Sygn. akt:KIO 921/21
KIO 1288/21

WYROK
z dnia 8 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A)w dniu 22 marca 2021 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 921/21)**

B)w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 1288/21)**

– w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy,**
przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 921/21, KIO 1288/21**po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w obu odwołaniach wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od obu odwołań.

3.Zasądza od wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy**kwotę **8 092,33** zł (słownie: osiem tysięcy dziewięćdziesiąt dwa złote trzydzieści trzy grosze) tytułem uzasadnionych kosztów zamawiającego związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzeniem jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz
z 2021 r. poz. 464) w 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:……

Sygn. akt: KIO 921/21, KIO 1288/21

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

Ad KIO 921/21

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59220 Legnica wszczął postępowanie na dostawy i usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawy odczynników do wykonywania badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z najmem sprzętu oraz wykonaniem systemu poczty pneumatycznej«.

12.03.2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2021/S 050-123498.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464).

22.03.2021 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa (dalej odwołujący), zgodnie z art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący ostatecznie po zmianach specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ) podtrzymał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 NPzp w zw. z art. 16 NPzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ) w zał. nr 2A do SWZ – Tabela A – pkt 63 i 65 (pierwotny zarzut nr 3) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także przez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowaniu odwołującego i jego produktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SWZ – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Argumentacja odwołującego

Przedmiotem zamówienia są dostawy odczynników do wykonywania badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z najmem sprzętu oraz wykonaniem systemu poczty pneumatycznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł
w Załączniku 2A do SWZ, w którym zostały określone m.in. wymogi i parametry zarówno dla systemu biochemicznego jak i immunochemicznego.

Analiza dokumentów postępowania pozwala na stwierdzenie, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia [OPZ] rażąco naruszył podstawowe zasady przyświecające prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty przez odwołującego.

Ponadto odwołujący stwierdza, że postanowienia zawarte w OPZ łącznie w obecnym kształcie dyskwalifikują jakiekolwiek podmioty konkurujące z wykonawcą Abbott, w tym odwołującego. *Ergo* produkty wykonawcy Abbott jako

jedyne spełniają wymagania SWZ
w sztucznie skompilowanej „mozaice" wszystkich punktów OPZ. Dobór parametrów eliminuje już na wstępie odwołującego z przedmiotowego postępowania. W poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, w którym to postępowaniu OPZ został sporządzony analogicznie jak w rozpoznawanym postępowaniu (różnica oczywiście jest – dostawa systemu poczty pneumatycznej, która nie była wcześniej przedmiotem postępowania), jedyną ofertę złożył wykonawca Abbott, a wykonawca Roche nie został dopuszczony do postępowania. Chcąc uniknąć podobnych sytuacji i doprowadzić do równego traktowania wykonawców obiektywnie zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, odwołujący składa odwołanie. Nie można bowiem opisywać przedmiotu zamówienia tak by utrudnić uczciwą konkurencję, a w konsekwencji opisywać przedmiotu tak by faktycznie konkretna
i z góry założona firma zwyciężyła w postępowaniu. Zakazane jest formułowanie OPZ w taki sposób, aby wskazywać konkretnego wykonawcę lub też eliminować kogokolwiek z potencjalnych oferentów. Nie może zaistnieć sytuacja, w której jeden z wykonawców jeszcze przed przystąpieniem do postępowania będzie w korzystniejszym położeniu od pozostałych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

W związku z tym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu odwołujący wnosi o modyfikację OPZ w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez pozostałych wykonawców obiektywnie zdolnych do należytego wykonania zamówienia. 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 wykonawców. W konsekwencji pozwoli to zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ponieważ zamawiający nie będzie zmuszony do zawarcia umowy z jedynym wykonawcą, którego wyroby spełniają łącznie wszystkie parametry opisane w Załączniku nr 2A do SWZ tj. z wykonawcą Abbott. Przywrócenie uczciwej konkurencji spowoduje rywalizację cenową, co uniemożliwi jedynemu wykonawcy narzucenie wygórowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Warunkiem zatem usunięcia naruszenia prawa jest modyfikacja poszczególnych postanowień Załącznika nr 2A do SWZ (zgodnie z żądaniem odwołującego), celem umożliwienia złożenia ofert również innym wykonawcom, niż wykonawca Abbott.

Odwołujący jest wiodącym dostawcą nowoczesnych rozwiązań medycznych w zakresie diagnostyki laboratoryjnej. W szczególności, odwołujący posiada w ofercie analizatory do badań spełniające potrzeby zamawiającego w zakresie rodzaju, ilości i szybkości wykonywania poszczególnych oznaczeń oraz odpowiednie odczynniki kliniczne i inne materiały eksploatacyjne stosowane wraz z analizatorami.

[Pierwotny zarzut nr 3 – jedyny, który został podtrzymany przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie] Zał. nr 2A do SWZ – Tabela A – pkt 63 i 65

W punkcie 63 i 65 zamawiający wyspecyfikował parametry: TPI (Troponina I hs) i BNP. Powyższe uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, dlatego też odwołujący proponuje alternatywne rozwiązanie umożliwiające zamawiającemu uzyskanie wyników tych badań
i złożenie oferty przez odwołującego. Zgodnie z obowiązującymi rekomendacjami Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego (PTK) oraz Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego (ESC) zarówno Troponina I jak i Troponina T są klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej. Odwołujący może zaoferować równoważny i sprawdzony test troponina T hs, który stosowany jest od lat w większości placówek szpitalnych w Polsce i w Europie.

Podobnie, zgodnie z obowiązującymi rekomendacjami Polskiego Towarzystwa Kardiologicznego (PTK) oraz Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego (ESC) zarówno BNP jak i NT-proBNP są także klinicznie równocenne w diagnostyce kardiologicznej. Odwołujący może zaoferować sprawdzony test NT-proBNP, który stosowany jest od lat
w większości placówek szpitalnych w Polsce i w Europie.

W związku z tym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany SWZ w sposób następujący:

– pkt 63 Tabeli A Załącznika nr 2A do SWZ: „dopuszczenie zaoferowania parametrów: Troponina I hs lub troponina T hs",

– pkt 66 Tabeli A Załącznika nr 2A do SWZ: „dopuszczenie zaoferowania parametrów: BNP lub NT-proBNP".

Zgodnie z art. 99 ust. 1 NPzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl natomiast art. 99 ust. 4 NPzp zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Są to wymagania, które zasadniczo nie zmieniły się wraz z wejściem w życie nowej ustawy NPzp. Ustawodawca utrzymał naczelne zasady odnoszące się do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził także przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Oznacza to, że specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji przez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce
w rozpoznawanej sprawie) 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 oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

W tym względzie nadal aktualne pozostaje orzecznictwo wypracowane na bazie art. 29 uchylonej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w którym utrwalił się pogląd
o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). W uchwale z 31 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO/KD 58/16 Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że „Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia", (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 10

sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO/KD 48/16). W wyroku z 5 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 765/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalny uregulowaniu potrzeb zamawiającego".

Treść art. 99 ust. 2 nowej ustawy NPzp, w którym to przepisie ustawodawca nakazuje w pierwszej kolejności opisywać przedmiot zamówienia przez podanie cech zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych, wskazując przykładowo, że cechy te mogą odnosić się do określonego procesu, metody produkcji czy samego sposobu wykonania kontraktowanego zamówienia.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w rozpoznawanym Postępowaniu naruszył ww. standardy. Tendencyjne opisanie przedmiotu zamówienia, bez uwzględniania różnorodności rozwiązań na rynku, które są jak już wyżej wskazano, równoważne lub równocenne pod względem klinicznym, stanowi zaprzeczenie zasady, aby cechy produktów były proporcjonalne m.in. do celu danego zamówienia.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest bowiem zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych kryteriów oceny i wyboru ofert. Zamawiający określając przedmiot zamówienia powinien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i powinien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SWZ.

Ustawodawca w art. 16 pkt 1 NPzp utrzymał także jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. I ta zasada została naruszona przez zamawiającego przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.03.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 23.03.2021 r. (art. 524 NPzp).

26.03.2021 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 2 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 31.05.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ad KIO 1288/21

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59220 Legnica wszczął postępowanie na dostawy, usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawy odczynników do wykonywania badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z najmem sprzętu oraz wykonaniem systemu poczty pneumatycznej«. 12.03.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2021/S 050123498.

.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

21.04.2021 r. zamawiający poinformował o zmianie SWZ:

30.04.2021 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował i podtrzymał na posiedzeniu Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i art. 137 ust. 1 NPzp przez dokonanie zmian
   w opisie przedmiotu zamówienia, w wyniku których jest on niejednoznaczny
   i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także (w wyniku zmian SWZ) przez odniesienie się do cech dostaw
   w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowaniu pozostałych Wykonawców w tym odwołującego i jego produktów;
2) art. 137 ust. 1 NPzp przez nieuzasadnioną zmianę treści SWZ, w przypadku nie mającym oparcia w dyspozycji przedmiotowego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SWZ – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Argumentacja odwołującego

Na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 NPzp odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne.

Odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na zmianie 21.04.2021 r. treści SWZ, a na skutek tej zmiany opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję i uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

22.03.2021 r. odwołujący złożył odwołanie na treść SWZ w przedmiotowym Postępowaniu, zarzucając zamawiającemu sporządzenie OPZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

21.04.2021 r. zamawiający dokonał zmian w treści SWZ, a w szczególności w treści Załącznika 2A do SWZ Zamawiający nie uwzględnił żądań zawartych w odwołaniu z 22.03.2021 r., co więcej zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w taki sposób, że jeszcze bardziej zawęził

postępowanie i możliwość składania ofert do jednego wykonawcy tj. wykonawcy Abbott.

Ponowna analiza dokumentów postępowania pozwala na stwierdzenie, że zamawiający dokonując zmian w opisie przedmiotu zamówienia rażąco naruszył podstawowe zasady przyświecające prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Opis przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie (po zmianie) w dalszym ciągu dyskwalifikuje jakąkolwiek konkurencję wykonawcy Abbott, w tym odwołującego.

Uszczegóławiając zarzuty odwołania, odwołujący kwestionuje następujące postanowienia SWZ, które zostały wprowadzone lub zmienione 21.04.2021 r.:

1. W pkt 50 Tabeli A załącznika nr 2A do SWZ zamawiający wymagał dostarczenia odczynnika do oznaczania kortyzolu, nie precyzując (podobnie jak dla innych parametrów) w jakim materiale ma być wykonywane oznaczenie (domyślnie można było uznać, że może to być surowica lub osocze). Jeden z wykonawców zadał pytanie nr 81 z 21.04.2021 r.: *„Prosimy o doprecyzowanie, czy zamawiający wymaga oznaczeń kortyzolu w surowicy i moczu z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego?”.* Zamawiający odpowiedział: „TAK”.

W wyniku tak tendencyjnie zadanego pytania, powstał nowy wymóg, nie istniejący do tej pory w postaci: „oznaczanie kortyzolu w surowicy i moczu z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego”.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 81 przez udzielenie odpowiedzi: „NIE, zamawiający nie wymaga oznaczeń kortyzolu w ~~surowicy i~~ moczu, a także nie wymaga tych oznaczeń z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego”. Alternatywnie, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ i dopuszczenia wykonywania oznaczeń kortyzolu w ślinie lub w moczu.

Oznaczenia wolnego kortyzolu w ślinie jest nowoczesną alternatywą dla mniej dokładnych oznaczeń kortyzolu w moczu, wymagających całodobowej zbiórki moczu, dających też dużo wyników niemiarodajnych związanych np. z nieprawidłową funkcją nerek
i zaburzoną diurezą, podwyższonym stężeniem kreatyniny, wpływem powszechnie stosowanych leków, a także interferencjom różnych metabolitów kortyzolu obecnych
w moczu – w przypadku stosowania metody bez wstępnej ekstrakcji. O przydatności nowoczesnej i bardziej wiarygodnej metody oznaczania kortyzolu w ślinie świadczy obszerne piśmiennictwo w tym zakresie.

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 81 przez udzielenie odpowiedzi: „NIE, zamawiający nie wymaga oznaczeń kortyzolu w surowicy i moczu, a także nie wymaga tych oznaczeń z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego” [w brzmieniu dosłownym przyp. Izby]. Alternatywnie, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ i dopuszczenia wykonywania oznaczeń kortyzolu w ślinie lub w moczu.

2. Dotyczy tabeli E – Informacje dotyczące oferowanego systemu zintegrowanego biochemiczno-immunofogicznego – Moduł Immunochemiczny, punkt 18

Pkt 18 po modyfikacji z 21.04.2021 r. przyjął treść:

„Wszystkie kalibratory modułu niewymagające rekonstytucji. (Zamawiający dopuszcza kalibratory w formie liofilizatu pod warunkiem, że będą one zachowywać przydatność do użycia min. 6 miesięcy po ich rekonstytucji)”.

Przedmiotowa zmiana w dalszym ciągu uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu,
a także innym wykonawcom posiadającym część kalibratorów w formie liofilizatów, gdyż liofilozaty po rekonstytucji posiadają terminy ważności od 1 do 3 miesięcy. Zmiana wprowadzająca warunek trwałości kalibratorów do użycia min. 6 miesięcy po rekonstytucji
w dalszym ciągu uniemożliwia złożenie oferty innym wykonawcom niż wykonawca Abbott. Każdy wykonawca będzie kalkulował konieczną ilość kalibratorów zgodnie z ich indywidualnymi terminami przydatności do użycia, a więc narzucanie z góry nierealnego terminu trwałości nie ma uzasadnienia merytorycznego. O tendencyjności przedmiotowego punktu świadczy również to, że zamawiający postawił przedmiotowy wymóg jedynie dla modułów immunochemicznych, podczas gdy dla modułów biochemicznych zamawiający nie określił takiego wymagania, gdyż wykonawca Abbott w części biochemicznej oferuje właśnie liofilizowane kalibratory.

W związku z tym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ przez odpowiednią zmianę parametru granicznego w pkt 18 w sposób następujący:

„Wszystkie kalibratory modułu niewymagające rekonstytucji lub w formie liofilizatów”.

3. Dotyczy tabeli E – Warunki Graniczne – Moduły Immunochemiczne, pkt 15

Pkt 15 po zmianie z 21.04.2021 r., zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 5 przyjął treść: „System rozpoznawania odczynników umożliwiający ich przekładanie z analizatora głównego na analizator *back up* celem kontynuowania wykonania badania bez konieczności użycia nowego zestawu odczynników/nowych odczynników”.

Zmiana wprowadzająca warunek przekładania odczynników z analizatora głównego na analizator *back up* w dalszym ciągu uniemożliwia złożenie oferty innym wykonawcom niż wykonawca Abbott. Opisana cecha jest funkcjonalnością analizatorów „Alinity i”, oferowanych przez wykonawcę Abbott, których użytkownikiem jest zamawiający. Niemniej, wymóg ten nie ma uzasadnienia merytorycznego w toczącym się postępowaniu i stoi
w sprzeczności z kolejnym postanowieniem SWZ.

Zgodnie z wymogiem opisanym w TABELI B (informacje uzupełniające) Lp. 1 „Ilość opakowań odczynników i materiałów zużywalnych musi być bezwzględnie dostosowana do ilości wykonywanych oznaczeń określonych w kolumnie D Tabeli A oraz trwałości odczynników […]”.

Obowiązek przygotowania oferty zgodnie z postanowieniami i wymogami SWZ leży po stronie wykonawcy i to on bierze na siebie ciężar przygotowania atrakcyjnej, a w efekcie konkurencyjnej oferty odpowiadającej założeniom przetargu nieograniczonego.

W związku z tym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu: dokonania zmiany odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 5 przez ograniczenie się do odpowiedzi na zadane pytanie i dopuszczenie systemu automatycznego rozpoznawania kodów kreskowych lub RFID dla próbek badanych i odczynników.

Nie wiadomo zatem, czy zdanie „Funkcja automatycznego rozpoznawania kodów kreskowych próbek badanych i odczynników” nadal obowiązuje, czy też zostało wykreślone przez zamawiającego, a obowiązującym jest tylko wersja oznaczona kolorem zielonym, co tym bardziej uzasadnia zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 NPzp, ze względu na brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 NPzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny. W myśl art. 99 ust. 4 NPzp

zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W szczególności zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Ustawodawca wprowadził także przykładowy katalog naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie, bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów, tj. opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy nawet pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Oznacza to, że specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji przez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce w rozpoznawanej sprawie) 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 oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego, mając na uwadze postawione zarzuty odwołania stwierdzić należy, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył standardy zamówień publicznych. Jak widać, tendencyjne opisanie przedmiotu zamówienia, bez uwzględniania różnorodności rozwiązań na rynku, które są jak już wyżej wskazano, równoważne lub równocenne pod względem klinicznym, stanowi zaprzeczenie zasady, aby cechy produktów były proporcjonalne m.in. do celu danego zamówienia.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest bowiem zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych kryteriów oceny i wyboru ofert. Zamawiający określając przedmiot zamówienia powinien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i powinien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SWZ.

Ustawodawca w art. 16 pkt 1 NPzp utrzymał także jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Bez wątpienia również
i ta zasada została naruszona przez zamawiającego przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny.

Zamawiający naruszył przy tym również art. 137 ust. 1 NPzp, który umożliwia dokonywanie zmian w SWZ jedynie w uzasadnionych przypadkach. Zdaniem odwołującego zamawiający wykorzystał tę instytucję jako instrument do nieuzasadnionej preferencji określonych rozwiązań kosztem innych. Nie można w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 30.04.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej .2021 r. (art. 524 NPzp).

05.05.2021 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 1 i 2 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 02.06.2021 r. (art. 521 i art. 522 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem któregokolwiek odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność
z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A)odwołującego:

1)artykuły, publikacje naukowe i ulotki potwierdzające równo cenność biomarkerów troponina I i T;

2)artykuły, publikacje naukowe i ulotki składane na okoliczność równo cenności klinicznej lub diagnostycznej oznaczeń NT-ProBNP w stosunku do wymaganych przez zamawiającego oznaczeń BNP;

3)opinia użytkownika aparatu wykonawcy Roche ze szpitala w Koninie (również wojewódzkiego i o podobnej wielkości, co szpital zamawiającego) na wykazanie, że korzystanie z liofilizatów nie stanowi utrudnienia w pracy laboratorium;

4)kilka artykułów medycznych dot. choroby Cushinga w diagnostyce na okoliczność równo cenności klinicznej i diagnostycznej oznaczeń kortyzolu
w ślinie, surowicy krwi i moczu;

5)ulotki 3 producentów na wykazanie, że nie można osiągnąć terminu przydatności dłuższego bądź równego 6 miesięcy, a wymóg ten spełnia tylko jeden wykonawca – wykonawca Abbott;

6)oświadczenie dyrektora działu serwisowego odwołującego na potwierdzenie rzadkości awaryjności;

7)tabelaryczne zestawienie parametrów wymaganych w porównaniu do ofert wykonawców na wykazanie, że wszystkie parametry mogą być spełnione tylko przez wykonawcę Abbott;

B)zamawiającego:

A)artykuł z Internetu odnośnie dowodu 1B odwołującego markery biochemiczne, gdyż artykuł odwołującego pochodzi z 2012 r. i opiera się na 3 definicji zawału serca, a od tego czasu powstała 4 definicja, jest to, więc

artykuł przestarzały
i dlatego są aktualne materiały przedstawione przez zamawiającego;
B)tłumaczenie artykułu o wyższości oznaczeń BNP nad NT-ProBNP;
C)stanowisko ordynatorów ze swojego szpitala na okoliczność celowości wykonywania w szpitalu analiz przy użyciu troponiny I oraz BNP;
D)lista odczynników (kalibratorów) odnośnie trwałości substancji w formie płynnej;
C) przystępującego:
I)czwarta uniwersalna definicja zawału serca (2018).

W ocenie Izby jedyny zarzut ze sprawy o sygn. akt KIO 921/21, który to zarzut został podtrzymany przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie, naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 NPzp w zw. z art. 16 NPzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ) w zał. nr 2A do SWZ – Tabela A – pkt 63 i 65 (pierwotny zarzut nr 3) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także przez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowaniu odwołującego i jego produktów – nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Art. 99 ust. 1, 2 i 4 i art. 16 NPzp brzmią:

»Art. 99. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2.Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4.Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 16. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.«.

Izba stwierdza, że zamawiający w pkt 63 i 66 Tabeli A stanowiącej zał. nr 2A do SWZ (OPZ)wymaga zaoferowania czynników odpowiednio 63 – TPI [Tropiny I przyp. Izby] oraz 65 – BNP.W związku z brakiem możliwości dostarczenia tych czynników przez odwołującego, odwołujący zawnioskował w odwołaniu o dopuszczenie do zaoferowania odpowiednio 63 – TPI lub Troponiny T oraz 65 – BNP lub NTproBNPOdwołujący wykazywał równo cenność, a nawet wyższość obu preparatów proponowanych przez odwołującego w porównaniu do wymaganych przez zamawiającego.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że to lekarze zatrudnieni u zamawiającego wnioskowali o konieczność zakupu 63 – TPI oraz 65 – BNP, gdyż są one niezbędne w stosowanej u zamawiającego diagnostyce, a wnioskowane przez odwołującego czynniki są czynnikami innymi i nie niezbędnymi u zamawiającego, co wynika zwłaszcza z dowodu C złożonego przez zamawiającego. Dopiski lekarzy pod wydrukowanymi tekstami oświadczeń dowodu C tylko umacniają poczucie, że zamawiający żąda właśnie 63 – TPI oraz 65 – BNP, a nie żadnego innego, który nie może zastąpić wymaganych przez zamawiającego preparatów, cyt. »Oznaczenia ww. są zgodne z oczekiwaniem i zamówieniem«.

Izba stwierdza, że nie można narzucić zamawiającemu zamawiania przedmiotów zbędnych zamawiającemu. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający dowiódł, że wnioskowany przez odwołującego produkty są inne od zapotrzebowywanych przez zamawiającego i sugerowane przez odwołującego odczynniki nie mogą zastąpić zamawiającemu wymaganych przez zamawiającego czynników. Dlatego zamawiający nie dopuszczając sugerowanych przez odwołującego preparatów do przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów art. 99 NPzp.

Ponadto Izba stwierdza, że odwołujący nie poparł zarzutu naruszenia przez zamawiającego żadnymi argumentami w związku z czym Izba nie może przychylić się do zarzutu naruszenia art. 16 NPzp w żadnym aspekcie.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 NPzp w zw. z art. 16 NPzp.

W ocenie Izby zarzut pierwszy ze sprawy o sygn. akt KIO 1288/21 naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i art. 137 ust. 1 NPzp – przez dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, w wyniku których jest on niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także (w wyniku zmian SWZ) przez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowaniu pozostałych Wykonawców w tym odwołującego i jego produktów – nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Art. 137 u 1 NPzp brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ«.

Izba stwierdza, że odwołujący postawił w pierwszym zarzucie ogólnym trzy zarzuty szczegółowe.

Ad 1 zarzut szczegółowy odczynnika do oznaczania kortyzolu w ślinie, moczu i surowicy

Cyt. »W punkcie 50 Tabeli A zał. nr 2/1 do SWZ zamawiający wymagał dostarczenia odczynnika do oznaczania kortyzolu, nie precyzując (podobnie jak dla innych parametrów) jakim materiale ma być wykonywane oznaczenie (domyślnie można było uznać, że może to być surowica lub osocze). Jeden z wykonawców zadał pytanie nr 81 z 21.04.2021 r.: „Prosimy o doprecyzowanie, czy zamawiający wymaga oznaczeń kortyzolu surowicy i moczu z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego?”, zamawiający odpowiedział: „TAK”

W wyniku tak tendencyjnie zadanego pytania, powstał nowy wymóg, nie istniejący do tej pory w postaci: „oznaczanie

kortyzolu w surowicy i moczu z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego".

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 81 poprzez udzielenie odpowiedzi: „NIE, zamawiający nie wymaga oznaczeń kortyzolu w surowicy i moczu, a także nie wymaga tych oznaczeń z zastosowaniem metod nie wymagających wstępnej ekstrakcji próbki z materiału badanego". Alternatywnie, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ i dopuszczenia wykonywania oznaczeń kortyzolu w ślinie lub w moczu«.

Izba stwierdza, że zamawiający wykazał, że oznaczenia kortyzolu w ślinie nie mogą zastąpić oznaczeń kortyzolu w moczu i surowicy krwi (kumulatywnie – w moczu i surowicy). Oznaczenia w ślinie dają obraz na daną chwilę pobierania próbki śliny i nie jest to obraz miarodajny do diagnostyki. Natomiast oznaczenia w moczu i surowicy (kumulatywne), mimo że pobieranie próbek moczu może trwać nawet 3 dni (zwykle 1 dzień) może dać miarodajne wyniki do diagnozowania chorego.

Zamawiający stwierdził, że cyt. »w praktyce klinicznej od lat stosuje oznaczenia kortyzolu w surowicy oraz w moczu celem oznaczania podwyższonych stężeń kortyzolu
w zespole Cushinga. Zastosowanie obu tych metod pozwala otrzymać dwie różne informacje diagnostyczne tj. stężenie kortyzolu wydzielanego o określonej porze (oznaczenie w surowicy) oraz ilość wydzielanego kortyzolu w ciągu doby (oznaczenie w moczu). […] oznaczenie kortyzolu w ślinie, które pozwala otrzymywać wynik dotyczący wydzielania kortyzolu o danej porze, daje podobną informację do tej, którą otrzymujemy oznaczając kortyzol w surowicy, jednak dopuszczenie zaoferowania przez wykonawców (jak wskazuje odwołujący) oznaczenia kortyzolu w ślinie zamiast w moczu nie zaspokoi potrzeby zamawiającego na otrzymywanie wyniku dobowego wydzielania kortyzolu.

Dodatkowo […] stężenie kortyzolu w ślinie rośnie wraz z wiekiem, nadciśnieniem
i w cukrzycy, co może dać fałszywe zawyżone wyniki. […] test oznaczania kortyzolu w dobowej zbiórce moczu właśnie dzięki możliwości sprawdzenia ilości, jaka wydzielana jest
w ciągu doby, posiada inną od pozostałych dwóch (oznaczania kortyzolu w surowicy
i w ślinie) wartość oceny fizjologii hormonów glukokortykoidowych (do tej grupy zalicza się kortyzol). […] procedura przydatna w ocenie zespołu Cushinga, wymaga pobrania próbki śliny w środku nocy (około północy), do specjalnych probówek, których zamawiający nie posiada w swoich zasobach, następnie ich przygotowania do oznaczania (odwirowania) […]«. Ponadto zamawiający nie ma możliwości obarczania personelu na dyżurach nocnych obarczania cyt. »dodatkowymi czynnościami związanymi z wymogami oznaczania kortyzolu w ślinie«.

W tych warunkach Izba stwierdza, że utrzymanie w mocy kwestionowanego parametru zaoferowania testów do oznaczania kortyzolu w surowicy oraz w moczu, jest w pełni uzasadnione rzeczywistymi i faktycznie istniejącymi potrzebami zamawiającego.

Ad 2 zarzut szczegółowy dotyczący systemu zintegrowanego biochemiczno-immunofogicznego – Moduł Immunochemiczny

Izba stwierdziła, że pkt 18 SWZ po zmianie z 21.04.2021 r. przyjął treść:

„Wszystkie kalibratory modułu niewymagające rekonstytucji. (Zamawiający dopuszcza kalibratory w formie liofilizatu pod warunkiem, że będą one zachowywać przydatność do użycia min. 6 miesięcy po ich rekonstytucji)".

Odwołujący zarzucił, że to postanowienie w dalszym ciągu uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom posiadającym część kalibratorów w formie liofilizatów. Liofilozaty po rekonstytucji (doprowadzeniu ze stanu odwodnionego do stanu dolnego do użytku) posiadają terminy ważności od 1 do 3 miesięcy. Zmiana wprowadzająca warunek trwałości kalibratorów do użycia min. 6 miesięcy po rekonstytucji uniemożliwia złożenie oferty innym wykonawcom niż wykonawca Abbott.

Zamawiający wyraził zastrzeżenia do precyzyjności operacji rekonstytucji zliofilizowanych czynników, gdyż z ulotek producentów wynika konieczność wykonywania bardzo precyzyjnych czynności w trakcie dokonywania rekonstytucji odczynników (kalibratorów), co może znacząco wpłynąć na miarodajność wyników.

Ponadto liofilizowane kalibratory cyt. posiadają po ich rozcieńczeniu (rekonstytucji) bardzo krótką stabilność, co wynika z treści ulotek (od mniej niż kilka godzin do 8 tygodni
w stanie zamrożenia). Również na wyniki może wpływać możliwość niecałkowitego rozpuszczenia się liofilizatów, co także może wpływać na miarodajność końcowych wyników.

Także odwołujący nie wykazał, że warunek długotrwałej stabilności preparatów po rekonstytucji został postawiony przez zamawiającego li tylko celem wyeliminowania odwołującego, a nie uzyskania preparatów (kalibratorów) do uzyskania w pełni wiarygodnych wyników do diagnostyki chorych.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 i art. 137 ust. 1 NPzp.

Ad 3 zarzut szczegółowy dotyczący tabeli E – Warunki Graniczne – Moduły Immunochemiczne, pkt 15

Izba stwierdziła, że pkt 15 po zmianie z 21.04.2021 r., zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 5 przyjął treść: „System rozpoznawania odczynników umożliwiający ich przekładanie
z analizatora głównego na analizator *back up* celem kontynuowania wykonania badania bez konieczności użycia nowego zestawu odczynników/nowych odczynników." [w brzmieniu dosłownym – przyp. Izby].

Izba stwierdziła, że podczas praktyki szpitala mogą mieć miejsce sytuacje, że należy
z analizatora wyciągnąć kasetę z odczynnikami i przełożyć ją do innego urządzenia oraz kontynuować wykonywanie analiz. Szczególnie tak dzieje się w przypadku awarii aparatów. Nawet przy małym prawdopodobieństwie wystąpienia takich awarii, szpital musi być zabezpieczony przed sytuacjami przerwania wykonywania analiz przez kilka godzin, zwłaszcza biorąc pod uwagę przywołany przez zamawiającego »złoty standard«, czyli zdiagnozowanie i wdrożenie odpowiednich procedur medycznych w ciągu pierwszej godziny po wystąpieniu zawału serca. W związku z tym możliwość szybkiej zmiany kaset
z odczynnikami w analizatorach jest koniecznością w warunkach szpitalnych, aby można było kontynuować badanie w innym urządzeniu na tym samym materiale z użyciem tych samych odczynników. Dlatego – zdaniem Izby – wymóg zamawiającego jest uzasadniony dbałością o zdrowie pacjenta, a nie zamiarem sformułowania treści poszczególnych postanowień SWZ w celu zwłaszcza uprzywilejowania czy wyeliminowania niektórych wykonawców.

W ocenie Izby zarzut drugi ze sprawy o sygn. akt KIO 1288/21naruszenia przez zamawiającego art. 137 ust. 1 NPzp – przez nieuzasadnioną zmianę treści SWZ, w przypadku nie mającym oparcia w dyspozycji przedmiotowego przepisu – nie może zostać uwzględniony.

W przepisach NPzp brak jest sprecyzowania do jakiego stopnia i jak szczegółowo zamawiający musi udzielać wyjaśnień treści SWZ, art. 135 ust. 2 NPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień

niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert«. W trakcie wyjaśnień treści SWZ, a także samoistnie zamawiający może w uzasadnionych przypadkach zmieniać treść SWZ. Ważne jest aby zmieniona treść została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego, co wynika z treści art. 137 ust. 1 i 2 NPzp, które to przepisy brzmią: »1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ« i »2. Dokonaną zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania«.

Zamawiający wykazał, że zmiana SWZ wynikała z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i została w odpowiedni sposób upubliczniona.

Dlatego w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 137 ust. 1 NPzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od każdego z dwóch odwołań po 15 000 zł, czyli razem 30 000 zł, oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w wysokości po 3 600 zł od każdej z dwóch spraw i jednokrotne koszty przejazdu na obie sprawy w wysokości 892,33 zł.

Przewodniczący:……