

Sygn. akt: KIO 2000/21

WYROK

z dnia 17 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 2 września 2021 r. i 14 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 lipca 2021 roku przez odwołującego **Becton Dickinson Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku,**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w pkt nr 1, 3, 5, 6, 8, 10, 12, 13, 14 odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w pkt nr 7 uzasadnienia odwołania, wobec jego wycofania przez Odwołującego.
3. Oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa systemu zamkniętego próżniowego do pobierania krwi wraz z dzierzawą analizatora do OB kompatybilnego z oferowanym systemem”, Numer postępowania: 57/TP/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 czerwca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021 /BZP 00096134/01.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 5 lipca 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez wadliwe sporządzenie SWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 99 ust. 1, 2, 4, 5, 6 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wskazanie „źródła lub szczególnego procesu”, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co doprowadza do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów oraz jednocześnie eliminuje z postępowania odwołującego, który w wyniku w/w czynności zamawiającego nie może złożyć oferty w postępowaniu, a zakwestionowane „parametry” nie wynikają z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, lecz są nakierowane wyłącznie na wyeliminowanie konkurencji z postępowania! Ergo finalnie wywołuje to skutek w postaci uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia;

- 4) art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;
- 5) art. 5 k.c., art. 58 S 1 i 2 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikację postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz usunięcia z treści opisu przedmiotu zamówienia tych elementów, które nie są w obiektywizowany sposób niezbędne Zamawiającemu zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla Zamawiającego parametrami w jak najszerszych zakresach, które nie będą odpowiadały z góry określonemu wyrobowi określonego producenta, w szczególności poprzez eliminację wskazanych w treści odwołania dyskryminacyjnych zapisów SWZ, w sposób opisany w odwołaniu, tj. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ — zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.
- 2) obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że działania Zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z prawem mają decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Modyfikacja w sposób opisany powyżej pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, czym preferuje wyłącznie wybranych wykonawców, co nie jest, zdaniem Odwołującego, usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy w ustawie Pzp wskazane w *petitum* odwołania. Odwołujący wskazał, że wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na szkodę. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie

zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

Zdaniem Odwołującego nie ma żadnej ważnej przyczyny dlaczego Odwołujący nie może złożyć konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu, który do momentu zmiany zapisów jest w sposób rażąco sprzeczny z prawem i to nie tylko z przepisami Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany treści SWZ.

Odwołujący wskazał, że kwestionuje następujące postanowienia SWZ znajdujące się w Załączniku nr 2 (Formularzu asortymentowo-cenowym):

- 1) W pozycji 4 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Probówka z trombiną 3,5 ml z żelem. Wymaganie objętości 3,5 ml ogranicza konkurencję. Produktem równoważnym jest probówka z trombiną 5,0 ml z żelem, pozwalającą na uzyskanie materiału do wirowania w czasie 5 min, spełniającą zapisy SWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie ww. pozycji, polegającej na tym, aby pkt 4 (Formularz asortymentowo-cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówka z trombiną 3,5 —5 ml z żelem.”

- 2) W pozycji 5 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Probówka do morfologii z EDTAK3, o pojemności 1 ml, śr. 13-14 mm. Wymaganie objętości 1 ml ogranicza konkurencję. Produktem równoważnym jest probówka do morfologii z EDTA 1<3, o pojemności 2 ml, śr. 13 mm.

Odwołujący wskazał, powołując się na Zalecenia Grupy Roboczej ds. Procedur Przedanalitycznych Niemieckiego Towarzystwa Chemii Klinicznej i Medycyny Laboratoryjnej pod przewodnictwem W.G Guder, F. Da Fonseca- Wollheim, W.Heil, Y.Schmitt, G. Topfer, H. Wisser, B. Zawta, opisanych w broszurze „Jakość próbek diagnostycznych”, zalecamy, aby do badań hematologicznych pobierać 2-3 ml krwi do probówek z EDTA („Jakość próbek diagnostycznych”, rozdział 3: „Wybór optymalnej objętości próbki”, strony 1315). Odwołujący wskazał, że wg ww. rekomendacji taka ilość pobranego materiału jest optymalna dla wykonania 95% badań, zleconych dla danego materiału. Odwołujący wskazał, że załączył ww. broszurę. Dodatkowo, korzystając z doświadczeń klientów w Polsce i na świecie, Odwołujący zaznaczył, iż objętość 2ml jest standardową objętością w badaniach morfologicznych, stosowaną również w przypadku trudnych pobrań (CO Gliwice, SCO Kielce, ZCO Szczecin, Przylądek Dobrej Nadziei Wrocław), bez szkody dla pacjenta i

jednocześnie z możliwością powtórnego badania z tej samej próbki bez konieczności ponownego pobierania materiału.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 5 (Formularz asortymentowo - cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówka do morfologii z EDTAK3, o pojemności 1 — 2 ml, śr. 13-14 mm”

- 3) W pozycji 7 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Probówka do serologii z EDTAK3, o pojemności 5-6 ml, śr. 13-14 mm. Takie wymaganie ogranicza konkurencję. Produkty równoważne to, próbki do serologii z EDTA K2, o pojemności 6 ml, śr. 13 mm lub próbki z EDTA K3 o pojemności 4 ml, śr. 13 mm.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie ww. pozycji, polegającej na tym, aby pkt 7 (Formularz asortymentowo-cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco:

Probówka do serologii z EDTAK3 lub EDTAK2, o pojemności 5-6 ml lub Probówka do serologii z EDTAK3, o pojemności 4 ml.

- 4) W pozycji 8 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Probówka do koagulologii o pojemności 3,5 ml, śr. 13-14 mm. Wymaganie objętości 3,5 ml ogranicza konkurencję. Produktem o wyższych parametrach jakościowych jest probówka do koagulologii o pojemności 2,7 ml, śr. 13 mm i konstrukcji pozwalającej na zminimalizowanie przestrzeni pustej nad meniskiem pobranej krwi pozwala ona na uniknięcie ryzyka związanego z fałszywie skróconymi wynikami APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną oraz PT i INR u pacjentów leczonych warfaryną. Ponadto probówka reprezentuje złoty standard dla oznaczeń koagulologicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 8 (Formularz asortymentowo cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówka do koagulologii o pojemności 2,7-3,5 ml, śr. 13-14 mm”

- 5) W pozycji 9 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Probówka do koagulologii o pojemności 2 ml, śr. 13-14 mm. Wymaganie objętości 2 ml ogranicza konkurencję. Produktem o wyższych parametrach jakościowych jest probówka do koagulologii o pojemności 1,8 ml, śr. 13 mm i konstrukcji pozwalającej na zminimalizowanie przestrzeni pustej nad meniskiem pobranej krwi pozwala ona na uniknięcie ryzyka związanego z fałszywie skróconymi wynikami APTT u pacjentów leczonych niefrakcjonowaną heparyną oraz PT i INR u pacjentów leczonych

warfaryną. Ponadto próbówka reprezentuje złoty standard dla oznaczeń koagulologicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 9 (Formularz asortymentowo-cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówka do koagulologii o pojemności 1,8-2 ml, śr. 13-14 mm”.

W ocenie Odwołującego bezzasadnym jest również wymóg 6-ciu miesięcy terminu ważności próbek: Zapis ten ogranicza konkurencję, a oferowane próbówki 1,8ml, spełniają normę ISO6710 w zakresie prawidłowego napełnienia w terminie ich ważności. Sądząc po ilościach wyspecyfikowanych w SWZ próbek nieprawdopodobnym jest, aby Zamawiający składał zamówienia co 6 miesięcy. Standardowe zamówienia składane są co najmniej raz w miesiącu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie ww. pozycji, polegającej na tym, aby pkt 14 (WYMAGANIA dotyczące Systemu zamkniętego do pobierania krwi żyłnej metodą próżniową) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: Okres trwałości próbek minimum 4 miesiące od dnia dostarczenia do Zamawiającego

- 6) W pozycji 16 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Mikrometoda do koagulologii 1 ml. Taki zapis SWZ ogranicza konkurencję ponadto generuje ryzyko błędu przedanalizycznego. Produktem o wyższych parametrach jakościowych jest próbówka próżniowa do koagulologii o objętości pobrania 1,8 ml.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie metody próżniowej zagwarantuje precyzyjne pobranie nominalnej objętości krwi, które nie będzie możliwe przy pobieraniu do mikropróbówki metodą otwartą lub odmierzania objętości przy nalewaniu ze strzykawki. Właściwa objętość krwi jest niezbędna dla uzyskania wymaganego stężenia płynnego dodatku w próbce przeznaczonej do badań koagulologicznych (stosunek 9:1) w celu uniknięcia skrzepów w próbówce, które kwalifikują ją od odrzucenia przez laboratorium. W związku z powyższym wnosimy o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 16 (Formularz asortymentowo - cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówka do koagulologii o pojemności 1,8-2 ml, śr. 13-14 mm”.

- 7) W pozycjach 15 i 16 Zamawiający wyspecyfikował próbówki do mikrometody, które nie są elementami systemu zamkniętego pobierania krwi, dlatego też powinny zostać wydzielone do innego pakietu przetargowego. Wyspecyfikowane w SWZ próbówki do mikrometody ograniczają w ocenie Odwołującego konkurencję.
- 8) W pozycji 18 Formularza asortymentowo cenowego Zamawiający wyspecyfikował: Bezpieczna igła (0,9 mm, 0,7 mm, 0,8 mm o długości ostrza 38 mm) lub uchwyt (jeśli niezbędny do prawidłowego działania systemu. Wyspecyfikowane w SWZ grubość i

długość igieł bezpiecznych ograniczają konkurencję. Odwołujący wskazał, że produktami o wyższych parametrach są igły bezpieczne cienkościenne o długości 32 mm i rozmiarach 0,7 i 0,8, cienkościenne zgodnie z wymaganiami normy IS09626, dla których oferowana igła 0,8 mm będzie miała średnicę otworu wewnętrznego jak w igle 0,9 mm gwarantując wypływ krwi jak z igły standardowej 0,9 mm, dając większy komfort pacjentowi. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 18 (Formularz asortymentowo - cenowy) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Bezpieczna igła (0,7 mm, 0,8 mm o długości ostrza 32- 38 mm) lub uchwyt (jeśli niezbędny do prawidłowego działania systemu)”.

- 9) Parametry wymagane, parametr 4. Zamawiający wymaga: Probówki wykonane z przezrystego plastiku. W ocenie Odwołującego wymaganie plastiku jako jedynego dopuszczonego materiału dla probówek do OB ogranicza konkurencję. Produktami o wyższych parametrach są probówki do OB wykonane ze szkła hartowanego. Gładka powierzchnia szkła pozwala na łagodny opad krwinek w probówce, a dzięki większej przezroczystości lepszą ocenę próbki.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 4 (WYMAGANIA dotyczące Systemu zamkniętego do pobierania krwi żyłnej metodą próżniową) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówki wykonane z przezrystego plastiku. Dopuszcza się zaoferowanie probówek szklanych do OB w pkt 12 (Formularz asortymentowo cenowy)”

- 10) Parametry wymagane, parametr 6 i 9. Zamawiający wymaga: Etykiety na probówkach muszą zawierać informacje: numer serii i termin ważności (w formacie dd-mm-yyyy), objętość pobieranego materiału wraz ze znacznikiem pobrania, informacje o odczynniku w probówce, oznaczenie sterylności (parametr 6) oraz: System wykonany zgodnie ze standardem ISO 6710 (parametr 9). Zamawiający w tych punktach przedstawił wymagania nieściśle i wybiórczo czym utrudnił konkurencję. Rozwiązaniem jest zastosowanie się do międzynarodowych norm w zakresie wymaganych parametrów systemu przez wymaganie zgodności oferowanego systemu z normą IS06710.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 6 i 9 (WYMAGANIA dotyczące Systemu zamkniętego do pobierania krwi żyłnej metodą próżniową) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Probówki wykonane z normą ISO 6710”.

- 11) Parametry wymagane, parametr 12. Zamawiający wymaga: Czas wykrzepiania (surowica) 8-30 minut — załączyć dokument producenta. Takie wymaganie jest niezasadne i nie powinno być stawiane. Czas wykrzepiania próbek krwi pobranych do

próbówek z aktywatorem wykrzepiania zależy od wielu czynników: aktywatora wykrzepiania (odczynnika) dodanego do próbówki (jego rodzaju i ilości), temperatury otoczenia (obniżona temperatura: 2 do 80C wydłuża czas wykrzepiania próbek), fizjologicznego stanu pacjenta (krew pacjenta z zaburzeniami krzepnięcia będzie wykrzepiać dłużej niż krew pacjenta zdrowego^{01,2}) i przyjmowanych przez pacjenta leków (u pacjentów leczonych antykoagulantami, skrzep będzie powstawał dłużej). Odwołujący wskazał, że Clinical and Laboratory Standards Institute (CLSI) podaje, że spontaniczne wykrzepianie zachodzi w czasie 30-60 minut, jednak dla pacjentów poddanych terapii antykoagulantami, czas ten może być dłuższy. Następnie Odwołujący wskazał, że Wg Gudera i współautorów, czas wykrzepiania wynosi około 30 minut, jednak może być on dłuższy u pacjentów leczonych antykoagulantami. Ponadto Odwołujący wskazał również, że Kieć, Naskalski i Solnica podają, że u pacjentów przyjmujących leki hamujące krzepnięcie, proces ten może być wydłużony nawet do 120 minut. Jednocześnie CLSI i Guder^{1,2} wskazują na konieczność wirowania w pełni wykrzepionych próbek krwi, w celu uniknięcia wytrącenia się włókien fibryny, co może przeszkodzić w przeprowadzeniu analizy (zatykanie się sond analizatorów) i wydłużyć TAT oraz prowadzić do uzyskania błędnych wyników analiz. Odwołujący wskazał, że producenci systemów do pobierania krwi, bazując na powyższych zaleceniach, zalecają wirowanie w pełni wykrzepionych próbek krwi. Jednocześnie producenci systemów próbek nie podają maksymalnego czasu wykrzepiania próbek krwi, mając na uwadze pacjentów leczonych antykoagulantami. Jako potwierdzenie załączamy broszury i fragmenty katalogów trzech wiodących firm dostarczających systemy do pobierania krwi na rynku polskim. Odwołujący zwrócił uwagę, że żadna z broszur nie podaje jednoznacznej informacji, iż krew wykrzepia maksymalnie w ciągu 30 minut w każdym przypadku. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego wyspecyfikowany przez Zamawiającego zapis jest niemożliwy do spełnienia i potwierdzenia w jakichkolwiek materiałach firmowych czołowych producentów, dlatego też Odwołujący wniósł o odstąpienie od wspomnianego wymogu.

- 12) Parametry graniczne automatycznego czytnika do OB, parametr 2. Zamawiający wymaga: Minimalna wydajność komory — 50 próbek na godzinę. Wymaganie takiej wydajności ogranicza konkurencję. Produktem równoważnym jest tu czytnik do OB o wydajności 40 próbek na godzinę. OB nie należy do badań pilnych i kluczowych dla Zamawiającego, co można wywnioskować na podstawie określonej w SWZ ilości badań (około 20 badań dziennie).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 2 (PARAMETRY GRANICZNE

AUTOMATYCZNEGO CZYTNIKA OB WYMAGANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Minimalna wydajność komory — 40 probówek na godzinę.”

13) Parametry graniczne automatycznego czytnika do OB, parametr 7. Zamawiający wymaga: Wewnętrzna kontrola aparatu -kalibratory korekcji odczytu. Wymaganie kalibratorów ogranicza konkurencję. Produktem o lepszych parametrach jest czytnik, który zgodnie z instrukcją obsługi, nie wymaga stosowania kalibratorów korekcji odczytu, natomiast przy każdym włączeniu wykonuje sekwencję testów sprawdzających zakończoną wydrukowanym komunikatem o ich zaliczeniu, jednoznaczny z gotowością do pracy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie ww. pozycji, polegającej na tym, aby pkt 7 (PARAMETRY GRANICZNE AUTOMATYCZNEGO CZYTNIKA OB WYMAGANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Aparat z funkcją autotestu, zapewniającą właściwą pracę urządzenia.”

14) Parametry graniczne automatycznego czytnika do OB, parametr 13. Zamawiający wymaga: Przegląd minimum jeden raz w roku. Wymaganie w SWZ czytnika, dla którego niezbędne są przeglądy roczne ogranicza konkurencję, uniemożliwiając zaoferowanie urządzeń prostszych w utrzymaniu i obsłudze, dla których producenci nie wymagają rocznych przeglądów technicznych. Produktem o lepszych parametrach jest czytnik, który zgodnie z instrukcją obsługi, nie wymaga przeprowadzania rocznych przeglądów technicznych, natomiast przy każdym włączeniu wykonuje sekwencję testów sprawdzających zakończoną wydrukowanym komunikatem o ich zaliczeniu, jednoznaczny z gotowością do pracy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na tym, aby pkt 13 (PARAMETRY GRANICZNE AUTOMATYCZNEGO CZYTNIKA OB WYMAGANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO) Załącznika nr 2 do SWZ brzmiał następująco: „Przegląd minimum jeden raz w roku, jeśli wymaga tego instrukcja obsługi aparatu.”

Ponadto Odwołujący wskazał, że w myśl art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na możliwość sporządzenia oferty. Wskazana norma prawna wymaga więc dokonania odpowiednio precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 99 ust. 4 ustawy zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący wskazał, że zakazane jest

dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 99 ust. 4 Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując lub ograniczając jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, jak wskazał Odwołujący przyjmuje się, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też, Odwołujący wskazał, że przy opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć konkretny produkt.

Odwołujący wskazał, że zdaje sobie sprawę, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to Zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Odwołujący podkreślił, że celem postępowania jest zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, w warunkach poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert przez wykonawców, w związku z czym na Zamawiającym spoczywa obowiązek unikania sformułowań utrudniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślił, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw nieodpowiadających jego

potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Jednocześnie jednak Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Odwołujący wskazał na stanowisko Sądu Okręgowy w Poznaniu wyrażone w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06. Następnie Odwołujący wskazał, że jako przykłady działań sprzecznych z art. 99 ust. 4 ustawy w doktrynie wymienia się m. in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Odwołujący podkreślił, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 16 ust 1 i art. 99 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał również stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyważone w jednej z opinii prawnych zgodnie z którym: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 PZP (art. 99 ust. 4 ustawy z 2019 r.), zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok 50 w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”. Następnie Odwołujący przywołał liczne stanowiska z orzecnictwa Zespołu Arbitrów, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie

przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 459 pkt. 1 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 16 ust. 1 i art. 99 ust. 4 ustawy stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania. W tym zakresie Odwołujący również przywołał licznie stanowisko orzecznictwa i doktryny.

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie konkurencyjnych ofert przez pozostałych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał że otwarcie postępowania na konkurencję z całą pewnością będzie korzystne dla Zamawiającego zarówno ze względów finansowych, jak również ze względu na jakość produktów oferowanych przez poszczególnych dostawców. W konsekwencji pozwoli to Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, albowiem do momentu dokonania zmiany SWZ jest to de facto niemożliwe, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia w najwyższy sposób utrudnia czyni „bezprzedmiotowym” złożenie oferty przez wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja opisu przedmiotu zamówienia” nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że żaden wykonawca nie zgłosił udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Izba ustaliła zważyła i ustaliła, co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że formułując kwestionowane przez Odwołującego postanowienia OPZ, kierował się swoimi uzasadnionymi potrzebami. Argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego była dla Izby przekonująca. Zamawiający wykazał, że konstruując OPZ bazował na swoim dotychczasowym doświadczeniu i takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia pozwala nie tylko zaspokoić jego potrzeby, ale wynika również z jego dotychczasowej praktyki.

Zarzut nr 2 dotyczący wymagania w zakresie „Probówka do morfologii z EDTAK3, o pojemności 1 ml, śr. 13-14 mm.”

Zamawiający wskazał, że probówka o pojemności 1 ml jest uzasadniona, gdyż jednocześnie, oprócz morfologii, wykonywane są również inne badania jak przeciwciała, czy grupa krwi. Zamawiający wyjaśnił, że są przypadki kiedy istnieje potrzeba pobrania jak najmniejszej ilości krwi, np. w przypadku tzw. pacjentów hematologicznych, neonatologicznych, czy onkologicznych. Ponadto wskazał, że szczególnie ważne są dwa parametry, tj. leukocyty i płytki, gdzie system zamknięty daje bardziej wiarygodny wynik niż mikrometoda. Natomiast dowody, na które powołuje się Odwołujący, zawierają jedynie rekomendacje i w ocenie Izby Zamawiający poruszając się w ramach takich rekomendacji ma uprawnienie sformułować przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający swoim usprawiedliwionym potrzebom, które wykazał.

Zarzut nr 4 dotyczący wymagania w zakresie „Probówka do koagulologii o pojemności 3,5 ml, śr. 13-14 mm.”

Izba miała na uwadze, że Odwołujący odniósł się do współpracy tylko z jednym podwykonawcą Zamawiającego, podczas gdy nie jest to jedyny podmiot, z którym Zamawiający współpracuje. Powód współpracy z podmiotami zewnętrznymi nie jest również jedynym, dla którego Zamawiający zdecydował się na kwestionowanie postanowienia OPZ. Tymczasem Zamawiający wykazał, że kwestionowane wymaganie wynika z jego potrzeb. Zamawiający wymóg ten uzasadnił nie tylko współpracą z podmiotami zewnętrznymi ale również doświadczeniem nabytym w trakcie pandemii przy leczeniu pacjentów chorych na COVID-19, a także wykazał, że taka probówka sprawdza się przy pacjentach z niewydolnością serca. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 9 dotyczący materiału z którego wykonana jest probówka, tj. „Probówka wykonana z przezrystego plastiku.”

Izba zauważyła, że przedstawione przez Odwołującego rekomendacje nie preferują żadnego z materiałów, z których wykonywane są próbówki. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze argumentację Zamawiającego, w wyniku oceny której uznała, że Zamawiający przy zawężeniu możliwości zaoferowania próbówki tylko tych wykonanych z plastiku wykazał, że kierował się swoimi uzasadnionymi potrzebami, w tym bezpieczeństwem użytkownika, co przekłada się również na komfort pracy personelu, który pracuje z różnymi pacjentami. Argumentacja zaprezentowana w tym zakresie przez Zamawiającego była dla Izby przekonująca, wobec czego zarzut został oddalony.

Zarzut nr 11 dotyczący wymagania „Czas wykrzepiania (surowica) 8-30 minut – załączyć dokument producenta.”

W tym zakresie Zamawiający również przekonał Izbę, że kierował się swoją uzasadnioną potrzebą. Izba dostrzega pewny brak precyzji ze strony Zamawiającego w sformułowaniu kwestionowanego wymogu, mianowicie jak podkreślił Zamawiający podczas rozprawy wymóg ten dotyczy czasu krzepnięcia krwi dla pacjenta zdrowego oraz w sytuacji dodania do próbówki aktywatora, co nie wynika wprost z kwestionowanego postanowienia. Okoliczność ta nie była jednak objęta zarzutem, gdyż Odwołujący domagał się usunięcia tego postanowienia, a nie jego doprecyzowania.

Z uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem zamawiającego ale również jego uprawnieniem. Formułując wymagania w danym w postępowaniu zamawiający definiuje jednocześnie własne potrzeby. Z tych względów, każdy opis przedmiotu zamówienia zwykle prowadzi w pewnym zakresie do ograniczenia konkurencji. Dzieje się tak z uwagi na okoliczność, że sporządzając opis przedmiotu zamówienia zamawiający nie jest zobowiązany dopuścić do udziału w postępowaniu każdego potencjalnego wykonawcy działającego na danym rynku, a jedynie tych, którzy będą w stanie zaoferować przedmiot zaspokajający uzasadnione i niedyskryminujące potrzeby Zamawiającego, gwarantujące mu uzyskanie oczekiwanego efektu.

Postępowanie będące przedmiotem tego postępowania odwoławczego ma swoją specyfikę wyrażającą się w tym, że chodzi nie tylko o zamówienie określonego, specyficznego asortymentu, ale również należy mieć na uwadze, że asortyment ten służy wykonywaniu pracy przez personel szpitala. Okoliczność ta musi być w ocenie Izby dostrzeżona i uwzględniona. Z dowodów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że w ramach danego rodzaju asortymentu, np. próbek będących w przeważającej mierze przedmiotem tej sprawy, istnieje wiele ich rodzajów, a różnice wyrażają się chociażby w pojemności czy materiale, z którego są wykonane. Z dowodów tych wynika, że istnieją różne

przedziały („widełki”) np. w zakresie pojemności dla probówek pediatrycznych. Jednak w ocenie Izby nie oznacza to, że z punktu widzenia prawidłowości wykonywanych zadań przez personel szpitala jest obojętne na jakiej probówce będzie pracować. W tym właśnie Izba upatruje uzasadnione potrzeby danego zamawiającego, który konstruując OPZ w oczywisty sposób do tych potrzeb się odwołuje i je uwzględnia i w oczywisty sposób determinują one stawiane w postępowaniu wymagania. Nie bez znaczenia jest tu również czynnik ludzki i wypracowany w danym miejscu sposób i metody pracy, które są specyficzne dla danego miejsca mimo powszechnie obowiązujących przepisów i ogólnych ram. Z tego powodu o uwzględnieniu odwołania nie mogła przesądzić argumentacja Odwołującego i przedstawione dowody, z których wynikało, że inne szpitale mające podobny profil jak Zamawiający i podobne oddziały z powodzeniem pracują na asortymencie oferowanym przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 w związku z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: