

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Warszawa, 21.12.2018

Odwołujący:

Siemens Healthcare Sp. z o.o.
ul. Żupnicza 11
03-821 Warszawa
Tel. (+48-22) 870-81-07
Faks: (+48-22) 870-80-90
E-mail: dawid.kos@siemens-healthineers.com

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Zespolony
im. Ludwika Rydygiera w Toruniu
87-100 Toruń
ul. Św. Józefa 53-59
adres strony internetowej: www.platformazakupowa.pl/wszcz_torun
e-mail: zamow_publ@wszz.torun.pl

Dotyczy: przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Toruniu, na dostawę odczynników i innych materiałów laboratoryjnych z dzierżawą analizatorów – 10 zadań, nr sprawy W.Sz.Z: TZ-280-128/18, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11.12.2018r. pod nr 2018/S 238-543186, a zwane dalej „Postępowaniem”.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1, 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami) dalej zwanej „ustawą”, Siemens Healthcare Sp z o.o., zwana dalej „Odwołującym”, niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego, tj. Wojewódzki Szpital Zespolony w Toruniu – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników i innych materiałów

laboratoryjnych z dzierżawą analizatorów – 10 zadań, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy W.Sz.Z: TZ-280-128/18, a polegających na:

- sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 2 – „dostawa odczynników do badań immunochemicznych, kalibratorów, materiałów eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatorów”, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- opisie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 2, poprzez taki dobór parametrów granicznych i ocenianych, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty;
- naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu w zamówienia w zadaniu nr 2 w sposób preferujący konkretne rozwiązania charakterystyczne dla danego producenta, a nie funkcjonalności, których opisanie prowadzi do osiągnięcia tego samego efektu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz innych wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim analizatory oraz odczynniki do tej aparatury, będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 11.12.2018, tj. w dzień zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE i w dniu 11.12.2018 roku tj. w dniu publikacji SIWZ na stronach internetowych - w związku z tym niniejsze odwołanie zostało zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 wniesione w przewidzianym ustawowo terminie.

Odwołujący wnosi o :

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) dokonanie modyfikacji zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób umożliwiający złożenie Odwołującemu ważnej i konkurencyjnej oferty tj.:
 - a) poprzez usunięcie w załączniku nr 2/1b i 2/2b do Formularza Oferty w rubryce „Parametr wymagany”
 - Lp.9 oraz Lp.46 słów: „*odczynniki gotowe do użycia*” i nadanie mu następującego brzmienia: „*Odczynniki podstawowe gotowe do użycia*”;
 - Lp.13 oraz Lp.51 słów: „*System wyposażony w igły pipetujące próbki*” i nadanie mu następującego brzmienia: „*System wyposażony w igły pipetujące próbki lub końcówki jednorazowe*”;
 - Lp.17 słów: „*Co najmniej 20 dedykowanych, osobnych miejsc na próbki „cito” w podajniku próbkowym*”
 - Lp.21 oraz Lp.58 słów: „*Stabilność kalibracji jednej serii danego odczynnika minimum 4 tygodnie przy założeniu ciągłego przechowywania odczynników na pokładzie*”

Lp.22 oraz Lp.59 słów: „Stabilność proponowanych odczynników na pokładzie analizatora nie krócej niż 21 dni”

Lp.23 oraz Lp.55 (drugie) słów: „Odczynniki, kalibratory i kontrole dedykowane nie wymagające rekonstytucji. Zamawiający nie dopuszcza porcjowania materiału kalibracyjnego.”

Lp.24 słów: „Czas wykonywania oznaczeń nie dłuższy niż 45 minut (dla każdego oznaczenia)” i nadanie mu następującego brzmienia „Czas wykonywania oznaczeń nie dłuższy niż 58 minut (dla każdego oznaczenia).”

Lp.29 oraz Lp.63 słów: „Możliwość wykonywania wszystkich badań wyszczególnionych w formularzu na oferowanych analizatorach.” i nadanie mu następującego brzmienia „Możliwość wykonywania wszystkich badań wyszczególnionych w formularzu na oferowanych analizatorach z wyłączeniem testów mało-licznych (500 lub mniej /rok – dopuszcza się możliwość wysyłania na zewnątrz na koszt oferenta).”

b) poprzez usunięcie w załączniku nr 2/1b i 2/2b w rubryce “Parametry oceniane”

Lp. 1 słów: „Interpretacja wyniku o jednoznacznie określony punkt odcięcia, bez wyników granicznych (szara strefa) dla testów HBsAg i anty HCV.” I nadanie mu brzmienia: „Interpretacja wyniku o jednoznacznie określony punkt odcięcia, bez wyników granicznych (szara strefa) dla testu HBsAg.”

Lp. 2 słów: „Liniowość bHCG w pierwszym oznaczeniu (bez rozcieńczenia) minimum 14000 mIU/ml” i Nadanie mu brzmienia: „Liniowość bHCG minimum 14000 mIU/ml (bez rozcieńczenia lub po rocieńczeniu automatycznym).”

Lp. 4 słów: „Wszystkie odczynniki, kalibratory, kontrole - gotowe do użycia bez konieczności rekonstytucji”

UZASADNIENIE

W dniu 11.12.2018 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, a w dniu 11.12.2018 roku Zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) dotyczącą przedmiotowego Postępowania. Po wnikliwej analizie opublikowanych dokumentów Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób wadliwy, niezgodnie z przepisami ustawy sporządził SIWZ, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji, przez co uniemożliwia Odwołującemu (i prawdopodobnie także innym potencjalnym wykonawcom) złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty na analizatory będące (m.in.) przedmiotem zamówienia, pomimo, iż jest on przedstawicielem jednego z czołowych producentów urządzeń będących (m.in.) przedmiotem zamówienia i stanowiących jego integralną część.

Zgodnie z treścią przepisu art. 29 ust. 1 ustawy do obowiązków Zamawiającego należy opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie

oferty. Dodatkowo, zgodnie z ust. 2 ww. przepisu ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przepis art. 7 ust. 1 ustawy wprost nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający zasady te naruszył przygotowując wymogi SIWZ w taki sposób, że ważną ofertę złożyć może wyłącznie firma Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Parametry wymagane:

1. Lp.9 oraz Lp.46 *„odczynniki gotowe do użycia”* - Zapis dający preferencje firmie Abbott; Uzasadnienie: Zawarty w SIWZ zapis *„odczynniki gotowe do użycia”* - daje preferencje firmie Abbott; Siemens Healthcare Sp. z o.o. w ofercie posiada wszystkie odczynniki podstawowe gotowe do użycia, jedynie odczynniki dodatkowe dla 2 parametrów wymagają przygotowania, w praktyce dla operatora nie ma to żadnego znaczenia. W systemie proponowany przez Odwołującego wszystkie odczynniki, płyny i materiały eksploatacyjne mogą być ładowane na pokład aparatu w czasie jego pracy bez potrzeby jej przerywania, co istotnie ułatwia pracę operatora.
2. Lp.13 oraz Lp.51 *„System wyposażony w igły pipetujące próbki”* - Zapis w SIWZ jest typowy dla aparatów Abbotta i dyskredytuje aparaty pobierające próbki poprzez końcówki jednorazowe, które to rozwiązanie pozwala uzyskać całkowitą eliminację efektu przenoszenia oraz znaczne ograniczenie zużycia wody. Ponadto Zamawiający w punkcie 42 wymaga eliminacji kontaminacji, co nie jest w pełni możliwe przy aparatach wyposażonych w myte igły pipetujące próbki (Journal of Clinical Virology 60 (2014) 172-173).
3. Lp.17 *„ Co najmniej 20 dedykowanych, osobnych miejsc na próbki „cito” w podajniku próbkowym”* – zapis ograniczający konkurencję; w innych aparatach dostępnych na rynku można zdefiniować dowolną próbkę jako „cito”, dodatkowe dedykowane miejsca w żadnym stopniu nie wpływają na czas uzyskania wyniku „cito”.
4. Lp.21 oraz Lp. 58 *„Stabilność kalibracji jednej serii danego odczynnika minimum 4 tygodnie przy założeniu ciągłego przechowywania odczynników na pokładzie”* – jest to zapis ograniczający konkurencję, inne aparaty obecne na rynku wymagają częstszej kalibracji, za to kalibracje są jedynie dwupunktowe, dzięki czemu obsługa kalibracji jest prostsza; w rozwiązaniu Abbott kalibracje wymagają kilku poziomów kalibratorów co istotnie utrudnia pracę operatora.
5. Lp.22 oraz Lp.59 *„Stabilność proponowanych odczynników na pokładzie analizatora nie krócej niż 21 dni* – Zapis ograniczający konkurencję, jedynie 5 odczynników (Kortyzol -10 dni, Testosteron – 18 dni, CEA, Kwas walproinowy i Wankomycyna – 14 dni) Odwołującego posiada krótsze okresy stabilności, co przy ponad 50 parametrach jest niewielkim procentem. Należy również wziąć pod uwagę wielkość opakowań i realny nakład pracy związany z ich wymianą. Ilości opakowań natomiast naliczane są zawsze zgodnie z datą ich stabilności na pokładzie analizatora, bez potrzeby ich okresowego przechowywania w

lodowce zewnętrznej co zwykle proponuje Abbott swoim użytkownikom, a co istotnie pogarsza ich komfort pracy.

6. Lp.23 oraz Lp.55 *„Odczynniki, kalibratory i kontrole dedykowane nie wymagające rekonstytucji. Zamawiający nie dopuszcza porcjowania materiału kalibracyjnego.”* – Uzasadnienie: Zamawiający postępował w ten sposób w ciągu ostatnich lat, co pozwalało na oszczędne gospodarowanie materiałem bez utraty jego właściwości. Materiały liofilizowane ponadto charakteryzują się dłuższym okresem stabilności.
7. Lp.24 *„Czas wykonywania oznaczeń nie dłuższy niż 45 minut (dla każdego oznaczenia)- Zapis ograniczający konkurencję: jedynie ok. 10% parametrów (CA 125, Ca 19.9, CA 15-3; AHCV) odwołującego posiada czas oznaczenia o kilka minut dłuższy od wymaganego w specyfikacji (max. 58 minut).*
8. Lp.29 oraz Lp.63 *„Możliwość wykonywania wszystkich badań wyszczególnionych w formularzu na oferowanych analizatorach.”*- Zapis ogranicza konkurencję; Dla testów mało-licznych (6 parametrów: HE4, anty EBV igG, anty-EBV IgG, CMV IgG, CMV IgM, Tacrolimus) możliwość ich oznaczania poza laboratorium na koszt oferenta istotnie obniża koszt wykonania badań. Należy również dodać, że żaden z tych parametrów nie jest badaniem pilnym.

Parametry oceniane:

1. Lp. 1 *„Interpretacja wyniku o jednoznacznie określony punkt odcięcia, bez wyników granicznych (szara strefa) dla testów HBsAg i anty HCV.”* – Zapis preferujący Abbott; ilość wyników w „strefie granicznej” jest znikoma do puli wyników i nie stanowi żadnej przewagi do innych obecnych na rynku. Natomiast paradoksalnie, preferowane testy Abbott nie oferują najnowszych dostępnych możliwości: zdolności wykrywania najnowszych mutacji wirusa HBV w przypadku testu HBsAg, oraz zdolności wykrywania białka NS-5 w przypadku testu anty HCV.
2. Lp. 2 *„Liniowość bHCG w pierwszym oznaczeniu (bez rozcieńczenia) minimum 14000 mIU/ml - kolejny zapis preferujący Abbott; Odwołujący posiada technologię automatycznego rozcieńczenia próbki, bez udziału operatora w przypadku przekroczenia liniowości testu, co praktycznie jest niezauważalne dla operatora i uzyskanie wyniku o wymaganym stężeniu odbywa się bez żadnego dodatkowego nakładu pracy.*
3. Lp. 4 *„Wszystkie odczynniki, kalibratory, kontrole - gotowe do użycia bez konieczności rekonstytucji”* – powtórzenie zapisów z punkt 23 parametrów wymaganych.
Uzasadnienie: Zamawiający postępował w ten sposób w ciągu ostatnich lat, co pozwalało na oszczędne gospodarowanie materiałem bez utraty jego właściwości. Materiały liofilizowane ponadto charakteryzują się dłuższym okresem stabilności.

PODSUMOWANIE

Argumentacja powyżej przedstawiona potwierdza zasadność wniesienia przedmiotowego odwołania. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa przejawem naruszenia zasad uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt/wyrób, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu (tak: wyrok KIO z dnia 29.06.2016r. KIO 1029/16, wyrok KIO z dnia 30.11.2015 r. KIO 2435/15; uchwała KIO z dnia 6.04.2016, KIO/KD 23/16; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku- I Wydział Cywilny z dnia 8.07.2016 r, I ACa 15/16).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ naruszył, wynikający z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy, zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Jak wykazano powyżej, kwestionowane przez Odwołującego wymagania Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w jego obiektywnych, rzeczywistych potrzebach, a ich celem jest jedynie preferowanie określonego wykonawcy (w przedmiotowym stanie faktycznym – rozwiązań spółki Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.).

Z ostrożności procesowej wskazujemy, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia braku naruszenia przepisów w opisie przedmiotu zamówienia, co wynika z ugruntowanej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (tak np. wyrok KIO z dnia 18.11.2008 roku, KIO/UZP 1240/08 oraz wyrok KIO z dnia 26.08.2015 r, KIO 1727/15). Odwołujący natomiast ma obowiązek uprawdopodobnienia, co uczynił w niniejszym odwołaniu, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję. To na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo wprowadzone przez niego ograniczenia w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach. Jeżeli Zamawiający nie udowodni, że stawiane przez niego wymogi odnoszące się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia są uzasadnione jego potrzebami i stanowią realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, że są sprzeczne z wymogami art. 29 ust. 2 (tak wyrok KIO z dnia 26.08.2015 r, KIO 1727/15).

Odwołujący pragnie także podkreślić, że celem jego działania nie jest utrudnianie Zamawiającemu przeprowadzenia Postępowania, realizacji zamówienia i wykonywania jego statutowych zadań, lecz jedynie doprowadzenie do możliwości złożenia przez Odwołującego oferty, to jest doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem.

Z wyrazami szacunku

Załączniki:

- 1) Elektroniczny odpis z KRS
- 2) Pełnomocnictwo
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 4) Potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu