

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 18 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania w dniu 18 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2025 r. przez wykonawcę **Argenta sp. z o.o. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr J.P. w Ostrołęce**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Argenta sp. z o.o. w Poznaniu**, stanowiącej wpis od odwołania.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr J.P. w Ostrołęce, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zakup, dostawę odczynników i materiałów zużywalnych do badań diagnostycznych wraz z dzierżawą analizatorów na potrzeby Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. J.P. w Ostrołęce.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 lutego 2025 r., Dz.U. S: 33/2025, nr 104007-2025.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 27 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Argenta sp. z o.o. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp – przez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie specyfikacji warunków zamówienia (w zakresie parametrów granicznych) w sposób naruszający reguły zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp – przez jego niezastosowanie skutkujące sformułowaniem specyfikacji warunków zamówienia (w zakresie parametrów granicznych) w taki sposób, aby warunki zamówienia LOT-0002 mogły zostać spełnione wyłącznie przez jednego potencjalnego wykonawcę;
3. art. 17 ust. 1 i 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie w postępowaniu parametrów granicznych nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów – a sporządzonych w taki sposób, aby mogły zostać spełnione wyłącznie przez jednego wykonawcę tj. Sysmex Polska sp. z o.o.;
4. art. 99 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji sporządzenie SWZ w zakresie parametrów granicznych przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie mu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu w sytuacji sformułowania treści SWZ zgodnie z przepisami Pzp,
5. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie w postępowaniu parametrów granicznych w sposób całkowicie nieproporcjonalny do celu, który Zamawiający chce osiągnąć poprzez realizację zamówienia, gdyż ww. warunki graniczne nie są niezbędne do należytego wykonania zamówienia, a sformułowane są wyłącznie celem ograniczenia potencjalnego kręgu wykonawców.
6. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i sformułowanie SWZ (w zakresie dotyczącym załącznika nr 2 do SWZ części drugiej zamówienia) w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia poprzez brak zamkniętego enumeratywnego wyliczenia parametrów analizatora,

które (w przypadku ich zaistnienia) powodują, że zamawiający wyklucza taki analizator jako możliwy do wykonania zamówienia,

7. art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ K.c. i art. 29 ust. 1 Pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wymagania zamawiającego czynią z jego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa,
8. art. 7 ust. 1 i art. 223 ust. 1 *mutatis mutandis* Pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku prowadzenia przez zamawiającego z jednym z wykonawców negocjacji dotyczących oferty, którą ma złożyć ten wykonawca.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) opublikowania (modyfikacji) treści SWZ w zakresie załącznika nr 2, w zakresie części drugiej zamówienia z pominięciem postanowień niezgodnych z przepisami Pzp tj. z pominięciem pkt. 19 i 20 oraz zmianę pkt.:
 - a) 2 – w ten sposób, ażeby zamawiający wskazał zamknięty katalog parametrów, które wykluczają analizator jako możliwy do realizacji zamówienia (ze szczególnym uwzględnieniem tego, czy analizator musi być nowy i nieużywany) oraz definiowania pojęcia „rekondycjonowane”;
 - b) 3 - przez zmianę treści tego punktu na treść: *„W pełni zautomatyzowany system do analizy moczu, składający się z automatycznego analizatora do odczytu pasków testowych i zintegrowanego z nim analizatora do badania elementów upostaciowanych moczu metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią lub zintegrowanego z nim analizatora do badania elementów upostaciowanych moczu/ elementów osadu moczu metodą mikroskopii zautomatyzowanej obrazowania przepływowego z udokumentowaniem wyniku za pośrednictwem rzeczywistych zdjęć elementów upostaciowanych. Analizatory połączone automatycznym podajnikiem do przekazywania próbek, obsługiwane z jednego stanowiska operatorskiego, wykonujące badania z tej samej próbki moczu bez konieczności jej ręcznego przenoszenia.”;*
 - c) 4 - przez zmianę treści tego punktu na treść *„Możliwość wykonania pełnej analizy moczu (zawierającej wszystkie dostępne rodzaje analizy) z objętości próbki 1,0 ml – 3,0ml”;*
 - d) 8 – przez zmianę treści tego punktu na treść *„Wbudowany system graficznego i/lub liczbowego obrazowania wewnętrznej kontroli jakości”;*
 - e) 17 – przez zmianę treści tego punktu na treść *„Podajnik automatyczny, wykrywający włożony statyw i uruchamiający się samoczynnie po włożeniu tuż za pierwszym drugiego i kolejnych statywów dokładanych za pierwszym statywem, którego uruchomienie wymaga jedynie jednego kliknięcia na przycisk typu START na ekranie systemu”;*
 - f) 19 oraz 20 – przez ich całkowite usunięcie

- przy czym odwołujący sygnalizuje, że proponowane zmiany w treści Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej zamówienia nie mają na celu udogodnienia mu warunków realizacji zamówienia, a mają wyłącznie na celu usunięcie sztucznie wykreowanych przez zamawiającego warunków (parametrów) wykluczających potencjalnych wykonawców innych niż Sysmex Polska sp. z o.o. W przypadku wprowadzenia ww. zmian nie jest tak, że treść SWZ będzie faworyzować odwołującego, lecz umożliwi złożenie ofert odpowiadającym celowi zamówienia (bez uszczerbku dla prawidłowości i celowości jego wykonania) innym potencjalnym wykonawcom działającym na rynku.
2. ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia ww. wniosków wskazanych w pkt 4 petitum dotyczących zmiany zapisów SWZ w konkretnie zaproponowany przez Odwołującego sposób), wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do ustalenia konkretnie przywołanych treści poszczególnych fragmentów SWZ w sposób proponowany przez Odwołującego, wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany wyżej wskazanych fragmentów SWZ w sposób, w których określone tam parametry nie będą sztucznie (bez żadnego indywidualnie wskazanego celu Zamawiającego) wykluczały potencjalnych wykonawców z możliwości złożenia Zamówienia zgodnego z warunkami oferty,
3. alternatywnie, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci sporządzenia załącznika nr 2 do SWZ dotyczącego części drugiej zamówienia (LOT-0002) w zakresie parametrów granicznych zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przez taki dobór parametrów granicznych, które w rzeczywistości całkowicie pozaprawnie ograniczają możliwość złożenia oferty do jednego potencjalnego wykonawcy Sysmex Polska sp. z o.o., jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów oraz ze względu na cel zamówienia.

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

1. Przedmiotem zamówienia jest zakup, dostawa odczynników i materiałów zużywalnych do badań diagnostycznych

wraz z dzierżawą analizatorów na potrzeby Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. J.P. w Ostrołęce w rodzaju i ilości zgodnej z Załącznikiem nr 1 do SWZ i umowy – Formularz asortymentowo cenowy oraz z Załącznikiem nr 2 do SWZ i umowy - Zestawienie warunków parametrów granicznych, który stanowi integralną część SWZ.

Kolejno ustalono, że w załączniku nr 2 do SWZ (zestawienie warunków, parametrów granicznych), w zakresie części drugiej zamówienia (Odczynniki, paski testowe, materiały kalibracyjne, eksploatacyjne i kontrolne przeznaczone do analizy parametrów fizyko-chemicznych wraz z osadem moczu oraz z dzierżawą analizatora i pasków testowych z przeznaczeniem ich wykorzystania jako back-up) zamawiający przewidział m.in.:

LP.	Parametr/Warunek	Wartość Wymagana	Wartość Oferowanego Parametru, Opisać	Uwagi
2	Analizator rok produkcji min. 2022 r., wyklucza się aparaty demo, rekondukcjonowane itd.	TAK, podać		
3	W pełni zautomatyzowany system do analizy moczu, składający się z automatycznego analizatora do odczytu pasków testowych i zintegrowanego z nim analizatora do badania elementów upostaciowanych moczu metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią. Analizatory połączone automatycznym podajnikiem do przekazywania próbek, obsługiwane z jednego stanowiska operatorskiego, wykonujące badania z tej samej próbki moczu bez konieczności jej ręcznego przenoszenia.	TAK		
4	Możliwość wykonania pełnej analizy moczu (zawierającej wszystkie dostępne rodzaje analizy) z objętości próbki 1,0 ml.	TAK		
8	Wbudowany system graficznego i liczbowego obrazowania wewnętrznej kontroli jakości co najmniej w zakresie wykresów Levey-Jenningsa.	TAK, podać		
17	Podajnik automatyczny, wykrywający włożony statyw i uruchamiający się samoczynnie.	TAK		
19	Wyniki prezentowane na skategramach i histogramach.	TAK		
20	Preklasyfikacja bakterii na Gram ujemne i Gram dodatnie.	TAK		

(por. SWZ z załącznikami)

Kolejno ustalono, że po wniesieniu odwołania, 5 marca 2025 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ:

I. Zmiana treści SWZ (Załącznika nr 2 do SWZ tj. - Zestawienie warunków parametrów granicznych):

1. W Załączniku nr 2 do SWZ tj. Zestawienie warunków parametrów granicznych w części 2 zamówienia zmieniają się punkty 2, 3, 4, 8, 17, które otrzymują następujące brzmienie:

LP.	Parametr/Warunek	Wartość Wymagana	Wartość Oferowanego Parametru, Opisać	Uwagi
2	Urządzenie fabrycznie nowe. Analizator rok produkcji min. 2022 r., wyklucza się aparaty demo, rekondukcjonowane itd. Urządzenie rekondukcjonowane - urządzenia używane a następnie przekazane do serwisu w celu przywrócenia parametrów i oprogramowania do wartości fabrycznych.	TAK, podać		
3	W pełni zautomatyzowany system do analizy moczu, składający się z automatycznego analizatora do odczytu pasków testowych i zintegrowanego z nim analizatora do badania elementów upostaciowanych moczu metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią lub zintegrowanego z nim analizatora do badania elementów upostaciowanych moczu/osadu moczu metodą mikroskopii zautomatyzowanej obrazowania przepływowego z udokumentowaniem wyniku za pośrednictwem rzeczywistych zdjęć elementów upostaciowanych. Analizatory połączone automatycznym podajnikiem do przekazywania próbek, obsługiwane z jednego stanowiska operatorskiego, wykonujące badania z tej samej próbki moczu bez konieczności jej ręcznego przenoszenia.	TAK		
4	Możliwość wykonania pełnej analizy moczu (zawierającej wszystkie dostępne rodzaje analizy) z objętości próbki 1,0 – 3,0 ml.	TAK		
8	Wbudowany system graficznego i liczbowego obrazowania wewnętrznej kontroli jakości co najmniej w zakresie wykresów Levey-Jenningsa lub wartości liczbowe obrazowania wewnętrznej kontroli jakości, jeśli analizator nie wykonuje wykresów graficznych.	TAK, podać		

17	Podajnik automatyczny, wykrywający włożony statyw i uruchamiający się samoczynnie lub po naciśnięciu przycisku START.	TAK, podać		
----	---	------------	--	--

2. W Załączniku nr 2 do SWZ tj. Zestawienie warunków parametrów granicznych w części 2 zamówienia wykreśla się punkt 19 tj.:

49	Wyniki prezentowane na skatogramach i histogramach.	TAK		
----	---	-----	--	--

Zamawiający zaktualizował numerację pozostałych parametrów w części 2 zamówienia.

Zmieniony załącznik nr 2 został zamieszczony na stronie prowadzonego postępowania (Załącznik nr 2 do SWZ i umowy - Zestawienie warunków parametrów granicznych - PO ZMIANACH).

3. W Załączniku nr 2 do SWZ tj. Zestawienie warunków parametrów granicznych w części 2 zamówienia dodaje się opis parametrów ocenianych.

	Parametry oceniane	Wartość Wymagana	Parametr oferowany (wypełnić)	Parametr oceniany (punkcja)
1	Badanie elementów upestacjonowanych moczu metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią	TAK/NIE		Tak – 30 pkt. nie - 0 pkt.
2	Wyniki prezentowane na skatogramach i histogramach.	TAK/NIE		Tak – 10 pkt. nie - 0 pkt.

(por. zmiana SWZ z 5 marca 2025 r., załącznik do odpowiedzi na odwołanie)

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający dokonał modyfikacji wszystkich postanowień SWZ zakwestionowanych przez odwołującego co spowodowało, że treść warunków zamówienia, wobec których odwołujący wniósł odwołanie już nie istnieje.

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....