

**WYROK**

z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawcę

**Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Szpital Wielospecjalistyczny im. dra Ludwika Błażka w Inowrocławiu**

**ul. Poznańska 97, 88-100 Inowrocław**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2 pkt 2, 3 i 4, nr 5, nr 6 i nr 7 oraz nakazuje zamawiającemu zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:**
  - 1.1. wykreślenie wymagania opisanego w punkcie 5. załącznika nr 3 do specyfikacji,**
  - 1.2. zmianę punktu 6. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez umożliwienie wykonywania oznaczeń HbA1c na dodatkowym urządzeniu, dostarczonym przez wykonawcę w ramach czynszu dzierżawnego, ewentualnie (według uznania zamawiającego) wykreślenie parametru HbA1c jako wymaganego,**
  - 1.3. zmianę punktu 6. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez umożliwienie zaoferowania oznaczeń troponiny I lub T,**

- 1.4. zmianę punktu 6. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez umożliwienie zaoferowania oznaczeń BNP lub NT-proBNP,
- 1.5. zmianę punktu 15. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez zmianę treści wymagania na następujące: „Komora odczynnikowa zapewniająca warunki przechowywania odczynników w sposób zgodny z rekomendacjami producenta opisanymi w instrukcji obsługi.”,
- 1.6. zmianę punktu 17. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez umożliwienie zaoferowania opcji, w której analizatory umożliwią umieszczenie w nich dodatkowych opakowań odczynników (powyżej wymaganych 27 parametrów), tak, aby zapewnić ich wystarczającą ilość dla wykonywania testów przez całą dobę bez zatrzymywania urządzenia,
- 1.7. zmianę punktu 26. załącznika nr 3 do specyfikacji poprzez zwiększenie wymiarów maksymalnych urządzenia do 190 cm,
2. uwzględni zarzut nr 3 w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego, tj. braku danych dotyczących sieci informatycznej szpitala i nakazuje zamawiającemu podanie ww. danych,
3. oddala zarzut nr 3 w zakresie terminu dokonania podłączenia analizatorów do sieci informatycznej szpitala,
4. oddala odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 ppkt 1 i nr 4,
5. kosztami postępowania obciąża Szpital Wielospecjalistyczny im. dra Ludwika Błażka w Inowrocławiu i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
  - 5.2. zasądza od Szpitala Wielospecjalistycznego im. dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu na rzecz Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Szpital Wielospecjalistyczny im. dra Ludwika Błazka w Inowrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę odczynników, materiałów zużywalnych wraz z dzierżawą dwóch analizatorów do wykonywania badań immunologicznych na potrzeby Szpitala Wielospecjalistycznego w Inowrocławiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 lipca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 134-247191. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu, że dokonał on opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Według odwołującego aktualna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwala na złożenie oferty tylko dotychczasowemu wykonawcy dostaw, tj. Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. Zamawiający przez tendencyjny opis parametrów dzierżawionego analizatora immunologicznego oraz zestawienie odczynników dla oznaczeń wykonywanych na tym analizatorze faworyzuje tę firmę kosztem pozostałych koncernów specjalizujących się w dostawach odczynników i analizatorów laboratoryjnych. Wśród działających na rynku producentów żadna inna firma nie jest w stanie zaoferować analizatora spełniającego

wszystkie parametry graniczne przy jednoczesnym zapewnieniu wykonywania oznaczeń z panelu badań przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zarzuty dotyczą następujących punktów załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zarzut nr 1 – punkt 5. „Możliwość integracji z modułem biochemicznym”

Biorąc pod uwagę zakres postępowania (oznaczenia immunologiczne) parametr ten nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia, gdyż parametry biochemiczne nie zostały ujęte w opisie przedmiotu zamówienia, a ewentualne przyszłe postępowanie na dostawę odczynników i analizatorów do badań biochemicznych nie powinno być związane wyborem dokonany w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez wykreślenie w całości wymagania opisanego w punkcie 5.

Zarzut nr 2 – punkt 6. „Możliwość jednoczesnego wykonywania wszystkich testów wymienionych w załączniku nr 2”.

Poszczególne wymagania opisane w załączniku nr 3 wraz z wymogiem jednoczesnego wykonywania wszystkich testów wymienionych w załączniku nr 2 mogą być spełnione tylko przez firmę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. Możliwość jednoczesnego wykonywania wszystkich testów jest kwestią marketingową. Z pozoru wydaje się być zaletą, jednak skazuje ona użytkownika na dyktat cenowy jednego producenta. Pojedyncze oznaczenia dostawca może zapewnić poprzez ich wykonanie „na zewnątrz”, poprzez odebranie próbki od zamawiającego i dostarczenie mu w określonym czasie gotowego wyniku. Tak robi wielu zamawiających, są to rutynowe zapisy specyfikacji technicznych. Aby w postępowaniu istniała równowaga konkurencyjna, konieczna jest modyfikacja specyfikacji w kierunku:

1) umożliwienia wykonywania oznaczeń: Mononukleoza IgG. Mononukleoza IgM. Mononukleoza IgG późne w laboratorium zewnętrznym.

W takim przypadku wykonawca zapewni na swój koszt transport materiału i wykonanie oznaczania w renomowanym i certyfikowanym laboratorium oraz przesłanie zwrotne wyników, a w tabeli cenowej dla porównywalności ofert, ujęty zostanie koszt brutto wykonania tych badań. Ww. oznaczenia nie są badaniami pilnymi i dyżurowymi i zlecane są w niewielkich ilościach.

2) umożliwienia wykonywania oznaczeń HbA1c na dodatkowym urządzeniu, dostarczonym przez wykonawcę w ramach czynszu dzierżawnego.

W formularzu cenowym ujęty zostanie koszt wykonania badań HbA1c na dodatkowym urządzeniu. Oznaczenia te nie są badaniami pilnymi, dyżurowymi i zlecane są w niewielkich ilościach.

3) umożliwienia złożenia oferty na troponinę I lub T.

Zgodnie z obowiązującymi wytycznymi Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego oraz najnowszej Uniwersalnej Definicji Zawału Serca zarówno troponina I, jak i troponina T są klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej, wykazują identyczną swoistość narządową, charakteryzują się wysoką czułością diagnostyczną i powinny być traktowane jako równoważne parametry obrazujące martwicę kardiomiocytów.

4) umożliwienie złożenia oferty na BNP lub NT-proBNP.

Zgodnie z obowiązującymi wytycznymi Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego oraz Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego zarówno BNP jak i NT-proBNP są klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez uzupełnienie treści wymagania opisanego w punkcie 6. o następujące postanowienia:

1) Zamawiający umożliwi wykonywanie oznaczeń: Mononukleoza IgG, Mononukleoza IgM, Mononukleoza IgG późne w laboratorium zewnętrznym. Wykonawca zapewni na swój koszt transport materiału i wykonanie oznaczania w renomowanym i certyfikowanym laboratorium oraz przesłanie zwrotne wyników zamawiającemu,

2) zamawiający umożliwi wykonywanie oznaczeń HbA1c na dodatkowym urządzeniu dostarczonym przez wykonawcę w ramach czynszu dzierżawnego,

3) zamawiający umożliwi zaoferowane oznaczeń troponiny I lub T,

4) zamawiający umożliwi zaoferowane oznaczeń BNP lub NT-proBNP.

Zarzut nr 3 – punkt 9. „Podłączenie analizatorów do sieci informatycznej szpitala przez wykonawcę maksymalnie w ciągu 3 dni roboczych”.

Warunek ten może zostać spełniony jedynie przez dotychczasowego wykonawcę tj. firmę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., zamawiający bowiem nie definiuje dostawcy sieci szpitalnej, nie opisuje parametrów tej sieci, a w konsekwencji odwołujący nie może ustalić zakresu przyszłego świadczenia polegającego na podłączeniu analizatorów do sieci informatycznej szpitala. Podłączenie analizatorów do sieci szpitalnej jest formalnością tylko dla dotychczasowego dostawcy, który zna właściwości tej sieci i warunki przyłączenia do systemu. Dla pozostałych na tym polu jest cały szereg niewiadomych, począwszy od tego, jaki system jest zainstalowany w szpitalu, komu przysługują prawa autorskie, kto nim administruje i może fizycznie przeprowadzić podłączenie oferowanego analizatora do sieci. W takiej sytuacji nie wiadomo co i za ile należy wykonać, aby zintegrować analizator z siecią szpitalną (z całą jednak pewnością napisanie odpowiedniego oprogramowania jest niemożliwe w ciągu 3 dni), ani nawet nie wiadomo, do kogo zwrócić się o niezbędne informacje.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji wymagania opisanego w punkcie 9. i nadanie mu następującej postaci: „Przyłączenie analizatorów do sieci szpitalnej, dostarczanej przez firmę „.....”, maksymalnie w ciągu siedmiu dni roboczych od momentu zainstalowania urządzeń w laboratorium zamawiającego.”

Zarzut nr 4 – punkt 15. „Odczynniki, kontrole, kalibratory i bufony w formie ciekłej, gotowe do natychmiastowego użytku”.

Warunek ten łącznie z pozostałymi wymogami specyfikacji może zostać spełniony jedynie przez firmę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. Odwołujący posiada w ofercie odczynniki w formie ciekłej, gotowe do użycia, natomiast pojedyncze kalibratory i kontrole oferowane są w postaci liofilizatu, do szybkiej i jednorazowej rekonstrukcji. Proces przygotowania jest prosty – jednorazowo wystarczy rekonstruować zawartość fiolki przy pomocy automatycznej pipety, co zajmuje nie więcej niż 1 minutę, a tak przygotowana kontrola lub kalibrator może być następnie kilkakrotnie używana w formie płynnej i gotowej do użycia. Forma liofilizatu powoduje, że kalibratory i kontrole mają dłuższą stabilność przy zachowaniu najwyższej jakości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji punktu 15. poprzez nadanie mu następującej postaci: „Odczynniki ciekłe, gotowe do użytku”.

Zarzut nr 5 – punkt 16. „Chłodzona komora odczynnikowa”.

Obecnie na rynku dostępnych jest szereg nowoczesnych analizatorów immunochemicznych wykorzystujących odczynniki, które nie wymagają chłodzenia w komorze odczynnikowej i które mogą przebywać w aparacie aż do zużycia przy jednoczesnym zapewnieniu stałej temperatury (niezależnej od temperatury otoczenia). Dla zamawiającego istotną zaletą jest brak konieczności codziennego rozładowania/załadowania odczynników na pokład aparatu. Skoro nie wszyscy producenci i dostawcy odczynników wymagają ich przechowywania na pokładzie analizatora w chłodzonej komorze, to zamawiający nie powinien w ten sposób ograniczać konkurencji, tym bardziej, że równocześnie zamawia również odczynniki – wykonawca będzie zatem musiał uwzględnić w ofercie dzierżawę takiego analizatora, który zapewni bezpieczne przechowywanie odczynników ulokowanych na jego pokładzie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji punktu 16. i nadanie mu następującej postaci: „Komora odczynnikowa zapewniająca warunki przechowywania odczynników w sposób zgodny z rekomendacjami producenta opisanymi w instrukcji obsługi”.

Zarzut nr 6 – punkt 17. „Uzupełnianie odczynników w aparacie bez konieczności zatrzymania urządzenia”.

Wymóg ten jest sloganem sprzedażowym stosowanym przez przedstawicieli firmy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i nie znajduje uzasadnienia w praktyce laboratoryjnej. Odwołujący pragnie zaoferować dwa analizatory o łącznej liczbie 36 pozycji odczynnikowych, gdzie możliwość uzupełniania odczynników odbywa się trybie stand-by, z szybkim czasem przechodzenia do trybu pracy rutynowej w mniej niż 5 minut. Analizatory umożliwiają więc wstawienie jednocześnie kilku opakowań odczynników dla tego samego parametru, zatem w praktyce nie ma konieczności dostawiania odczynników w trakcie dnia pracy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający deklaruje codzienne wykonywanie jedynie 27 parametrów. Zatem wymóg opisany w punkcie 17. stanowi nieuzasadniony przejaw ograniczenia swobodnej konkurencji i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji punktu 17. poprzez nadanie mu następującej treści: „Dostawianie materiału badanego w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania urządzenia”, alternatywnie poprzez wykreślenie w całości wymagania.

Zarzut nr 7 – punkt 26. „Wymiary urządzenia: max szerokość aparatu 170 cm.”

Definiując szerokość zamawiający oparł się na parametrach analizatora, który aktualnie użytkuje, dyskryminując systemy oferowane przez odwołującego o szerokości 189 cm. Niespotykane jest, by zamawiający stawiali tak kazuistyczne wymagania co do wymiarów urządzeń, a jest oczywiste, że aparaty różnych firm nie są identyczne, a laboratoria nie są „szyte na miarę”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji punktu 26. poprzez nadanie mu treści: „Wymiary urządzenia: max szerokość aparatu 190 cm”.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów, a część uznał za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie tych zarzutów.

Zarzut nr 1 zamawiający uznał za zasadny i zobowiązał się do dokonania zmiany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie wymagania opisanego w punkcie 5. załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut nr 2 ppkt 1 i 2 zamawiający uznał za niezasadne.

Dopuszczenie możliwości wykonywania przez wykonawcę oznaczeń Mononukleozy IgG, Mononukleozy IgM i Mononukleozy IgG późne zlecając je na zewnątrz spowodowałoby wydłużenie oczekiwania na wynik z ok. 2 godzin do min. 2-3 dni. Wynik powyższego badania ma bardzo duży wpływ na decyzje lekarza w zakresie diagnostyki i terapii. Stąd każde



wydłużenie czasu oczekiwania na wynik nie pozostaje bez znaczenia dla procesu leczenia pacjenta i jest znacznym utrudnieniem.

Umożliwienie wykonywania oznaczeń HbA1c na dodatkowym urządzeniu skutkowałoby koniecznością obsługi, kalibracji, kontrolowania i konserwacji dodatkowego urządzenia. Z punktu widzenia sposobu organizacji pracy w laboratorium spowoduje to dodatkowy nakład czasu i pracy.

Zarzut nr 2 ppkt 3 i 4 zamawiający uwzględnił uznając je za zasadne i zobowiązał się dokonać stosownej zmiany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut nr 3 zamawiający uznał w części dotyczącej podania nazwy systemu, natomiast skrócenie terminu przyłączenia jest jego zdaniem niecelowe i nieuzasadnione. Przy pomocy aparatu immunochemicznego wykonywane są oznaczenia analitów szczególnie istotnych w diagnostyce i leczeniu pacjentów znajdujących się w stanie zagrożenia zdrowia lub życia. Oznaczenie poziomu troponiny stanowi podstawę w diagnostyce i leczeniu chorób serca (w szczególności zawału mięśnia sercowego), a oznaczenie poziomu antygenu Hbs i przeciwciał HCV jest podstawowym badaniem przed każdym zabiegiem chirurgicznym wykonywanym w szpitalu. Oczekiwanie, aby czas podłączenia nowych analizatorów wydłużyć do 7 dni jest bezzasadne, gdyż podłączenie takie nie wymaga czasu dłuższego niż 3 dni.

Zarzut nr 4 zamawiający uznał za niezasadny, gdyż proces samodzielnego przygotowywania kalibratorów i kontroli jest dość znacznym utrudnieniem i jest bardziej czasochłonny niż wskazuje odwołujący. Jest to próba narzucenia zamawiającemu rozwiązań i metod korzystnych dla wykonawcy. Zaś uzasadnienie, że rekonstrukcja materiałów zajmuje 1 minutę pracy laboranta, dowodzi braku znajomości tych procesów. Stosowanie liofilizatów skutkuje koniecznością utrzymywania stałego procesu nadzoru i walidacji narzędzi dozujących ciecze do rekonstrukcji, co zwiększa nakład pracy potrzebny do wykonania oznaczeń; walidacja pipet automatycznych jest czasochłonna i kosztowna, gdyż wykonywana jest w ośrodkach zewnętrznych. Dodatkowy etap przygotowania materiałów kontrolnych i kalibracyjnych (ich rozpuszczenie) może być źródłem błędu pomiarowego spowodowanego przez laboranta lub dozownik. Metodologia wykonywania pomiarów nakazuje eliminować każdy taki etap.

Zarzut nr 5 zamawiający uznał za zasadny i zobowiązał się do dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut nr 6 zamawiający uznał za niezasadny. Z jego wiedzy wynika, że etap załadunku nowych porcji odczynników wymaga zatrzymania pracy aparatu, a następnie ponownego jego uruchomienia, co skutkuje wydłużeniem czasu oczekiwania na wynik badania, podczas gdy zamawiający ma procedury oznaczenia, np. poziomu troponiny w trybie CITO maksymalnie do 40 minut od momentu pobrania krwi od pacjenta. Każde wydłużenie tego terminu powoduje działanie niezgodne z procedurą akredytacyjną oraz normami PN-EN ISO 9001-2009 obowiązującymi u zamawiającego i może mieć bezpośredni wpływ na jakość wykonanej usługi.

Zarzut nr 7 zamawiający uznał za zasadny i zobowiązał się zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwiększając wymaganą szerokość aparatu na 190 cm.

### III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

### IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty nr 1, nr 2 ppkt 3 i 4, nr 5 i nr 7, a zarzut nr 3 uwzględnił częściowo.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzuty te przestały stanowić przedmiot sporu i również uznała zarzuty za zasadne, z tym, że zarzut nr 3 został przez zamawiającego uwzględniony częściowo, zatem i uwzględnienie Izby dotyczy tylko tej części.

Ze względu na to, że zamawiający przed rozprawą i ogłoszeniem wyroku nie dokonał zapowiedzianej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym – jak podniósł odwołujący – na obecnym etapie są to jedynie deklaracje zamawiającego, Izba ujęła te zarzuty w sentencji wyroku i nakazała wprowadzenie zmian zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu.

Z zarzutów, które pozostały przedmiotem sporu, Izba uznała zarzuty nr 2 ppkt 2 i nr 6 za zasadne, a zarzuty nr 2 ppkt 1 i nr 4 za niezasadne.

Izba oddaliła również zarzut nr 3 w części nieuwzględnionej przez zamawiającego ze względu na to, że odwołujący podczas rozprawy oświadczył, iż wobec podania przez zamawiającego nazwy sieci informatycznej szpitala i podmiotu, który ją wykonywał, jest w stanie wykonać podłączenie analizatorów do sieci w ciągu 3 dni roboczych. Tym samym postulowana przez odwołującego zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zbędna.

Zawarte w zarzucie nr 2 ppkt 1 żądanie umożliwienia wykonywania oznaczeń mononukleozy: Mononukleozą IgG, Mononukleozą IgM, Mononukleozą IgG późne w laboratorium zewnętrznym Izba uznała za niezasadne.

Odwołujący podczas rozprawy zadeklarował, iż zamawiający może otrzymać wyniki przekazywane do zewnętrznego laboratorium w ciągu 48 godzin, podczas gdy zamawiający podnosił, że przy wykonywaniu analiz w laboratorium szpitalnym byłyby to ok. 2 godziny, a dotrzymanie wskazanych 48 godzin jest wątpliwe w przypadku dni wolnych od pracy. Do tego, jak wskazał zamawiający, najbliższe możliwe laboratoria „zewnętrzne” mieszczą się w Bydgoszczy, Toruniu i Poznaniu.

Zdaniem Izby akceptacja rozwiązania polegającego na zleceniu badań na zewnątrz byłaby nadmiernym i nieuzasadnionym utrudnieniem pracy zamawiającego, nie dość bowiem, że niepotrzebnie uzależniałaby zamawiającego od pracy obcego laboratorium, podczas gdy badania te z łatwością może on wykonać własnymi siłami, to jeszcze oczekiwanie na wyniki w sposób istotny, a zbędny, zostaje wydłużone. Do tego powodowałoby to albo konieczność zatrzymania pacjenta w szpitalu na okres dłuższy niż to konieczne, albo odbycia przez niego kolejnej wizyty u lekarza, co jest niedogodnością dla pacjenta (zwłaszcza spoza Inowrocławia). Także niepotrzebne mnożenie wizyt u lekarza jest wysoce niepożądane wobec powszechnie znanej niewydolności publicznej służby zdrowia. Tym bardziej, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż oznaczeń tych będzie łącznie 3.000 (średnio 1.500 rocznie), czyli ponad 4 dziennie. Nie jest to więc badanie niszowe wykonywane kilka razy do roku, przy którym można by sobie pozwolić na tego typu działania.

W odwołaniu ani podczas rozprawy odwołujący nie wskazywał – jak w przypadku oznaczeń HbA1c – na możliwość zaoferowania łącznie z przedmiotowymi analizatorami innych urządzeń, które by takie badania wykonywały, jednak, zdaniem Izby, jeśli taka opcja

technicznie jest możliwa, zamawiający powinien ją dopuścić na zasadach analogicznych jak przy parametrze HbA1c.

Podobnie za niezasadny Izba uznała zarzut nr 4 dotyczący dopuszczenia zaoferowania kalibratorów i kontroli w postaci liofilizatu, a nie w formie ciekłej, gotowych do natychmiastowego użytku, jak wskazano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający podczas rozprawy w sposób kategoriyczny oświadczył, że kontrole i kalibratory dostarczane w formie liofilizatu uważa za rozwiązanie dla siebie gorsze, gdyż wymaga ono nie tylko niepotrzebnego większego nakładu pracy laborantów oraz ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z zakupem i utrzymaniem pipet automatycznych, ale także zwiększa ryzyko popełnienia podczas rozpuszczania liofilizatu błędu polegającego na uzyskaniu niewłaściwego stężenia roztworu, co może z kolei spowodować błąd pomiarowy. Błędu takiego natomiast zamawiający chciałby uniknąć, skoro ma możliwość otrzymywania już gotowych do użycia produktów przygotowanych przez producenta. Zamawiający podkreślił też, że uzyskanie gotowego do użycia roztworu zajmuje ok. 30 minut, a nie 1 minutę, a kilkumiesięczna trwałość (okres przechowywania) gotowego preparatu jest dla niego wystarczająca.

Izba uznała, że zamawiający w tym zakresie wyjaśnił potrzebę wprowadzenia takiego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym ów wymóg za zasadny. O ile bowiem zamawiający mógłby bez trudu uregulować w specyfikacji kwestię zakupu przez wykonawcę wraz z takimi preparatami pipet odpowiedniej jakości i ich późniejszej walidacji na koszt wykonawcy (aby zamawiający nie musiał ponosić dodatkowych kosztów w stosunku do innych rozwiązań), o tyle obawa o popełnienie błędu przedlaboratoryjnego, na którą wskazał zamawiający, nie jest tak prosta do rozwiązania. Jeśli bowiem istnieje taka możliwość, a jest ona łatwa do uniknięcia, to logiczne jest, iż należy ją wyeliminować.

Izba rozważała, czy nakazać zamawiającemu wprowadzenie możliwości zaoferowania preparatów gotowych i liofilizowanych jako punktowanych parametrów w ramach kryteriów oceny ofert, jak sugerował to odwołujący. Jednak ustanawianie punktacji za poszczególne parametry ma miejsce wtedy, gdy zamawiający dopuszcza wszystkie punktowane rozwiązania, lecz uznaje ich większą lub mniejszą wartość. Natomiast w tym wypadku zamawiający kategoriycznie odrzucił możliwość dostarczania wszystkich kalibratorów i kontroli w formie liofilizatu (dopuszczył je jedynie dla HbA1c).

Natomiast, zdaniem Izby, o ile jest to technicznie możliwe i niesprzeczne z zaleceniami producenta, samo postanowienie punktu 15. załącznika nr 3 do specyfikacji nie stoi na przeszkodzie temu, by to producent sporządzał roztwory i dostarczał je już gotowe zamawiającemu biorąc na siebie ryzyko ich prawidłowego przygotowania.

Co do zarzutu nr 2 ppkt 2 dotyczącego punktu 6. załącznika nr 3 do specyfikacji w zakresie wykonywania oznaczeń HbA1c Izba uznała, że wniosek odwołującego o umożliwienie wykonywania tych oznaczeń na dodatkowym urządzeniu, jest uzasadniony ze względu na to, że standardowo oznaczenia te nie są przez producentów analizatorów przewidziane do wykonywania na analizatorach immunologicznych, ale biochemicznych. Izba uznała, że odwołujący tę okoliczność wykazał podczas rozprawy, a zamawiający tej okoliczności nie zaprzeczył, przyznał też, że sam również wykonuje te oznaczenia na posiadanym w laboratorium analizatorze biochemicznym.

Tym samym Izba nie widzi wystarczających podstaw, aby żądać tego badania jako koniecznego do wykonywania przez zamawiane analizatory, gdyż w tym wypadku nie jest to obiektywna zaleta rozwiązania, która byłaby na tyle istotna, by eliminować innych producentów na rzecz urządzenia produkowanego przez Abbott Laboratories.

Zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień dotyczących ponoszenia przez wykonawcę dodatkowych kosztów związanych z pracą tego urządzenia w ramach czynszu dzierżawnego (co zaproponował sam odwołujący), eliminuje istotny czynnik ponoszenia przez zamawiającego finansowych konsekwencji tego rozwiązania.

Ewentualnie, jeśli zamawiający uzna, że np. z powodu braku miejsca na kolejny analizator, nie może zaakceptować tego rozwiązania, może – według swojego uznania – również wykreślić parametr HbA1c jako wymagany (ze względu na to, że, jak Izba wskazała powyżej, jest to parametr nieprzystający do funkcji analizatora immunologicznego).

W zakresie zarzutu nr 6 Izba nakazała zmianę punktu 17. załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez umożliwienie zaoferowania opcji, w której analizatory umożliwią umieszczenie w nich dodatkowych opakowań odczynników (powyżej wymaganych 27 parametrów), tak, aby zapewnić ich wystarczającą ilość dla wykonywania testów przez całą dobę bez zatrzymywania urządzenia – tak jak to zaproponował podczas rozprawy odwołujący.

Izba wskazuje, że wymagania te mogą dotyczyć takiej liczby testów, które rzeczywiście są wykonywane w laboratorium w dużych ilościach

Wymóg uzupełniania odczynników w aparacie bez konieczności zatrzymania urządzenia Izba uznała bowiem za nadmierny, jakkolwiek rozumie, że opcja taka dla zamawiającego jest

najwygodniejsza. Jednak rozwiązania zaproponowanego przez odwołującego nie uznała za na tyle uciążliwe, by eliminować z postępowania aparaty firmy Roche Diagnostic.

W swoim rozstrzygnięciu dotyczącym poszczególnych zarzutów Izba bowiem kierowała się tym, by wypośredkować ewentualną uciążliwość proponowanych rozwiązań dla zamawiającego z możliwością złożenia oferty przez odwołującego, który jest jednym z wiodących producentów tego typu sprzętu.

Jeśli chodzi o samą kwestię uczciwej konkurencji, to Izba podkreśla, że nie można jej traktować jako pretekstu do przyjęcia poglądu, że uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców oznacza „równanie w dół”, czyli stawianie jak najniższych wymogów, nawet jeśli kompletnie nie odpowiadają one ani potrzebom zamawiającego, ani optymalnym czy innowacyjnym rozwiązaniom, które są dostępne na rynku. Uczciwą konkurencję również w zamówieniach publicznych należy pojmować jako obowiązujące tradycyjnie „niech wygra najlepszy”, analogicznie jak i w innych dziedzinach.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8 maja 2014 r. w spr. XII Ga 211/14 „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów (...) Realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez właściwy opis przedmiotu zamówienia nie powinna jednak naruszać interesów zamawiającego i przesłaniać obiektywnych kryteriów tej czynności.”

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....