

Sygn. akt: KIO 1832/21

**WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2021 roku przez **Wykonawcę Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **wykonawcę Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, którym jest Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy odczynników, testów, materiałów medycznych dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” znak sprawy: EZ/ZP/72/2021/UG.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”. Postępowanie prowadzone jest wg. procedury obowiązującej dla postępowań na dostawy których wartość szacunkowa przekracza kwoty określonej w art. 4 lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm) zmienionej rozporządzeniem Komisji (UE) 2019/1828 z dnia 30 października 2019r (Dz. Urz. UE L 279 z 31.10.2019 str.25) tj. powyżej 214.000 euro co stanowi równowartość kwoty 913.630 zł. Postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem miniPortalu, ePUAPu oraz poczty elektronicznej Zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S– 10-288526 w dniu 9 czerwca 2021 r.

Dnia 21 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Beckman Coulter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej jako Odwołujący) wobec czynności Zamawiającego, polegającej na ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami Pzp, w zakresie Pakietu 6 – dostawa odczynników biochemicznych wraz z dzierżawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i sporządzenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, powodujący znaczące i nieuzasadnione ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, w szczególności uniemożliwienie złożenia oferty przez Odwołującego, pomimo oferowania przez niego urządzeń spełniających odpowiednie parametry techniczne dla zaspokojenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedyskryminacyjny, umożliwiający złożenie oferty przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tj. oferujących odpowiednie

urządzenia,

tj. poprzez:

- I. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 3 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Priorytetowe oznaczenie próbek „cito”, podawanych przez oddzielny port STAT;
- II. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 5 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Automatyczna detekcja skrzepu, ilości materiału badanego oraz pęcherzy w próbce badanej przy aspiracji materiału;
- III. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 7 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Kuwety pomiarowe sprawdzane automatycznie przez analizator monitorujący stopień zużycia i konieczność wymiany;
- IV. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 8 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Możliwość ciągłego dostawiania kilku odczynników na raz, w oryginalnych opakowaniach / buteleczkach, bez konieczności zmiany trybu pracy analizatora na pauza, wstrzymanie, stop;
- V. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 9 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Wszystkie odczynniki pochodzące od jednego producenta, automatycznie identyfikowane przez analizator (bez ingerencji operatora). Dopuszcza się zaoferowanie do dwóch odczynników firm trzecich, spełniających warunek automatycznej identyfikacji;
- VI. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 10 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób Odczynniki niewymagające przygotowania (rozpuszczania, mieszania czy łączenia składników). Nie dotyczy oznaczeń na kanałach otwartych;
- VII. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 13 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - W razie zaistnienia takiej konieczności, możliwość rozbudowania systemu o moduł immunochemiczny, bezpośrednio połączony z modułem biochemicznym. Sterowanie z jednego stanowiska operatora, jeden wspólny podajnik próbek;
- VIII. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 15 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Identyfikacja próbek i odczynników za pomocą czytnika kodów lub innej technologii;
- IX. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 19 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Wydajność wraz z ISE nie mniejsza niż 1 600 oznaczeń na godzinę. Dopuszcza się zaoferowanie dwóch modułów biochemicznych bezpośrednio połączonych razem, spełniających wymaganą wydajność;

- X. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 20 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Moduł ISE o wydajności nie mniejszej niż 800 ozn./godz, wyposażony w bezobsługowe elektrody — min. Na, K, Ref. nie wymagające uzupełniania płynów (przez operatora lub serwis) Dopuszcza się zaoferowanie dwóch modułów;
- XI. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 21 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób - Ilość pozycji dla próbek badanych nie mniej niż 300, z możliwością ciągłego dostawiania w trakcie pracy;
- XII. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 24 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób — Podtrzymywanie zasilania (UPS) jako integralna część systemu;
- XIII. określenie w załączniku 2a do SWZ w pkt 25 wymaganych parametrów dla analizatorów biochemicznych w następujący sposób — Stacja uzdatniania wody jako integralna część systemu (jeżeli jest wymagana);
- XIV. zapis pod formularzem asortymentowo - cenowym następującego wymogu (załącznik nr 2 do SWZ; Pakiet nr 6): „Multikalibratory dla większości oznaczeń (dopuszcza się pojedyncze kalibratory, dla nie więcej niż 7 oznaczeń)”.

Nadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- XV. naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp poprzez brak szczegółowego wskazania zakresu robót budowlanych i możliwości ich wyceny w sytuacji gdy zapisy SWZ nie pozwalają dokonać prawidłowej wyceny wymaganych prac, zarówno co do ich zakresu jaki i wyceny; xvi. naruszenie art. 28 w zw. z art. 281 Pzp poprzez nieprawidłowe określenie sposobu obliczenia ceny, albowiem w obowiązujący formularz asortymentowo — cenowy nie daje możliwości wyceny robót budowlanych oraz zastosowania zróżnicowanych stawek VAT.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący niósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez odpowiednią zmianę postanowień wskazanych w pkt I XVI powyżej zgodnie ze wskazaniem zawartymi w uzasadnieniu tego odwołania, w szczególności poprzez równorzędne potraktowanie cech charakteryzujących równoważny sprzęt, tj.
  - a) zmianę pkt 3 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Priorytetowe oznaczenie próbek „cito”, dedykowane miejsca dla próbek CITO”;
  - b) zmianę pkt 5 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Automatyczna detekcja skrzepu, ilości materiału badanego przy aspiracji materiału.”,
  - c) zmianę pkt 7 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Wielorazowe kuwety pomiarowe sprawdzane automatycznie przez analizator.”;

- d) zmianę pkt 8 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Możliwość ciągłego dostawiania kilku odczynników na raz, bez konieczności zatrzymywania pracy aparatu.”;
  - e) zmianę pkt 9 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Wszystkie odczynniki pochodzące od jednego producenta, automatycznie identyfikowane przez analizator (bez ingerencji operatora). Dopuszcza się zaoferowanie do 20% odczynników firm trzecich”,
  - f) zmianę pkt 10 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Minimum 80% oferowanych odczynników niewymagających przygotowania (rozpuszczania, mieszania czy łączenia składników)”;
  - g) zmianę pkt 13 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „W razie zaistnienia takiej konieczności, możliwość rozbudowania systemu o moduł immunochemiczny”;
  - h) zmianę pkt 15 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Aparat posiadający zdolność identyfikacji próbek i odczynników za pomocą czytnika kodów lub innej technologii”,
  - i) zmianę pkt 19 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Łączna maksymalna teoretyczna wydajność 2 analizatorów biochemicznych wraz z dwoma przystawkami ISE nie mniejsza niż 1 600 oznaczeń na godzinę. Dopuszcza się zaoferowanie dwóch modułów biochemicznych bezpośrednio połączonych razem, spełniających wymaganą wydajność.”;
  - j) zmianę pkt 20 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Każdy z analizatorów wyposażony w moduł ISE. Łączna wydajność modułów ISE minimum 800 ozn./godz, wyposażony elektrody — min. Na, K, Ref.”;
  - k) zmianę pkt 21 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Ilość pozycji dla próbek badanych w każdym z oferowanych analizatorów nie mniej niż 150, z możliwością ciągłego dostawiania w trakcie pracy.”
  - l) zmianę pkt 24 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Aparaty wyposażone w podtrzymywanie zasilania (UPS)”;
  - m) zmianę pkt 25 w załączniku 2a do SWZ w następujący sposób: „Aparaty wyposażone stacje uzdatniania wody (jeżeli jest wymagana)”;
  - n) wykreślenie zapisu spod formularza asortymentowo - ofertowego następującego wymóg (załącznik nr 2 do SWZ; Pakiet nr 6): „Multikalibratory dla większości oznaczeń (dopuszcza się pojedyncze kalibratory, dla nie więcej niż 7 oznaczeń)”;
- oraz o:
- o) doprecyzowanie postanowień SWZ poprzez sprecyzowanie zakresu prac w sposób umożliwiający dokonanie prawidłowych szacunków i wyceny,

p) zmianę postanowień SWZ poprzez takie zdefiniowanie zapisów, które pozwoli prawidłowo sporządzić ofertę.

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia będzie niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Dodaje, że objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołania, odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W powyższych przepisach ustawodawca utrzymał jedną z głównych zasad związanych z procesem tworzenia opisu przedmiotu zamówienia, zakazującą opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zdecydował się także na wskazanie przykładowego katalogu naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego

wykonawcę. (E. Wiktorowska Lw:l A. GawrońskaBaran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99.)

W tym miejscu wskazać należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1201/15: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie

z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji (tak min.: wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/5; wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt: KIO/ UZP 984/08). W tym miejscu wskazać należy, iż w granicach zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zawiera się zarówno dokonywanie opisu poprzez wskazanie określonego produktu jak również szczegółowe opisanie produktu, wpływające na konkurencję na rynku. Zgodnie

z piśmiennictwem dotyczącym wyżej wskazanych norm ustawy Pzp przedmiot zamówienia nie może być określony poprzez podanie parametrów ograniczających konkurencję do jednego, konkretnego modelu urządzenia produkowanego przez konkretnego producenta. Decydująca przy tym jest tzw. perspektywa wykonawcy, który musi mieć możliwość zaoferowania produktu jemu dostępnego, spełniającego wymogi SWZ (dawniej SIWZ),

ale wymogi sporządzone w sposób obiektywny, a nie ukierunkowane na wybór konkretnego produktu bez możliwości zaoferowania produktu równoważnego.”

Zgodnie zaś z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Ugruntowane orzecznictwo KIO wskazuje, iż działaniem sprzecznym z zasadą uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. O utrudnianiu przez zamawiającego uczciwej konkurencji przez wprowadzenie do SWZ określonych wymagań mówimy również wtedy gdy zarówno wymagania te eliminują konkretnych wykonawców z postępowania, uniemożliwiają lub utrudniają im złożenie

oferty, która może zostać uznana za najkorzystniejszą oraz wymagania te nie wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego co do jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, iż wskazane w poniższej argumentacji wymagania i parametry ocenne sformułowane przez Zamawiającego eliminują z udziału w postępowaniu bądź znacząco utrudniają złożenie Odwołującemu oferty przez nieuzasadnioną i niezgodną z przepisami Pzp faworyzację innych wykonawców.

### **Zarzut I - Parametr nr 3 - Priorytetowe oznaczenie próbek „cito”, podawanych przez oddzielny port STAT.**

Zamawiający w SWZ wymaga, aby oferowany analizator miał możliwość priorytetowego oznaczania próbek „cito”. Tak sformułowane wymaganie jest jak najbardziej zasadne, gdyż gwarantuje możliwość wykonywania oznaczeń próbek pilnych przed oznaczeniami rutynowymi. Niemniej, funkcjonalność podawania przez oddzielny port STAT występuje tylko w analizatorach „Cobas” oferowanych wyłącznie przez firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Tak postawiony wymóg powoduje, że po udzielenie zamówienia może ubiegać się jedynie firma Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Producenci analizatorów do diagnostyki w różny sposób rozwiązują sposób wstawiania na pokład analizatora próbek pilnych. Sposób wstawiania próbek pilnych do aparatu nie zmienia jego funkcjonalności i możliwości priorytetowego oznaczenia tych próbek. Dostępne na rynku rozwiązania oferują poza miejscami na próbki rutynowe dodatkowe dedykowane miejsca na próbki pilne między innymi: miejsca w dedykowanej karuzeli na próbki „cito”, wydzielone miejsca w podajniku próbek bądź umożliwiają wstawianie na pokład aparatu dedykowanych statywów dla próbek „cito”. W przypadku analizatora Cobas firmy Roche takim rozwiązaniem jest dodatkowy oddzielny port STAT, w którym wstawiane są próbki „cito”. Rozwiązania te są równoważne, a sposób wstawiania na pokład aparatu próbek pilnych nie wpływa na możliwość priorytetowego traktowania tych próbek przez aparat, a tym samym ta osobnicza dla każdego z oferowanych analizatorów cecha nie powinna ograniczać dostępu do postępowania przetargowego innym konkurentom.

W związku z powyższym w pełni uzasadnionym jest zmiana zapisu tego parametru granicznego w sposób, który umożliwiała złożenie oferty innym producentom, w tym także Odwołującemu poprzez określenie wymogu posiadania dedykowanych miejsc dla próbek CITO w miejsce oddzielnego portu STAT.



Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu umożliwiającą priorytetowe oznaczanie próbek CITO i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy w ogłoszonym postępowaniu.

**Zarzut II - Parametr nr 5 - Automatyczna detekcja skrzepu, ilości materiału badanego oraz pęcherzy w próbce badanej przy aspiracji materiału.**

Mając na uwadze, że nie wszystkie instrukcje obsługi mówią o monitorowaniu pęcherzyków w próbce badanej, mimo stałego monitorowania ciśnienia aspirowanej próbki, które zmienia się zarówno przy występowaniu skrzepów jak i powietrza z ostrożności wnosimy o zmianę zapisu parametrów nr 5 na zapis nie budzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych i nie znajdujący podstaw do bycia spornym w przedmiotowym postępowaniu. W odniesieniu do pierwotnego wymogu SWZ zapis ten pozostawia szerokie pole interpretacyjne nie mające swojego uzasadnienia w perspektywie wymaganej funkcji detekcji tak też wnosimy o zmianę wymogu na „detekcja skrzepu, ilości materiału badanego przy aspiracji materiału”

**Zarzut III - Parametr nr 7 - Kuwety pomiarowe sprawdzane automatycznie przez analizator monitorujący stopień zużycia i konieczność wymiany.**

Odwołujący posiada w swojej ofercie kuwety stałe kwarcowe objęte gwarancją przez cały okres trwania umowy których jakość jest sprawdzana automatycznie przez analizator, a konieczność ich wymiany jest sygnalizowana przez analizator a wymiana tych kuwet dokonywana jest przez serwis producenta. Mając powyższe na uwadze pozostawienie wymogu w formie pierwotnie zamieszczonej przez Zamawiającego pozostawia szerokie pole interpretacyjne co do specyfiki pracy danego urządzenia, a jednocześnie stanowi kolejny wyraz odzwierciedlenia wprost oferty Wykonawcy firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

**Zarzut IV - Parametr nr 8 - Możliwość ciągłego dostawiania kilku odczynników na raz, w oryginalnych opakowaniach i buteleczkach, bez konieczności zmiany trybu pracy analizatora na pauza, wstrzymanie, stop.**

Analizatory dzielą się na takie, w których odczynniki można dostawiać — uzupełniać w czasie pracy analizatora i na takie, które nie dopuszczają takiej możliwości, w których odczynniki uzupełniają się tylko w trakcie przerwy w pracy aparatu. Powyższe nie zmienia jednak podstawowej funkcjonalności aparatu jaką jest wykonywanie badań. W sytuacji ewidentnych błędów obsługowych, kiedy w czasie przygotowania aparatu do pracy nie wstawiono odpowiedniej liczby opakowań odczynników, zgodnie z dziennym zapotrzebowaniem, funkcja uzupełniania odczynników w czasie pracy aparatu jest pomocna i pozwala kontynuować pracę bez zbędnych przerw.

Tak też, z uwagi na różnorodność konstrukcji danych analizatorów istnieje wiele rozwiązań takiej funkcjonalności, gdzie uzupełnianie odczynników w trakcie pracy odbywa się w różnych trybach pracy aparatu. Tym samym zapis SWZ znacznie ogranicza konkurencyjność postępowania poprzez bardzo restrykcyjne określenie sposobu dostawiania odczynników, które wyklucza zmianę trybu pracy analizatora na pauza, wstrzymanie, stop.

Zamawiający takim zapisem SWZ wykluczył możliwość udziału w postępowaniu aparatom, których konstrukcja umożliwia dostawianie kilku odczynników w trakcie pracy, ale związana jest ze specjalnym trybem pracy nazwanym pauzą odczynnikową. Przy konieczności uzupełnienia odczynników użytkownik po wprowadzeniu aparatu w tryb „wstrzymanie odczynnika” w czasie ok. 5 minut uzyskuje dostęp do karuzeli odczynnikowej, gdzie przez specjalne okno możliwe jest dostawianie kilku odczynników na raz na pokład aparatu, w buteleczkach, bez konieczności zatrzymywania pracy aparatu i bez konieczności otwierania pokrywy głównej przedziału odczynnikowego. W czasie trybu „wstrzymanie odczynnika” kontynuowane są wszystkie rozpoczęte reakcje odczynnikowe, odbywa się proces pomiarów absorbancji i wydawane są wyniki. Ograniczenie zapisami SWZ udziału w postępowaniu innych równoważnych rozwiązań ogranicza konkurencyjność i umożliwia złożenie oferty jedynie firmie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

W związku z powyższym, wnosimy o modyfikację zapisu tego parametru granicznego w sposób, który umożliwiła złożenie oferty także Odwołującemu i innym wykonawcom poprzez sformułowanie go w następujący sposób: „Możliwość ciągłego dostawiania kilku odczynników na raz, bez konieczności zatrzymywania pracy aparatu”.

Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu, zachowa pierwotne oczekiwanie Zamawiającego związane z możliwością dostawiania odczynników w trakcie pracy analizatora i jednocześnie umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu Wykonawcy.

**Zarzut V - Parametr nr 9 - Wszystkie odczynniki pochodzące od jednego producenta, automatycznie identyfikowane przez analizator (bez ingerencji operatora). Dopuszcza się zaoferowanie do dwóch odczynników firm trzecich, spełniających warunek automatycznej identyfikacji.**

Powszechnie oferowane i stosowane rozwiązania diagnostyczne oferują możliwość użycia odczynników pochodzących od różnych producentów. Krytyczne w takim przypadku jest, aby posiadały walidowane protokoły aplikacyjne, które umożliwiają pracę na danym analizatorze. Wiele firm wykorzystuje odczynniki różnych producentów i przystosowuje je do użycia na oferowanych analizatorach. Sam Zamawiający w zapisie parametru nr 11 przewiduje „Możliwość użycia odczynników firm trzecich na kanałach otwartych (w celu uzupełnienia menu), tak aby wszystkie oznaczenia były wykonywane na jednym oferowanym

systemie". Jednocześnie zapis parametru numer 9 ogranicza zapis parametru nr 11 stanowiąc,

że „Dopuszcza się zaoferowanie do dwóch odczynników firm trzecich, spełniających warunek automatycznej identyfikacji”.

To ograniczenie w ocenie Odwołującego nie jest przypadkowe, gdyż wprost stanowi odzwierciedlenie oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., która będąc precyzyjnym dla dwóch odczynników tj. kwasów żółciowych i metotreksatu musi zaoferować odczynniki firm trzecich. Tak też, w przekonaniu Odwołującego powyższe stanowi kolejny wyraz faworyzowania oferty wskazanej firmy i tym samym ogranicza możliwość udziału w postępowaniu innym Wykonawcom.

Jednocześnie należy wskazać, że kolejnym wynikającym z przywołanego wymogu ograniczeniem dostępu do udziału w postępowaniu przetargowym jest zastrzeżenie co do sposobu identyfikowania odczynników „automatycznie identyfikowane przez analizator (bez ingerencji operatora)". W przypadku odczynników firm trzecich zdarza się, że nie posiadają one etykiet z kodem kreskowym, które rozpoznawane są automatycznie przez aparat. W takiej sytuacji przypisuje się im stałą pozycję w karuzeli odczynnikowej. Dotyczy to w przypadku oferty Odwołującego dokładnie 3 odczynników spośród 48 parametrów wymaganych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, wnosimy o modyfikację zapisu parametru granicznego nr 9 w sposób, który umożliwiła złożenie oferty także innym Oferentom Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu Wykonawcy.

#### **Zarzut VI - Parametr nr 10 Odczynniki niewymagające przygotowania (rozpuszczania, mieszania czy łączenia składników). Nie dotyczy oznaczeń na kanałach otwartych.**

Rutynowa praca diagnosty laboratoryjnego obejmuje proces przygotowania odczynników do pracy. W skład tego procesu wchodzi czynność rozpuszczania, mieszania czy łączenia składników.

Postawiony w ten sposób wymóg wskazuje wprost na ofertę firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. i tym samym dopuszcza do postępowania przetargowego tylko ofertę jednego Wykonawcy. Wskazać należy, że w ofercie firmy Roche odczynniki produkowane przez firmę Roche nie wymagają przygotowania (rozpuszczania, mieszania czy łączenia składników) gdyż praca odbywa się w systemie zamkniętym, natomiast co pozostaje w ścisłym związku z wymogiem parametru 9 „Dopuszcza się zaoferowanie do dwóch odczynników firm trzecich, spełniających warunek automatycznej identyfikacji” odczynniki oferowane na kanałach otwartych (kwasy żółciowe i metotreksat) wymagają przygotowania przed wstawieniem na pokład aparatu, tak też konstrukcja tego wymogu w ocenie Odwołującego nie pozostawia

wątpliwości co do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji i został sformułowany, w taki sposób który umożliwia złożenie oferty przez firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

W związku z powyższym wnosimy o modyfikację parametru nr 10 poprzez dopuszczenie do udziału ofert, w których 80% oferowanych odczynników nie wymaga przygotowania. Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy a jednocześnie umożliwi Zamawiającemu uzyskanie konkurencyjnych ofert co może mieć odzwierciedlenie w uzyskaniu jak najkorzystniejszej ceny.

**Zarzut VII - Parametr nr 13 - W razie zaistnienia takiej konieczności, możliwość rozbudowania systemu o moduł immunochemiczny, bezpośrednio połączony z modułem biochemicznym. Sterowanie z jednego stanowiska operatora, jeden wspólny podajnik próbek.**

Oferowane na rynku analizatory można zintegrować/rozbudować o moduł immunochemiczny w różny sposób czy za pomocą dodatkowego łącznika lub jak wskazał Zamawiający bezpośrednio. Powyższe uzależnione jest od sposobu integracji jaką technicznie przewidział dany producent analizatora. Każde z rozwiązań jest równie prawidłowe i zapewnia pełną funkcjonalność systemu. Wymóg mówiący o bezpośrednim połączeniu modułów i sterowaniu z jednego stanowiska operatora z jednego wspólnego podajnika próbek ogranicza udział innych rozwiązań w postępowaniu przetargowym.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że Zamawiający w swoim laboratorium wykonuje również badania immunochemiczne, a co do których umowa zawarta w ramach udzielenia zamówienia publicznego pozostaje w mocy.

Tak postawiony wymóg wskazuje, że Zamawiający zamierza ograniczyć się do stosowania rozwiązań wyłącznie jednego danego producenta, gdyż sformułowanie go w taki sposób zamyka możliwość udziału w przyszłym postępowaniu na analizator immunochemiczny innym oferentom poza firmą, która wygra bieżące postępowanie przetargowe, gdyż analizator biochemiczny jednego producenta można zintegrować z analizatorem immunochemicznym tego samego producenta. Utrzymanie w mocy tak postawionych wymogów spowoduje, że obecnie toczące się zamknięte postępowanie przetargowe na ofertę firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., w konsekwencji będzie miało kluczowy wpływ, na toczące się w przyszłości postępowanie przetargowe dotyczące analizatora immunochemicznego, które to w skutku także stanie się postępowaniem zamkniętym i faworyzującym ofertę tylko jednego Wykonawcy.

W związku z powyższym, wnosimy o modyfikacji zapisu w sposób, który umożliwiła złożenie oferty nie tylko firmie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. poprzez sformułowanie

„W razie zaistnienia takiej konieczności, możliwość rozbudowania systemu o moduł immunochemiczny” co umożliwi udział również innym oferentom. Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy

**Zarzut VIII - Parametr nr 15 - Identyfikacja próbek i odczynników za pomocą czytnika kodów lub innej technologii.**

Wymóg ten wiąże się z ograniczeniem zawartym w punkcie nr 9 mówiącym o automatycznym identyfikowaniu odczynników przez analizator (bez ingerencji operatora). Z uwagi na zaoferowanie odczynników firm trzecich (których użycie dopuścił Zamawiający) oferta Odwołującego zawiera 3 odczynniki produkowane przez firmy trzecie, które identyfikowane są w aparacie przez przypisane im miejsca w karuzeli odczynnikowej. Ponieważ zapisy parametru 15 częściowo pokrywają się z zapisami parametru 9, zapisy te także ograniczają dostęp do postępowania przetargowego innym oferentom poza firmą Roche. Identyfikacja próbek i odczynników za pomocą czytnika kodów lub innej technologii jest cechą przynależną oferowanemu analizatorowi i jako taka zostaje spełniona przez wszystkich potencjalnych wykonawców. Niemniej w kontekście konieczności zaoferowania odczynników firm trzecich, które w przypadku oferty Odwołującego w 3 przypadkach wymagają ich identyfikacji przez stałe miejsca w karuzeli odczynnikowej, w tak szeroko rozumianym kontekście zapisów tego parametru SWZ można uznać za niespełnione.

W związku z powyższym, wnosimy o modyfikacji zapisu w sposób, który umożliwiła złożenie oferty nie tylko firmie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. poprzez sformułowanie „Aparat posiadający zdolność identyfikacji próbek i odczynników za pomocą czytnika kodów lub innej technologii” co umożliwi udział również innym oferentom. Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy.

**Zarzut IX — Parametr nr 19 - Wydajność wraz z ISE nie mniejsza niż 1 600 oznaczeń na godzinę. Dopuszcza się zaoferowanie dwóch modułów biochemicznych bezpośrednio połączonych razem, spełniających wymaganą wydajność.**

Przedmiotem przetargu są odczynniki biochemiczne wraz z dzierżawą 2 analizatorów biochemicznych. Zamawiający opisując wymagania techniczne stawiane analizatorom nie opisuje czy wymóg ten dotyczy każdego z analizatorów z osobna czy też dotyczy obu analizatorów łącznie.

Stąd, aby zapewnić transparentność wymagań Zamawiającego i umożliwić udział w postępowaniu przetargowym nie tylko dla oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. należy te wymagania doprecyzować.

W chwili obecnej Zamawiający pracuje na 2 analizatorach biochemicznych, każdy o maksymalnej teoretycznej wydajności wraz z modułem ISE — 1200 oznaczeń/godzinę.

Porównując liczbę wyszczególnionych badań jaką Zamawiający wyspecyfikował w poprzednim postępowaniu przetargowym (3 880 246/36 miesięcy) w stosunku do liczby badań w bieżącym postępowaniu ( 2 685 690/ 36 miesięcy) niezasadne jest żądanie zaoferowania analizatorów o wyższej wydajności niż te, które są obecnie używane w placówce Zamawiającego.

Jeśliby wymóg dotyczył zaoferowania 2 analizatorów biochemicznych o każdy wydajności wraz z ISE nie mniejsza niż 1 600 oznaczeń na godzinę oznaczałoby to konieczność zaoferowania aparatów blisko trzykrotnie przekraczających dotychczasowe potrzeby Zamawiającego. Taki wymóg nie miałby żadnego uzasadnienia w liczbie wykonywanych badań, a służyłby jedynie praktycznemu zamknięciu postępowania pod ofertę jednego wskazanego wyżej Wykonawcy który taki wymóg mógłby spełnić.

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach jest Szpitalem pracującym 24h/7 dni w tygodniu

Liczba wszystkich badań w okresie 36 miesięcy	-	2 685 690
Liczba dni trwania umowy	-	1 095
Średnia liczba badań na dzień	-	2 452
Średnia liczba badań na godzinę (przy założeniu 8 h pracy)	-	306
Średnia liczba badań na godzinę (przy założeniu 24 h pracy)	-	102

W związku z powyższym wnosimy o modyfikację zapisu parametru nr 19 w sposób, który umożliwiła złożenie oferty także Odwołującemu poprzez określenie maksymalnej teoretycznej wydajności 2 analizatorów biochemicznych wraz z dwoma przystawkami ISE nie mniejszą niż 1 600 oznaczeń na godzinę.

**Zarzut X - Parametr nr 20 - Moduł ISE o wydajności nie mniejszej niż 800 ozn./godz, wyposażony w bezobsługowe elektrody — min. Na, K, Ref. nie wymagające uzupełniania płynów (przez operatora lub serwis) Dopuszcza się zaoferowanie dwóch modułów.**

Przedmiotem przetargu są odczynniki biochemiczne wraz z dzierżawą 2 analizatorów biochemicznych. Zamawiający opisując wymagania techniczne stawiane analizatorom nie opisuje czy wymóg ten dotyczy każdego z analizatorów z osobna czy też dotyczy obu analizatorów łącznie.

Stąd, aby zapewnić transparentność wymagań Zamawiającego i umożliwić udział w postępowaniu przetargowym nie tylko jednemu Wykonawcy należy te wymagania doprecyzować.

W chwili obecnej Zamawiający pracuje na 2 analizatorach biochemicznych każdy wyposażony w moduł/przystawkę ISE o wydajności do 400 oznaczeń/godzinę.

Porównując liczbę wyszczególnionych badań ISE (Na, K, Cl) jaką Zamawiający wykonywał w poprzednim postępowaniu przetargowym w stosunku do liczby badań w bieżącym

postępowaniu (567 900/ 36 miesięcy) nie znajduje uzasadnienia żądanie zaofierowania modułów ISE o wyższej wydajności niż te, które są obecnie używane w placówce Zamawiającego.

Jeśliby wymóg dotyczył zaofierowania 2 analizatorów biochemicznych każdy wyposażony w przystawkę wydajności ISE nie mniejszej niż 800 oznaczeń na godzinę (łącznie 1600 ozn./godz.) oznaczałoby to konieczność zaofierowania przystawek ISE dwukrotnie przekraczających dotychczasowe potrzeby Zamawiającego. Taki wymóg nie miałby żadnego uzasadnienia w liczbie wykonywanych badań, a służyłby jedynie praktycznemu zamknięciu postępowania na ofertę firmy Roche.

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach jest Szpitalem pracującym 24/7

Liczba wszystkich badań ISE w okresie 36 miesięcy	-	567 900
Liczba dni trwania umowy	-	1 095
Średnia liczba badań na dzień	-	519
Średnia liczba badań na godzinę (przy założeniu 8 h pracy)	-	65
Średnia liczba badań na godzinę (przy założeniu 24 h pracy)	-	22

Ponadto fragment mówiący „Dopuszcza się zaofierowanie dwóch modułów” wskazuje na to, że firma Roche mogłaby zaofierować jedynie jeden moduł ISE o wydajności 900 oznaczeń/h, który posiada w swojej ofercie, co spowodowałoby, że oferta ta byłaby korzystna cenowo, ale nie zabezpieczałaby konieczności zaofierowania przystawki ISE wykorzystywanej w czasie awarii. Taka sytuacja (dopuszczona zapisami SWZ i korzystna w odniesieniu

do oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.) jest niedopuszczalna z punktu widzenia placówki pracującej całodobowo, gdyż w przypadku awarii oraz okresowej konserwacji ISE placówka pozostałaby bez możliwości wykonywania podstawowych oznaczeń, co jest tym bardziej niezrozumiałe przy tak wyśrubowanych wymaganiach dotyczących wydajności oferowanej przystawki.

W związku z powyższym wnosimy o modyfikacje zapisu parametru nr 20 w części odnoszącej się do wydajności modułu ISE poprzez modyfikację na „Każdy z analizatorów wyposażony w moduł ISE Łączna wydajność modułów ISE minimum 800. co umożliwi złożenie oferty także przez Odwołującego.

W odniesieniu do części „Moduł ISE (...) wyposażony w bezobsługowe elektrody — min. Na, K, Ref. nie wymagające uzupełniania płynów (przez operatora lub serwis)” należy wskazać, że tak sformułowany wymóg dodatkowo uniemożliwia udział w postępowaniu przetargowym Odwołującemu.

Zapis ten stanowi materie rozważań przed Krajową Izbą Odwoławczą, w których firma Roche zarzucała nieprawidłowości w ofercie Odwołującego dotyczących bardzo szczegółowych wymagań odnoszących się do elektrody referencyjnej.

Zgodnie z praktyką Odwołującego wszelkie procedury konserwacyjne i naprawcze elektrody referencyjnych wykonywane są przez serwis. Sytuacja ta miała i ma miejsce także w placówce Zamawiającego. Odwołujący w swoich ofertach nie umieszcza żadnych płynów niezbędnych do konserwacji elektrody referencyjnej, w związku z powyższym żaden z użytkowników aparatów oferowany przez Odwołującego nie miał i nie ma potrzeby ani możliwości uzupełniania płynów w elektrodzie. Zastrzeżenie natomiast w zapisach SWZ, aby takiej możliwości nie miał także serwis oferenta jest wyraźnym naruszeniem zasad uczciwej konferencji i czyni ofertę zamkniętą. Uzupełnianie płynu, wykonywane w razie potrzeby przez serwis jest typową procedurą konserwacyjną nie mającą żadnego wpływu na rutynową pracę laboratorium i nie powinno decydować o możliwości udziału w postępowaniu przetargowym, gdyż jest to osobnicza cecha konserwacji płynąca z konstrukcji danego urządzenia i procedury serwisowej ustalonej przez jej producenta wykonywana przez dedykowany serwis, a nie użytkownika aparatu.

Zastrzeżenia poczynione w zapisie punktu 20 SIWZ nie są uzasadnione merytorycznie, a mają jedynie na celu zamknięcie postępowania przetargowego i umożliwienie udziału w tym postępowaniu tylko wskazanemu Wykonawcy firmie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

W związku z powyższym żądamy modyfikacji zapisu nr 20 jak w petitum. Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu, bezpieczeństwo pacjentów i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy.

#### **Zarzut XI - Parametr 21 - Ilość pozycji dla próbek badanych nie mniej niż 300, z możliwością ciągłego dostawiania w trakcie pracy.**

Podobnie jak w poprzednich zapisach dotyczących wymagań technicznych analizatorów Zamawiający pomija fakt, że przetarg dotyczy 2 analizatorów i pisząc o liczbie pozycji dla próbek badanych nie odnosi się czy liczba ta dotyczy każdego z oferowanych analizatorów.

Firma Roche posiada w swojej ofercie podajnik na 300 próbek i tym samym można przypuszczać, że tym kierował się Zamawiający umieszczając jedynie taki zapis.

Jednakże przetarg dotyczy 2 analizatorów stąd koniecznym jest doprecyzowanie ilości pozycji dla próbek badanych dla każdego z aparatów. Ewentualny zapis umożliwiający zaoferowanie jednego podajnika dla dwóch aparatów pozostawia Zamawiającego bez możliwości wykonywania jakichkolwiek badań w sytuacji awarii bądź okresowej konserwacji co w przypadku placówki pracującej 24 godziny na dobę rodzi zagrożenie możliwości



wstrzymania badań na czas ewentualnych czynności serwisowych. W chwili obecnej Zamawiający pracuje na dwóch analizatorach biochemicznych, a każdy z nich wyposażony jest w podajnik na 150 próbek.

Na podstawie liczby badań w bieżącym przetargu nic nie wskazuje, że liczba pacjentów w Szpitalu zwiększy się w 2021 przynajmniej dwukrotnie co mogłoby skutkować koniecznością pozyskania aparatów przystosowanych do jednorazowego wstawienia na pokład 300 próbek lub być może nawet 2 x 300 próbek, gdyż w tej części zapisy SWZ dla Odwołującego są niejasne.

Na podstawie danych podanych w zarzucie XI można przyjąć, że średnio Zamawiający będzie wykonywał 102 — 306 badań na godzinę. Przy pobraniu krwi średnia liczba badań wykonywanych z jednej próbki wynosi ok 5. Oznaczałoby, że na godzinę aparaty biochemiczne są obciążone 20 — 60 próbkami. Przy czym czas przebywania próbki na pokładzie i zajmowania miejsca w podajniku to czas poniżej 10 min. Wszystkie te analizy dowodzą, że wymóg SWZ nie znajduje uzasadnienia, w brzmieniu zapisanym w SIWZ a jednocześnie stanowi wyraz dopuszczenia do postępowania przetargowego firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., która posiada w swojej ofercie dokładnie taki podajnik.

Przedmiotem przetargu są odczynniki biochemiczne wraz z dzierżawą 2 analizatorów biochemicznych.

Zamawiający opisując wymagania techniczne stawiane analizatorom nie opisuje czy wymóg ten dotyczy każdego z analizatorów z osobna czy „też dotyczy obu analizatorów łącznie. Stąd, aby zapewnić transparentność wymagań Zamawiającego i umożliwić udział w postępowaniu przetargowym nie tylko firmie Roche należy te wymagania doprecyzować.

W związku z powyższym żądamy modyfikacji zapisu nr 21 w sposób, który umożliwiła złożenie oferty także firmie Beckman Coulter np. na „Ilość pozycji dla próbek badanych w każdym z oferowanych analizatorów nie mniej niż 150, z możliwością ciągłego dostawiania w trakcie pracy”.

Taki zapis zapewni funkcjonalność systemu, bezpieczeństwo pacjentów i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy.

#### **Zarzut XII i XIII — Parametry nr 24 i 25.**

Zamawiający wymaga, aby podtrzymywanie zasilania dokonywane było poprzez UPS będący integralną częścią systemu. Tożsama sytuacja ma miejsce w perspektywie wymogu dot. stacji uzdatniania wody. Oferowane przez producentów na rynku rozwiązania przewidują dostawę tych urządzeń w ramach całości oferowanego systemu jako akcesoria niezbędne do jego pracy. Urządzenia te nie są produkowane przez producenta danego analizatora tym

samym nie są integralne w związku z powyższym z daleko idącej ostrożności wnosimy o zmianę tych wymogów, gdyż postawione wymogi stanowią problem interpretacyjny który w konsekwencji może prowadzić do odrzucenia ofert wszystkich oferentów zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie Zamówienia publicznego w toczącym się postępowaniu.

#### **Zarzut XIV - Zapisy formularza asortymentowo – cenowego.**

Pod formularzem ofertowym Zamawiający zawarł wymóg: „Multikalibratory dla większości oznaczeń (dopuszcza się pojedyncze kalibratory, dla nie więcej niż 7 oznaczeń)”

Multikalibrator jest to kalibrator, który w odróżnieniu od pojedynczych kalibratorów może kalibrować więcej niż jedno oznaczenie, czyli łącznie musi posiadać możliwość kalibracji

nie mniej niż dwóch oznaczeń. Przechodząc do wymogu postawionego przez Zamawiającego nie sposób pominąć, że stanowi on bardzo szczegółowe wymaganie, które w ocenie Odwołującego budzi wątpliwości co do zachowania zasad uczciwej konkurencji w toczącym się postępowaniu. Z analizy oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wynika,

że w ofercie Wykonawca posiada multikalibratory dla większości oznaczeń, a co zaskakujące posiada pojedyncze kalibratory dokładnie dla 7 oznaczeń spośród wymienionych w formularzu asortymentowo-cenowym: Barbiturany, CKMB, Kw. Żółciowe, Metotreksat, UIBC, Hemoglobina, Paracetamol.

Z całą pewnością należy stwierdzić, że tak rygorystycznie postawiony wymóg wskazuje na jedyne wykonawcę firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz uniemożliwia udział w postępowaniu innym oferentom. Taki wymóg nie znajduje uzasadnienia w powszechnie stosowanych na rynku rozwiązaniach a jedynie stanowi wyraz faworyzacji jednego Wykonawcy.

Odwołujący wnosi zatem o wykreślenie powyższego wymogu co zapewni funkcjonalność systemu bezpieczeństwo pacjentów i umożliwi złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy.

Mając na uwadze wyżej przedstawioną argumentację, niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne. Nadto Odwołujący pragnie podkreślić, iż celem jego działania nie jest utrudnianie Zamawiającemu realizacji zamówienia i jego statutowych zadań, a jedynie doprowadzenie do możliwości złożenia przez Odwołującego oferty.

#### **Zarzut XV i XVI - Parametr nr 26 - Montaż wraz z przystosowaniem pomieszczenia do oferowanych analizatorów oraz szkolenie personelu z obsługi.**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników, testów, materiałów medycznych dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach.

Przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między Zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd,

co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. „Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie”

Tymczasem w SWZ znajdują się dodatkowe świadczenia, które nie są objęte postępowaniem przetargowym, a stanowią dodatkowe nieodpłatne świadczenie w postaci wykonania prac adaptacyjnych wskazanych w parametrze granicznym nr. 26 tj. - rozbiorka płytek podłogowych i ściennych, - wyłożenie ścian płytami gipsowymi, - wywóz gruzu z rozebranych konstrukcji, - wykonanie wylewki pod posadzki za pomocą top-cempronto, dostosowanie instalacji wentylacyjnej po przebudowie, dostosowanie instalacji wodnokanalizacyjnej i elektrycznej pod proponowane rozwiązanie, - wyłożenie ścian wykładzina do % wysokości, - wykonanie wykładziny na podłodze, wymiana oświetlenia na LED, - wymiana grzejników na higieniczne.- wymiana umywalki na zlew dwukomorowy, - prace wykończeniowe po wyburzeniach, - meble według indywidualnego projektu dopasowanego do potrzeb zamawiającego, - klimatyzacja — trzy klimatyzatory umieszczone naprzeciw aparatów - wyburzenie ścian działowych w pomieszczeniu głównym oraz ściany dzielącej pomieszczenie preanalityczne i pracownię biochemii - zamurowanie jednego z wejść, - wykonanie sufitu podwieszanego.

Wskazać dodatkowo należy, że do obligatoryjnych elementów opisu przedmiotu należą nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień, o którym mowa w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 213/2008 z 28.11.2007 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur

udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV. Zamawiający winien wskazać, jakich kodów CPV użył do opisanego przedmiotu zamówienia w publikowanych ogłoszeniach związanych

z procesem zakupowym, bez względu na wartość udzielanego zamówienia a co nie znajduje odzwierciedlenia w ogłoszeniu zamieszczonym przez Zamawiającego.

Zakres prac znacznie przekracza standardowe „przystosowaniem pomieszczenia” do oferowanych analizatorów, a z uwagi na fakt, że Zamawiający nie przewiduje przeprowadzenia wizji lokalnej przez Wykonawców oraz udostępnienia w siedzibie Zamawiającego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie jest możliwa wycena tak dużego remontu oraz ocena kosztów np. „meble według indywidualnego projektu dopasowanego do potrzeb zamawiającego” czy też dostawy i montażu klimatyzatorów bez oceny kubatury pomieszczenia oraz informacji o źródłach ciepła w pomieszczeniu. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie specyfikuje w formularzu ofertowym możliwości dokonania wyceny takich robót budowlanych.

Ukształtowanie w taki sposób przetargu powoduje, że świadczenie dodatkowe jako nie objęte przedmiotem SWZ nie podlega w ogóle wycenie. W ofercie bowiem nie ma możliwości wskazania ceny tych dodatkowych prac. Tym samym Zamawiający uzależnia wybór oferenta, od zobowiązania się do świadczenia dodatkowego, nie objętego przedmiotem zamówienia i co do zasady nieodpłatnego. Tym samym Zamawiający dopuszcza

się naruszenia zarówno ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niejasne sformułowanie przedmiotu zamówienia. Takie postanowienia są sprzeczne z art. 7 pkt 32 w zw. z art. 99 ustawy prawo zamówień publicznych.

Wymaganie dodatkowych bezpłatnych świadczeń, obok świadczenia głównego odpłatnego, jest działaniem naruszającym ustawę prawo zamówień publicznych.

Należy wskazać, że wartość robót jak można wnioskować z opisu wyniesie znaczną część kwoty przeznaczonej na sfinansowanie Zamówienia. Jeżeli zatem Zamawiający oczekuje robót budowlanych oprócz odczynników i dodatkowych urządzeń, to winny one znajdować się w przedmiocie zamówienia pod odrębną pozycją, tak aby można byłoby dokonać ich prawidłowego zrealizowania zarówno w perspektywie ewentualnego podwykonawstwa i jego wyceny a nadto w perspektywie prawidłowości związanych z ustawą o rachunkowości i ustawą o VAT. Przy tak skonstruowanej umowie, sprzecznej z przedmiotem zamówienia, Zamawiający bezpodstawnie żąda nieodpłatnych świadczeń, kosztem wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że nie jest firmą budowlaną i nie świadczy tego rodzaju usług, także w pierwotnie obowiązującym brzmieniu zapisu parametru nr 26, Odwołujący zmuszony byłby do skorzystania z usług podwykonawcy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w pozycjach wskazanych w pkt I, III – XVI odwołania, z uwagi na wycofanie ww. zarzutów przez Odwołującego na rozprawie.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu w zakresie niewycofanym (zarzut II), Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu zapisy SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez ich ukształtowanie naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający kształtując treść opisu przedmiotu zamówienia nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak

i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego

w ocenie Odwołującego zapisy SWZ naruszają przepisy Pzp oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Odwołujący powołując się na naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji winien wykazać adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zapisami SWZ a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu czy chociażby realnym - nieuzasadnionym czynnikami obiektywnymi - zmniejszeniu szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Nie chodzi tu o ograniczenie konkurencji w znaczeniu ogólnym, ale o ograniczenie uczciwej konkurencji, spowodowane nieuzasadnionymi, subiektywnymi okolicznościami, których Zamawiający nie jest w stanie uzasadnić obiektywnymi przesłankami. Należy zauważyć, że zawsze któryś z wykonawców lub krąg wykonawców nie będzie spełniał jakiegoś warunku określonych w opisie przedmiotu zamówienia, co nie jest jednoznaczne z preferowaniem któregoś z wykonawców lub z naruszeniem uczciwej konkurencji.

Opisu przedmiotu zamówienia nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby opis przedmiotu zamówienia nie naruszał przepisów i zasad obowiązujących w Pzp.

Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Wskazać należy, że kształtowanie treści opisu przedmiotu zamówienia należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia, a co istotne - za najkorzystniejszą cenę.

Sam fakt, iż Odwołujący nie oferuje urządzenia posiadającego rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego, nie może stanowić wystarczającej argumentacji do zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na rozprawie uzasadnił dlaczego kwestionowany przez Odwołującego wymóg automatycznej detekcji skrzepu, ilości materiału badawczego oraz pęcherzy jest dla niego istotny. Wskazał na okoliczności ułatwiające ocenę przez diagnostę zakłóceń w badanej próbce. Analizator wyposażony w automatyczny detektor skrzepu, ilości materiału badawczego oraz pęcherzy, automatycznie wykrywa i rozpoznaje te konkretne zakłócenia, umożliwiając wyeliminowanie błędu operatora. Ma to bezpośrednie przełożenie na szybkość wykonywanych badań, szybszy dostęp do ich wyników, co w konsekwencji pozwala na postawienie szybszej diagnozy i dalsze postępowanie z pacjentem. Zamawiający podkreślił również walory ekonomiczne wymaganego rozwiązania, bowiem dzięki automatycznemu detektorowi skrzepu, ilości materiału badawczego oraz pęcherzy, który wykrywa te przeszkody i uniemożliwia dalszą pracę analizatora, następuje wstrzymanie poboru materiału pacjenta

i odczynników do dalszego badania. Jest to również rozwiązanie nowoczesne, oparte o nowe technologie a Zamawiający chce inwestować w nowoczesne rozwiązania w celu zapewnienia najlepszej opieki nad pacjentami.

Wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów, wskazujących dlaczego wymóg automatycznej detekcji skrzepu, ilości materiału badawczego oraz pęcherzy winien zostać zmieniony, nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej dlaczego rozpoznawanie tych konkretnych zakłóceń nie jest istotne dla Zamawiającego a skoncentrował się na jedynie na postulacie modyfikacji SWZ w sposób korzystny dla oferowanej przez siebie urządzenia, które również rozpoznaje zakłócenia, jednak w sposób zbiorczy bez ich identyfikacji. Nie wykazał również dlaczego oferta wybrana zgodnie z wnioskowaną w odwołaniu treścią modyfikacji SWZ będzie dla Zamawiającego najbardziej adekwatna w stosunku do jego uzasadnionych potrzeb.

Odwołujący zarzuca, że opis przedmiotu zamówienia został ukształtowany w sposób preferujący urządzenie jednego wykonawcy, tymczasem dowody złożone przez Odwołującego jak i Zamawiającego (karty katalogowe urządzeń Cobas i Alinity) potwierdziły, że na rynku są co najmniej dwa analizatory, produkowane przez konkurujące ze sobą firmy w pełni spełniające wymagania Zamawiającego, co zaprzecza zarzutowi naruszenia uczciwej konkurencji.

Wobec braku wykazania przez Odwołującego, że wymagania postawione w opisie przedmiotu zamówienia nie stanowią obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, oraz wobec braku wykazania, że ich treść preferuje urządzenie wyłącznie jednego wykonawcy, odwołanie podlega oddaleniu.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....