

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2018 r. przez **Wykonawcę – Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b (01-531 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Podhalański Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II** w Nowym Targu, ul. Szpitalna 14 (34-400 Nowy Targ)

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 3 do siwz pkt I.1 przez wykreślenie informacji dotyczącej miejsc pomiarowych lub dopuszczenie rozwiązań równoważnych z mniejszą ich liczbą gwarantującą wydajność analizatorów podstawowych (30 oznaczeń na godzinę), a także zamieszczenie informacji na temat częstotliwości wykonywania badań kontrolnych parametrów wyszczególnionych w formularzu ofertowym.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Podhalański Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Nowym Targu i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Roch Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Podhalański Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Nowym Targu na dostawę odczynników i dzierżawę sprzętu do badań immunochemicznych (nr sprawy: DL-271-19/18), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2018 r., 2018/S 139-317137, wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Wykonawca – Roch Diagnostics Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie, wniósł w dniu 31 lipca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1515/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w siwz zgodnie z żądaniami.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Odwołujący podniósł, iż obecne zapisy siwz dyskwalifikują konkurencję na rynku producentów analizatorów, gdyż oprócz urządzenia firmy bioMerieux, spełniającego wszystkie wymagania, nie ma innego spełniającego wymagania, w tym dotyczące:

1. Troponiny I, co ogranicza zaoferowania testów do oznaczenia Troponiny T, w sytuacji gdy zgodnie z zaleceniami Polskiego Towarzystwa kardiologicznego oraz międzynarodowych towarzystw kardiologicznych zarówno TnI jak i TnT są klinicznie równie cenne w diagnostyce kardiologicznej; Odwołujący wniósł o dopuszczenie w pozycji 6 załącznika nr 3 Troponiny I lub Troponiny T.
2. testów D-Dimer, Borelioza IgB i Borelioza IgM, które na automatycznym analizatorze może zaoferować wyłącznie firma bioMerieux. Wykonanie testu D-Dimer mogłoby być wykonywane na dodatkowym analizatorze, którego dostarczenia i tak wymaga Zamawiający. Z uwagi na liczbę badań boreliozy IgB i IgM (po 2000 oznaczeń na 36 miesięcy) jak i fakt, iż nie są to badania pilne, ratujące życie, Zamawiający może dopuścić zlecenie ich wykonania w certyfikowanym laboratorium zewnętrznym. Odwołujący wniósł o modyfikację siwz w sposób umożliwiający oznaczenie parametru D-Dimer na kompaktowym analizatorze dodatkowym oraz umożliwiający

złożenie oferty na wykonanie badań boreliozy IgB i IgM w laboratorium zewnętrznym po cenie wynikającej z oferty.

3. Wymóg posiadania przez analizator minimum 30 miejsc pomiarowych każdy i 10 przez kompaktowy analizator zastępczy wskazuje jednoznacznie na analizator typu Vidas. O wydajności aparatów i szybkości wydania wyników nie decyduje ilość miejsc pomiarowych. Odwołujący wniósł o wykreślenie z siwz wymagań w zakresie ilości miejsc pomiarowych dostępnych w analizatorach głównych i zastępczym (backup).
4. Brak informacji o częstotliwości wykonywania badań kontrolnych uniemożliwia prawidłowe wyliczenie ilości testów w ten sam sposób przez każdego wykonawcę. Odwołujący wniósł o uzupełnienie tej informacji.
5. Opis wymagań granicznych (pkt III) odnoszących się do oferowanych aparatów w tym backup jest nieuzasadniony. Zaoferowanie dwóch identycznych analizatorów wyczerpuje warunek posiadania aparatu backup.

Odwołujący wniósł o zmianę w załączniku nr 3:

- w pkt I na opis „1. Trzyletnia dzierżawa dwóch nowych w pełni automatycznych aparatów do badań immunochemicznych wraz z kompaktowym aparatem dodatkowym oraz dostawa odczynników, materiałów kontrolnych, kalibratorów i materiałów zużywalnych. Analizatory główne każdy posiadający minimum 30 miejsc inkubacyjnych. Kompaktowy analizator dodatkowy umożliwiający ilościowe oznaczenie D-Dimerów. Zakres badań podano w załączniku nr 1. Do wyspecyfikowanych ilości badań oferent musi doliczyć odczynniki, kontrole, kalibratory i akcesoria zużywalne niezbędne do wykonywania badań kalibracyjnych zgodnie z ulotkami producenta oraz badań kontrolnych zgodnie z podanym harmonogramem; 2. Jeżeli w praktyce tzn. w czasie wykonywania badań, przedstawione kalkulacje odczynników, materiałów zużywalnych, kalibratorów okażą się niedoszacowane,”
- w pkt III na opis tabeli: „Wymagania graniczne dla dwóch aparatów do badań immunochemicznych”.

Zamawiający złożył przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym przed otwarciem rozprawy Zamawiający zdecydował o uwzględnieniu zarzutu w zakresie dotyczącym badania troponiny, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący podtrzymał pozostałe zarzuty i żądania zmiany siwz.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności w postępowaniu. Stanowiąca przedmiot zarzutów czynność opisu przedmiotu zamówienia, mająca ograniczać dostęp do zamówienia Odwołującemu uzasadnia stwierdzenie, iż odwołanie zmierza do ochrony interesu Wykonawcy, który chciałby złożyć ofertę w postępowaniu. Okoliczności podniesione w podstawie zarzutów powodowały, iż koniecznym stało się złożenie odwołania, mającego doprowadzić do modyfikacji zapisów siwz w taki sposób, aby Wykonawca mógł zaoferować przedmiot zamówienia spełniający wymagania Zamawiającego. Przy aktualnych zapisach siwz Wykonawca nie mógłby złożyć oferty, a tym samym szkoda do jakiej czynności Zamawiającego miałyby prowadzić polega na utracie korzyści, jakie niosłoby dla tego Wykonawcy uzyskanie zamówienia. Izba uznała, iż obie przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy zostały spełnione, a odwołanie podlegało merytorycznej ocenie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych w postępowaniu dowodów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot obejmuje dostawę odczynników i dzierżawę sprzętu do badań immunochemicznych, które stanowią wyposażenie dla laboratorium szpitalnego. Dla zapewnienia prowadzonej działalności leczniczej Zamawiający ustalił, iż potrzebuje dwóch jednakowych analizatorów automatycznych, na których będzie mógł prowadzić równoległe wszystkie badania. Jednocześnie na wypadek awarii jednego z głównych analizatorów lub czasowej potrzeby zwiększonej ilości badań, Zamawiający chce dysponować dodatkowym kompaktowym aparatem backup (zapasowym). Z uwagi na obszar i zakres świadczonych usług, laboratorium wykonuje badania na potrzeby diagnozy pacjentów szpitala, ale także na podstawie umów z podmiotami zewnętrznymi oraz na

potrzeby pacjentów z zewnątrz. Zamawiający w ostatnich dwóch latach poszerzył zakres usług medycznych w związku z utworzonymi oddziałami kardiologicznym i neurochirurgicznym. Umowa zawarta ma być na 36 miesięcy. Zamawiający zamawia 19 pozycji odczynników do przeprowadzenia badań w ilości wskazanej w załączniku nr 3, a także materiały kontrolne (poz. 20), materiały kalibracyjne (poz. 21) oraz materiały zużywalne (poz. 22). Ilości pozycji 20-22 nie zostały przez Zamawiającego wskazane i to wykonawcy składając ofertę mieli te wielkości ustalić (zgodnie z ulotkami producenta) i wycenić. Zgodnie z pkt I.2 załącznika 3 – jeżeli w praktyce, tzn. w czasie wykonywania badań przedstawione kalkulacje odczynników, materiałów zużywalnych, kalibratorów okażą się niedoszacowane, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do ich uzupełnienia na koszt wykonawcy. W załączniku nr 3 Zamawiający ustalił wymagania graniczne dla dzierżawionych aparatów, w tym minimalną wydajność analizatorów podstawowych – 30 oznaczeń na godzinę (pkt III, poz. 2 tabeli).

W załączniku nr 4 do siwz – projektu umowy, w przypadku awarii przedmiotu dzierżawy w ciągu 48 godzin od zgłoszenia usterki wykonawca powinien dokonać naprawy. W przypadku naprawy trwającej powyżej tego czasu Zamawiającemu zostanie dostarczony aparat zastępczy do czasu naprawy przedmiotu dzierżawy. W przypadku nie dostarczenia aparatu zastępczego, odczynników i innych materiałów zużywalnych – Zamawiający zastrzegł sobie prawo zlecenia wykonania badań u wskazanego przez siebie podmiotu trzeciego, którego kosztami obciążony zostanie wykonawca (§ 8).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do części z podniesionych podstaw faktycznych.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, którym są dokumenty stanowiące element dokumentacji prowadzonego postępowania, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz), a także dowody przedłożone przez Odwołującego – ulotki producentów aparatów: Cobas h 232 (kompaktowy aparat Roche) oraz Vidas i miniVidas (automatyczne analizatory bioMerieux) oraz ulotka testu D-Dimer w systemie Vidas. Pozostałe dokumenty przedłożone przez Odwołującego nie miały waloru dowodowego w sprawie, z tej przyczyny, iż były oświadczeniami własnymi (zestawienie parametrów urządzeń dostępnych na rynku – tabela parametrów/możliwych badań) lub stanowiły materiał poglądowy (artykuł dotyczący diagnostyki i leczenia boreliozy z 2006 r. oraz siwz wraz z odpowiedziami do postępowania na dostawę odczynników wraz z dzierżawą aparatów do laboratorium Szpitalnego Centrum Medycznego w Goleniowie Sp. z o.o. z 2015 r., realizowaną przez Roche).

Odwołanie zostało uwzględnione jednak nie wszystkie okoliczności podniesione w podstawie faktycznej zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy znalazły uznanie.

Odwołujący kwestionując czynność opisu przedmiotu zamówienia wskazał zarówno na elementy tego opisu, które miały świadczyć o braku precyzji koniecznej do przygotowania prawidłowej oferty (brak informacji o częstotliwości wykonywania badań kontrolnych oraz niejednoznaczność opisu dotyczącego wymagań granicznych dla aparatów podstawowych), jak również o ograniczeniu konkurencji przez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobu konkretnego producenta. Oceniając przedstawione dowody, jak i wyjaśnienia stron Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia powinien ulec modyfikacji w związku z brakiem wskazania na częstotliwość badań kontrolnych oraz użytym opisem cechującym rozwiązanie jednego z producentów aparatu, tj. wskazaniem na ilość punktów pomiarowych. Pozostałe podstawy żądań Odwołującego nie znalazły uzasadnienia w związku z brakiem wykazania, iż opis przedmiotu zamówienia naruszał przepisy Ustawy.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, wynikający z braku podania informacji o częstotliwości wykonywania badań kontrolnych, zasługiwał na uwzględnienie. Izba uznała argumentację Odwołującego, w której wskazywał na znaczenie tych danych dla prawidłowego przygotowania oferty, w której wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wartość i wskazać ilość materiałów kontrolnych (poz. 20 formularza ofertowego – załącznik nr 3). Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek prawidłowego ustalenia ilości potrzebnych do przeprowadzenia badań kontrolnych materiałów powiązany z odpowiedzialnością za ewentualne uchybienia w tym zakresie na etapie realizacji umowy. Nie budziło sporu pomiędzy stronami, iż badania te mają na celu weryfikację wyników podawanych przez aparat, co następuje przez umieszczenie w nim przygotowanej próbki kontrolnej ze znanym stężeniem badanego parametru i porównaniem wyniku uzyskanego z pomiaru aparatu. Procedura ta pozwala ustalić, czy aparat podaje prawidłowy wynik badania i stanowi element wewnętrznej kontroli jakości badań laboratoryjnych. W świetle przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z 23 marca 2006r. w sprawie standardów jakości dla medycznych laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 1665), działalność laboratoriów dostosowana powinna być do standardów określonych w załącznikach do dnia 31 marca 2009 r. Zgodnie z załącznikiem nr 1 laboratorium zobowiązane jest do opracowania, wdrożenia i zastosowania procedur, w tym dotyczących stałej wewnętrznej kontroli jakości wszystkich wykonywanych badań, uwzględniającej między innymi dane dotyczące częstotliwości pomiarów kontrolnych. Powyższe uzasadnia twierdzenie Odwołującego, iż nie jest rolą wykonawcy składającego ofertę ustalenie zasady wewnętrznej kontroli w laboratorium Zamawiającego. Jednocześnie, informacja dotycząca częstotliwości pomiarów kontrolnych dotyczy elementu przedmiotu zamówienia, jakim są materiały kontrolne podlegające wycenie w ofercie, których ilości

Zamawiający nie określił w formularzu oferty. Słusznie zatem Odwołujący podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia zawiera braki uniemożliwiające prawidłowe przygotowanie oferty, co może prowadzić do nieporównywalności ofert i powinien być na obecnym etapie postępowania wyeliminowany. Zamawiający w sposób nieuzasadniony przerzucił na wykonawców obowiązek samodzielnego ustalenia zakresu przedmiotu dostawy, próbując uzasadniać to działaniem brakiem wiedzy na temat wytycznych producenta urządzeń pomiarowych. Jak wynika z przepisów wykonawczych do ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej, to nie producenci wyrobów medycznych określają standardy jakości działalności laboratoriów diagnostycznych i mikrobiologicznych. Żądanie podania w siwz informacji o częstotliwości pomiarów kontrolnych przyjętej w ramach wewnętrznych procedur kontrolnych pozwoli ustalić wykonawcom ilość potrzebnych materiałów do badań kontrolnych, stanowiących przedmiot dostawy. W świetle powyższego, zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia zasługiwał na uwzględnienie.

Izba uznała również, jako zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy związany ze wskazaniem na preferowane rozwiązanie ograniczające zaoferowanie aparatów z mniejszą ilością punktów pomiarowych, ale jednocześnie spełniających parametr wydajności ustalony dla aparatów podstawowych. Z odpowiedzi Zamawiającego udzielonej do protokołu rozprawy wynika, iż opis przedmiotu zamówienia, w którym wskazał na ilości miejsc pomiarowych (30 dla aparatów głównych i 10 dla analizatora kompaktowego) może ograniczać dostęp do zamówienia dla tych rozwiązań technicznych, w których miejsce pomiarowe jest innym niż miejsce inkubacyjne. Zamawiający sugerował się aparatem, na jakim obecnie prowadzi badania, w którym miejsce pomiarowe jest jednocześnie miejscem inkubacyjnym, w którym następuje proces inkubacji. Stanowi to potwierdzenie dla wyjaśnień Odwołującego, w których podnosił, iż cechą charakterystyczną dla urządzenia Vidas jest 30 miejsc pomiarowych i odpowiednio 10 dla urządzenia kompaktowego. Inni producenci stosują rozwiązania techniczne oparte na miejscach inkubacyjnych, a nie pomiarowych. Niezależnie od rozwiązania technicznego działania danego typu aparatu, istotnym w świetle postawionych warunków granicznych jest aby aparat podstawowy zapewniał wydajność na poziomie minimum 30 badań na godzinę.

Izba nie uwzględniła zarzutu oznaczonego nr 5, który dotyczył nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w związku z brakiem wskazania w opisie parametrów granicznych, iż dotyczą one aparatów podstawowych, a nie backupowego. Wniosek ten był nieuzasadniony. Stanowisko Odwołującego zmierzało do nadania odmiennego znaczenia tabeli zamieszczonej w załączniku nr 3 do siwz, pkt III – określającej wymagania graniczne stawiane aparatom. Należy zauważyć, iż jedynie w poz. 2 tabeli Zamawiający wprost odnosi się do wydajności analizatorów podstawowych – 30 oznaczeń na godzinę, co wskazuje, iż

pozostałe wymagania są wspólne dla wszystkich aparatów stanowiących przedmiot dzierżawy. Odwołujący sugerował, iż opis tych wymagań powinien być jednoznacznie ograniczony do aparatów podstawowych, chociaż jednocześnie w żaden sposób nie odniósł się do ich znaczenia diagnostycznego. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznie związanej z poszczególnymi wymaganiami granicznymi, co uniemożliwiało uznania zarzutu podniesionego w odwołaniu.

W pozostałym zakresie zarzuty w odwołaniu dotyczyły wymagań związanych z listą badań (odczynników) wyspecyfikowanych w załączniku nr 3 i koniecznością zapewnienia aparatów w pełni automatycznych, tzw. podstawowych do ich prowadzenia wraz z dodatkowym aparatem kompaktowym (backup). Wymienione w załączniku nr 3 badania diagnostyczne będą wykonywane w laboratorium na dwóch aparatach podstawowych równolegle. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż kompaktowy aparat backup ma zabezpieczać pracę laboratorium na wypadek awarii któregoś z aparatów podstawowych, a także byłby wykorzystywany do wykonania badań przy zwiększonych potrzebach diagnostycznych. Tym samym jego oczekiwaniem było aby na każdym z aparatów (podstawowych i zapasowym) możliwe było przeprowadzenie badań w pełnym zakresie, tj. wykonania 19 typów badań objętych przedmiotem zamówienia. W sprawie nie był sporny samo wskazanie na rodzaje odczynników do badań. Zarzutem odwołania stało się natomiast wymaganie, aby pełna lista badań była możliwa do wykonania na każdym z aparatów. Odwołujący dążył do zmiany polegającej na umożliwieniu zaoferowania dwóch aparatów podstawowych pełniących jednocześnie funkcję backup (na wypadek awarii drugiego) oraz aparatu kompaktowego, na którym można byłoby przeprowadzić badanie D-Dimery. Z ulotki aparatu kompaktowego wynika możliwość wykonania wyłącznie pięciu typów oznaczeń, w tym trzech rodzajów objętych przedmiotem zamówienia: Troponina T, D-Dimer, NT-proBNP. Ponadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie możliwości zlecenia na koszt wykonawcy badania boreliozy (IgG oraz Igm) na zewnątrz. Aparat podstawowy Roch Cobas e411, jaki mógłby zaoferować nie daje możliwości wykonania badania D-Dimery, które mogłyby być wykonane na aparacie cobas h232 – jako aparacie kompaktowym. Badanie boreliozy nie byłoby możliwe na żadnym z tych aparatów, stąd Odwołujący wnosił o dopuszczenie możliwości wykonania tego badania w laboratorium zewnętrznym. Uwzględnienie żądań Odwołującego oznaczałoby rezygnację z funkcjonalności aparatu kompaktowego, jako aparatu backup-owego dla dwóch aparatów podstawowych, gdyż urządzenie jakie chciał zaoferować Odwołujący daje możliwość przeprowadzenia trzech z dwiętnastu oznaczeń objętych zamówieniem. Stąd Odwołujący zakładał, iż aparaty podstawowe byłyby wobec siebie aparatami backupowymi. Przy zwiększonej wydajności tych aparatów (do 80 badań na godzinę), faktycznie praca jednego takiego aparatu pokrywałaby zapotrzebowanie wyznaczone dla dwóch aparatów o

wydajności 30 badań na godzinę. Ponadto zamawiający musiałby wyrazić zgodę na wykonywanie badań boreliozy poza własnym laboratorium, w którym obecnie tego rodzaju badania wykonuje.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wskazuje na rodzaj badań koniecznych do zabezpieczenia działalności medycznej szpitala, nie jest opisem wskazującym na konkretne urządzenia, czy też preferującym rozwiązania konkretnego producenta. Jedynym dowodem przedstawionym przez Odwołującego było zestawienie porównawcze dostępnych aparatów pomiarowych, z którego wynikać miało, iż tylko urządzenia bioMerieux umożliwiają wykonanie pełnego wachlarza badań. Izba uznała, iż oświadczenie to nie miało wartości dowodowej nie było bowiem poparte żadnymi materiałami producentów urządzeń, które uwierzytelniałyby oświadczenie własne Wykonawcy. Jedyne ulotki jakie Odwołujący przedłożył dotyczyły jego urządzeń i urządzenia mającego oferować pełen zakres badań (Vidas – aparat podstawowy i miniVidas – aparat kompaktowy). Na tej podstawie Izba mogła jedynie przyjąć, iż urządzenia bioMerieux spełniają wymagania Zamawiającego, a urządzenia Roch tych wymagań nie spełniają. Nie stanowiło to jednak wystarczającego dowodu dla wykazania tezy, iż jedynie urządzenie bioMerieux, z dostępnych na rynku, może być przedmiotem dzierżawy. Nawet gdyby przyjąć, iż nie wszystkie z dostępnych urządzeń posiadają możliwość wykonania pełnego zakresu badań, to nadal nie byłoby to wystarczające dla postawienia zarzutu niedozwolonego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Zamawiający jest uprawniony do wskazania zakresu badań, jakie zamierza prowadzić we własnym laboratorium, którego głównym zadaniem jest zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania szpitala, bezpieczeństwa pacjentów i prowadzonych procedur medycznych. Decyzje związane z funkcjonowaniem placówki i planami jej rozwoju (już wdrażanymi) nie mogą być dyktowane potrzebami producentów urządzeń, w jakie szpital będzie wyposażał własne laboratorium. Możliwość wykonywania badań poza szpitalem została przez Zamawiającego przewidziana ale tylko na wypadek awarii urządzeń, czy też braku niezbędnych materiałów do wykonania badań. Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, które uzasadniałyby zmianę zasad pracy w laboratorium szpitala na takie odpowiadające możliwościom jakie posiada dostawca urządzeń. Nie miało znaczenia to, czy badanie boreliozy jest badaniem pilnym z uwagi na przebieg choroby, czy też zagrożenie życia pacjenta, istotnym pozostawało bowiem ustalenie, czy Zamawiający może wymagać, aby badania były wykonywane w jego laboratorium. W ocenie Izby jest to obiektywnie uzasadnione zarówno z uwagi na procedury medyczne, jak i bezpieczeństwo pacjentów. Można wskazać, iż laboratorium stanowi serce szpitala bez, którego nie można wyobrazić sobie prawidłowej pracy oddziałów. Konieczność wykonywania części badań poza szpitalem, nawet gdy

wpisuje się w obraz działalności medycznej nie oznacza, iż działanie zmierzające do utrzymania standardu pracy laboratorium szpitalnego przez utrzymanie lub poszerzenie zakresu badań, może być utożsamiane z działaniem zmierzającym do zakłócenia konkurencji na rynku dostawców wyrobów medycznych. Ponadto zmiana polegająca na dopuszczeniu wykonywania badań poza szpitalem, oznaczałaby istotną zmianę zakresu zamówienia, które obejmowałyby nie tylko dostawę odczynników i dzierżawę aparatów, ale także świadczenie usługi zdrowotnej przez podmiot trzeci.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy podlegało uwzględnieniu, chociaż nie wszystkie z podnoszonych podstaw faktycznych zarzutu były uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Odwołującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: