

**WYROK**

**z dnia 26 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2011 r. przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zgodny z uzasadnieniem.
2. Kosztami postępowania obciąża **Tomaszowskie Centrum Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Tomaszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Dostawę odczynników, materiałów kontrolnych i materiałów zużywalnych do badań biochemicznych, immunochemicznych, hematologicznych, koagulologicznych, parametrów krytycznych, analizy moczu i badań bakteriologicznych wraz z dzierżawą analizatorów do tych badań oraz dostawa pozostałych odczynników (ZP/12/Sp/2011)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 maja 2011 r., poz. 2011/S 89-145122 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759). Postępowanie prowadzone jest w 16 częściach (nazywanych przez Zamawiającego pakietami).

W dniu 16 maja 2011 r. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, iż narusza on art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2-3 Prawa zamówień publicznych poprzez zamieszczenie w nim wymagań utrudniających uczciwą konkurencję, nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, wskazujących na konkretnego dostawcę i uniemożliwiających złożenie oferty Odwołującemu.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. Pkt 8 i 9 Formularza cenowego - pakiet nr 2

W ocenie Odwołującego, nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego dokonanie w opisie przedmiotu zamówienia wyodrębnienia z pakietu nr 1 parametrów Troponina I i TSH oraz przeniesienie ich do pakietu nr 2. Firma Siemens jest bowiem jedynym producentem analizatorów biochemicznych, które jednocześnie służą do oznaczania parametrów immunochemicznych, jakimi są Troponina I oraz TSH. Wszyscy pozostali producenci działający obecnie na rynku oferują oznaczenia immunochemiczne Troponina I oraz TSH na analizatorach immunochemicznych. Parametry te znajdują się już zresztą w niewielkich ilościach w pakiecie nr 2. Służąc zatem eliminacji konkurencji poprzez wskazanie na rozwiązanie techniczne charakterystyczne dla oferty Siemens wymóg określony przez Zamawiającego prowadzi do wyeliminowania pozostałych wykonawców. Z uwagi na powyższe

Odwołujący żądał przeniesienia parametrów Troponina I i TSH z pakietu nr 2 do pakietu nr 1, względnie ich wyłączenie z pakietu nr 2.

2. Pkt 2 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego” - pakiet nr 1

W zakresie parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego, Odwołujący wnosił o urealnienie wymaganej wydajności oferowanego analizatora do ilości deklarowanych badań, poprzez modyfikację treści punktu 2 i nadanie mu brzmienia: „Możliwość wykonywania do 300 biochemicznych testów fotometrycznych i 60 badań elektrolitów na godzinę”. Przy deklarowanej przez Zamawiającego ilości ok. 400 testów fotometrycznych i ok. 80 testów ISE dziennie wymóg dostarczenia analizatora o wydajności 437 biochemicznych testów fotometrycznych i 187 badań elektrolitów na godzinę nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego i ekonomicznego. Jednocześnie zaś wybór wykonawcy oferującego taki sprzęt generować będzie dla Zamawiającego znacznie wyższe koszty eksploatacyjne niż w sytuacji zakupu analizatora o wydajności niższej, wykonującego przy tym oczekiwaną przez Zamawiającego deklarowaną ilość badań w ciągu 2-3 godzin pracy.

3. Pkt 9 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego” - pakiet nr 1

Odwołujący zwracał uwagę na konieczność zwiększenia konkurencyjności postępowania poprzez modyfikację treści punktu 9 parametrów granicznych i nadanie mu następującego brzmienia: „Zapewnienie odpowiednich warunków przechowywania zestawów odczynnikowych na pokładzie analizatora w celu ich racjonalnego wykorzystania w trakcie deklarowanego okresu trwałości, 35 pozycji dla odczynników”, co pozwoli szerszemu gronu wykonawców na złożenie w niniejszym postępowaniu. Wskazywał, że wymóg wyposażenia analizatora w lodówkę o pojemności pozwalającej na przechowywanie min. 40 pozycji zmierza wprost do wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. Przy uwzględnieniu oczekiwań Zamawiającego co do ilości wykonywanych oznaczeń poszczególnych parametrów biochemicznych wskazanych w formularzu cenowym dla pakietu nr 1 wymóg określony w punkcie 9 parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego nie znajduje uzasadnienia praktycznego. Rozwiązanie to faworyzuje firmę Siemens, tymczasem równoważne urządzenia oferowane m.in. przez Odwołującego pozwalają na odpowiednie zachowanie trwałości odczynników na pokładzie analizatora w celu ich racjonalnego wykorzystania, tak aby osiągnąć oczekiwaną przez Zamawiającego ilość oznaczeń. Jest to zatem rozwiązanie równoważne, a przy tym nie wywołujące żadnych trudności przy codziennej obsłudze analizatora.

4. Pkt 4 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego” - pakiet nr 2

W zakresie parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego, Odwołujący wnosi o urealnienie wymaganej wydajności oferowanego analizatora do ilości deklarowanych badań poprzez modyfikację treści punktu 4 i nadanie mu treści: „Wydajność aparatu - min. 80 oznaczeń na godzinę”. Przy deklarowanej przez Zamawiającego ilości ok. 50 badań dziennie wymaganie dostarczenia analizatora o wydajności 150 oznaczeń na godzinę nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego i ekonomicznego, przy czym sytuacja ta generować będzie dla Zamawiającego

znacznie wyższe koszty niż w sytuacji zakupu analizatora o wydajności niższej, a zachowującego zdolność do wykonywania minimum 80 oznaczeń na godzinę.

5. Pkt 10 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego” - pakiet nr 2

Odwołujący wnosił o dopuszczenie w niniejszym postępowaniu możliwości zaoferowania pojedynczych odczynników w formie liofilizatów, co pozwoli na zwiększenie konkurencyjności, przy jednoczesnym zapewnieniu komfortu obsługi systemu analizatora. W tym celu Odwołujący wnosi o modyfikację treści punktu 10 parametrów granicznych, poprzez nadanie mu treści: „Identyfikacja odczynników na podstawie kodu kreskowego”. Wnosił o wykreślenie zastrzeżenia „Wszystkie odczynniki gotowe do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania”, gdyż utrudnia ono konkurencję.

6. Pkt 16 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego” - pakiet nr 2

Modyfikacja treści punktu 16 parametrów granicznych, poprzez nadanie mu brzmienia: „Analizator wolnostojący lub do postawienia na stole” w ocenie Odwołującego zwiększy konkurencję w postępowaniu. W przypadku zaoferowania analizatora nastołowego Wykonawca zapewni odpowiedni stół laboratoryjny pod analizator”. Ograniczenie w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczanych analizatorów do urządzeń nastołowych („Analizator do postawienia na stole”), przy wyłączeniu analizatorów wolnostojących nie może być racjonalnie uzasadnione. Należy bowiem wskazać, iż modele wolnostojące o niewielkich rozmiarach oraz identycznej funkcjonalności, jak modele nastołowe zapewniają równoważny komfort obsługi, odpowiednią ergonomię pracy oraz nie zajmują dużej powierzchni w laboratorium.

7. Pkt 27 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego” - pakiet nr 2

Zwiększeniu konkurencyjności postępowania powinna również służyć modyfikacja punktu 27 parametrów granicznych, poprzez nadanie mu treści: „Oferowany analizator, odczynniki i kalibratory muszą stanowić kompletny i zwalidowany system analityczny - do potwierdzenia deklaracjami zgodności CE”. Nic bowiem nie uzasadnia określenia przedmiotu zamówienia w oparciu o obecny dyskryminujący i ograniczający konkurencję zapis. Wymóg: „Oferowany analizator, odczynniki i kalibratory muszą stanowić kompletny system analityczny pochodzący od jednego producenta.”, zwłaszcza w ostatnim elemencie (pochodzenia od jednego producenta) niepotrzebnie ogranicza konkurencję i nie ma żadnego uzasadnienia. Ważne jest bowiem aby dostarczany asortyment zapewniał wykonywanie analiz, a nie skąd pochodził.

8. Pkt 13 Formularza cenowego - pakiet nr 2

Kierując się postulatem zwiększenia konkurencyjności postępowania w zakresie załącznika Nr 2 (Formularz cenowy) Odwołujący wnosi o modyfikację punktu 13 poprzez nadanie mu brzmienia: "BNP lub NT-proBNP". Zgodnie z aktualnymi wytycznymi Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego i międzynarodowych towarzystw kardiologicznych zarówno BNP jak również NT-proBNP są klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej. Z uwagi na równoważność obu parametrów nie należy

preferować wyłącznie jednego z nich (tj. BNP). W związku z tym Zamawiający nie powinien ograniczać konkurencji w tym zakresie i umożliwić złożenie ofert na każdy z tych parametrów.

9. Pkt 9 formularza cenowego - pakiet nr 2

Zwiększeniu konkurencyjności postępowania będzie również służyła modyfikacja punktu 9 formularza cenowego poprzez nadanie mu brzmienia: "Troponina I lub Troponina T". Zgodnie z wyżej wspomnianymi wytycznymi Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego oraz międzynarodowych towarzystw kardiologicznych, zarówno troponina I jak i troponina T są klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej. Z uwagi na równoważność obu parametrów nie należy preferować wyłącznie jednego z nich (tj. Troponina I). W związku z tym Zamawiający nie powinien ograniczać konkurencji w tym zakresie i umożliwić złożenie ofert na każdy z tych parametrów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o modyfikację postanowień SIWZ w sposób podany w odwołaniu.

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie do protokołu, nie uwzględniając żadnego z zarzutów.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby stwierdzona niezgodność z przepisami opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, która uniemożliwia Odwołującemu efektywny udział w postępowaniu i uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest w 16 częściach, nazywanych przez Zamawiającego pakietami. Odwołanie dotyczy dwóch pakietów: pakietu numer jeden, w którym przedmiotem zamówienia jest analizator biochemiczny oraz pakietu numer dwa, w którym przedmiotem zamówienia jest analizator immunochemiczny.

Zamawiający w ramach postępowania zamierza wydzierżawić trzy analizatory: jeden immunochemiczny oraz dwa biochemiczne, z których jeden ma być urządzeniem „backupowym”,

utrzymywanym w gotowości na wypadek, gdyby pracujący analizator biochemiczny uległ awarii bądź był zajęty.

Nie było sporne, iż na rynku istnieją aparaty będące zintegrowanymi platformami, kombajnami pozwalającymi na realizację obu rodzajów badań – biochemicznych i immunochemicznych. Zamawiający oświadczył, iż nie zamawiał tego rodzaju platformy, ponieważ przekracza ona gabarytami rozmiary pomieszczenia, w którym miałyby ona się znajdować (nie poparto dowodami ani rozmiarów potencjalnych platform, ani wymiarów pomieszczeń). Równocześnie Zamawiający na rozprawie stwierdzał, że pracownia laboratoryjna jest rozbudowywana, jednak nie spowoduje to zwiększenia ilości dostępnego miejsca. Wydaje się, że platforma umożliwiająca prowadzenie obu rodzajów badań lepiej zaspokajałaby potrzeby Zamawiającego, jednak Izba nie ocenia racjonalności postępowania Zamawiającego i rzetelności wydatkowania środków publicznych, nie byłoby to zresztą możliwe na tym etapie bez znajomości specyfiki sytuacji Zamawiającego, jego możliwości lokalowych i ewentualnych możliwości finansowych oraz technicznych związanych z rozbudową. Dlatego Izba nie rozpatrywała zarzutów odwołania w kontekście ewentualności, że platforma immunochemiczno-biochemiczna mogłaby być bardziej przydatna do zaspokojenia potrzeb Zamawiającego, ale w kontekście założenia, iż trzy analizatory – jeden immunochemiczny i dwa biochemiczne będą łącznie spełniały cele wyznaczone przez Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający opisując przedmiot zamówienia i dzieląc go na części, musi brać pod uwagę, że co najmniej w jednej z części postępowanie może nie zakończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej (np. na dany pakiet nie zostanie złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu), a wówczas, przy takim opisie zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, może się okazać, że po przeprowadzeniu postępowania nie będzie można prowadzić pełnego kompletu badań (ponieważ np. postępowanie na analizator biochemiczny z pakietu nr 1 może być unieważnione).

Stanowisko Zamawiającego prezentowane przed Izbą ograniczało się wyłącznie do składania oświadczeń – odnośnie organizacji pracy w laboratorium, wielkości pomieszczenia, ilości personelu (mała ilość personelu w krótkim czasie musi wykonać szybko wiele rodzajów badań), i Izba dała wiarę oświadczeniom Zamawiającego w tym zakresie, niemniej jednak odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba każdorazowo oceniała, czy uwarunkowania Zamawiającego można uznać za skonkretyzowane, obiektywne i nie do pokonania na tyle, że mogą one prowadzić do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji, tj. na taki opis przedmiotu zamówienia, który zawęży krąg podmiotów, które mogą złożyć oferty na konkretny produkt.

Rozpatrując zarzuty odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Podnosząc zarzut nr 1, dotyczący pkt 8 i 9 Formularza cenowego dla pakietu nr 2, Odwołujący podnosił, iż nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego dokonanie w opisie przedmiotu zamówienia wyodrębnienia z pakietu nr 1 parametrów Troponina I i TSH oraz przeniesienie ich do pakietu nr 2. Firma Siemens jest bowiem jedynym producentem analizatorów biochemicznych, które jednocześnie służą do oznaczania parametrów immunochemicznych, jakimi są Troponina I oraz TSH. Wszyscy pozostali producenci działający obecnie na rynku oferują oznaczenia immunochemiczne Troponina I oraz TSH na analizatorach immunochemicznych. Parametry te znajdują się już zresztą w niewielkich ilościach w pakiecie nr 2. Służąc zatem eliminacji konkurencji poprzez wskazanie na rozwiązanie techniczne charakterystyczne dla oferty Siemens wymóg określony przez Zamawiającego prowadzi do wyeliminowania pozostałych wykonawców. Z uwagi na powyższe Odwołujący żądał przeniesienia parametrów Troponina I i TSH z pakietu nr 2 do pakietu nr 1, względnie ich wyłączenie z pakietu nr 2.

Powyższe żądanie Odwołujący sprostował na rozprawie, wskazując, iż że chodziło o „przeniesienie parametrów Troponina I i TSH z pakietu nr 1 do pakietu nr 2” (tj. odwrotnie, niż omyłkowo wskazano w odwołaniu).

Izba ustaliła, co następuje:

W ramach pakietu nr 1 Zamawiający zamierza wydzierżawić analizator biochemiczny, który będzie traktowany – jak wynika z oświadczeń Zamawiającego na rozprawie – traktowany jako „pierwszy aparat”, tzn. jeżeli zajdzie potrzeba wykonania pilnych badań z danej próbki będą one wykonywane właśnie na tym aparacie. Stąd wynika przewidywanie badania za jego pomocą troponiny i TSH, które równie dobrze mogłyby być badane na aparacie immunochemicznym z pakietu nr 2, ale pod warunkiem, że zostałyby wyodrębnione do osobnej próbki. Dodatkowe rozpipetowywanie próbki jest kolejną zbędną czynnością, która utrudnia bezbłędne i szybkie przeprowadzenie badań, które – aby zaspokoić żądanie Odwołującego – musiałby być badane na obu aparatach.

Równocześnie Zamawiający nie kwestionował oświadczenia Odwołującego, że tylko jeden aparat na rynku (poza platformami niebędącymi przedmiotem zamówienia) jest analizatorem biochemicznym, które jednocześnie służą do oznaczania parametrów immunochemicznych, jakimi są Troponina I oraz TSH.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska i omówione wyżej założenie, że Zamawiający nie może wydzierżawić platformy umożliwiającej oba rodzaje badań na jednym aparacie, Izba stwierdziła, że wymóg Zamawiającego jest w takiej sytuacji uzasadniony. Jeżeli twierdzi on, że badania troponiny i TSH są zlecane z jednej próbki razem z innymi badaniami, przeważnie biochemicznymi, nie ma podstaw, aby zmuszać Zamawiającego do podziału próbki na dwa aparaty, skoro przebadanie jednej próbki jest możliwe w aparacie istniejącym na rynku. Izba dała wiarę oświadczeniu Zamawiającego, że jego małe laboratorium obsługuje często jedna osoba, dlatego dokonywanie dodatkowych zabiegów na próbkach w oczywisty sposób może powodować utrudnienia w procedurze badawczej i zwiększa ryzyko błędów. Ze względu na powyższe Izba oddaliła zarzut odwołania w tym zakresie.



Odnosząc się do pkt 2 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego” - pakiet nr 1 (zarzut nr 2), gdzie Odwołujący wnosił o urealnienie wymaganej wydajności oferowanego analizatora do ilości deklarowanych badań, Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt 3 wykazu Zamawiający wymagał dostarczenia analizatora o wydajności do 437 biochemicznych testów fotometrycznych i 187 badań elektrolitów na godzinę.
2. Odwołujący żądał sprecyzowania wymogu wydajności w sposób następujący: „Możliwość wykonywania do 300 biochemicznych testów fotometrycznych i 60 badań elektrolitów na godzinę”.
3. Zamawiający przyznał, że jego wymagania są na wyrost, jednak bierze pod uwagę dynamikę wzrostu ilości badań i 3-letni okres realizacji umowy.

Po pierwsze budzi wątpliwości, dlaczego Zamawiający określił wymogi wydajnościowe stosując ściśle określone ilości – 437, 187 badań na godzinę. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć konkretnej ilości badań wykonywanych na godzinę, a podanie tak skonkretyzowanych wartości rodzi podejrzenie, że są to wartości dla konkretnego aparatu. Po drugie, wydaje się, że Zamawiający powinien określić minimalną wydajność, a nie maksymalną – przy takim określeniu, jak w SIWZ, aparat oferujący możliwość wykonywania 438 testów na godzinę będzie niezgodny z SIWZ (czego jednak Odwołujący nie podnosił).

Zamawiający w żaden sposób nie przybliżył statystyki pracy laboratorium i nie wykazał, że rzeczywiście uprawdopodobnione jest, że będzie należało wykonywać aż tyle testów na godzinę. Oczywiście wydaje się, że im więcej testów na godzinę może przeprowadzić aparat, tym szybsze wykonanie jednego testu (nie musi być to reguła w zaawansowanych urządzeniach), jednak Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że zmniejszenie testów z 437 do 300 i badań z 187 do 60 będzie miało realny wpływ na jakość (szybkość) pracy w jego laboratorium. Skoro jest ono niewielkie, obsługiwane – jak wynika z oświadczenia Zamawiającego – często przez jedną osobę, budzi wątpliwości, czy jedna osoba jest w stanie obsłużyć aparat o takiej wydajności (podanie próbek do aparatu i odczytanie wyników).

Ponadto Izba zauważa, że skoro Zamawiający określił w SIWZ parametr graniczny jako maksymalny, a nie minimalny, to postulowane przez Odwołującego wielkości mieszczą się w wartościach oczekiwanych przez Zamawiającego.

Izba uznała, że uzasadniona jest modyfikacja SIWZ zgodnie z wnioskiem Zamawiającego, ponieważ ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie wynikało, że analizator o parametrach postulowanych przez Odwołującego zostanie uznany za niespełniający wymagań, co w świetle powyższych ustaleń byłoby nieuzasadnione. **W konsekwencji Izba nakazała modyfikację SIWZ przez wykreślenie dotychczasowej treści punktu 2 wykazu parametrów dla pakietu nr 1**

**i nadanie mu brzmienia: „Możliwość wykonywania do 300 biochemicznych testów fotometrycznych i 60 badań elektrolitów na godzinę”.**

Analogiczny zarzut odnośnie wydajności Odwołujący podnosił w zakresie pkt 4 parametrów granicznych analizatora immunochemicznego w pakiecie nr 2 (zarzut nr 4), z tym zastrzeżeniem, że także określono parametr graniczny jako „minimum 150 oznaczeń”. Odwołujący obliczył na podstawie danych zawartych w SIWZ, że u Zamawiającego będzie się wykonywało ok. 50 badań dziennie. Zamawiający tych obliczeń zasadniczo nie podważył, jedynie wskazywał, że badania wykonuje się również w soboty i w niedziele, a wymogi określił na wyrost, biorąc pod uwagę dynamikę wzrostu ilości wykonywanych badań.

Izba odnosząc się do powyższego zarzutu i stanowisk stron, uwzględniła zarzut nr 4, z taką samą argumentacją jak dla zarzutu nr 2 i **nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ przez nadanie pkt 4 wykazu parametrów granicznych pakietu nr 2 następującego brzmienia: „Możliwość wykonywania do 300 biochemicznych testów fotometrycznych i 60 badań elektrolitów na godzinę”.**

Odwołujący podnosząc zarzut nr 3, zarzucał Zamawiającemu, że w pkt 9 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego” - pakiet nr 1, zawarł wymóg wyposażenia analizatora w lodówkę o pojemności pozwalającej na przechowywanie min. 40 pozycji, co ogranicza konkurencję, ponieważ można zaoferować preparaty niewymagające przechowywania w lodówce.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt 9 wykazu „Parametrów granicznych dla analizatora biochemicznego” - pakiet nr 1 Zamawiający określił swoje wymagania następująco: „Wbudowana lodówka na odczynniki na min. 40 pozycji, wymagana temperatura 2-8<sup>o</sup>”.
2. Odwołujący postulował zastąpienie powyższego wymogu następującym „Zapewnienie odpowiednich warunków przechowywania zestawów odczynnikowych na pokładzie analizatora w celu ich racjonalnego wykorzystania w trakcie deklarowanego okresu trwałości, 35 pozycji dla odczynników”.
3. Dla analizatora z pakietu nr 2 nie wprowadzono analogicznego wymogu – Zamawiający pod tabelą zawierającą parametry graniczne analizatora nr 2 określił wymóg następujący: „Zewnętrzna lodówka do przechowywania odczynników w wymaganych przez producenta warunkach”.

W ocenie Izby Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego żąda, aby jeden analizator miał wbudowaną lodówkę, a drugi – wyposażony był w lodówkę zewnętrzną. Jeżeli do pracy jednego z analizatorów w ogóle nie jest potrzebna lodówka dla przechowywania odczynników (Zamawiający nie zakwestionował oświadczenia Odwołującego, że można dobrać odczynniki niewymagające przechowywania w lodówce, jedynie wskazał, że się z takim rodzajem odczynników nie spotkał), to

wymóg wyposażenia analizatora we „wbudowaną lodówkę” jest nieuzasadniony. Co do ilości miejsc (pozycji) dla przechowywania odczynników, Izba uznała, że podanie ilości pozycji wynika z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego, a podana ilość postulowana przez Odwołującego nie była znacząco mniejsza. Zamawiający może wymagać zapewnienia odpowiedniej ilości pozycji do przechowywania odczynników, jednak powinien podać, jakiego rodzaju odczynniki zamierza przechowywać; warunki powinny być dostosowane do rodzaju przechowywanych odczynników, przy czym wcale nie jest konieczne (skoro drugi analizator może mieć lodówkę „zewnętrzną”) aby miejsca do przechowywania były zintegrowane z analizatorem. W związku z powyższym Izba **nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ w zakresie dotychczasowej treści pkt 9 parametrów granicznych dla pakietu nr 1 przez wykreślenie dotychczasowej treści i nadanie mu następującego brzmienia: „Zapewnienie odpowiednich warunków przechowywania zestawów odczynnikowych, 40 pozycji dla odczynników”,** co pozwala wykonawcy na wybór miejsca do przechowywania.

Odwołujący podnosząc zarzut nr 5, wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga gotowości odczynników do użycia „bez konieczności wstępnego przygotowania”, gdy tymczasem Odwołujący oferuje jeden z rodzajów odczynników (HCV) w formie liofilizatu, który dopiero po rozpuszczeniu wprowadza się do urządzenia i znajduje się on tam przez 2 tygodnie, to jest do końca terminu przydatności odczynnika. Zamawiający na rozprawie nie kwestionował sposobu użycia liofilizatu, stwierdził że ma „złe doświadczenia” z użyciem środka w takiej postaci, niemniej jednak gdyby Odwołujący zwrócił się z pytaniem do SIWZ o możliwość zastosowania HCV w formie liofilizatu, to rozważyłby taką ewentualność. Biorąc pod uwagę powyższą wypowiedź Zamawiającego, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, iż zastosowanie jednego z odczynników w formie liofilizatu nie jest trudnością nie do pokonania dla laboratorium, przeciwnie - jego stanowisko na rozprawie wskazuje, że jest to możliwe. Trudności w doborze odpowiedniej wody do rozpuszczania liofilizatu Zamawiając może zniwelować przerzucając na wykonawcę obowiązek dostarczenia odpowiedniej wody (tak, jak dla pakietu nr 1 – Zamawiający wymaga wyposażenia analizatora w stację uzdatniania wody, a „za jakość wody odpowiada wykonawca”).

W związku z powyższym, Izba **nakazuje modyfikację pkt 10 parametrów granicznych analizatora z pakietu nr 2 SIWZ i zastąpienie dotychczasowej treści pkt 10 następującą treścią: „Wszystkie odczynniki gotowe do użycia bez konieczności wstępnego przygotowania, z wyjątkiem HCV, który może zostać dostarczony w formie liofilizatu. Identyfikacja odczynników na podstawie kodu kreskowego”.**

Odwołujący podnosząc zarzut nr 6 dotyczący pkt 16 parametrów granicznych analizatora immunochemicznego z pakietu nr 2, wskazywał, iż zawężenie w opisie przedmiotu zamówienia analizatorów do urządzeń nastołowych ogranicza konkurencję, bowiem można zaproponować urządzenie wolnostojące spełniające identyczne funkcje. Zamawiający na rozprawie argumentował, że miejsce pod stołem jest mu potrzebne do przechowywania różnych przedmiotów, co jest konieczne ze względu na małe wymiary pomieszczenia laboratorium. Jednak w SIWZ nie określono żadnych minimalnych wymiarów stołu, na którym ma stać analizator, ani wielkości przestrzeni pod stołem. Wyobrażenie Zamawiającego, że trakcie realizacji umowy będzie określał wymiary stołu i ilość półek pod stołem jest życzeniem, które, jeżeli nie znajduje odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia, nie musi być spełnione przez przyszłego wykonawcę umowy. Ponadto wyżej opisane oczekiwanie Zamawiającego trudno usprawiedliwić wymaganiami aparatu nastołowego bez możliwości zastąpienia go aparatem wolnostojącym, zapewniającym szafkę na dole urządzenia.

Pomijając nawet kwestię, czy aparat wolnostojący ma na dole szafkę do przechowywania, to nawet gdyby jej nie było, trudno uznać wymagania Zamawiającego za uzasadnione na tyle, że konieczne jest ograniczenie przedmiotu zamówienia do analizatorów nastołowych. Zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych wymiarów pomieszczenia laboratorium ani listy przedmiotów, które zamierza przechowywać pod analizatorem immunochemicznym. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wymóg dostarczenia aparatu immunochemicznego nastołowego ogranicza konkurencję i nie jest uwarunkowany obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, które mogłyby ją usprawiedliwić. Ewentualna ilość miejsca do wygospodarowania pod stołem nie byłaby na tyle duża, aby mogła mieć w ocenie Izby charakter decydujący. Oczekiwanie co do możliwych małych gabarytów urządzeń w małym laboratorium jest zrozumiałe, jednak ograniczenie aparatów do nastołowych może ograniczyć konkurencję, co z kolei może spowodować, że Zamawiający będzie zmuszony wydzierżawić aparat droższy (im większa konkurencja, tym większa możliwość nabycia tańszego aparatu). Biorąc powyższe pod uwagę, nie wydaje się, aby konieczność wygospodarowania w laboratorium ewentualnej przestrzeni do przechowywania była trudnością, której nie można pokonać, a więc na tyle obiektywną, że prowadzące droższej dzierżawy aparatu ograniczenie uczciwej konkurencji byłoby uzasadnione. W konsekwencji Izba **nakazuje Zamawiającemu modyfikację SIWZ przez wykreślenie dotychczasowej treści punktu 16 parametrów granicznych pakietu nr 2, poprzez nadanie mu brzmienia: „Analizator wolnostojący lub do postawienia na stole. W przypadku zaoferowania analizatora nastołowego Wykonawca zapewni odpowiedni stół laboratoryjny pod analizator”.**

Odwołujący zarzucał, iż w pkt 27 parametrów granicznych dla analizatora immunochemicznego z pakietu nr 2 Zamawiający ograniczył konkurencję przez wymóg, aby oferowany analizator, odczynniki i kalibratory pochodziły od jednego producenta (zarzut nr 7). Zamawiając na rozprawie nie uzasadnił swojego wymogu, poza oświadczeniem, iż w przypadku pochodzenia wszystkich elementów systemu od jednego producenta łatwiej przypisać odpowiedzialność konkretnemu podmiotowi.

Izba stwierdziła, że wymóg Zamawiającego jest nieuzasadniony. Odpowiedzialność za wykonanie umowy ponosi tylko i wyłącznie wykonawca. Jeżeli na rynku istnieją systemy, na które składają się elementy różnych producentów, są one dopuszczone do obrotu oraz jak twierdzi Odwołujący – czego Zamawiający nie podważył – są one „zwalidowane”, to nie ma powodów, aby ograniczać konkurencję w taki sposób, by wymagać dostarczenia elementów systemu analitycznego tylko od jednego producenta. Zresztą dla pakietu nr 1 w pkt 15 parametrów granicznych zamawiający dopuścił odczynniki innego producenta, ale „dedykowane na oferowany analizator”. W związku z powyższym Izba **nakazuje Zamawiającemu modyfikację SIWZ przez wykreślenie dotychczasowej treści pkt 27 parametrów granicznych pakietu nr 2, poprzez nadanie mu treści: „Oferowany analizator, odczynniki i kalibratory muszą stanowić kompletny i zwalidowany system analityczny - do potwierdzenia deklaracjami zgodności CE”.**

Odnosnie zarzutu 8 i 9 (równoważność diagnostyczna troponiny I i troponiny T oraz BNT i NT-proBNT) Izba, uznała że jest on uzasadniony. Izba dała wiarę dokumentom złożonym na rozprawie przez Odwołującego (wyciągi z artykułów, dotyczących wytycznych rozpoznania i leczenia, z których wynika równorzędność odczynników oraz wyciągi ze specyfikacji – gdzie dopuszczono równorzędność zastosowania obu odczynników). Zamawiający nie kwestionował zresztą powyższego stanowiska Odwołującego, a jedynie wskazywał na ewentualne trudności w diagnostyce długoterminowej i skomplikowanej pisowni zamiennika dla odczynnika BNP.

Izba stwierdziła, że skoro niekwestionowana jest równoważność obu odczynników, to wybór tylko jednego z nich przez Zamawiającego w oczywisty sposób utrudnia uczciwą konkurencję (dodatkowo Odwołujący uprawdopodobnił, że równocześnie oba odczynniki oczekiwane przez Zamawiającego równocześnie może „obsłużyć” tylko jeden aparat istniejący na rynku). Zamawiający zamawia odczynniki na 3 lata, dlatego przy założeniu, że przez 3 lata będzie się stosował tylko jeden rodzaj odczynnika, ewentualna konieczność wykonania testów porównawczych przy zmianie odczynnika stosowanego do badań pacjentów długoterminowych ma charakter marginalny. Ponadto jest to tego rodzaju utrudnienie, z którym każde laboratorium musi się liczyć – inaczej zastosowanie nowszych odczynników czy nowszych metod badań nigdy nie byłoby możliwe. Z kolei podnoszone

przez Zamawiającego niewątpliwe trudności w pisowni odczynnika zamiennego do BNP - tj. NT-proBNT nie są przeszkodą, której nie da się pokonać. Oczywiście jest, że laboratorium zmierza do ograniczenia ilości możliwości popełnienia błędów, jednak bardziej skomplikowana pisownia jednego z odczynników nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba **nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w następujący sposób:**

- **dotychczasową treść punktu 13 formularza cenowego dla pakietu nr 2 zastępuje się następującą treścią: "BNP lub NT-proBNP".**
- **dotychczasową treść punktu 9 formularza cenowego dla pakietu nr 2 zastępuje się następującą treścią: "Troponina I lub Troponina T".**

Izba jest związana zarzutami odwołania, a nie jego żądaniami, dlatego nakazano modyfikację SIWZ zgodnie z uwzględnionymi zarzutami, ale nie zawsze – zgodnie z żądaniami (dotyczy to żądania skorelowanego z zarzutem nr 3 i 5).

Izba zauważa, że trudno mówić o stanowisku „w orzecznictwie” odnośnie konkretnych analizatorów czy odczynników – rzeczywiście w odwołaniach dotyczących opisu podobnych przedmiotów zamówienia powtarzają się podobne zarzuty, niemniej jednak zawsze rozpatrywane są w kontekście konkretnego stanu faktycznego ustalonego w toku rozprawy, a rozstrzygnięcie w dużej mierze zależy od inicjatywy dowodowej wykazywanej przez strony postępowania odwoławczego.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust. 2-3 Prawa zamówień publicznych, a ponieważ naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania, w związku art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych orzeciono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....