnięciami w sprawach, w których podnosił analogiczne zarzuty i żądania.

Ponadto wykazywał, że również określenie wymogu, aby dyskryminacja wirusów w dodatniej donacji odbywała się w siedzibie Zamawiającego, wskazuje jednoznacznie na jednego producenta – Przystępującego.

Mając na celu wykazanie zasadności własnych twierdzeń Odwołujący wskazywał dowody (dokumenty załączone do odwołania oraz do pisemnego stanowiska złożonego na rozprawie przed Izbą) dla stwierdzenia faktów, z których wywodził on skutki prawne.

#### Stanowisko Zamawiającego – Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu kwestionującego prawidłowość sformułowania wymogu, aby dyskryminacja wirusów w dodatniej donacji odbywała się w siedzibie Zamawiającego i wynikającego z niego żądania, Zamawiający oświadczył, iż w dniu 6 października 2010 r. Odwołujący skierował do niego pismo zawierające cztery pytania, z których dwa powielają wnioski zawarte w odwołaniu. W odpowiedzi na powołane pismo Zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza możliwość wykonywania testów różnicujących (dyskryminacji wirusów) w dodatniej donacji w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez Wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki. Biorąc pod uwagę powołane fakty, Zamawiający wykazywał, że zarzuty te są nieaktualne.

W pozostałym zakresie Zamawiający wykazywał, że nieuzasadnione i nieudowodnione są twierdzenia Odwołującego, że treść ogłoszenia o zamówieniu wskazuje na konkretnego dostawcę. Na potwierdzenie czego podnosił, iż oferowany przez Odwołującego system do przeprowadzania testów pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV został zatwierdzony również do użytku polegającego na badaniu krwi w pojedynczej donacji. Daje

to w ocenie Zamawiającego możliwość oferowania produktów spełniających zaskarżone wymogi SIWZ odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Twierdzenia te, w ocenie Zamawiającego, potwierdza fakt, że Odwołujący oferował w różnych postępowaniach i dostarczał w różnych krajach Unii Europejskiej rozwiązania umożliwiające badania krwi w pojedynczej donacji.

Zamawiający wykazywał również, iż treść rekomendacji Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie nie rodzi dla niego obowiązku określenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób alternatywny, tj. dopuszczający obie dopuszczone przez Instytut metody badań. Argumentował on, iż z faktu, iż obie metody są porównywalne pod względem czułości, nie wynika, że wykazują one identyczną skuteczność. Podkreślał, że to po stronie Zamawiającego leży wybór metody, a decyzja ta powinna zostać podjęta z uwzględnieniem przede wszystkim bezpieczeństwa biorców. Tym samym Zamawiający miał prawo dokonać wyboru metody droższej, ale skuteczniejszej. Zamawiający podnosił, że Odwołujący poprzez wniesione odwołanie kwestionuje prawa Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z interesem biorców i z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Nie uwzględnia także faktu, iż na Zamawiającym ciąży odpowiedzialność za bezpieczeństwo zwalnianej krwi i jej produktów, a także tego, że metoda badania krwi w pojedynczej donacji jest najbardziej zaawansowanym rozwiązaniem przewyższającym metodę badania krwi w pulach.

#### Stanowisko Przystępującego – Novartis Vassines and Diagnostics SAS:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą.

Wnosił on o oddalenie odwołania.

Poparł on w całości stanowisko i argumentację Zamawiającego, przywołując w celu wykazania ich słuszności własne dowody.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w złożonych

pismach jak i ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania pismo Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 16 stycznia 2009 r.

Analizując przedłożone na rozprawie przez Odwołującego wraz z pisemnym stanowiskiem w sprawie dokumenty, Izba ustaliła, iż Odwołujący powoływał w treści pisma z dnia 13 października 2010 r. przedstawionego Izbie na rozprawie, a także ujął w wyliczeniu załączników do pisma, ofertę Chiron dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku (załącznik nr 26) oraz ofertę Chiron dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy (załącznik nr 29). Złożone przez Odwołującego kopie pism są tłumaczeniami z języka angielskiego. Do powołanego pisma nie zostały załączone dokumenty w języku angielskim. Wobec czego Izba uznała, iż Odwołujący nie złożył dokumentów, na których treść się powołuje. Dlatego też Izba nie zaliczyła powołanych tłumaczeń w poczet materiału dowodowego.

Analogicznie jak w przypadku powołanych powyżej dwóch ofert Chiron, Odwołujący powoływał się również na ofertę Chiron dla Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie (załącznik nr 28). Izba ustaliła, iż Odwołujący nie załączył do powołanego pisma kopii powołanej oferty. Jako załącznik 28 oznaczony został protokół z otwarcia ofert z dnia 26 marca 2010 r., na którego treść Odwołujący się nie powoływał. Wobec czego Izba uznała, iż nie wskazał on tegoż protokołu jako dowodu w sprawie, a tym samym Izba nie przypisała mu takiego atrybutu i nie uwzględniła jego treści przy rozstrzygnięciu o zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego.

Załączone do powołanego pisma odpisy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych Izba uznała za powołane na potwierdzenie zaprezentowanego przez Odwołującego stanowiska. Tym samym nie traktowała ich jako dowodów w sprawie.

Uwzględniając poczynione powyżej zastrzeżenia, Izba dopuściła pozostałe dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 13 października 2010 r., jako dowody w sprawie.

Odnosząc się do wniosków dowodowych zgłaszanych przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż odpowiedź na odwołanie wpłynęła do Prezesa Izby w dniu 12 października 2010 r. za pośrednictwem faksu. Treść tejże odpowiedzi była zawarta na 10 stronach pisma. Zamawiający nie przekazał wraz z powołanym pismem załączników, na które powoływał się w jego treści. Nie przedłożył ich Izbie również na rozprawie w dniu 13 października 2010 r. Dopiero w dniu 15 października 2010 r., a zatem po zamknięciu rozprawy, do Prezesa Izby wpłynęło pismo z dnia 14 października 2010 r., wraz z którym Zamawiający przekazał załączniki powoływane w treści odpowiedzi na odwołanie. Biorąc pod uwagę przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, że dowody strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy, Izba uznała, iż powołane dokumenty zostały przedstawione po upływie terminu na składanie dowodów w sprawie i nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów przywołanych przez Zamawiającego, jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie.

Analizując przedłożone przez Przystępującego wraz z pisemnym stanowiskiem w sprawie z dnia 12 października 2010 r. dokumenty, Izba ustaliła, iż przedłożona lista referencyjna klientów cobas s201 została sporządzona wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka duńskiego. Zawiera ona jednak w przedłożonym Izbie tłumaczeniu zapisy sporządzone w obcych językach, nieprzetłumaczonych na język polski. Dlatego też powołany dokument nie został uwzględniony przez Izbę jako dowód w sprawie.

Uwzględniając poczynione powyżej zastrzeżenie, Izba dopuściła pozostałe dokumenty złożone przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 12 października 2010 r., jako dowody w sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie analizy postanowień SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt II.1.1) i 5) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1) SIWZ zawarł postanowienia, zgodnie



z którymi przedmiotem zamówienia jest dostawa testów do jednoczesnego wykrywania w pojedynczych donacjach: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV metodą automatyczną wraz ze wszystkimi dodatkowymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą automatycznych analizatorów diagnostycznych z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem dla około 160 000 donacji w okresie 2 lat wraz z zabezpieczeniem ciągłości pracy w przypadku awarii na zapasowym analizatorze. Ponadto w szczegółowym opisie zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający doprecyzował swoje wymagania i zawarł tam m.in. w pkt 4.1 obowiązek zapewnienia przez Wykonawców (pokrycia kosztów badań) dyskryminacji wirusów w dodatkowej donacji w siedzibie Zamawiającego oraz potwierdzenia uzyskanego wyniku badania w placówce referencyjnej.

Postanowienia te zakwestionował Odwołujący.

Izba uznała, kierując się dominującym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, że z postanowień art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wynika, iż wystarczającym jest, że Odwołujący jedynie uprawdopodobnił, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. W ocenie Izby w rozpatrywanej sprawie Odwołujący dokonał tego w sposób wystarczający, tj. uprawdopodobnił poprzez własną argumentację, że czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp.

Izba oparła powyższe ustalenia w głównej mierze na treści oświadczenia Odwołującego z dnia 6 stycznia 2009 r., zgodnie z którym Roche Diagnostics zaprzestała rozwijania i oferowania rutynowych badań pojedynczych donacji na systemie cobas s 201 począwszy od 2008 r. Treść powołanego oświadczenia wraz z twierdzeniami zawartymi w przedstawionych Izbie pismach Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 19 czerwca 2006 r. oraz z dnia 16 stycznia 2009 r. oraz niespornym pomiędzy Stronami stwierdzeniem, potwierdzanym również przez Przystępującego, iż obecnie na rynku są tylko dwa podmioty oferujące testy umożliwiające jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów – Odwołujący i Przystępujący, przesądziła w ocenie Izby o uznaniu, iż Odwołujący w wystarczającym stopniu uprawdopodobnił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Powyższe spowodowało, że ciężar dowodu, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie utrudnia uczciwej konkurencji został przeniesiony na Zamawiającego.

Izba, oceniając argumentację podnoszoną przez Zamawiającego i Przystępującego, jak również dowody przedstawione przez Przystępującego, uznała, iż nie zostało

udowodnione, że opis przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji. W szczególności nie podważyli oni przywołanego powyżej twierdzenia Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 r.

Analiza złożonych przez Przystępującego dowodów w sprawie uzasadnia, w ocenie Izby, twierdzenie, iż charakteryzują się one mniejszą wiarygodnością, aniżeli dowody przedstawione przez Odwołującego. Odnosząc się do poszczególnych z nich Izba ustaliła, co następuje.

Dokumenty odnoszące się do Grecji (dowody nr 1, 2 i 3) nie podważają wiarygodności oświadczenia Odwołującego. Po pierwsze są one związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia wszczętym w 2006 r., a zatem przed przywołanym przez Odwołującego rokiem 2008. Po drugie Przystępujący przedstawił wyłącznie tłumaczenie fragmentów dokumentów oznaczonych jako dowód nr 2 i 3, co uniemożliwiło Izbie weryfikację pełnej ich treści. Po trzecie, Przystępujący nie przedstawił kopii umowy, tak aby udowodnić sam fakt jej zawarcia, jak też zakres zobowiązań zaciągniętych przez Strony tej umowy.

Dokumenty odnoszące się do Francji (dowody nr 4 i 5) nie potwierdzają, w ocenie Izby, w żaden sposób, iż Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z którym są one związane.

W odniesieniu do dokumentów związanych z Danią (dowody nr 6, 7, 8, 10, 11 i 12), Izba ustaliła, iż oba ogłoszenia o zamówieniu (dowód nr 7 i 10) zostały opublikowane przed datą publikacji przedstawionej przez Przystępującego Rekomendacji z dnia 10 lipca 2008 r. (odpowiednio 22 lutego i 19 stycznia 2008 r.), tym samym wątpliwym jest, aby jej treść została uwzględniona przez Zamawiających w trakcie przygotowywania postępowania. Ponadto istotnym, w ocenie Izby, jest fakt, iż nawet jeśliby przyjąć założenie, iż Odwołujący uczestniczył w powołanych postępowaniach, to toczyły się one w 2008 r., nie wykraczały tym samym poza powołany rok (dowód nr 8 opatrzony jest datą 14 kwietnia 2008 r., zaś dowód nr 11 – 9 grudnia 2008 r.). W ocenie Izby nie stoi to w sprzeczności z treścią oświadczenia Odwołującego, który nie sprecyzował, w którym miesiącu 2008 r. Roche Diagnostics zaprzestała rozwijania i oferowania rutynowych badań pojedynczych donacji na systemie cobas s 201.

Podobnie dokumenty oznaczone jako dowody nr 13, 14 i 15, związane z postępowaniem prowadzonym przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, odnoszą się do procedury powadzonej w 2007 r., a tym samym przed 2008 r.

Dowód nr 16 nie wskazuje na datę złożenia oferty przywołanej w jego treści, a zatem nie można umiejscowić w czasie procedury, do której odnosi się tenże dokument. Nie potwierdza on też faktu szczegółowej treści zobowiązania zaciągniętego przez Roche, a tym bardziej faktu zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Izba ustaliła, iż na ostatniej stronie broszura cobas s 201 (dowód nr 17) przedłożona Izbie opatrzona jest datą 2006 r., a tym samym poprzedzającą cezurę czasową zakreśloną przez Odwołującego w złożonym Izbie oświadczeniu. Powoduje to, w ocenie Izby, iż dowód ten nie może zostać uznany za podważający wiarygodność przywołanego oświadczenia Odwołującego.

Tłumaczenie strony internetowej przedłożonej jako dowód nr 18, zawiera w swej treści zastrzeżenie, iż *strona ta może zawierać dane lub informacje dotyczące produktów, które nie są dostępne lub ważne w Państwa kraju*. Zastrzeżenie to, w ocenie Izby, podważa dodatkowo wiarygodność przedstawionego dowodu. Decydującym jest w rozpatrywanym przypadku, jednak fakt, iż Izba przypisała większą wiarygodność pisemnemu oświadczeniu Odwołującego, niż informacjom zawartym na stronie internetowej.

W przypadku dowodu nr 19 Przystępujący przedstawił wyłącznie tłumaczenie fragmentu tegoż dokumentu, co uniemożliwiło Izbie weryfikację pełnej ich treści. W ocenie Izby z przedłożonego przetłumaczonego na język polski fragmentu nie wynika w sposób jednoznaczny, iż system cobas s 201 umożliwia wykonywanie rutynowych badań pojedynczych donacji w celu równoczesnego wykrycia trzech wirusów: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV. Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, iż pierwsza strona tłumaczenia w stopce tego dokumentu jest opatrzona innymi symbolami i datą, aniżeli strona druga i trzecia. Stanowi to dodatkową okoliczność, rodzącą wątpliwości co do wiarygodności tego dokumentu.

Dowód nr 20 opatrzony jest datą: 13-15 maja 2008 r. Analogicznie, jak było to w przypadku pozostałych dokumentów opatrzonych datą określoną na rok 2008, Izba uznała, iż także ten dokument nie podważa wiarygodności oświadczenia Odwołującego.

Izba podzieliła ponadto przywołane przez Odwołującego stanowisko Sądu Okręgowego wyrażone w wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09, który uznał, że twierdzenia o istnieniu po stronie Odwołującego potencjalnych możliwości badania krwi w pojedynczej donacji, z uwagi na praktyczną konieczność wykonywania takich badań w przypadku otrzymania wyniku dodatniego dla puli 6 donacji, nie zaprzeczają prawdziwości zawartego w analizowanym oświadczeniu stwierdzenia o zaniechaniu oferowania rutynowych badań w tym kierunku.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż przedstawione przez Zamawiającego i uczestnika postępowania dowody mające stanowić potwierdzenie istnienia po stronie Zamawiającego uzasadnionej potrzeby wskazującej na zwiększenie bezpieczeństwa biorców oraz ograniczenie możliwości narażenia Zamawiającego na ponoszenie odpowiedzialności z tytułu prowadzonej przez niego działalności, nie podważyły autorytetu Instytutu Hematologii i Transfuzjologii, ani też jego oświadczenia z dnia 16 stycznia 2009 r. o porównywalności obu metod badań przeglądowych materiału genetycznego wirusów przenoszonych drogą krwi pod względem czułości. Tym samym nie wykazali oni, iż istnieją przesłanki przemawiające za ograniczeniem przedmiotu zamówienia do jednej tylko z dwóch możliwych metod prowadzenia takich badań.

Biorąc powyższe pod uwagę, oraz okoliczność, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów do zamknięcia rozprawy, Izba uznała, iż tak Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podważyli twierdzeń Odwołującego. Nie przedstawili oni bowiem Izbie wiarygodnych dowodów na poparcie twierdzenia odmiennego, aniżeli to zawarte w oświadczeniu Odwołującego.

Tym samym nie udowodnili oni postawionej przez siebie tezy, iż Odwołujący jest w stanie zaoferować rozwiązanie spełniające wymagania Zamawiającego określone w kwestionowanej w odwołaniu treści SIWZ oraz że dopuszczenie drugiej możliwej metody prowadzenia badań naruszy bezpieczeństwo biorców krwi. Wynikiem czego jest uznanie przez Izbę, iż zaskarżone przez Odwołującego postanowienia SIWZ utrudniają uczciwą konkurencję i naruszają przepisy ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do badań różnicujących i miejsca ich wykonywania, Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż kwestionowane przez Odwołującego zapisy nie ograniczają uczciwej konkurencji. Dodatkowo, wbrew swym twierdzeniom przedstawionym na rozprawie przed Izbą, swym postępowaniem, tj. wyrażeniem zgody w piśmie z dnia 7 października 2010 r. skierowanym do Wykonawców de facto przyznał, że zarzuty podnoszone przez Wykonawcę były słuszne.

Zamawiający oświadczył, że dokonał powołanym pismem zamiany SIWZ. Izba uznała jednak, iż w świetle przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, aby uznać taką zmianę za skutecznie dokonaną musi ona zostać opublikowana także na stronie internetowej. Zamawiający okazywał Izbie na rozprawie jedynie pisma do Wykonawców, którzy pobrali SIWZ ze strony, nie przedstawił jednak dowodu na fakt, iż zamieścił informację o zmianie SIWZ na stronie internetowej, stąd nie udowodnił, iż wypełnił obowiązek na niego nałożony ustawą, a tym samym nie wykazał, iż dokonał zmiany SIWZ w sposób skuteczny. Wobec

nie przyznania przez Odwołującego faktu ukazania się na stronie powołanej zmiany SIWZ, Izbie nie mogła przyjąć, iż stwierdzone naruszenie nie może mieć wpływu na wynik postępowania, wobec czego Izba uznała zasadność powołanego zarzutu.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż wobec faktu otrzymania pisma cofa żądanie zawarte w odwołaniu. Nie wycofał jednak zarzutu, którego zasadność oceniała Izba. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zarzutami poniesionymi w odwołaniu, nie zaś żądaniami zgłoszonymi przez Stronę. Dlatego też orzekła także o zasadności tego zarzutu.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w ocenie Izby, Zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany SIWZ w sposób postulowany przez Odwołującego, tj. tak aby dopuszczała ona:

- dostawy testów pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji (ewentualnie w puli od 2 do 6 donacji w przypadku niepełnych pul),
- możliwość wykonywania testów różnicujących (dyskryminacji wirusów) w dodatkowej donacji w laboratorium referencyjnym Instytutu Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie, przy zapewnieniu przez Wykonawcę bezpłatnego transportu, wykonania badania i otrzymania wyniku w ciągu 14 dni od wysłania próbki.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....