

WYROK
z dnia 28 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Siemens Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w zakresie związanym z żądaniami odwołania opisanymi w pkt 2 lit. c-j odwołania, wobec ich cofnięcia.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w wysokości 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 452/19

Uzasadnienie

Zamawiający – SP ZOZ Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie – prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”,

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części na zakup i sukcesywną dostawę odczynników wraz z dzierżawą aparatów”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2019 r., pod nr 2019/S 044-099877. Tego samego dnia Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

14 marca 2019 r. wykonawca Siemens Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie, w którym zaskarżył:

1. sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 1 („Zakup i sukcesywna dostawa odczynników wraz z dzierżawą zintegrowanych systemów analitycznych biochemiczno-immunochemicznych podstawowego i back-up”, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. opisie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 1 przez taki dobór parametrów wymaganych i ocenianych, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty;
3. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opisanie przedmiotu w zamówienia w zadaniu nr 1 w sposób preferujący konkretne rozwiązania charakterystyczne dla danego

producenta, a nie funkcjonalności, których oczekuje Zamawiający na podstawie SIWZ;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w następującym zakresie:

- 1.przez usunięcie wysokospecjalistycznych badań z listy wymaganych badań wyspecyfikowanych w arkuszu „Wzór oferty elektronicznej”, tj.:
 - poz. 3 – Albumina w PMR;
 - poz. 45 – Kwasy żółciowe;
 - poz. 19 – Chlorki w zakresie PMR;
 - poz. 37 – Immunoglobulina IgG w zakresie PMR;
 - poz. 70 – NGAL;
 - poz. 76 B – Cross Laps;
 - poz. 79 – CA 72.4;
 - poz. 83 – Cyfra 21.1;
 - poz. 84 – HE-4;
 - poz. 85 – ProGRP;
 - poz. 88 – AMH;
 - poz. 89 – Glukoza hemolizat;
 - poz. 100 – Osteokalcyna;
 - poz. 108 – Tyreoglobulina;
 - poz. 111 – P1 NP;
 - poz. 114 – NSE;
 - poz. 115 – S-100B;
 - poz. 117 – PLGF;
 - poz. 118 – sFlt-1;
 - poz. 119 – IL-6;
 - poz. 122 – Anti TSH receptor;
 - poz. 123 – ACTH;
 - poz. 127 – Total TAU w PMR;
 - poz. 128 – fosfoTAU w PMR;
 - poz. 129 – Bamyloid w PMR;

i utworzenie odrębnego zadania (pakietu) na wykonanie tych badań na innych analizatorach lub zmianę postanowień SIWZ przez dopuszczenie wykonawców, którzy uwzględnią w koszcie oferty zlecenie powyższych wysokospecjalistycznych badań w laboratorium zewnętrznym;
- 2.przez usunięcie wymogu zaoferowania badania w arkuszu „Wzór oferty elektronicznej”, w poz. 101 Parathormon PTH (1-84), i zmianę na badanie poz. 101 Parathormon PTH;
- 3.przez zmianę postanowienia SIWZ w tabeli „Wzór oferty elektronicznej”, poz. 124 w kolumnie Nazwa badania: „Troponiny T hs” na poz. 124 „Troponiny T hs lub Troponiny I”;
- 4.przez usunięcie w załączniku nr 8 do SIWZ dla Zadania nr 1 o nazwie „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” – „SOPZ”, w tabeli części I „Warunki graniczne dla biochemiczno-immunochemicznego podstawowego zintegrowanego systemu analitycznego”:
 - 4.1.parametru wymaganego w pkt 4 słów: „Wydajność łączna zintegrowanego systemu minimum 2 300 ozn. / godz.” i nadanie mu następującego brzmienia: „Wydajność łączna zintegrowanego systemu minimum 2 100 ozn. / godz.”;
 - 4.2.parametru wymaganego w pkt 6 słów: „Przepustowość podajnika powyżej 800 próbek badanych / godzinę” i nadanie mu następującego brzmienia: „Przepustowość podajnika minimum 500 próbek badanych / godzinę”;
- 5.przez usunięcie w SOPZ dla zadania nr 1, w tabeli części I a) „Warunki graniczne dla części biochemicznej” – parametru wymaganego w pkt 1 słów: „Wydajność łączna części biochemicznej min.2000 oznaczeń / godz.” i nadanie mu następującego brzmienia: „Wydajność łączna części biochemicznej min.1800 oznaczeń / godz.”;
- 6.przez usunięcie w SOPZ dla zadania nr 1, w tabeli części I a) „Warunki graniczne dla części biochemicznej” – parametru wymaganego w pkt 8 słów: „Ograniczenie kontaminacji w procesie przygotowywania mieszaniny reakcyjnej – bezdotykowe mieszanie” i nadanie mu następującego brzmienia: „Ograniczenie kontaminacji w

procesie przygotowywania mieszaniny reakcyjnej – bezdotykowe mieszanie lub mycie miksera przed każdym incydentem mieszania”;

- 7.przez usunięcie w SOPZ dla zadania nr 1, w tabeli części I b) „Warunki graniczne dla części immunochemicznej” parametru wymaganego w pkt 5 słów: „Możliwość jednoczesnej dostępności 48 różnych parametrów” i nadanie mu następującego brzmienia: „Możliwość jednoczesnej dostępności minimum 42 różnych parametrów”;
- 8.przez usunięcie w SOPZ dla zadania nr 1, w tabeli części I b) „Warunki graniczne dla części immunochemicznej” – parametru wymaganego w pkt 6 słów: „Czas uzyskania wyników nie dłuższy niż 30 min.” i nadanie mu następującego brzmienia: „Czas uzyskania wyników nie dłuższy niż 30 min., za wyjątkiem 3 testów (PAPPA, wolna podjednostka beta HCG, ACCP) dla których czas uzyskania wyników nie przekracza 40 minut”;
- 9.przez usunięcie w SOPZ dla zadania nr 1, w tabeli części I b) „Warunki graniczne dla części immunochemicznej” – parametru wymaganego w pkt 10 słów: „Chłodzenie odczynników na pokładzie analizatora w temperaturze lodówki, gwarantowana stabilność powyżej 30 dni” i nadanie mu następującego brzmienia: „Chłodzenie odczynników na pokładzie analizatora w temperaturze lodówki”;
- 10.przez usunięcie w tabeli załącznika nr 4 do SIWZ „Parametry oceniane zintegrowanego systemu biochemiczno-immunochemicznego”
 - 10.1.punktu ocenianego poz. 3: „Objętość próbki aspirowana do jednego oznaczenia nie większa niż 50 μ l”;
 - 10.2.punktu ocenianego poz. 5 : „Zakres pomiarowy CRP bez rozcieńczeń min. 350 mg/l;
 - 10.3.punktu ocenianego poz. 8: „Test do oznaczania prolaktyny umożliwiający wykrywanie i różnicowanie makroprolaktyny”;
 - 10.4.punktu ocenianego poz. 9 słów: „Możliwość oznaczania śródoperacyjnego PTH: czas oznaczania <10 min.” I nadanie mu brzmienia: „Możliwość oznaczania śródoperacyjnego PTH: czas oznaczania \leq 10 min”.

Odwołujący podkreślił, że przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim zintegrowane systemy analityczne oraz odczynniki i materiały eksploatacyjne do tej aparatury, będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego Postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp do obowiązków Zamawiającego należy opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo, zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przepis art. 7 ust. 1 Pzp wprost nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający zasady te naruszył przygotowując SIWZ w taki sposób, że ważną ofertę złożyć może wyłącznie Roche Diagnostics Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Wykonawca R”).

Ad 1 żądań odwołania

Wymóg zaoferowania na dwóch zintegrowanych systemach biochemiczno-immunochemicznym wykonania wysokospecjalistycznych badań określonych we wzorze „Oferty elektronicznej” (wymienionych powyżej) jest przejawem istotnego ograniczenia konkurencji. Wskazane testy zaliczane są powszechnie do testów wysokospecjalistycznych. Wprowadzenie wymogu, aby również te testy były wykonywane na tym samym systemie biochemiczno-immunochemicznym oferowanym przez wykonawców jest nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Tylko jeden wykonawca działający na rynku jest w stanie zaoferować na jednym systemie biochemiczno-immunochemicznym wszystkie wymagane badania, w tym przedmiotowe testy wysokospecjalistyczne – Wykonawca R. Pozostali potencjalni wykonawcy, z przyczyn technicznych, mogą zaoferować wykonywania przedmiotowych testów wysokospecjalistycznych na dodatkowym systemie, albo zlecić ich wykonywanie podmiotom trzecim. Oba alternatywne rozwiązania są wykluczone obecnym brzmieniem SIWZ.

W zakresie poz. 19 Chlorki i poz. 37 Immunoglobulina IgG w surowicy i w PMR sytuacja jest o tyle inna niż w przypadku pozostałych, że badanie w surowicy chlorków i immunoglobuliny IgG należy uznać za standardowe, natomiast dodanie wymogu, aby test wykonywany był w próbce PMR, uzasadnia objęcie poz. 19 i 37 kategorią rzadko wykonywanych wysokospecjalizowanych badań.

Na szczególną uwagę zasługuje tutaj fakt, że przedmiotowe testy stanowią z reguły stosunkowo małą ilość oznaczeń spośród wszystkich badań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Według wiedzy Odwołującego stanowią one mniej niż 1% wszystkich badań objętych Postępowaniem. Jest powszechną praktyką, że tego typu testy wykonywane są na dodatkowych analizatorach o dużo mniejszej wydajności, właśnie z tego powodu, że wykonywane są bardzo rzadko.

Żadne z powyższych wysokospecjalistycznych badań nie jest klasyfikowane jako pilne w tym sensie, że jego wyniki mogą być potrzebne Zamawiającemu natychmiast. Nieznacznie dłuższe oczekiwanie na wynik związane z potencjalnym zleceniem ich wykonania do zewnętrznego laboratorium nie spowoduje wzrostu zagrożenia dla pacjenta.

Ad 2 żądań odwołania

Ujęte w poz. 101 badanie Parathormon PTH (1-84) jest badaniem parathormonu 3 generacji wykrywającym negatywne cząsteczki 1-84 i jako część kompleksowego systemu diagnostycznego stanowiącego przedmiot Postępowania może być zaoferowane jedynie przez Wykonawcę R.

Z punktu widzenia diagnostycznego test Parathormon PTH drugiej generacji spełnia wszystkie obowiązujące standardy laboratoryjne, a co za tym idzie pozwala na wykrywanie natywnych cząsteczek 1-84 oraz fragmentów cząsteczek 7-84.

Jeżeli Zamawiającemu zależy na uzyskaniu możliwości badania Parathormon PTH (1-84), który oferuje tylko jeden producent, a jednocześnie ogłosił przetarg nieograniczony z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, winien tak opisać to badanie, żeby umożliwić złożenie oferty więcej niż jednemu wykonawcy, a co za tym idzie opisać to badanie dając alternatywę Wykonawcom, np. dopuszczając jeden i drugi rodzaj tego oznaczenia („poz. 101 Parathormon PTH (1-84) lub Parathormon PTH”).

Ad 3 żądań odwołania

Ujęte w poz. 124 badanie Troponiny T hs jest badaniem, które jako część kompleksowego systemu diagnostycznego stanowiącego przedmiot Postępowania może być zaoferowane jedynie przez Wykonawcę R. Ponadto, nie istnieje jakiegokolwiek uzasadnienie kliniczne, według którego stosowanie badania Troponiny T hs miałyby mieć przewagę nad Troponiną I. Oba badania są traktowane w wytycznych Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego oraz Europejskiego Towarzystwa Kardiologii (ang. *European Society of Cardiology*) jako rozwiązania równorzędne. Innymi słowy, zastosowanie badania do oznaczania wysokoczułej Troponiny I w miejsce wymaganej Troponiny T hs nie spowoduje jakichkolwiek negatywnych skutków dla Zamawiającego, a wręcz przeciwnie, dopuszczenie wysokoczułej Troponiny I podniesie poziom konkurencji w Postępowaniu, na czym Zamawiającemu powinno zależeć. Badanie oznaczania Troponiny I może być zaoferowane przez większą ilość wykonawców.

Ad 4 żądań odwołania

Zgodnie z informacjami, jakie otrzymał Odwołujący z laboratorium Zamawiającego w trakcie rozmów prowadzonych przed wszczęciem Postępowania, Zamawiający wykonuje średnio 6 testów z jednej próbki. Liczba wszystkich badań wykonywana dziennie przez Zamawiającego to ok. 5 400 (przy założeniu pracy tylko w dni powszednie, czyli 260 dni w roku). Na podstawie powyższych danych Odwołujący oszacował, że dzienna ilość wszystkich próbek to ok. 900. Żądany przez Zamawiającego podajnik o przepustowości 500 próbek/godz. może wykonać całą dzienną pracę laboratorium Zamawiającego w czasie krótszym niż 2 godziny. Stawianie żądania przepustowości 800 próbek na godzinę (rozwiązania oferowanego przez jednego dostawcę, a mianowicie Wykonawcę R) jest w oczywisty sposób nadmiarowe i całkowicie niezasadnie zaostrza warunki graniczne, a tym samym ogranicza konkurencyjność Postępowania.

Zmiana wymogu na przepustowości 500 próbek/godz. nie wpłynie w istotny sposób na wydajność systemu i czas potrzebny do uzyskania kompletu wyników, a zwiększy konkurencyjność.

Ad 5 żądań odwołania

Według wiedzy Odwołującego liczba badań biochemicznych wykonywanych przez laboratorium Zamawiającego dziennie to ok. 4 500 przy założeniu pracy tylko w dni powszednie, czyli przez 260 dni w roku. Według szacunków Odwołującego analizatory biochemiczne o wydajności 1 800 oznaczeń/godz. mogą wykonać całą dzienną pracę Zamawiającego w czasie 2 godz. 30 min., a analizatory o żądanej przez Zamawiającego w SIWZ wydajności 2000 oznaczeń/godz. w czasie 2 godz. 15 min. Różnica ta jest na tyle nieistotna z perspektywy obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, że umiejscowienie wśród parametrów granicznych wydajności 2000 oznaczeń/godz. jest w oczywisty nadmiarowe. Żądane rozwiązania oferowane jest oczywiście przez jednego dostawcę, a mianowicie

Wykonawcę R.

Ad 6 żądań odwołania

Mycie miksera stanowiącego część aparatury jest wystarczającym zabezpieczeniem przed kontaminacją mieszaniny reakcyjnej, która jest potwierdzona praktyką laboratoryjną i pozostaje bez wpływu na jakość wyników oznaczeń biochemicznych. Umieszczenie przez Zamawiającego w SIWZ wśród wymogów granicznych żądania bezdotykowego mieszania jest wymogiem nadmiarowym. System zabezpieczania przed kontaminacją mieszaniny reakcyjnej, polegający na bezdotykowym mieszaniu mieszaniny reakcyjnej, jest oferowany oczywiście przez jednego dostawcę, a mianowicie Wykonawcę R.

Ad 7 żądań odwołania

Wymóg graniczny jednoczesnej dostępności dokładnie 48 parametrów nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Zgodnie z SIWZ, łączna ilość badań immunochemicznych wynosi więcej niż 50, stąd żądane jako wymogu granicznego 48 pozycji nie zabezpiecza obecności wszystkich odczynników na pokładzie aparatu jednocześnie. Ta liczba odpowiada natomiast ilości pozycji odczynnikowych w analizatorze Wykonawcy R. Jest więc oczywiste, że stawianie tego żądania wśród parametrów granicznych nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia i jest nadmiarowe.

Ad 8 żądań odwołania

Żadne z badań będących przedmiotem zamówienia w części immunochemicznej nie jest klasyfikowane jako pilne w tym sensie, że jego wyniki mogą być potrzebne Zamawiającemu natychmiast. Nieznacznie dłuższe oczekiwanie na wynik nie spowoduje wzrostu zagrożenia dla pacjenta. Wymóg akurat 30 minut na uzyskanie wyniku nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, ale oczywiście odpowiada analizatorowi Wykonawcy R.

Z danych z rynku, jakimi dysponuje Odwołujący wynika, że żądany w odwołaniu „Czas uzyskania wyników nie dłuższy niż 30 min., za wyjątkiem 3 testów (PAPPA, wolna podjednostka beta HCG, ACCP), dla których czas uzyskania wyników nie przekracza 40 minut” zapewni konkurencję w Postępowaniu, ponieważ umożliwi złożenie ofert więcej niż jednemu wykonawcy.

Ad 9 żądań odwołania

Przedmiotowy wymóg łączący chłodzenie odczynników na pokładzie analizatora z gwarantowaną stabilnością powyżej 30 dni nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Wykonując zamówienie objęte Postępowaniem wykonawca dobiera taką ilość opakowań handlowych i opakowań wstawianych na pokład analizatora, aby przez cały okres obowiązywania umowy Zamawiający mógł dysponować odczynnikami przydatnymi do użycia, o gwarantowanym okresie stabilności na pokładzie analizatora.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie postawił analogicznego żądania wobec części biochemicznej analizatora, zaś wobec całego systemu zintegrowanego wymaga jedynie przechowywania odczynników na pokładzie analizatora zgodnie z rekomendacjami producenta (pkt 11 w części I i II).

Ujęcie w SIWZ w części wymogów granicznych żądania gwarantowanej stabilności na pokładzie analizatora powyżej 30 dni jedynie dla części immunochemicznej przedmiotu zamówienia potwierdza całkowity brak obiektywnych przyczyn takiego wymogu. Nie może stanowić niespodzianki informacja, że wymóg ten spełnia wyłącznie analizator Wykonawcy R.

Z danych z rynku, jakimi dysponuje Odwołujący wynika, że żądany w odwołaniu wymóg „Chłodzenie odczynników na pokładzie analizatora w temperaturze lodówki” zapewni konkurencję w Postępowaniu, ponieważ umożliwi złożenie ofert więcej niż jednemu wykonawcy,

Ad 10 żądań odwołania

W konsekwencji wszystkich wyżej opisanych zarzutów, istotną kwestią wpływającą na konkurencyjność w Postępowaniu są parametry oceniane. Zamawiający również w tym zakresie naruszył fundamentalne zasady Pzp, tak opisując parametry jakościowe, które w 100% spełnia jedynie Wykonawca R.

W Postępowaniu, gdzie cena stanowi 60% kryteriów ocenianych, a ocena jakościowa 40%, i układ parametrów ocenianych promuje w całości jedną z ofert, zaś pozostałym nie przyznaje żadnych punktów, może dojść do sytuacji, że wygrywa oferta z ceną trzykrotnie wyższą od ceny najniższej. Pozbawia to Zamawiającego szans na walkę cenową między oferentami, która doprowadziłaby do obniżenia kosztów i tym samym wpłynęła na racjonalne wydatkowanie

środków publicznych.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, natomiast poinformował o udzieleniu odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ i dokonanej 25 marca 2019 r. modyfikacji jej postanowień, w odpowiedzi na co Odwołujący, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, cofnął zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w zakresie związanym z żądaniami odwołania opisanymi w pkt 2 lit. c-j odwołania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca R, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy R (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania w części związanej z żądaniami opisanymi w pkt 2 lit. a i b odwołania. Na ich potwierdzenie wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści tabelarycznego zestawienia możliwości wykonywania spornych badań na urządzeniach oferowanych przez zidentyfikowanych przez siebie producentów analizatorów (dowód D1).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w powyższym zakresie, wskazując na uzasadnienie tego wniosku, że modyfikacja postanowień SIWZ dokonana w odpowiedziach na pytania nr 1 i 2 z 25 marca 2019 r. spowodowała, że stanowisko Odwołującego nie jest aktualne.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z ulotki analizatora Fujirebo Lumipulse G1200 (dowód P1)
2. wyciągu z ulotki analizatora Liaison (dowód P2);
na okoliczność badań możliwych do wykonania przy jego użyciu;
3. wydruku ze strony internetowej www.bioporto.com (dowód P3) – na okoliczność możliwości wykonywania badania NGAL na różnych analizatorach dostępnych na rynku, w tym na analizatorach oferowanych przez Odwołującego;
4. oferty handlowej Diamond Diagnostics, w części dotyczącej analizatorów oferowanych przez Przystępującego (dowód P4) – na okoliczność możliwości różnorodnego skonfigurowania oferty po dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ;
5. artykułu naukowego Z. Piechoty: „Oznaczanie parathormonu testami trzeciej generacji, PTH (1-84) 3 gen., u chorych z przewlekłą chorobą nerek (dowód P5) – na okoliczność wyższej dokładności tej metody badania nad poprzednią generacją testów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba, stosując odpowiednio przepis art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w części obejmującej zarzuty odwołania, które wycofane zostały na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W związku z podlegającymi rozpoznaniu zarzutami odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami oraz z dokumentów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie. W oparciu o ten materiał dowodowy skład orzekający stwierdził, że wynikający z odwołania stan faktyczny (brzmienie kwestionowanych postanowień SIWZ) nie budzi wątpliwości, ergo nie wymaga odrębnego omówienia.

Zważywszy na przepis art. 191 ust. 2 Pzp przy rozstrzygnięciu o podtrzymanych przez Odwołującego zarzutach odwołania Izba uwzględniła również dokonaną 25 marca 2019 r. modyfikację postanowień SIWZ wynikającą z odpowiedzi na pytania nr 1 i 2, dopuszczając i przeprowadzając dowód z ich treści. Ma to dla sprawy istotne znaczenie o tyle, że Zamawiający nie zmodyfikował listy spornych badań wymienionych w treści „Wzoru oferty elektronicznej”, niemniej jednak dopuścił możliwość ich wykonywania na dodatkowych analizatorach.

W konsekwencji przedstawionych powyżej ustaleń skład orzekający doszedł do wniosku, że zarzuty odwołania są nietrafne.

Tytułem wprowadzenia podkreślenia wymaga, że opisanie przedmiotu zamówienia leży w wyłącznej kompetencji zamawiającego, który realizując to uprawnienie ma obowiązek stosować się do wytycznych wynikających z art. 29 Pzp. Zgodnie z ust. 1 wspomnianego przepisu 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 sporządzenie oferty, natomiast z ust. 2 wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia, który realizuje przytoczone wytyczne zapewnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, o których stanowi art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby *clou* przedmiotowej sprawy stanowiło rozstrzygnięcie kwestii, czy w świetle dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji postanowień SIWZ sporna lista badań potwierdzała takie ich dobranie, które świadczyłoby o nieuzasadnionym uprzywilejowaniu Wykonawcy R i oferowanych przez niego rozwiązań, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty? Na tak postawione pytanie należało udzielić odpowiedzi negatywnej z następujących przyczyn.

Niewątpliwie, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający – udzielając 25 marca 2019 r. odpowiedzi na pytania nr 1 i 2 – zliberalizował pierwotnie stawiane wymagania, przez dopuszczenie, aby w ramach zintegrowanego systemu analitycznego badania z kwestionowanej przez Odwołującego listy mogły być wykonywane na więcej niż jednym urządzeniu. W konsekwencji utracił na znaczeniu jeden z podniesionych w odwołaniu argumentów, jakoby Zamawiający preferował rozwiązanie Przystępującego, zamiast preferowania funkcjonalności, na których Zamawiającemu zależało. Zamawiający zmieniając wymagania SIWZ położył bowiem nacisk na konieczność zapewnienia przez oferowany sprzęt możliwości zrealizowania oznaczonej puli badań (a więc przez wskazanie funkcjonalności), pozostawiając wykonawcom wybór w jaki sposób (przy użyciu jakiego sprzętu) zamierzają osiągnąć ten rezultat (a więc bez preferowania rozwiązań oferowanych przez Wykonawcę R).

Przeprowadzone postępowanie dowodowe ujawniło, że w świetle zmienionej treści SIWZ oraz przy uwzględnieniu dostępnych na rynku urządzeń, zapewnienie wspomnianego rezultatu może nastąpić w różny sposób, czy to przy użyciu urządzeń oferowanych przez Przystępującego (który *nota bene*, wbrew twierdzeniom Odwołującego, również nie posiada w swojej ofercie jednego urządzenia do wykonywania wszystkich wymaganych przez Zamawiającego badań – *vide* badanie NGAL, realizowane na tzw. wolnym kanale, a więc poza standardową funkcjonalnością aparatu), czy też przy zastosowaniu aparatury innych producentów. Okoliczność tę potwierdza nawet dowód O1, niezależnie od wątpliwości dotyczących rzetelności prezentowanych w nim informacji (zob. dowód P1 w zakresie możliwości wykonania badań IL-6 na aparacie marki Fujirebo, dowód P2 w zakresie możliwości wykonania badania ACTH na aparacie marki Liaison, czy dowód P3 w zakresie możliwości wykonania badania NGAL na aparacie marki Beckman Coulter, które przeczą treści dowodu O1), a nadto dowód P4, ponieważ wynika z nich, że możliwe jest spełnienie wymagań Zamawiającego przez dobór odpowiedniej kombinacji aparatury dostępnej na rynku, co zostało wyraźnie i wprost dopuszczone na mocy modyfikacji SIWZ z 25 marca 2019 r. W konsekwencji nie sposób twierdzić, że SIWZ w aktualnym brzmieniu uniemożliwia Odwołującemu złożenia ważnej oferty.

Co zaś dotyczy zakładanej przez Odwołującego konkurencyjności jego oferty względem oferty Wykonawcy R, a w zasadzie braku tej konkurencyjności, przekładającej się na brak konkurencyjności w Postępowaniu, należy powiedzieć, że obowiązkiem zamawiającego nie jest zapewnienie warunków umożliwiających każdemu wykonawcy złożenia równie atrakcyjnej oferty, zapewniającej możliwość uzyskania zamówienia. W tej kwestii Odwołujący przyznał, że po stronie Przystępującego występuje przewaga konkurencyjna wynikająca z posiadania w ofercie urządzeń, które zapewniają wykonywanie szerszego, niż w przypadku Odwołującego, wachlarza badań. Zdaniem Izby, w braku argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że po stronie Zamawiającego obiektywnie nie istniała potrzeba opisanie przedmiotu zamówienia w kwestionowany sposób, nie sposób twierdzić, że konkurencyjność w Postępowaniu została zachwiana tylko dlatego, że jeden z jego uczestników może zaoferować świadczenie, które lepiej będzie wpisywać się w wynikające z SIWZ oczekiwania. *Ad casum* Odwołujący nie tylko nie dostarczył wspomnianych argumentów, ale wręcz z aprobatą odnosił się do potrzeb Zamawiającego, czego dowodem jest stanowisko zajęte w kwestii wymaganej w Postępowaniu generacji badania PTH. W tym kontekście przeprowadzanie dowodu P5 było zbędne, bowiem dotyczyć miało *facto* okoliczności bezspornej.

Finalnie, nie można nie zauważyć, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ wychodzi naprzeciw jednego z oczekiwań Odwołującego, ponieważ Zamawiający faktycznie zrezygnował z wymagania wykonywania wszystkich spornych badań na jednym urządzeniu.

Zważywszy na przedstawione zapłaty, Izba orzekła, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 j.t.).

Przewodniczący:.....