

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 8 i 12 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawcę bioMerieux Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na:
  - zmianie wymagania w Załączniku nr 3 do Formularza Oferty w pkt 3 tabeli, na treść „*Baza danych z certyfikatem IYD musi zawierać min. 4000 taksonów, w tym minimum 750 identyfikowanych do poziomu gatunku*”;
  - usunięciu w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 3, 4, 5 i 6, 7 oraz 8 tabeli kryteriów jakościowych, następujących *Parametrów ocenianych: „Wysokość analizatora” (parametr 3), „Szerokość analizatora” (parametr 4), „Głębokość analizatora” (parametr 5) oraz „Ciężar analizatora (całkowity)” (parametr 6), „Liczba wdrożeń (ilość zamontowanych i pracujących aparatów w diagnostyce in vitro) (parametr 7), „Szybkość pracy lasera (w Hz)” (parametr 8)*;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę bioMerieux Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie na rzecz wykonawcy bioMerieux Polska spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 17 460 zł 00 gr (słownie: siedemnastu tysięcy czterystu sześćdziesięciu złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

### Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę odczynników do identyfikacji drobnoustrojów w oparciu o technikę MALDI-TOF, niezbędnych akcesoriów do wykonania 48 000 oznaczeń wraz z dzierżawą analizatora*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2013 r. pod nr 2013/S 033-052125. Tego samego dnia zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

II. Odwołujący złożył odwołanie wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zarzucając naruszenie:

1. naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy, przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców jako skutek wadliwego sporządzenia opisu sposobu oceny kryterium „ocena jakości”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany wymogu określonego w zał. Nr 3 do SIWZ „*Baza danych z certyfikatem IVD musi zawierać min. 4000 taksonów, w tym minimum 2000 identyfikowanych do poziomu gatunku*” na treść: „*Baza danych z certyfikatem IVD musi zawierać min. 4000 taksonów, w tym minimum 750 identyfikowanych do poziomu gatunku*”;
2. zmiany opisu sposobu oceny kryterium „ocena jakości”, polegającej na wykreśleniu w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 2, 3, 4, 5 i 6, 7 oraz 8 tabeli kryteriów jakościowych, względnie o modyfikację kryterium

8, z uwzględnieniem wszystkich parametrów wpływających na dokładność identyfikacji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

- Warunek graniczny opisany w treści załącznika nr 3 do formularza oferty (załącznik do SIWZ), gdzie Zamawiający zawarł wymaganie „*Baza danych z certyfikatem IVD musi zawierać min. 4000 taksonów, w tym minimum 2000 identyfikowanych do poziomu gatunku*” wyłącza konkurencję. W celu złożenia oferty, możliwe są do zaoferowania jedynie dwa analizatory tj.: MICROFLEX MALDI Biotyper firmy BRUKER oraz analizator VITEK MS Odwołującego. Wskazany powyżej warunek graniczny spełnia jedynie analizator firmy BRUKER, co w zupełności wyłącza konkurencję, czego skutkiem jest również uniemożliwienie złożenia oferty przez Odwołującego. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył treść art. 29 ust. 2 ustawy, wskazując parametry techniczne w sposób, który nie jest uzasadniony, jednocześnie preferując rozwiązania oferowane wyłącznie przez jednego z potencjalnych wykonawców - firmę BRUKER.

- O niedopuszczalności takiego postępowania Zamawiającego przesądza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2010r., KIO/KD 12/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2010 r., KIO 634/10;

- 4000 taksonów to grupa widm uzyskanych przez producenta na podstawie wcześniej wykonanych badań zawartych w bazie danych, do której są porównywane badane próbki. Im więcej widm (taksonów) w bazie danych - tym dokładniejsza identyfikacja. Np.: Firma BRUKER deklaruje 2000 gatunków i 4000 taksonów w bazie danych - co daje średnio 2 widma na gatunek. Odwołujący dysponuje analizatorem o 30 000 widm na 750 gatunków, co daje wynik: 40 widm na gatunek. Istotną sprawą jest również fakt, jakich gatunków widma znajdują się w bazie danych. Niektóre z nich są ważne z punktu widzenia badań u pacjentów, niektóre nie. U Odwołującego, te 750 gatunków to drobnoustroje chorobotwórcze. W bazie danych aparatu MICROFLEX MALDI Biotyper, wśród wskazanych 2000 gatunków znajdują się też takie, które nie są odpowiedzialne za choroby, czyli nie są istotne klinicznie.

- Zdaniem Odwołującego, postawione wymagania nie mają merytorycznego znaczenia ze względu na zastosowanie i cechy oferowanego analizatora i preferują wyłącznie jednego wykonawcę. Przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuacje, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca

693/05, niepubl.). Zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 20 listopada 2008 roku, KIO/UZP 1273/08).

- W ogłoszonym postępowaniu naruszony został również art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, jako skutek wadliwego sporządzenia opis sposobu oceny kryterium „ocena jakości”. Mechanizm przyznawania punktacji (załącznik nr 4 do formularza oferty) wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji, poprzez nieuzasadnione preferowanie konkretnego produktu. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2010 r., KIO 2189/10: *„Zamawiający mimo, że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów, to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert, a także kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców”*;

- W postępowaniu mechanizm doboru punktacji jest wprost tendencyjny, biorąc pod uwagę, iż na rynku dostępne są dwa analizatory. W ramach mechanizmu punktacji np. 10 punktów za parametr i 0 w przypadku braku, parametr, który nie ma uzasadnienia merytorycznego dla wykonania oznaczeń, preferuje jednego wykonawcę, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy. Zaś punktacja - wartość najkorzystniejsza np. 10 pkt, wartość najniższa - 0 pkt, przy niewielkich różnicach w wartości parametru godzi w uczciwą konkurencję, a sformułowanie „pozostałe proporcjonalnie” czyni ją pozorną, zważywszy iż na rynku dostępne są jedynie 2 analizatory.

- w zakresie kryterium jakościowego nr 2: *„Możliwość rozbudowy bazy danych identyfikowanych drobnoustrojów przez użytkownika - automatyczne dodawanie własnych wpisów do bazy danych Tak - 5 pkt, Nie - 0 pkt.”* - ten parametr do oceny wyklucza posiadanie bazy danych IVD (baza taksonów - widm jest zwalidowana przez producenta pod względem klinicznym, co jest wymogiem granicznym). Ponieważ baza danych IVD musi być zwalidowana przez producenta - użytkownik nie ma takich uprawnień. Dodawanie własnych niezwalidowanych widm do bazy danych może doprowadzić do błędnych wyników badań, a w konsekwencji doprowadzić do błędnej identyfikacji, błędnych decyzji terapeutycznych, a w następstwie nawet do śmierci pacjenta. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.

- w zakresie kryterium jakościowego nr 3: *„Wysokość analizatora. Minimalna - 7 pkt, Maksymalna - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.”* - wysokość urządzenia nie ma żadnego znaczenia merytorycznego - laboratorium jest wystarczająco duże do zainstalowania każdego z dwóch analizatorów dostępnych na rynku. Urządzenie Odwołującego ma wysokość 1,92 m; firmy BRUKER 1,09 m. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.

- w zakresie kryterium jakościowego nr 4: „*Szerokość analizatora. Minimalna - 2 pkt, Maksymalna - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.*” – szerokość urządzenia nie ma żadnego znaczenia merytorycznego - laboratorium jest wystarczająco duże do zainstalowania każdego z dwóch analizatorów dostępnych na rynku. Urządzenie Odwołującego ma szerokość 0,7 m, firmy BRUKER 0,5 m. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.
- w zakresie kryterium jakościowego nr 5: „*Głębokość analizatora. Minimalna - 2 pkt, Maksymalna - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.*” - głębokość urządzenia nie ma żadnego znaczenia merytorycznego - laboratorium jest wystarczająco duże do zainstalowania każdego z dwóch analizatorów dostępnych na rynku. Urządzenie Odwołującego ma głębokość 85 m, firmy BRUKER 0,68 m. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.
- w zakresie kryterium jakościowego nr 6: „*Ciężar analizatora (całkowity). Minimalny ciężar - 10 pkt, Maksymalny ciężar - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.*” – waga urządzenia nie ma żadnego znaczenia merytorycznego - analizator Odwołującego waży 330 kg; stoi na podłodze; nie wymaga żadnego przystosowania powierzchni do jego ustawienia. Aparat BRUKER waży 84 kg i jest stawiany na stole. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.
- w zakresie kryterium jakościowego nr 7: „*Liczba wdrożeń (ilość zamontowanych i pracujących aparatów w diagnostyce in vitro). Maksymalna liczba wdrożeń - 5 pkt, Minimalna - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.*” – Odwołujący postawił w tej mierze pytanie, „*w jaki sposób liczba wdrożeń - sprzedanych aparatów, może być miernikiem jakości analizatora?*” a także „*Czy różnica np. 1 sztuki sprzedanego analizatora uzasadnia punktację: 5 pkt i 0 pkt?*” Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium.
- w zakresie kryterium jakościowego nr 8: „*Szybkość pracy lasera (w Hz). Maksymalny - 10 pkt, Minimalny - 0 pkt, Pozostałe proporcjonalnie.*” – szybkość pracy lasera nie ma żadnego znaczenia merytorycznego na końcowy wynik oznaczenia. Jest to tylko jeden z wielu parametrów wpływających na dokładność identyfikacji. Ważna jest kompilacja różnych cech takich jak: „*szybkość pracy lasera*”, „*moc lasera*”, „*czułość detektora*”, „*liniowość padania wiązki lasera*”, „*długość komory próżniowej*” - długość rozdziału zjonizowanych cząstek białkowych. Tylko wzięcie pod uwagę wszystkich parametrów daje zamawiającemu rzetelną informację dotyczącą jakości i dokładności pomiaru. Natomiast ważnymi parametrami wpływającymi na jakość wyniku są: „*rozdzielczość (Odwołujący: 5000FWHM - Szerokość połówkowa w urządzeniu firmy BRUKER 3500FWHM)*”, „*zakres wykrywanych mas badanych białek (Odwołujący 1-500 kDa - kilodaltonów, w urządzeniu firmy BRUKER 1-300 kDa)*”, „*dokładność pomiaru (Odwołujący 30 ppm- liczba wykrywanych cząstek na milion "parts per milion" - w urządzeniu firmy BRUKER 75 ppm)*” im mniej tym lepiej. Ponadto, urządzenie Odwołującego ma szybkość pracy lasera 50 Hz, urządzenie BRUKER 60 Hz. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego podkryterium, względnie jego

modyfikację z uwzględnieniem wszystkich parametrów wpływających na dokładność identyfikacji.

- W związku z tym, że na rynku dostępne są wyłącznie dwa urządzenia, konsekwencją przyjęcia takiego sposobu oceny będzie przyznanie w wyżej wskazanych kryteriach Odwołującemu 0,0 pkt, co przyjmując wagę kryterium i ich znaczenie merytoryczne jest zupełnie nieuzasadnione. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wskazać inne kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, realnie świadczące o klasie analizatora np. możliwość przebadania powyżej 150 izolatów w jednym przebiegu analizatora, gotowe do użycia odczynniki stabilne w świetle z certyfikatem IVD, zakres badanych białek od 1 do 500 kDa, liczba stanowisk pracy, czy też ocena w NIL wykonana przez Zespół Konsultanta Krajowego.

III. Zamawiający złożył w dniu 7 marca 2013 r. odpowiedź na odwołanie (*Stanowisko Zamawiającego wobec odwołania*), wnosząc o jego oddalenie w zakresie większości zarzutów. Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego co do wniosku o wykreślenie w załączniku nr 4 do Formularza Oferty w kryteriów jakościowych *Parametru ocenianego* nr 8, stanowiącego: „*Szybkość pracy lasera (w Hz)*”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający argumentował, iż w zakresie nieuwzględnionym, argumentacja Odwołującego jest całkowicie nieuzasadniona.

[1] W zakresie Załącznika nr 3 do formularza oferty, pozycja nr 3, Zamawiający podał, że jest szpitalem III stopnia referencyjności, wykonującym specjalistyczne procedury medyczne takie jak: przeszczepy narządów oraz terapia pacjentów hematologicznych i onkologicznych. Ze względu na hospitalizację pacjentów z pierwotnymi i wtórnymi niedoborami układu immunologicznego, u których ryzyko wystąpienia zakażeń oportunistycznych jest wysokie, zapewnienie możliwości identyfikowania szerokiego spektrum drobnoustrojów jest koniecznością. Nie istnieje bowiem jednoznacznie zdefiniowana pod względem ilościowym lub jakościowym lista drobnoustrojów, które należałoby uznać w tych przypadkach za „istotne klinicznie”, a które w sposób autorytatywny można wykluczyć z populacji potencjalnych biologicznych czynników chorobotwórczych (etiologicznych). Dane zawarte w publikacjach naukowych wskazują, że nawet drobnoustroje o niskim potencjale patogennym i uważane za „środowiskowe” u pacjentów hematologicznych oraz znajdujących się w stanie immunosupresji były rzeczywistym powodem zakażeń. Zakład Mikrobiologii Zamawiającego dysponuje bogatą bazą piśmiennictwa z tego zakresu. Powyższy fakt uzasadnia umieszczenie kryterium dotyczącego bazy identyfikowanych drobnoustrojów wśród parametrów granicznych. Szpital, do wypełnienia zadań diagnostycznych i leczniczych potrzebuje analizatora o jak najszerzej bazie danych tzn. zawierającej: min.

2000 a nie 750 jednostek taksonomicznych w randze gatunku (z certyfikatem IVD).

Zamawiający podał na podstawie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, (Dz.U.2008 nr 234 poz. 1570), definicje zakażenia - wniknięcie do organizmu i rozwój w nim biologicznego czynnika chorobotwórczego; biologicznego czynnika chorobotwórczego - posiadające zdolność wywoływania objawów chorobowych drobnoustroje komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty, zewnętrzne i wewnętrzne pasożyty człowieka lub wytwarzane przez nie produkty, cząstki bezkomórkowe zdolne do replikacji lub przenoszenia materiału genetycznego, w tym zmodyfikowane genetycznie hodowle komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty.

[2] U Zamawiającego są diagnozowani i leczeni pacjenci z zakażeniami inwazyjnymi oraz zakażeniami uogólnionymi - najcięższymi formami zakażeń, obciążonymi również wysoką śmiertelnością. Średnio rocznie w szpitalu bada się ok. 20 000 próbek (butelek) od pacjentów z podejrzeniem bakteriemii i sepsy oraz infekcji w obrębie OUN. Diagnostyka tych przypadków wymaga szczególnej staranności i polega na obligatoryjnej identyfikacji wyhodowanych drobnoustrojów do poziomu gatunku. Istnieje wprawdzie możliwość kontaminacji próbki i wyhodowania drobnoustrojów nieistotnych klinicznie, jednak uznanie, że taki fakt z dużym prawdopodobieństwem miał miejsce, podejmuje się po zidentyfikowaniu drobnoustroju, a nie na podstawie jedynie fenotypowych cech ocenianych makroskopowo. Ponieważ nie istnieje zamknięty i ściśle określony wykaz drobnoustrojów odpowiedzialnych za infekcje łożyska krwionośnego, a wręcz przeciwnie wciąż pojawiają się doniesienia o wykrywaniu nowych patogenów odpowiedzialnych za zakażenie krwi (piśmiennictwo naukowe dostępne na życzenie w Zakładzie Mikrobiologii), nie można uznać argumentu, że warunek dotyczący wielkości bazy danych taksonów o randze gatunku jest niezasadny merytorycznie (2000 vs 750 z certyfikatem IVD). Przeciwnie, parametr ten ma kluczowe znaczenie dla jakości badań, jak również posiada znaczący wpływ na terapię chorych. Można w tym miejscu przytoczyć i uznać za bardzo zasadną argumentację użytą przez Odwołującego - brak możliwości szybkiej identyfikacji - z powodu braku drobnoustroju w bazie danych - może „w konsekwencji doprowadzić do błędnych decyzji terapeutycznych, a w następstwie nawet do śmierci pacjenta”. Zamawiający podał definicję zakażenia inwazyjnego: zakażenie, w którym drobnoustrój izoluje się z krwi, płynu mózgowo-rdzeniowego lub innych, fizjologicznie jałowych miejsc organizmu. (def: KORON, NIL 2007) (za: (Rekomendacje diagnostyczne inwazyjnych zakażeń bakteryjnych nabytych poza szpitalem M. Kadłubowski, A. Skoczyńska, W. Hryniewicz, KOROUN, NIL, 2007 [www.bip.krakow.pl/zalaczniki/dokumenty/15755](http://www.bip.krakow.pl/zalaczniki/dokumenty/15755)).

[3] Zamawiający jest szpitalem „obsługującym” Lotnisko na Okęciu, stąd istnieje



prawdopodobieństwo wyhodowania, od wymagających hospitalizacji podróżnych - obcokrajowców, lub obywateli Polski powracających z wyjazdów zagranicznych, rzadkich drobnoustrojów endemicznych, występujących w innych regionach geograficznych. Fakt ten przemawia jednoznacznie za dostępem do szerokiej bazy danych (2000 vs 750 gatunków z certyfikatem IVD).

[4] Zakres badanych materiałów w Zakładzie Mikrobiologii Zamawiającego jest bardzo szeroki. Prawdą jest, że dominują materiały kliniczne pochodzące od pacjentów. Jednakże w ramach nadzoru epidemiologicznego, wykonywane są również posiewy materiałów ze środowiska szpitalnego oraz badania surowców farmaceutycznych - mieszanin do żywienia pozajelitowego, wody uzdatnionej używanej do rozcieńczania koncentratów do hemodializy oraz płynów z dializatorów. W przypadku powikłań poprzetoczeniowych badana jest zawartość zestawów użytych do transfuzji, m.in. koncentratów krwinek czerwonych, koncentratów krwinek płytkowych itp. Wyhodowane z powyższych materiałów drobnoustroje muszą być zidentyfikowane do gatunku, ponieważ wśród nich mogą być potencjalne czynniki zakaźne i patogenny alarmowe. Właściwą interpretację wyników w tym zakresie, warunkuje uzyskanie jednoznacznych wyników identyfikacji drobnoustrojów. Z tego względu zakup analizatora, posiadającego szeroką bazę danych, uwzględniającą również drobnoustroje środowiskowe jest jak najbardziej uzasadniony.

[5] Zakład Mikrobiologii Zamawiającego działa w strukturach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w zakresie Mikrobiologii Stomatologicznej. Większość drobnoustrojów wywołujących zakażenia w obrębie jamy ustnej i przyzębia to drobnoustroje należące do prawidłowej mikroflory jamy ustnej, które w normalnych warunkach nie są chorobotwórcze. Jednak w przypadku zakażeń stomatologicznych, ich rola jest bezsprzeczna i udowodniona. Tym samym sformułowanie dotyczące drobnoustrojów, które według Odwołującego „*nie są odpowiedzialne za choroby, czyli nie są istotne kliniczne*” staje się nieuzasadnione. Jest to kolejny argument merytoryczny przemawiający za wyposażeniem Zakładu Mikrobiologii w analizator wyposażony w obszerną bazę danych.

[6] Aspekt ekonomiczny, związany z identyfikacją trudnych i rzadkich patogenów - w przypadku braku możliwości zidentyfikowania drobnoustroju wyizolowanego z materiałów klinicznych oraz surowców farmaceutycznych, z powodu ich braku w bazie danych analizatora, należy wykonać oznaczenie metodą alternatywną lub przesłać hodowlę drobnoustroju do innego ośrodka, będącego w stanie wykonać powyższą analizę. W obu przypadkach Zamawiający ponosiłby dodatkowe koszty z tego tytułu, przy czym prawdopodobieństwo wystąpienia takiego zdarzenia jest większe w przypadku mniejszej bazy danych (750 gatunków) niż w przypadku bazy danych bardziej rozbudowanej (min. 2000 gatunków). W obu przypadkach znacznie wydłużyłby się czas oczekiwania na wynik identyfikacji, co również mogłoby prowadzić do „*do błędnych decyzji terapeutycznych,*

*a w następstwie nawet do śmierci pacjenta".*

[7] W zakresie Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pozycja 2 - Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie tego podkryterium, ponieważ nie przewidywał wykorzystania rozbudowywanej samodzielnie bazy danych do zastosowania w obszarze diagnostyki materiałów klinicznych (IVD). Celem posiadania takiej opcji było stworzenie ubocznej biblioteki szczepów mającej ewentualne zastosowanie do celów porównawczych w zakresie epidemiologii oraz badań naukowych. Do tych celów nie jest wymagana walidacja IVD producenta i w żaden sposób możliwość ta nie naraża życia i zdrowia pacjentów.

[8] W zakresie Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pozycje 3-5 - Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie powyższych podkryteriów uwagi na to, że nie były przewidziane dodatkowe środki zarówno na adaptację i dostosowanie pomieszczeń w celu posadowienia analizatora, jak również ewentualną zmianę lokalizacji innych analizatorów (co wiązałoby się również z ponoszeniem dodatkowych kosztów). Wytypowano pracownię, spełniającą ww. warunki. Wymiary powyższego pomieszczenia to; długość: 250 cm, szerokość 174 cm, wysokość do lamp UV zamontowanych w pomieszczeniu: 192 cm. Wymiary drzwi wejściowych do pomieszczenia: wysokość 198 cm, szerokość 93,5 cm. Z uwagi na ograniczone możliwości umiejscowienia aparatu w innym miejscu i niewielkie gabaryty ww. pomieszczenia, w którym oprócz analizatora należy umieścić urządzenia będące jego integralną częścią, jak komputer i drukarka oraz w celu stworzenia odpowiednich warunków pracy personelu obsługującego spektrometr stworzono punktację preferującą urządzenie o jak najmniejszych gabarytach. Jest oczywiste, że powyższych kryteriów nie należy rozpatrywać w kategorii parametrów merytorycznych, lecz parametrów użytkowych i w tym zakresie, oczywiste jest również to, że aparat mniejszy i lżejszy jest bardziej funkcjonalny od aparatu większego i ciężkiego. Takie urządzenie jest łatwiejsze do transportu w przypadku potrzeby gruntownej dezynfekcji powierzchni w laboratorium lub w przypadku ewentualnego remontu. W związku z powyższym zarzut o tendencyjnym doborze punktacji jest, w ocenie Zamawiającego, nieuzasadniony - parametrowi o największym znaczeniu (wysokość) przyporządkowano największą liczbę punktów.

[9] W zakresie Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pozycja 6 - Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie tego podkryterium, podając, że powyższego parametru również nie należy rozpatrywać w kategorii kryteriów merytorycznych, lecz użytkowych i w tym zakresie, oczywiste jest to, że aparat mniejszy i lżejszy ma lepsze funkcje użytkowe od aparatu większego i ciężkiego. Urządzenie lżejsze jest łatwiejsze do transportu w przypadku potrzeby gruntownej dezynfekcji powierzchni w laboratorium lub w przypadku ewentualnego remontu.

[10] W zakresie Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pozycja 7 - Zamawiający nie zgodził się na wykreślenie tego podkryterium, uznając, że umieszczając powyższy parametr w grupie parametrów ocenianych uznano, że liczba wdrożeń, czyli ilość zamontowanych

i pracujących aparatów w diagnostyce IVD jest miernikiem stopnia zaakceptowania i sprawdzania się danego rozwiązania technicznego w środowisku profesjonalistów. Jest to parametr pozwalający, przy braku własnych doświadczeń z tego typu urządzeniami, skorzystać z doświadczeń innych ośrodków. Niewątpliwie kryterium to ma również zastosowanie w ocenie kompetencji technicznego serwisu, co w perspektywie długoterminowego, 4 letniego kontraktu odgrywa dla Zamawiającego bardzo ważną rolę.

Na rozprawie Zamawiający uznał stanowisko Odwołującego w zakresie wykreślenie w załączniku nr 4 do Formularza Oferty w kryteriów jakościowych *Parametru ocenianego nr 7, stanowiącego „Liczbę wdrożeń (ilość zamontowanych i pracujących aparatów w diagnostyce in vitro).*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

#### **I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### **II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

#### **III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:**

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że

uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

**[1].** Na wstępie podkreślenia wymaga, że jakkolwiek zamawiający ma prawo nabyć przedmiot odpowiadający jego potrzebom, spełniający cechy i wyposażony w funkcjonalności pozwalające na realizację jego celów, to nie oznacza to jednak, że dopuszczalne jest kierowanie się przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia (ale także kształtowanie oczekiwań pożądaných, wyrażających się w kryterium jakościowym), subiektywnymi przesłankami. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia zobligowany jest do respektowania zasad rządzących postępowaniem, w tym fundamentalnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na gruncie analizowanej sprawy ustalone zostało, że na rynku istnieje tylko dwóch wykonawców, oferujących jeden z dwóch dostępnych systemów MALDI-TOF. Wiedzę tę posiada także Zamawiający, o czym świadczy stanowisko prezentowane na rozprawie: Zamawiający podał, że na rynku istnieją dwa typy analizatorów w obszarze diagnostyki in vitro: firmy BRUKER oraz bioMerieux. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający byli co do tego zgodni.

Powyższe oznacza tyle, że w obecnych warunkach konkurowanie w tym postępowaniu odbywać się może między produktami nie więcej niż dwóch producentów. Powyższe nakłada na Zamawiającego obowiązek wyjątkowo wyważonego, starannego opracowania opisu przedmiotu zamówienia jak i parametrów, cech i właściwości ocenianych w ramach przyjętego kryterium jakościowego.

Zamawiający na rozprawie prezentował motywy, jakie powodowały postawienie spornego w sprawie wymagania w zakresie bazy danych analizatora, obejmującej minimum 2 tysiące identyfikowanych do poziomu gatunku mikroorganizmów. Zamawiający, zapytany na rozprawie o potrzeby w zakresie identyfikacji odpowiedniej ilości drobnoustrojów podał, iż aktualnie posiadany aparat ma 20 lat, jest wyeksploatowany i ma możliwość identyfikacji około nie więcej niż 500 gatunków, przy czym niejednokrotnie nie jest możliwa identyfikacja niektórych drobnoustrojów do poziomu gatunku a jedynie co do rodzaju. Zamawiający, zapytany o częstotliwość sytuacji konieczności występowania do innych jednostek w celu identyfikacji mikroorganizmów wskazał, że takie zdarzenia mają miejsce z różnym

nasileniem, kilkadziesiąt, kilkanaście razy w roku. Zamawiający, zapytany o potrzeby w zakresie identyfikacji ilości drobnoustrojów, w tym w praktyce, jakiej ilości drobnoustrojów ponad te około 500, które pozwala identyfikować obecnie posiadany aparat zachodzi potrzeba identyfikacji, podał że część szczepów dotychczas była niedoszacowania, trudno powiedzieć jaka to jest skala; nie był także w stanie określić, choćby szacunkowo i w przybliżeniu, jakie są obecne a także przyszłe (w związku z planowanym otwarciem Zakładu Mikrobiologii Stomatologicznej) potrzeby w tym zakresie. Zamawiający podał wreszcie, że Jego celem jest nabycie analizatora, który posiada jak najlepsze parametry pod względem spektrum badanych drobnoustrojów; że Zamawiającemu chodzi o zakup aparatu jak najlepszego i jak najszerszej spełniającego oczekiwania zamawiającego, a także że „*aparat, którego oczekuje, ma być aparatem z najwyższej półki*”.

Powyższe pozwala uznać, że Zamawiający założył zakup aparatu posiadającego możliwość identyfikacji do poziomu gatunku jak największej liczby drobnoustrojów, w tym co najmniej dwóch tysięcy, abstrahując od rzeczywistych potrzeb w tym zakresie, a przyjmując ten parametr w oparciu o dostępny na rynku jeden z aparatów. Do takiej konstatacji skłania uzasadnienie wniosku o wszczęcie procedury o zamówienie publiczne z dnia 31 stycznia 2013 r. kierowanego przez Zakład Mikrobiologii do Kierownika Zamawiającego, gdzie mówi się o zawartości bazy danych analizatora MALDI-TOF jako liczącej 4000 taksonów, w tym ponad 2000 identyfikowanych do poziomu gatunku. W piśmie tym stwierdza się: „*Baza danych, identyfikowanych przez analizator MALDI-TOF drobnoustrojów jest niezwykle rozbudowana (4000 taksonów, w tym ponad 2000 identyfikowanych do poziomu gatunku) i obejmuje drobnoustroje tlenowe, kapnofilne, beztlenowe oraz grzyby, w tym grzyby pleśniowe, co nie mieściło się w spektrum dotychczas używanego sprzętu*”.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w pewnym stopniu potrzeby Zamawiającego wyraża założona w SIWZ (a wynikająca już z samej nazwy nadanej zamówieniu) ilość oznaczeń określona jako 48.000 oznaczeń w okresie czterech lat, nie więcej niż 12.000 rocznie (pkt II.1.5 ogłoszenia; pkt IV.1.1. SIWZ; Załącznik nr 2 do Formularza oferty – Formularz Cenowy, kolumna 3 „Ilość” przy matrycy i kalibratorze, wskazująca na 48.000 oznaczeń). Wynika z niej, że rocznie wykonywanych oznaczeń ma być nie więcej niż 12.000, wymaganie zatem bazy liczącej dwa tysiące drobnoustrojów identyfikowanych co do gatunku może nie mieć praktycznego znaczenia. Zamawiający wprawdzie wskazywał na sytuacje nietypowe, nieprzewidywalne (jak na przykład konieczność obsługi pacjentów z lotniska Okęcie i ryzyko nietypowych, egotycznych zakażeń, niemożliwość przewidzenia, jakich drobnoustrojów będzie konieczna identyfikacja, w związku z planowanym założeniem Zakładu Mikrobiologii Stomatologicznej, gdzie występuje znacznie więcej różnych mikroorganizmów), nie potrafił jednak podać, na jakim poziomie, jaka liczba identyfikowanych

jednostek jest mu niezbędna. Podkreślenia przy tym wymaga, że Zamawiający postawił wymaganie, w którym wyrażona została konieczność posiadania bazy danych liczących co najmniej 4000 taksonów, w tym dwa tysiące z nich miało być identyfikowanych co do gatunku. Odwołujący planując zaoferowanie dzierżawy analizatora, posiadającego bazę liczącą 750 mikroorganizmów identyfikowanych co do gatunku, część wymagania, dotyczącą ilości taksonów gotów jest spełnić, co wyraża się w postulowanym kształcie spornego wymagania.

Nie odbierając zatem Zamawiającemu uprawnienia do zakupu odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom, stwierdzenia wymaga, że na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający nie sprostął obowiązkowi wykazania potrzeby nabycia (dzierżawy) analizatora posiadającego bazę identyfikowanych do poziomu gatunku, liczącą co najmniej 2.000 drobnoustrojów.

Dostrzeżenia wymaga, że w warunkach rynku, gdzie strona podaźowa obejmuje dwa produkty, różniące się między sobą pewną cechą, funkcjonalnością, możliwościami, taki opis przedmiotu zamówienia, który zawiera wymaganie nieuzasadnione przez Zamawiającego, charakterystyczne dla jednego tylko z tych produktów, w istocie konkurencyjność postępowania o zamówienie publiczne czyni iluzoryczną, by nie powiedzieć, fasadową. W takiej sytuacji bowiem możliwe jest zaoferowanie jednego tylko produktu, a konkurencyjność może dotyczyć – co najwyżej – ewentualnych dystrybutorów tego produktu.

Zamawiający zatem w takiej sytuacji musi być przygotowany na wykazanie, że taki parametr, cecha, funkcjonalność, charakterystyczne wyłącznie dla jednego produktu jest mu niezbędny, że tylko w ten sposób zostanie zrealizowany jego interes i zapewniony cel, dla którego nabywa dany produkt. Dostrzeżenia wymaga, że celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie najlepszego, w ocenie Zamawiającego przedmiotu, co tutaj byłoby równoznaczne z zakupem konkretnego, z góry założonego sprzętu, ale nabycie takiego przedmiotu, który prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Powyższe nakazuje uznać, że Zamawiający, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, obowiązkowi wykazania, lub choćby uprawdopodobnienia, że niezbędny do realizacji Jego zadań aparat ma dokonywać identyfikacji co najmniej dwóch tysięcy gatunków drobnoustrojów, nie sprostął, co determinowało uznanie zarzutu za potwierdzony. W związku z powyższym nakazano zmianę tego elementu opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z postulatem stawianym przez Odwołującego.

Dostrzegając następnie, że posiadanie przez dzierżawiony analizator bogatej bazy identyfikowanych drobnoustrojów może być walorem pożądanym przez Zamawiającego, ta

cecha może być rozważana jako kryterium jakościowe, pozwalające wyżej sklasyfikować wykonawcę oferującego sprzęt posiadający bogatszą bazę, a nawet zapremiować tę, która posiadałaby więcej niż dwa tysiące identyfikowanych co do gatunku drobnoustrojów. Innymi słowy, nie ma przeszkód, by Zamawiający przyznał dodatkowe punkty za posiadanie przez dzierżawionego analizatora bazy identyfikowanych co do gatunku drobnoustrojów, liczącej ponad 750 gatunków.

**[2].** Potwierdziły się również zarzuty, dotyczące przyjętych przez Zamawiającego jako kryteria jakościowe, parametrów ujętych w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 3, 4, 5 i 6: „Wysokość analizatora” (parametr 3), „Szerokość analizatora” (parametr 4), „Głębokość analizatora” (parametr 5) oraz „Ciężar analizatora (całkowity)” (parametr 6),

Podkreślenia wymaga, że cechy, właściwości czy funkcjonalności, które wyrażają się w kryteriach jakościowych, podlegających punktacji powinny obejmować nie jakiegokolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt jest „lepszy” od innego. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. Postawienia zatem wymaga pytanie, czy takie parametry, jak: wysokość, szerokość, głębokość czy ciężar analizatora, są na tyle doniosłymi z punktu widzenia Zamawiającego, by mogły wyrażać wyższą jakość dzierżawionego przez cztery lata analizatora. Zamawiający w powyższym zakresie wskazywał na takie korzyści wyrażone w spornych kryteriach, jak większa łatwość przemieszczania analizatora, większa łatwość w transporcie (łatwość zmieszczenia go w windzie, łatwość wniesienia go przez drzwi), fakt, że będzie zajmował mniej miejsca.

Nie negując, co do zasady, tezy, że w konkretnych okolicznościach cechy związane z wielkością sprzętu, takie jak wysokość, szerokość, głębokość czy ciężar urządzenia, jego kompaktowy charakter, mogą mieć znaczenie użytkowe, uznano, że w analizowanych warunkach trudno przypisać taki walor parametrom punktowanym przez Zamawiającego w ramach kryterium jakościowego. W szczególności, w czteroletniej perspektywie dzierżawy analizatora, tego, że będzie on służył na potrzeby całego Szpitala (Zamawiający podał na rozprawie, że aparat będzie służył nie tylko na potrzeby nowotworzonego Zakładu Mikrobiologii Stomatologicznej, ale ma być przeznaczony dla całego szpitala), należy przyjąć, że ewentualne korzyści i wartości wynikające z niższej wysokości, szerokości, głębokości czy wagi analizatora, nie mają istotnego, jeżeli nie jakiegokolwiek praktycznego znaczenia. W układzie czteroletniego okresu dzierżawy, ewentualna rotacja tego sprzętu nie wydaje się być nadmiernie częstotliwa, zaś większa mobilność mniejszego sprzętu nie odgrywa tak

doniosłej roli, by wyrażała się czterema parametrami, które są punktowane w ramach kryterium jakościowego. Z całą pewnością nie przekonuje o tym argumentacja prezentowana przez Zamawiającego na rozprawie. Odwołujący złożył natomiast materiały producentów obu analizatorów dostępnych na rynku (ulotki, karty katalogowe, informacje o produktach), przedstawiające, między innymi, ich wielkości, wagę oraz ogólny kształt. Wynika z nich – czemu Zamawiający nie zaprzeczył – że analizator, który zamierza zaoferować Odwołujący, jest na kółkach, co pozwala go relatywnie łatwo przemieszczać, zaś jego wymiary wynoszą: szerokość 0,7 m, wysokość 1,92 m, głębokość 0,85 m, waga 330 kg, bez komputera. Podane wymiary nie wskazują, by niemożliwe, czy nadmiernie utrudnione było przemieszczanie aparatu, w tym umieszczenie go w windzie, albo by zachodziła potrzeba poszerzenia drzwi w celu jego wstawienia. Konkurencyjny aparat, jak wynika ze złożonych materiałów, istotnie, wydaje się mieć mniejsze wymiary, w praktyce wymaga jednak postawienia go na biurku lub szafce, skoro jego część służąca do badania jest nisko umieszczona.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał, by podane w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 3, 4, 5 i 6 tabeli kryteriów jakościowych, parametry oceniane: „Wysokość analizatora” (parametr 3), „Szerokość analizatora” (parametr 4), Głębokość analizatora” (parametr 5) oraz „Ciężar analizatora (całkowity)” (parametr 6) miały jakiegokolwiek istotne znaczenie z punktu widzenia użytkownika analizatora, co ma szczególne znaczenie, jeśli wiadomym jest, że złożone oferty mogą dotyczyć tylko jednego z dwóch urządzeń, a zatem przy ustalonym sposobie przyznawania w ramach kryterium punktów (za parametr minimalny – najwyższa ilość punktów; za osiągnięcie parametru maksymalnego – najwyższej wagi, wysokości, szerokości, głębokości – 0 pkt), między ofertami dotyczącymi jednego z dwóch produktów, może nastąpić wyłącznie polaryzacja tej punktacji sprowadzająca się do uzyskania przez wykonawcę oferującego jedno z dwóch urządzeń, to mniejsze i lżejsze – maksymalnej ilości punktów, oraz 0 pkt za inne urządzenie.

Ta wiedza, że na rynku są dostępne tylko dwa urządzenia oraz znajomość ich parametrów z góry bowiem przesądza możliwą punktację wykonawcy, który zaoferuje jedno lub drugie urządzenie. Tym bardziej Zamawiający powinien zatem w tym kontekście ostrożnie i z rozwagą traktować tego rodzaju kryterium. Posłużenie się takim kryterium, przy możliwych do zaoferowania dwóch urządzeniach, oraz znanych i z góry przewidywalnych ich cechach, może być traktowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia w powyższym zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając zarzuty w powyższym zakresie, nakazano – zgodnie z wnioskiem Odwołującego – o wykreśleniu spornych czterech kryteriów.



**[3].** Orzeciono również o nakazaniu wykreślenia z Załącznika nr 4 do Formularza Oferty w pkt 7 i 8 tabeli kryteriów jakościowych, dwóch Parametrów ocenianych: „*Liczba wdrożeń (ilość zamontowanych i pracujących aparatów w diagnostyce in vitro)* (parametr 7), „*Szybkość pracy lasera (w Hz)*” (parametr 8). Zamawiający uznał zasadność argumentów prezentowanych w powyższym zakresie w odwołaniu, co do kryterium w pkt 8 tabeli – w odpowiedzi na odwołanie, a co do kryterium nr 7 – na rozprawie. Wykreślenie tych postanowień pozostało w sferze deklaracji Zamawiającego, nie znalazło wyrazu w stosownej zmianie SIWZ, wobec czego objęto nakazaną zmianą Załącznika nr 4 do Formularza Oferty również te dwa elementy.

**[4].** Odwołujący zawarł w odwołaniu ogólną argumentację (str. 7 odwołania, jego drugi akapit), wskazującą na niewłaściwe zastosowanie kryterium jakościowego w warunkach, gdy wiadomo jest, że mogą być zaoferowane tylko dwa dostępne na rynku urządzenia. Odwołujący nie przypisał powyższej argumentacji do odpowiednich postanowień SIWZ, nie wyartykułował w związku z nią jakichkolwiek żądań. Powyższe czyni wskazane, ogólne rozważania, nie skierowanymi wobec konkretnego brzmienia SIWZ, co nakazuje je traktować jako argumentację odnoszącą się do kwestionowanych postanowień SIWZ.

**[5].** Nie znalazły potwierdzenia zarzuty kierowane wobec kryterium jakościowego ujętego w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty w pkt 2 tabeli kryteriów jakościowych, o treści: „*możliwość rozbudowy bazy danych identyfikowanych drobnoustrojów przez użytkownika – automatyczne dodawanie własnych wpisów do bazy danych*”. Jak wskazano wyżej, kryterium jakościowe powinno oddawać istotne z perspektywy Zamawiającego wartości użytkowe przedmiotu zamówienia. Trudno uznać, by tego rodzaju kryterium wyrażało subiektywne, zbędne i bez znaczenia dla pracy użytkownika walory urządzenia. Tego rodzaju funkcjonalność może być istotna w pracy Zamawiającego, zarówno w celach diagnostycznych czy choćby poznawczych (Zamawiający wykazał, że jest jednostką nie tylko realizującą cele lecznicze ale także badawcze) i nie sposób odbierać Zamawiającemu prawa premiowania rozwiązania, które taką możliwość posiada.

Odwołujący w odwołaniu podał, że ten parametr do oceny wyklucza posiadanie bazy danych IVD - skoro baza taksonów - widm jest zwalidowana przez producenta pod względem klinicznym, co jest wymogiem granicznym, to użytkownik nie ma takich uprawnień, ponadto, dodawanie własnych niezwalidowanych widm do bazy danych może doprowadzić do błędnych wyników badań, a w konsekwencji doprowadzić do błędnej identyfikacji, błędnych decyzji terapeutycznych, a w następstwie nawet do śmierci pacjenta. Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Odwołującego, stwierdzenia wymaga, że – po pierwsze - nie jest rzeczą w ramach środków ochrony prawnej analiza metod przyjmowanych przez Zamawiającego w celu diagnozy i leczenia pacjentów; nie można przy tym wyłączyć, że

dodatkowa, stworzona przez Zamawiającego baza danych może służyć celom naukowym, które Zamawiający przecież także realizuje. Po drugie – dostrzeżenia wymaga spostrzeżenie poczynione przez Zamawiającego na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym wymaganie zgodności z certyfikatem IVD (co jest równoznaczne z obowiązkiem zweryfikowania i zwalidowania bazy danych analizatora) nie uchybia spornemu kryterium, skoro mowa w nim o możliwości rozbudowy bazy danych przez użytkownika i że chodzi tu o możliwość stworzenia własnej biblioteki użytkownika. Podzielono powyższą argumentację.

Odwołujący na rozprawie wskazywał na niespójność tego postanowienia z wymaganiem zawartym w Załączniku nr 3 do Formularza Oferty, gdzie postawiono następujące wymaganie: „*baza danych z certyfikatem IVD musi zawierać min. 4000 taksonów w tym minimum 2000 identyfikowanych do poziomu gatunku*”. Tego rodzaju argumentacja, podniesiona na rozprawie, nie znalazła jednak wyrazu w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza jest wiązana zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Wobec powyższego zakazu rozszerzania zarzutów, argumentacja w tym zakresie oraz tak wyartykułowany (rozszerzony) zarzut, nie mógł podlegać rozpatrzeniu.

Z tych względów, zarzuty kierowane wobec brzmienia Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pkt 2 tabeli kryteriów jakościowych nie mogły zostać uznane za zasadne.

#### **IV. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:**

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, w związku z czym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Potwierdziły się, kierowane wobec Załącznika nr nr 3 do Formularza Oferty - pkt 3 zawartej w nim tabeli a także Załącznika nr 4 do Formularza Oferty, pkt 3, 4, 5 i 6, 7 oraz 8 ujętej tam tabeli kryteriów jakościowych, zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uznając zasadność zarzutów skierowanych wobec powyższych postanowień, orzeczono, zgodnie z żądaniami postawionymi w odwołaniu, to jest nakazano zmianę w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wymagania zawartego w Załączniku nr 3 do Formularza Oferty w pkt 3 tabeli, na treść „*Baza danych z certyfikatem IVD musi zawierać min. 4000 taksonów, w tym minimum 750 identyfikowanych do poziomu gatunku*”; nakazano również wykreślenie z Załącznika nr 4 do Formularza Oferty w pkt 3, 4, 5 i 6, 7 oraz 8 tabeli kryteriów jakościowych, następujących *Parametrów ocenianych*: „*Wysokość analizatora*” (parametr 3), „*Szerokość analizatora*” (parametr 4), „*Głębokość analizatora*” (parametr 5) oraz

„Ciężar analizatora (całkowity)” (parametr 6), „Liczba wdrożeń (ilość zamontowanych i pracujących aparatów w diagnostyce in vitro) (parametr 7), „Szybkość pracy lasera (w Hz)” (parametr 8).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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). Zasądzono, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania: wartość uiszczzonego wpisu w wysokości 15.000 zł oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika, który zastępował Odwołującego, na podstawie złożonego rachunku na kwotę 2.460 zł.

**Skład orzekający**