

**Sygn. akt: KIO 483/15**

**WYROK**  
**z dnia 30 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2015 r. przez wykonawcę Aero-Medika Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Marszałkowska 24, 00-576 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Aero-Medika Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Aero-Medika Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie, ul. Marszałkowska 24 00-576 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Zakup wraz z dostawą pomp insulinowych dla pacjentów SPDSK, nr postępowania: REJZAMPUB/10/2015, zwane dalej jako: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 042-071652 w dniu 28 lutego 2015 r.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 lutego 2015 r.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: Aero-Medika Sp. z o.o., ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa w dniu 10 marca 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej ustaleniu treści SIWZ, w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

3) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, że przeprowadzona przez niego szczegółowa analiza treści SIWZ doprowadziła go do wniosku, iż Zamawiający zdefiniował wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym samym uniemożliwiając Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Analizując zapisy SIWZ w zakresie parametrów pomp insulinowych określonych w załączniku nr 8 do SIWZ w zakresie Pakietu nr 1, Odwołujący stwierdził w szczególności, iż wymagania Zamawiającego jest w stanie spełnić tylko jeden system, tj. System Paradigm® Veo™ stanowiący połączenie terapii za pomocą pompy insulinowej i stałego monitorowania poziomu glukozy, ofertowany przez firmę Meditronic Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej jako: „Meditronic”.

Dodatkowo podniósł, że powyższa analiza postanowień SIWZ w zakresie parametrów pomp insulinowych określonych w załączniku nr 8 do SIWZ w zakresie Pakietu nr 1 i Pakietu nr 2, pozwoliła Odwołującemu na jednoznaczne stwierdzenie, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny i nieprecyzyjny - Zamawiający posłużył się sformułowaniami nieostrymi, które umożliwiają różną interpretację - który uniemożliwia wykonawcom złożenie ważnej oferty, zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Odwołujący zawnioskował o zmianę niżej wskazanych parametrów pomp insulinowych określonych w SIWZ, bowiem proponowane przez niego rozwiązania pozwolą w szczególności na: (i) złożenie Odwołującemu, a także innym wykonawcom ważnej oferty na pompy insulinowe istniejące na rynku Unii Europejskiej, (ii) zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, (iii) uzyskanie przez Zamawiającego sprzętu wysokiej klasy, odpowiadającego w pełni jego potrzebom oraz (iii) uzyskanie sprzętu posiadającego parametry istotne z uwagi na cel, któremu ma służyć przedmiot zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o zmianę następujących parametrów pomp insulinowych w poszczególnych Pakietach.

**1) Poz. 4 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 4 tabeli Pakiet nr-2 załącznika nr 8 do SIWZ - zasilanie pomp insulinowych.**

Przedstawiając ten zarzut zauważył, że Zamawiający w poz. 4) tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 4 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ wskazał, iż wymaga, aby pompy insulinowe były zasilane z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki).

Według Odwołującego Zamawiający dokonał nieprecyzyjnego i niejasnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez użycie nieostrego sformułowania „ogólnodostępne”, które może nasuwać wiele wątpliwości interpretacyjnych.

Przyznał, iż Zamawiający wskazał w nawiasie placówki handlowe, w których taka bateria powinna być dostępna, podejmując prawdopodobnie próbę zdefiniowania tego pojęcia, ale nieudolnie.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał, czy baterie potrzebne do zasilania pomp insulinowych, powinny być dostępne we wszystkich ze wskazanych placówek, czy też w przynajmniej jednej z nich.

Poprzez zastosowanie takiego kryterium, wykonawca składający ofertę – zdaniem Odwołującego - nie jest w stanie ocenić, czy pompa zasilana konkretną baterią będzie uznana przez Zamawiającego za ogólnodostępną, gdy będzie faktycznie dostępna jedynie w jednym lub w kilku z wymienionych miejsc, a ponadto jej zakup będzie możliwy przez internet lub infolinię, z dostawą w ciągu 24 h.

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż mogą zaistnieć sytuacje, w których baterie te nie będą dostępne w danym sklepie, czy też kiosku „Ruch”.

Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, iż takie wymaganie Zamawiającego nie jest istotne z klinicznego punktu widzenia urządzenia, a funkcjonalność zostanie zapewniona na tym samym poziomie w momencie, gdy baterie niezbędne do zasilania wymaganych przez Zamawiającego pomp insulinowych będą do nabycia przynajmniej w jednej ze wskazanych placówek handlowych, np. w aptekach.

Odwołujący poinformował, iż oferowana przez niego pompa insulinowa jest zasilana baterią typu ½ AA, która może być uznana za ogólnodostępną, z uwagi na to, iż jest dostępna w aptekach, w internecie, w siedzibie Odwołującego oraz może zostać zamówiona przez pacjenta przez infolinię Odwołującego.

Zwrócił uwagę, że dostawa zamówionej baterii jest realizowana w terminie 24 h od złożenia zamówienia.

Jednocześnie podniósł, iż bateria typu ½ AA jest baterią bardziej wydajną (moc 3,6 V) niż baterie typu AAA lub AA stosowane w pompach insulinowych konkurencji (moc 1,5 V), co oznacza, iż taka bateria powoduje obniżenie kosztów eksploatacji urządzenia, co jest zgodne z zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych, a także zapewnia dłuższą pracę pompy insulinowej.

Nadto Odwołujący wskazał, iż kolejnym argumentem przemawiającym za tym, iż zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie nie ma wpływu na wartość kliniczną i funkcjonalną sprzętu a cel, któremu rozwiązanie ma służyć zostanie osiągnięty i nie spowoduje utrudnień podczas pracy użytkownikowi tego urządzenia, także w przypadku, gdy baterie będą dostępne przynajmniej w jednym z wymienionych przez Zamawiającego miejsc, np. w aptekach.

Odwołujący zadeklarował, iż pacjent/użytkownik pompy insulinowej nabywa wszystkie niezbędne leki oraz akcesoria do tego urządzenia, np. insulinę, paski do gleukometru w aptekach.

Dodatkowo podkreślił, iż pompa insulinowa oferowana przez Odwołującego, zawsze na dwa dni przed rozładowaniem się pompy informuje o konieczności wymiany źródła zasilania.

Podsumowując zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie, wskazał, iż:

(i) narusza ono zasadę określenia przedmiotu zamówienia w sposób jasny i precyzyjny, poprzez użycie sformułowania „ogólnodostępne”, a następnie wskazanie placówek handlowych, w których ta dostępność ma zostać zapewniona, bez wskazania, czy baterie mają być dostępne we wszystkich, czy w przynajmniej w jednym z wymienionych miejsc na zamówienie, np. w aptekach, ale także w internecie i poprzez infolinię, czy też w siedzibie producenta;

(ii) nie ma ono znaczenia klinicznego i funkcjonalnego, a cel Postępowania zostanie zapewniony przez dopuszczenie baterii dostępnych w jednym z ww. miejsc zwłaszcza biorąc pod uwagę, to że użytkownik urządzenia jest informowany w odpowiednim czasie o konieczności wymiany baterii;

(iii) ma ono na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez bezpodstawne i niecelowe ograniczanie udziału tych

wykonawców w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o zmianę powyższego wymogu na następujący: zasilanie pompy z baterii typu AAA, AA, ½ AA dostępnej w sprzedaży w Polsce np. w sieci supermarketów lub na stacjach benzynowych lub w kioskach typu „Ruch” lub w sklepach ze sprzętem RTV i AGD lub w aptekach lub w internecie, w tym również na zamówienie.

**2) Poz. 20 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 20 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ - nieograniczona ilość wypełnień drenu.**

Zarzut ten dotyczył wymagania Zamawiającego określonego w poz. 20 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 20 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ, gdzie wskazał on, aby pompy insulinowe posiadały funkcję dodatkową w postaci nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby.

Po analizie opisanego powyżej wymogu, Odwołujący oświadczył, że nie jest w stanie stwierdzić, iż oferowana przez niego pompa insulinowa spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż w praktyce wielokrotnie pojawiły się wątpliwości w tym zakresie, z uwagi na różne praktyki interpretacyjne Zamawiających.

Odwołujący wskazał, iż oferowana przez niego pompa insulinowa zapewnia nieograniczoną ilość wypełnień w ciągu doby.

Odbywa się to jednak w taki sposób, iż po dokonaniu dwóch wypełnień pompa insulinowa, w celu ochrony użytkownika urządzenia przed przedawkowaniem insuliny (co może prowadzić nawet do hipoglikemii i przeinsulinowania), blokuje możliwość dokonania kolejnego wypełnienia. Użytkownik może dokonać kolejnego napełnienia poprzez restartowanie pompy insulinowej, tj. poprzez wyjęcie i ponowne włożenie baterii do urządzenia.

Oświadczył, że w taki sposób oferowana przez Odwołującego pompa insulinowa zapewnia nieograniczoną ilość uzupełnień w ciągu doby. Podkreślił przy tym, iż wszystkie ustawienia poza możliwością dokonania kolejnych wypełnień pozostają bez zmian.

Przyznał, iż w pompach insulinowych oferowanych przez innych wykonawców, pacjent ma możliwość zaprogramowania urządzenia na nieograniczoną ilość wypełnień drenów.

Zaznaczył, że konieczność zresetowania pompy po dwóch wypełnieniach, ma na celu ochronę użytkowników przed przedawkowaniem, co jest bardzo ważne ze względu na przeznaczenie pomp oferowanych w Postępowaniu - ich użytkownikami będą dzieci, w tym dzieci poniżej 6 roku życia.

Niezależnie od powyższego wykazał, iż powyższe ustawienie nie ma żadnego znaczenia klinicznego i jest to cecha nieistotna z punktu widzenia celu, jakemu ma służyć przedmiot zamówienia.

Jeżeli zamiarem Zamawiającego było zapewnienie możliwości zaprogramowania pompy insulinowej na nieograniczoną ilość wypełnień drenu, bez dokonywania innych czynności, to takie rozwiązanie – zdaniem Odwołującego - ma na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z uwagi na argumenty podniesione powyżej.

Mając na uwadze powyższe niejasności, Odwołujący wnosił o zmianę powyższego wymogu na następujący: Nieograniczona ilość wypełnień drenu w ciągu doby, w tym dopuszcza się rozwiązanie, w którym użytkownik po dwóch wypełnieniach musi dokonać restartu pompy, w celu uzyskania kolejnych wypełnień w ciągu doby.

**3) Poz. 22 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 22 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ - możliwość anulowania podaży bolusa jednym przyciskiem.**

Zarzut ten odnosił się do wymagania Zamawiającego z poz. 22 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 22 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ, gdzie ten określił, iż wymaga, aby pompy insulinowe posiadały funkcję dodatkową w postaci możliwości anulowania podaży bolusa jednym przyciskiem.

Odwołujący wskazał, iż powyższe wymaganie w żaden sposób nie wpływa na kliniczną jakość sprzętu i jego funkcjonalność, bowiem zarówno możliwość anulowania podaży bolusa jednym, jak i dwoma przyciskami spełnia swoją funkcję, tj. daje możliwość cofnięcia podania insuliny.

Tak skonstruowany wymóg ma na celu jedynie ograniczenie konkurencji i - równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nie osiągnie dzięki temu lepszemu pod względem medycznym urządzenia.

Dodatkowo zaznaczył, że Zamawiający sam wskazał, iż ma być to funkcja dodatkowa



pompy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł ponownie, iż użytkownikami wymaganych w Postępowaniu pomp insulinowych mają być dzieci, w tym dzieci poniżej 6 roku życia, gdzie możliwość anulowania podaży bolusa jednym przyciskiem stwarza zagrożenie omyłkowego zatrzymania podawanego bolusa, co spowoduje konieczność podania bolusa korygującego, o określonej (skorygowanej) ilości.

Mając na uwadze powyższe uzasadnienie Odwołujący wnosił o zmianę poprzez wykreślenie powyższego wymogu z poz. 22 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 22 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ.

**4) Poz. 31 oraz w zw. poz. 37 i 38 tabeli Pakiet nr 1 załącznika nr 8 do SIWZ - ciągle monitorowanie glikemii, odczyt z ekranu pompy.**

Ostatni zarzut był skierowany przeciwko postanowieniu Zamawiającego określone w poz. 31 załącznika nr 8 do SIWZ, gdzie określił on, iż wymaga, aby pompa insulinowa posiadała funkcję dodatkową w postaci ciągłego monitorowania glikemii (dalej jako: „CMG”), możliwego do odczytania z ekranu pompy.

Dodatkowo zauważył, że w poz. 37 i 38 tabeli Pakiet 1 załącznika nr 8 do SIWZ wskazano na konieczność dostawy, w związku z funkcją dodatkową urządzenia, określoną w przytoczonej powyżej poz. 31 tabeli Pakiet nr 1, materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonywania ciągłego monitorowania glikemii, tj. (i) poz. 37 - sensorów do ciągłego monitorowania glikemii (dostarczane przy dostawie) min. 2 sztuki do każdego transmitera oraz (ii) poz. 38-1 transmitera na 5 pomp, 1 zestawu do sczytywania pompy insulinowej oraz ciągłego monitorowania glikemii na 50 pomp.

W kontekście powyższego podkreślił, iż powyższy wymóg opisuje cechę właściwą jedynie dla pomp insulinowych firmy Meditronic, model VEO.

Przyznał, że pompa insulinowa tego wykonawcy, jako jedyna posiada zintegrowaną z pompą insulinową funkcję CMG. Polega to na tym, że wyniki pomiarów są wyświetlane na ekranie pompy insulinowej.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, który jest trybem konkurencyjnym, nie może formułować opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, ażeby chociażby część zamawianego sprzętu mogła pochodzić

tylko od jednego producenta, a zatem takie działanie Zamawiającego należy zakwalifikować jako niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które powoduje ograniczenie innym wykonawcom występującym na rynku Unii Europejskiej udział w Postępowaniu.

Poza tym wskazał, iż funkcja CMG jest nowym, niestosowanym dotychczas rozwiązaniem, który obarczony jest wieloma wadami, co było wskazywane w wielu opracowaniach naukowych dotyczących tych pomiarów.

Przede wszystkim, zauważył, że pomiary z funkcji CMG nie zastępują pomiarów z glukometru, które są nadal konieczne, tak aby móc potwierdzić wynik z funkcji CMG oraz aby skalibrować tę funkcję.

Dodatkowo podniósł, że w związku z tym konieczna jest kalibracja urządzenia według wskazań glukometru 3-4 razy dziennie. Co istotne wskazania z CMG są stosowane jedynie, jako wskazanie trendu wzrostowego lub spadkowego glikemii, a nie do oznaczania aktualnego poziomu cukru. Opóźnienie wskazań urządzenia w stosunku do rzeczywistej glikemii wynosi według różnych danych od 20 do 40 minut.

Zdaniem Odwołującego powyższa funkcja nie gwarantuje możliwości wskazania rzeczywistego (w chwili pomiaru) stanu glikemii użytkownika. Zwrócił uwagę, iż eksploatacja tych urządzeń jest niezwykle kosztowna. Miesięczny koszt to ok. 600-1000 zł dodatkowo do ceny pompy insulinowej.

Wywodził, że powyższe wynika z tego, iż istnieje konieczność zakupu przez użytkowników sensorów do CMG (wymienianych maksymalnie co 6 dni), odrębnych urządzeń - transponderów (wymienianych co 6-9 miesięcy) i zestawów do sczytywania pompy insulinowej oraz ciągłego monitoringu glikemii, które - zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 6 grudnia 2013 r. w sprawie wykazu wyrobów medycznych wydawanych na zlecenie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1565) nie są refundowane przez NFZ, a więc ich koszt jest pokrywany przez pacjenta.

Argumentował przy tym, że Zamawiający, określając wymagania w SIWZ zbyt restrykcyjnie, bez żadnego uzasadnienia wymagając w pompach funkcji zupełnie nieprzydatnych w praktyce lub o znikomej przydatności, których działanie nie zapewnia skutecznego leczenia cukrzycy, uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, powodując, że ofertę w tym zakresie może złożyć tylko jeden podmiot.

Niespełnienie powyższych kryteriów przez innych wykonawców, pomimo określenia ich jako „funkcje dodatkowe” – zdaniem Odwołującego - spowoduje odrzucenie oferty, skoro zostały one przez Zamawiającego określone jako „wymagane”.

W ocenie Odwołującego pozostawienie SIWZ w obecnym kształcie spowoduje w sposób nieuzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego wykluczenie jakiejkolwiek konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Mając na uwadze powyższe uzasadnienie Odwołujący wnosił o zmianę poprzez wykreślenie powyższego wymogu z poz. 31 tabeli Pakiet oraz w związku z nią po. 37 i 38 tabeli Pakiet 1 załącznika nr 8 do SIWZ.

W świetle powyższego zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1, art 29 ust 2 oraz art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 13 marca 2015r. wykonawca Roche Diabetes Care Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a pismem z dnia 16 marca 2015r. takiego zgłoszenia dokonał wykonawca Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 marca 2014r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i przedłożonych pism z dowodami Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 oraz art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz czy opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia został w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

**1) Poz. 4 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 4 tabeli Pakiet nr-2 załącznika nr 8 do SIWZ - zasilanie pomp insulinowych.**

Rozpoznając ten zarzut Izba doszła do przekonania, że jest on bezzasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w poz. 4) tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 4 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ określił wymaganie, aby pompy insulinowe były zasilane z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce (sieć supermarketów, stacje benzynowe, kioski typu „Ruch”, sklepy ze sprzętem AGD i RTV, apteki).

Zdaniem Izby pojęcie zasilania z baterii ogólnodostępnej w sprzedaży w Polsce jest określeniem dostatecznie precyzyjnym, zważywszy na przykładowe wskazanie punktów sprzedaży baterii.

Istotą takiego opisu było wskazanie jak najszerszego kręgu podmiotów dostarczających baterie zapasowe, w celu jak najbardziej kompleksowego zabezpieczenia potrzeb beneficjentów świadczenia – dzieci chorych na cukrzycę.

Proponowana przez Odwołującego definicja spornego wymagania, w istocie zawężyła kanały dystrybucji baterii, które jak sam przyznał są nietypowe, do sposobu ich pozyskania jedynie w aptece, poprzez zamówienia internetowe i za pomocą infolinii w ciągu 24 godzin od momentu zamówienia, co wynika również z treści wniosku, gdzie posłużył się alternatywą rozłączną.

W ocenie Izby takie wnioskowane przez Odwołującego drastyczne zawężenie sposobów dystrybucji baterii jest niedopuszczalne i narusza uzasadniony interes Zamawiającego.

Jednocześnie należy zauważyć, że przedłożone przez Odwołującego oświadczenie dotyczące terminu realizacji zamówienia baterii do pompy zostało złożone przez podmiot Glukopharma sp. z o.o., a nie przez Odwołującego, co budzi wątpliwości Izby, co do

możliwości zapewnienia dostępności baterii w deklarowanym terminie 24 godzin od momentu zamówienia.

Nadto Izba, dokonując rozstrzygnięcia tego zarzutu, oparła się o treść Aneksu 6 – Specyfikacja osobistych pomp insulinowych – Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego za lata 2012, 2014, 2015, gdzie określono wymogi konieczne, w tym w zakresie baterii – zasilania pompy (wydanie 2014, tom 3, Suplement A, str. A 68, wydanie 2015, tom 4, Suplement A, str. A 70).

Powyższe Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego są – według Izby – istotnym zaleceniem naukowym potwierdzonym przez szerokie grono profesorskie, z którym nie sposób polemizować.

Na powyższe źródło powołuje się również w pkt. 14 profesor specjalista chorób wewnętrznych i diabetologii na stronie 8 jego uwag o leczeniu cukrzycy za pomocą pomp insulinowych z uwzględnieniem pompy Dana Diabecare (dowód przedłożony przez Odwołującego).

W powyższej opinii będącej dokumentem prywatnym autor wskazał na jedyne źródło pozyskiwania baterii w aptece, co potwierdza tezę Izby o ograniczonej dostępności tej baterii.

Nadto z powyższych Rekomendacji nie wynika, iż właściwym źródłem zasilania są baterie ½ AA, podczas gdy wyraźnie wskazuje się tam na baterie AA i AAA.

Z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego i Przystępującego Medtronic Poland Sp. z o.o. wynika, że w chwili obecnej możliwość nabycia baterii oferowanych przez Odwołującego we wszystkich aptekach i sklepach w Warszawie jest ograniczona, jest możliwość ich nabycia w niektórych aptekach, co z kolei potwierdzają złożone przez Odwołującego paragony fiskalne.

Izba ustaliła również, że na rynku występują, co najmniej dwa rodzaje pomp dwóch producentów (Pardigim i Accu Chek Spirit Combo), które posiadają parametry odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia, co wyklucza możliwość przypisania działaniu Zamawiającego utrudniania konkurencji.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do zmiany treści SIWZ w spornym zakresie.

Wymaga również zwrócenia uwagi, że podobne zapatrywanie odnośnie wymogu ogólnodostępności baterii można znaleźć w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i judykaturze sądowej (vide: KIO 598/09, KIO 161/15, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 24 lipca 2009r., VIII Ga 136/09).

**2) Poz. 20 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 20 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ - nieograniczona ilość wypełnień drenu.**

Rozpoznając ten zarzut Izba doszła do przekonania, że również on nie znajduje uzasadnienia w zebranych materiale dokumentacyjnym.

Izba stwierdziła, że zarzut ten dotyczył wymagania Zamawiającego określonego w poz. 20 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 20 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ, gdzie wskazał on wymaganie, aby pompy insulinowe posiadały funkcję w postaci nieograniczonej ilości wypełnień drenów w ciągu doby.

W swoim rozstrzygnięciu Izba wzięła pod uwagę treść Aneksu 6 – Specyfikacja osobistych pomp insulinowych – Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego 2015, gdzie określono wymogi konieczne, w tym w zakresie baterii – zasilania pompy (wydanie 2015, tom 4, Suplement A, str. A 70), gdzie wyraźnie określono funkcjonalność w postaci nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby bezpośrednio tylko za pomocą funkcji w pompie.

Powyższe Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego są – zdaniem Izby – dostatecznym wskazaniem naukowym, które powinno zostać zrealizowane przez Zamawiającego, jako odpowiadające jego uzasadnionym potrzebom.

Izba zważyła, że powyższa funkcja służy do napełniania drenu insuliną przy wymianie zestawu infuzyjnego, w tym usunięcia pęcherzyków powietrza zgromadzonych w drenie.

Powyższa funkcjonalność służy bezpieczeństwu pacjenta przy wymianie zestawu infuzyjnego w warunkach nieumyślnego wyrwania wkłucia, jego obluźnienia, zablokowania pracy pompy, rozszczelnienia zestawu, pojawienia się powietrza, niedrożności kanikuly zestawu.

Z dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci powołanych już wyżej uwag (strona 5) wynika, że funkcja nieograniczonej liczby wypełnień jest właściwa.

Natomiast rozwiązanie oferowane przez Odwołującego jest oparte na restarcie, co tworzy dodatkowe komplikacje dla użytkownika urządzenia.

Z doświadczenia Zamawiającego można wnosić, że rozwiązanie takie jest mniej praktyczne i korzystne dla pacjentów, bowiem wiąże się z koniecznością kilkukrotnego w ciągu doby odkręcania kluczem zabezpieczenia, wyjmowania i ponownego wkładania baterii do pompy.

**3) Poz. 22 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 22 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ - możliwość anulowania podaży bolusa jednym przyciskiem.**

Zarzut ten nie znalazł również uznania Izby.

Izba ustaliła, że Zamawiający w poz. 22 tabeli Pakiet nr 1 oraz poz. 22 tabeli Pakiet nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ, wprowadził wymaganie, aby pompy insulinowe posiadały funkcję w postaci możliwości anulowania podaży bolusa jednym przyciskiem.

Według Izby rozwiązanie, to jest bardzo proste, umożliwiające szybkie zatrzymanie wlewu insuliny, co jest uzasadnione bezpieczeństwem pacjentów.

Izba w tym zakresie oparła się na doświadczeniu Zamawiającego, jako podmiotu odpowiedzialnego za skuteczność wdrożonej terapii.

**4) Poz. 31 oraz w zw. poz. 37 i 38 tabeli Pakiet nr 1 załącznika nr 8 do SIWZ - ciągłe monitorowanie glikemii, odczyt z ekranu pompy.**

W ocenie Izby powyższych zarzut nie potwierdził się.

Izba stwierdziła, że w poz. 31 załącznika nr 8 do SIWZ Zamawiającego wymagał, aby pompa insulinowa posiadała funkcję w postaci ciągłego monitorowania glikemii (dalej jako: „CMG”), możliwego do odczytania z ekranu pompy.

W swoim rozstrzygnięciu Izba wzięła pod uwagę treść Aneksu 6 – Specyfikacja osobistych pomp insulinowych – Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego 2015, gdzie określono wymogi konieczne, w tym w zakresie baterii – zasilania pompy (wydanie 2014, tom 3, Suplement A, str. A 68, wydanie 2015, tom 4, Suplement A, str. A 70), gdzie wyraźnie określono funkcjonalność w postaci nieograniczonej liczby wypełnień drenów w ciągu doby bezpośrednio tylko za pomocą funkcji w pompie.

Powyższe Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego są – zdaniem Izby – dostatecznym wskazaniem naukowym, które powinno zostać zrealizowane przez Zamawiającego, jako odpowiadające jego uzasadnionym potrzebom.

Poza tym Izba uznała również stanowisko grupy ekspertów Polskiego Towarzystwa Diabetologicznego w sprawie stosowania Systemu Ciągłego Monitorowania Stężenia Glukozy (CGM) u osób z cukrzycą ( Diabetologia Praktyczna, 2014, tom 3, nr 2 s.84-90).

Dodatkowo, Izba skorzystała z artykułu naukowego z 2012r. grupy diabetologów, z tezą, że zarówno u dzieci, jak i dorosłych pacjentów z cukrzycą typu 1, uzupełnienie terapii pompą insulinową o ciągłe monitorowanie glikemii skutkowało spadkiem poziomu HbA<sub>1c</sub> i krótszym czasem trwania stanów hipoglikemii. Naukowcy ci stwierdzili również, że wyniki te mogą być rezultatem częstszych samoregulacji terapii insulinowej, a wyłączenie ciągłego monitorowania glikemii skutkowało utratą efektów metabolicznych.

Z powyższych względów Izba uznała powyższy parametr za istotny dla Zamawiającego.

Podsumowując, zdaniem Izby, Zamawiający ma pełne podstawy do ubiegania się o korzystanie z nowoczesnych urządzeń do terapii medycznych, uwzględniających nowe trendy naukowe i z tego względu, jako podmiot odpowiedzialny za bezpieczeństwo medyczne pacjentów nie może ponosić negatywnych konsekwencji. W ocenie Izby Zamawiający w swojej SIWZ, w sposób konsekwentny i szczegółowy opisał przedmiot zamówienia, a Odwołujący nie wykazał, że taki opis mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**