

Sygn. akt: KIO 1818/13

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Biomedica Poland sp. z o.o. w Piasecznie**

przy udziale wykonawcy **Copernicus Diagnostics sp. z o.o. w Wołominie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Biomedica Poland sp. z o.o. w Piasecznie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Biomedica Poland sp. z o.o. w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i dostawa odczynników do badań HLA potencjalnych dawców szpiku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2013 r., nr 2013/S 102-174043.

W dniu 16 lipca 2013 r. zamawiający przesłał wykonawcy Biomedica Poland sp. z o.o. w Piasecznie, zwanemu dalej „odwołującym”, informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Copernicus Diagnostics sp. z o.o. w Wołominie, zwanego dalej „przystępującym”, m.in. w pakietach:

- a) 01.B, 03.B, 04.B, 06.B, 07.B, 08.B, 10B,
- b) 02.B,
- c) 05.B,
- d) 09.B,
- e) 01.A, 03.A, 04.A, 05.A, 06.A, 07.A, 09.A.

Wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty odwołujący wniósł w dniu 26 lipca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. dokonanie wyboru oferty przystępującego, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego,
- 4) w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego albowiem jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 168),
- 8) art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
- 9) 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. 2001. Nr 28, poz. 319).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferta złożona przez przystępującego nie spełnia wymagań kluczowych wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ dla pakietów nr 01.B, 03.B, 04.B, 06.B, 07.B, 08.B, 10B oraz 02.B, 05.B jak też 09.B w następującym zakresie:

B.1 *Możliwość wykonania odczytu w ciągu 72 h od momentu zakończenia wykonywania badania.*

B.6 *Oprogramowanie umożliwiające analizę wyników tej samej próbki uzyskanych metodą SSO i SSP (w przypadku stosowania testów metodą SSO i SSP tego samego producenta); dla pakietu 2B, 5B zapis rozszerzony o brzmienie: (w przypadku dotypowywania dawcy)*

B.7 *Oprogramowanie umożliwiające tworzenie bazy pacjentów i dawców z możliwością przeszukiwania bazy według ID próbki oraz ID pacjenta/dawcy.*

B.8 *2.Oprogramowanie musi być kompatybilne z aktualna bazą danych (Database 2.0) i umożliwiać jej kontynuację w zakresie gromadzenia wyników.*

4.Oprogramowanie musi mieć możliwość zdalnej aktualizacji.

5.Należy określić ilość niejednoznacznych wyników badań locus A, B, C, DRB1, która nie może być większa niż 3%.

*Dla pakietu 09.B wymogi zawarte w załączniku 2 do SIWZ w podpunktach:

B.2 *Możliwość wykonania odczytu w ciągu 72 h od momentu zakończenia wykonywania badania.*

B.5 *Oprogramowanie interpretacyjne umożliwiające analizę wyników tej samej próbki uzyskanych metodą SSO i SSP (w przypadku dotypowania dawcy).*

B.6 *Oprogramowanie umożliwiające tworzenie bazy pacjentów i dawców z możliwością przeszukiwania bazy według ID próbki oraz ID pacjenta/dawcy.*

B.9 *Oprogramowanie musi być kompatybilne z aktualna bazą (Database 2.0) i umożliwiać jej kontynuację w zakresie gromadzenia wyników.*

B.10 Oprogramowanie musi mieć możliwość zdalnej aktualizacji.

Odwołujący podniósł, że parametry oferowane przez przystępującego, nie są poparte żadną informacją czy dokumentami i nie potwierdzają stanu faktycznego. Wykonawca nie złożył stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków SIWZ. W szczególności dotyczącą możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 godz. od momentu zakończenia wykonywania badania, co było jednym z kluczowych wymagań SIWZ. Wykonawca nie jest w stanie udowodnić tych kwestii w żaden sposób, a z przedstawionych dokumentów (instrukcja wykonania) wynika, że czas odczytu to jedynie 2 godziny. W tych okolicznościach oświadczenie, że wykonawca spełnia wymagania jest niewystarczające i budzi spore wątpliwości.

Odnośnie oprogramowania zaproponowanego przez przystępującego odwołujący podniósł, że zaoferowano system niejednorodny, czyli trzech różnych oprogramowań i według jego wiedzy nie potwierdzono tego żadną informacją ani samym programem (brak załączonej kopii software w ofercie i wyjaśnieniach). Tym samym przystępujący nie złożył rzetelnych wyjaśnień. Nie wszystkie zaproponowane oprogramowania posiadają certyfikat CE IVD, być może jeden z nich ale nie wszystkie, a wymogiem było zapewnienie wszystkich elementów, zarówno na etapie odczynnikowym, aparaturowym i softwarowym dopuszczonym do diagnostyki in vitro.

Przystępujący nie jest w stanie potwierdzić zgodności oferowanych oprogramowań do wymagań aparaturowych stawianych w SIWZ. Żaden z producentów wskazywanych aparatów tj. firma One Lambda oraz Euroclone nie wymienia możliwości zastosowania innych rozwiązań poza wskazywanymi przez producenta.

Odwołujący wywiódł także, że przystępujący nie spełnia także warunków postawionych przez zamawiającego dla pakietu nr 01.A, 03.A, 04.A, 05.A, 06.A, 7.A, 09.A tj. odczynniki i materiały zużywalne niezbędne do wykonania izolacji materiału genetycznego DNA na aparacie EuroClone model Duplica Prep. Odwołujący wywiódł, że w świetle zestawienia wymogów w zakresie:

pkt C.2 - znak CE IVD dla dostarczanego przedmiotu zamówienia ,

pkt F.2 - potwierdzony statusu producenta lub autoryzowanego dystrybutora odczynników

pkt. F.7 — dostarczone odczynniki i materiały zużywalne dedykowane do aparatu EuroClone (model Duplica Prep)

pkt F.8 i F.9 - wymóg deklaracji wykonania pełnego serwisu sprzętu i napraw przez autoryzowany serwis (części wymieniane w ramach serwisu autoryzowane przez producenta aparatu),

oferta przystępującego nie powinna podlegać rozpatrywaniu. Oferowany w tym przypadku produkt o numerze katalogowym D-2002, którego producentem jest firma Chemagen (Perkin

Elmer) nie jest dedykowany na wymagany system Duplica Prep. Producent wskazanego aparatu firma Euroclone jasno określiła jakie testy mogą być używane na wskazanym aparacie. W wymaganiach i opisie SIWZ, jednoznacznie znajduje się zapis dostarczenia odczynników do aparatu Duplica Prep firmy Euroclone a nie do aparatu Prepito lub równoważne. Zamawiający założył wprawdzie, że w przypadku braku możliwości prawidłowego wykorzystania przedmiotu zamówienia wykonawca dostarczy na własny koszt właściwe odczynniki i materiały zużywalne, jednak producent zastrzega, że użycie innych materiałów może prowadzić do nieoczekiwanego zniszczenia aparatu. W związku z powyższym nasuwa się pytanie czy należy podejmować ryzyko skutkujące uszkodzeniem platformy. W takim przypadku producent nie oferuje wsparcia technicznego.

Odwołujący przywołał treść art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uważał, że powyższe okoliczności świadczą również o tym, że przystępujący dopuścił się czynów nieuczciwej konkurencji dopuścił się przystępujący w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł także, że zaniechanie odrzucenia przystępującego oznaczałby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. naruszenie art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 168).

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Copernicus Diagnostics sp. z o.o. w Wołominie. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, zeznania świadka, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika

postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego w zakwestionowanych częściach zamówienia (pakietach) została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia oferty wybranej, względnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej, względnie zaniechał wykluczenia wykonawcy, który złożył tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut co do niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu braku możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 godz. od momentu zakończenia wykonywania badania w odniesieniu do zaproponowanego przez przystępującego testu o nazwie LifeCode

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Ustalono, że zgodnie z postanowieniem B1 załącznika nr 2 do SIWZ dla pakietu nr 01.B, 03.B, 04.B, 06.B, 07.B, 08.B, 10B, pakietu 02.B, pakietu 05.B, jak też postanowieniem

B2 załącznika nr 2 do SIWZ dla pakietu 09.B, zamawiający sformułował wymóg: *Możliwość wykonania odczytu w ciągu 72 h od momentu zakończenia wykonywania badania.* Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 dla ww. pakietów, w którym oświadczył, że oferowane odczynniki serii Lifecodes spełniają ww. wymagania.

Odwołujący w treści odwołania wywiódł, że przystępujący nie udowodnił spełnienia ww. wymogu co do możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 godz. od momentu zakończenia wykonywania badania w odniesieniu do zaproponowanego przez przystępującego testu serii Lifecodes.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wymagał w SIWZ aby wykonawcy udowodnili spełnienie ww. wymogu poprzez złożenie wraz z ofertą jakiegokolwiek innego, aniżeli oświadczenie własne wykonawcy, dokumentu przedmiotowego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazywanym przepisem zamawiający wskazuje w SIWZ jakie dokumenty obowiązani są złożyć wykonawcy celem potwierdzenia, że oferowane dostawy będą odpowiadać wymogom zamawiającego (tzw. dokumenty przedmiotowe). W Rozdziale V ust. 3 SIWZ zamawiający zastrzegł jedynie, że w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, należy przedłożyć wraz z ofertą wyłącznie dokumenty potwierdzające dopuszczenie do obrotu na terenie Polski zgodnie z ustawą z 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych - (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679) oraz inne dokumenty wymagane w SIWZ. Z kolei w treści załącznika nr 2 do SIWZ, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, wskazano, że wykonawcy kwestionowany wymóg co do możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 h od momentu zakończenia wykonywania badania obowiązani byli potwierdzić wyłącznie poprzez zaznaczenie znaku „x” w kolumnie „tak” jeżeli, oferowane odczynniki spełniają wymagania, bądź znaku „x” w kolumnie „nie”, jeśli odczynniki wymagań nie spełniają. Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ, w którym w polu B.1. (dla pakietu 09.B w polu B2) zadeklarował spełnienie wymogu zamawiającego. W ten sposób wyczerpał nałożony przez zamawiającego w SIWZ obowiązek wykazania zgodności oferowanych odczynników z wymogami SIWZ w odniesieniu do kwestionowanego wymogu. Jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikał obowiązek udowodnienia wymogu w ofercie poprzez złożenie innego, aniżeli oświadczenie dokumentu. Podkreślenia wymaga, że konieczność złożenia materiałów informacyjnych potwierdzających spełnienie tego wymogu istnieć będzie dopiero w trakcie dostawy dla kupującego. Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z postanowienia pkt C1 załącznika nr 2 do SIWZ, gdzie zamawiający wskazał, że ww. dokumenty należy „dostarczyć wraz z dostawą do kupującego”.

Odwołujący nie przeprowadził natomiast żadnego dowodu, z którego wynikałoby niespełnienie wymogu zamawiającego przez oferowane przez przystępującego odczynniki. Nie złożono w szczególności Izbie instrukcji wykonania, na którą odwołujący się powoływał, a z której miałyby wynikać, że w przypadku zaproponowanych przez przystępującego produktów czas odczytu to jedynie 2 godziny. Jednakże nawet gdyby z instrukcji wykonania wynikało, że standardowy czas odczytu to 2 h, nie dowodziłoby to jeszcze tezy, że nie istnieje inna procedura wydłużona, przy przestrzeganiu której występuje możliwość wykonania odczytu w ciągu 72 h.

Natomiast zamawiający przeprowadził dowód przeciwny, w postaci zeznań świadka - profesora dr hab. nauk medycznych Jacka Nowaka, diagnosty laboratoryjnego. Jak wynikało z zeznań tego świadka, które Izba uznała za wiarygodne, *możliwe jest takie potraktowanie wyniku badania (komponentów) aby zabezpieczyć je na 72h. Sposób ten opiera się o wykorzystanie kulek polistyrenowych, które poprzez wirowanie oddziela się i składa się w medium mającym właściwości konserwujące. Kulki polistyrenowe ze znacznikiem genetycznym zawieszane w owym medium przechowuje się w zaciemnieniu i w temperaturze +4 stopnie Celsjusza.* Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu, że procedura wydłużona, co do której zeznawał świadek jest nieprawdopodobna, a nawet okoliczności tej nie zaprzeczył.

Natomiast co do oferowanego produktu przystępujący na rozprawie złożył oświadczenie Immucor z siedzibą w Stamford z 31 lipca 2013 r. – producenta zestawów do typowania Lifecodes. Oświadczenie to obejmowało opis procedury wydłużonej, po wykonaniu której – zdaniem producenta - płytka może zachować stabilność nawet po 72 godzinach. Powyższe, w połączeniu z zeznaniami świadka, prowadziło do ustalenia, że również w odniesieniu do oferowanych odczynników istnieje może procedura wydłużona, która umożliwiłaby spełnienie wymogu określonego w SIWZ.

Za niezajdujące oparcia w treści SIWZ Izba uznała stanowisko dowołującego, jakoby złożenie ww. procedury w trakcie rozprawy miało być spóźnione. Tezie tej przeczyło postanowienie pkt C1 załącznika nr 2 do SIWZ. Wynikało z niego, że potwierdzenie spełnienia wymogów za pomocą materiałów informacyjnych następować będzie dopiero w trakcie dostawy do kupującego. Powyższe przeczyło stanowisku jakoby wymóg ten istniał na etapie ofertowania.

Reasumując, wobec braku jakiegokolwiek dowodu ze strony odwołującego, Izba zmuszona była uznać zarzut za gołosłowny. Podkreślenia wymaga, że to na odwołującym, w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar udowodnienia spornej okoliczności faktycznej, a mianowicie, że produkty serii Lifecodes nie zapewniają możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 godz. od momentu zakończenia wykonywania badania. To

bowiem on z faktu tego wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Obowiązkowi wykazania spornej okoliczności odwołujący nie sprostał, co musiało skutkować koniecznością uznania zarzutu za niezasadny. Co więcej, strona przeciwna przeprowadziła wiarygodny dowód przeciwny w postaci zeznań świadka, z których wynikało istnienie możliwości opracowania procedury wydłużonej, która umożliwiłaby spełnienie wymogu SIWZ. Przystępujący zaś przedstawił procedurę, która w świetle zeznań świadka uprawdopodobnia tezę co do spełnienia wymogu w zakresie możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 h od momentu zakończenia wykonywania badania.

W konsekwencji zatem zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu braku możliwości wykonania odczytu w ciągu 72 godz. od momentu zakończenia wykonywania badania, w odniesieniu do zaproponowanego przez przystępującego testu o nazwie LifeCode, należało uznać za chybiony.

2. Zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z SIWZ co do wymogów względem oprogramowania

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

W załączniku nr 2 do SIWZ dla pakietów nr 01.B, 03.B, 04.B, 06.B, 07.B, 08.B, 10B oraz 02.B, 05.B zamawiający sformułował m.in. następujące wymogi względem oprogramowania:

B.6 Oprogramowanie umożliwiające analizę wyników tej samej próbki uzyskanych metodą SSO i SSP (w przypadku stosowania testów metodą SSO i SSP tego samego producenta); dla pakietu 2B, 5B zapis rozszerzony o brzmienie: (w przypadku dotypowywania dawcy)

B.7 Oprogramowanie umożliwiające tworzenie bazy pacjentów i dawców z możliwością przeszukiwania bazy według ID próbki oraz ID pacjenta/dawcy.

B.8 2.Oprogramowanie musi być kompatybilne z aktualną bazą danych (Database 2.0) i umożliwiać jej kontynuację w zakresie gromadzenia wyników.

4.Oprogramowanie musi mieć możliwość zdalnej aktualizacji.

5.Należy określić ilość niejednoznacznych wyników badań locus A, B, C, DRB1, która nie może być większa niż 3%.

W załączniku dla pakietu 09.B sformułowano m.in. następujące wymogi względem oprogramowania:

B.5 Oprogramowanie interpretacyjne umożliwiające analizę wyników tej samej próbki uzyskanych metodą SSO i SSP (w przypadku dotypowania dawcy).

B.6 Oprogramowanie umożliwiające tworzenie bazy pacjentów i dawców z możliwością przeszukiwania bazy według ID próbki oraz ID pacjenta/dawcy.

B.9 Oprogramowanie musi być kompatybilne z aktualną bazą (Database 2.0) i umożliwiać jej kontynuację w zakresie gromadzenia wyników.

B.10 Oprogramowanie musi mieć możliwość zdalnej aktualizacji.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 dla ww. pakietów, w którym oświadczył, że oferowane oprogramowanie spełnia ww. wymagania.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił, że przystępujący zaoferował system niejednorodny, czyli trzech różnych oprogramowań. Zamawiający i przystępujący przyznali w trakcie rozprawy, że system zaoferowany przez przystępującego składał się z oprogramowania Match it, Score i Daisy. Jednakże powyższe ustalenie nie świadczyło o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, albowiem z przywołanych przez odwołującego postanowień SIWZ nie wynikał zakaz zaoferowania systemu niejednorodnego.

Odnosnie twierdzenia odwołującego, że przystępujący nie jest w stanie potwierdzić zgodności oferowanych oprogramowań do wymagań aparaturowych stawianych w SIWZ podnieść należy, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikał obowiązek wykazania spełnienia wymogów określonych w SIWZ poprzez złożenie wraz z ofertą jakiegokolwiek innego, aniżeli oświadczenie własne wykonawcy, dokumentu przedmiotowego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ, w którym w odpowiednich polach zadeklarował spełnienie wymogu zamawiającego. W ten sposób wyczerpał nałożony przez zamawiającego w SIWZ obowiązek wykazania zgodności oferowanego oprogramowania z wymogami SIWZ w odniesieniu do kwestionowanych wymogów. W tym zakresie pozostają aktualne rozważania izby dotyczące zarzutu opisanego w pkt 1.

Odwołujący – w odniesieniu do zarzutów odnoszących się do wymogów B.6, B.7, B.8, ppkt 4, 5 dla pakietu 01.B, 03.B, 04.B, 06.B, 07.B, 08.B, 10B oraz pakietu 02.B i 05.B, jak również w odniesieniu do wymogu B.5, B.6, B.10 dla pakietu 09.B, nie przeprowadził żadnego dowodu, z którego wynikałoby niespełnienie wymogu zamawiającego przez oferowane przez przystępującego odczynniki.

Natomiast zamawiający przeprowadził dowód przeciwny w postaci zeznań świadka Jacka Nowaka, który zeznał, iż: *Przystępujący zaoferował program Match it, jest to program służący do wykonywania badania i odczytywania wyników badania zgodności tkankowej. W specyfikacji istniał wymóg kontynuowania bazy danych i odczytywania jednocześnie wyników*

badan dokonywanych w obu metodach tj. SSO Luminex i SSP. Metoda SSP jest innym sposobem wykonania badania genetycznego. Zamawiającemu chodziło o to, że jeżeli część badań byłaby wykonywana jedną metodą, a część drugą metodą to zależało na tym aby połączyć wyniki za pomocą jednego programu otrzymując jedną interpretację wyniku. Oferowane przez przystępującego oprogramowanie Match it jest w stanie zinterpretować (opracować informację) wyniku surowego Luminex. Natomiast nie ma możliwości połączenia tego wyniku z metodą SSP. Wobec powyższego przystępujący zaoferował oprogramowanie Score umożliwiające połączenie testów obu metod w jeden wynik.

Izba uznała ww. zeznania za wiarygodne, tym bardziej że pozostawały one w zgodzie z dowodem, jaki przeprowadził przystępujący. Złożył on w trakcie rozprawy fragmenty instrukcji oprogramowania Match it, z których wynika co najmniej możliwość spełnienia wymogów w zakresie możliwości zdalnej aktualizacji (str. 2.1 – „File – log information import” chapter 2, na str. 2.4 funkcja Load NMDP Cods) czy tworzenia bazy pacjentów i dawców i przeszukiwania bazy według ID próbki oraz ID pacjenta/dawcy (fragment instrukcji obejmujący rzut o nazwie Preferences, obrazujący kolumny obejmujące takie dane jak: nazwa pacjenta, data pobrania, płeć, ośrodek do którego go skierowano).

Z kolei spełnienie wymogu B.8 ppkt 5 załącznika nr 2 uprawdopodobnia oświadczenie Immucor Inc z 18 lipca 2013 r. załączone do pisma przystępującego z 19 lipca 2013 r., z którego wynika, że zestawy do typowania serii Lifecodes nie wykazują więcej niż 3% niezgodności serologicznych.

Jedyny dowód jaki przeprowadził odwołujący dotyczył niespełnienia przez oferowane przez przystępującego oprogramowanie wymogu kompatybilności z aktualną bazą danych Database 2.0 i możliwości jej kontynuowania w zakresie gromadzenia wyników. Odwołujący złożył w trakcie rozprawy oświadczenie One Lambda Inc z 6 sierpnia 2013 r., z którym wystawca dokumentu oświadcza, że *narzędzie HLA Fusion nie posiada możliwości pracy z innymi bazami danych niż sam HLA Fusion. Oświadczył również, że nie należy pracować z bazą danych programu HLA Fusion za pomocą innych narzędzi niż sam HLA Fusion. Nie jest możliwe także importowanie i analizowanie surowych danych z innych źródeł zewnętrznych (innych niż określone przez One Lambda).*

W ocenie Izby powyższe oświadczenie, nie dowodziło niezgodności oferowanego przez przystępującego oprogramowania z SIWZ. Po pierwsze, wymogu zamawiającego nie można było tłumaczyć w ten sposób, aby dotyczył on zgodności oprogramowania oferowanego z oprogramowaniem będącym bazą danych Database 2.0. Oferowane oprogramowanie nie musiało zatem „pracować z dotychczasową bazą danych”. Z postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny wynikał cel sformułowanego wymogu. Dla zamawiającego istotnym było to, aby istniała możliwość kontynuowania gromadzenia

wyników, które znajdują się w dotychczasowej bazie, a nie samej bazy. A zatem należało zapewnić możliwość wyeksportowania danych zgromadzonych w dotychczasowej bazie.

Jak wyjaśnił przystępujący, temu celowi miało służyć zaoferowane przez niego i dedykowane wyłącznie temu celowi oprogramowanie Daisy. Oświadczył on, że oprogramowanie Daisy jest jednym z wielu istniejących na rynku oprogramowań, które umożliwia kontynuację gromadzenia danych znajdujących się w dotychczasowej bazie danych. Jeżeli producent dotychczas wykorzystywanej bazy danych udostępni format danych, to istnieje możliwość ich pobrania i przeniesienia do innej bazy danych. Daisy umożliwia zatem scalanie danych już istniejących, jak i tych, które zostaną dopiero pozyskane. Tezę przystępującego potwierdzają zeznania świadka J..... N....., który zeznał, że *oprogramowanie Daisy umożliwia łączenie danych znajdujących się w różnych bazach*.

Izba wzięła pod uwagę również to, że zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że skoro baza danych jest bazą informatyczną, to od strony informatycznej może istnieć możliwość wyeksportowania z niej danych z/do innego programu bazodanowego. Z pewnością istnieje także możliwość uzyskania od producenta informacji odnośnie formatu, w jakim dane zapisywane są w bazie dotychczasowej, co umożliwi kontynuację gromadzenia danych.

Odnośnie nieposiadania przez niektóre oferowane oprogramowania certyfikatu CE IVD, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wskazał, które z oprogramowań miałyby nie posiadać certyfikatu CE IVD. Po drugie, nie wskazano postanowienia SIWZ, z którego wynikałby obowiązek udowodnienia posiadania certyfikatu CE IVD już na etapie ofertowania. Ponadto nie wskazano również Izbie żadnego przepisu prawa z którego wynikałoby, że takie produkty, jak oferowane przez przystępującego oprogramowanie (a jeżeli tak, to które) podlegają obowiązkowi certyfikacji. Natomiast w świetle postanowień pkt C.2. załącznika nr 2 do SIWZ obowiązek udowodnienia aby każda partia dostarczonego przedmiotu zamówienia posiadała znaki CE, IVD oraz stosowne certyfikaty jakości pojawi się na etapie dostawy.

Reasumując, zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z SIWZ co do wymogów względem oprogramowania należało uznać za chybiony.

3. Zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu zaoferowania przez przystępującego produktu o numerze katalogowym D-2002, firmy Chemagen (Perkin Elmer), który nie jest dedykowany na wymagany system Duplica Prep.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Z treści załącznika nr 2 do SIWZ dla pakietu nr 01.A, 03.A, 04.A, 05.A, 06.A, 7.A, 09.A z pkt F.7. wynikał wymóg, *aby dostarczone odczynniki i materiały zużywalne były dedykowane do aparatu EuroClone (model Duplica Prep).*

Przystępujący zaoferował produkt o numerze katalogowym D-2002, którego producentem jest firma Chemagen (Perkin Elmer). Złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 dla ww. pakietu, w którym potwierdził spełnienie ww. wymogu.

Izba stwierdziła, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikał obowiązek wykazania spełnienia wymogu poprzez złożenie wraz z ofertą jakiegokolwiek innego, aniżeli oświadczenie własne wykonawcy, dokumentu przedmiotowego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem skoro przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ, w którym zadeklarował spełnienie wymogu zamawiającego to wyczerpał nałożony przez zamawiającego w SIWZ obowiązek wykazania zgodności oferowanych odczynników i materiałów zużywalnych z wymogami SIWZ. W tym zakresie pozostają aktualne rozważania Izby dotyczące zarzutu opisanego w pkt 1.

W tej sytuacji to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że wymóg ten nie zostanie spełniony. Odwołujący powołał się na załączone do odwołania oświadczenie Euroclone s.p.a. z 28.08.2012 r. w którym producent platformy oświadczył, że użycie innych niż wymienione w tym oświadczeniu odczynników na platformie Duplica Prep *nie zostało zatwierdzone i może prowadzić do nieoczekiwanego zniszczenia aparatu.*

Odnosząc się do ww. dowodu należało stwierdzić, że nie dowodził on niezgodności oferty przystępującego z wymogiem zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie nakazał dostarczenia odczynników i materiałów, które zostaną „zatwierdzone przez producenta” platformy, a jedynie takich które są „dedykowane” na tę platformę. Sformułowanie „dedykowane” należało odczytywać w ten sposób, że chodzi o produkty, które zgodnie z ich przeznaczeniem mogą być prawidłowo używane na tej platformie. Odwołujący nie wykazał, że produkt o nr kat. D-2002 nie może być używany na platformie Duplica Prep.

Natomiast zamawiający przeprowadził dowód przeciwny w postaci zeznań świadka J..... N..... Zeznał on, iż *odczynniki, które odwołujący uznaje za niekompatybilne były już stosowane na aparacie DuplicaPrep, jakość materiału była oceniana pod względem stężenia DNA. Z przebiegu badań wynika, że jakość izolacji jest porównywalna, identyczna. Badania te wykonywaliśmy w ubiegłym roku w Instytucie Hematologii i Transfuzjologii w*

Warszawie. Wiadomo mi jest również, że inne ośrodki korzystały z odczynników oferowanych przez przystępującego.

Z powyższych zeznań wynikało, że kwestionowane produkty były już w przeszłości stosowane pomyślnie na aparatach Duplica Prep. Dodatkowo zeznania świadka znalazły potwierdzenie w dowodach z dokumentów, które przeprowadził przystępujący. Do pisma z 19 lipca 2013 r. (znajdujące się w aktach sprawy) załączył on m.in. referencje RCKiK w Poznaniu z 18.07.2013 r., z których wynikało, że w pracowni tego zleceniodawcy stosowane są do izolacji DNA/RNA aparaty Duplica Prep, a używa on odczynników Prepito DNA Blood 250 Kit do izolacji.

W konsekwencji zatem Izba uznała zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ z powodu zaoferowania przez przystępującego produktu o numerze katalogowym D-2002, firmy Chemagen (Perkin Elmer), który nie jest dedykowany na wymagany system Duplica Prep za chybiony.

Skutkiem niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów co do niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ było również stwierdzenie, że przystępujący złożył prawdziwe oświadczenia o zgodności oferowanych dostaw z wymogami SIWZ. Po wtóre, odwołujący nie przywołał i nie wykazał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby dowodzić, że ewentualne złożenie nieprawdziwych informacji miało charakter działania umyślnego, którego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Nie potwierdził się zatem zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu podania przez niego informacji nieprawdziwych.

W ocenie Izby przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły o dopuszczeniu się przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który mógłby prowadzić do konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie wiadomo, czy złożenie oferty przez przystępującego może w jakikolwiek sposób utrudnić odwołującemu dostęp do rynku. Odwołujący nie przeprowadził jakichkolwiek dowodów, w oparciu o które można byłoby ustalić jakim rynkiem dysponuje przystępujący, a jaka część rynku należy do odwołującego. Nie wiadomo również jaką część rynku reprezentują dostawy, które obejmuje przedmiot zamówienia. W braku jakiegokolwiek dowodu Izba stwierdziła, że działanie przystępującego nakierowane było na uzyskanie przez niego zamówienia, nie zaś na eliminację odwołującego z rynku.

W ocenie Izby przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły w żaden sposób o naruszeniu przez zamawiającego art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Skutkiem niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów było stwierdzenie, że zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający przez zaskarżone zaniechania nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Ocenie Izby nie mogła podlegać zgodność kwestionowanych zachowań zamawiającego (czynności, zaniechań) z art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Analogicznie Izba nie mogła wypowiedzieć się co do kwestii, czy zachowanie takie stanowi naruszenie art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 168). Wprawdzie w świetle art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Izba właściwa jest w sprawie rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*. Zatem rozpoznanie przywołanych zarzutów nie jest objęte właściwością Izby.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: