

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2025 r. przez wykonawcę **Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr J.P. w Ostrołęce**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, tytułem wpisu 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:

Sygn. akt: KIO 947/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr J.P. w Ostrołęce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 P.z.p. pod nazwą: „*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*” – część zamówienia LOT-0002 tj. „*Odczynniki, paski testowe, materiały kalibracyjne, eksploatacyjne i kontrolne przeznaczone do analiz parametrów fizyko-chemicznych wraz z osadem moczu oraz dzierżawą analizatora i pasków testowych z przeznaczeniem ich wykorzystania jako back-up*”, znak postępowania: MSS-DN-ZPP-26-15/25.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Ustaw Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2025 pod numerem 1004007-2025.

W dniu 13 marca 2025 r. wykonawca Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP działań Zamawiającego w zakresie części drugiej (LOT-0002) Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. dokonaniu dnia 05.03.2025 r. (publikacja 06.03.2025 r.) przez Zamawiającego zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału IV tj. „INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH” Zamówienia, poprzez dodanie tam pkt. 1 ppkt. 7, w sposób sprzeczny z przepisami PZP (w szczególności art. 16 pkt. 1 i 3 oraz art. 99 ust. 2 i 4 jak również art. 112 ust. 1 oraz art. 124 pkt. 2), który to zmieniony punkt:
 - a) jest sprzeczny z pkt. 4 Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej (parametrami granicznymi),
 - b) stanowi *de facto* zmianę parametru granicznego określonego w pkt. 4 Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej Zamówienia, bez jego rzeczywistej zmiany (i to pomimo wcześniejszego dostosowania treści pkt. 4 Załącznika nr 2 do SWZ do stanu zgodnego z prawem wobec wniesienia przez tego Zamawiającego Odwołania do KIO),
 - c) sformułowany jest wyłącznie w ten sposób, aby w rzeczywistości warunki Zamówienia mogły zostać spełnione wyłącznie w ramach potencjalnej oferty jednego przedsiębiorcy działającego na rynku, tj. Sysmex Polska sp. z o.o. (KRS: 0000233404) – przy jednoczesnym braku jakichkolwiek przesłanek merytorycznych oraz faktycznych uzasadniających tak sformułowane warunki zamówienia w zakresie przedmiotowych środków dowodowych określonych w Załączniku nr 2 do SWZ (braku gwarancji wyższej jakości bądź dopasowania tak sformułowanych warunków zamówienia do indywidualnych potrzeb Zamawiającego).

2.dokonaniu dnia 3.03.2025 r. (publikacja 05.03.2025 r.) przez Zamawiającego zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej Zamówienia, poprzez dodanie nowej kategorii parametrów, tj. parametrów ocenianych, zawierających w istocie usunięte przez Zamawiającego tego samego dnia (wskutek wniesienia przez Wykonawcę innego Odwołania do KIO) parametry graniczne 1 - w rezultacie uznane przez Zamawiającego ze niezgodne z prawem parametry graniczne, zostały przez Zamawiającego zachowane w zmienionej postaci, tj. parametrów ocenianych,

3.dokonaniu dnia 3.03.2025 r. (publikacja 05.03.2025 r.) przez Zamawiającego zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału XII SWZ – „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW” poprzez zmianę kryteria oceny ofert części 1 i 2 Zamówienia, w ten sposób, że zasady oceny oferty określone w owym Rozdziale XII nie będą miały już zastosowania do części 2. Zamówienia (co jest konsekwencją zmian zaskarżonych w punkcie 2. Odwołania – powyżej). Niezależnie od powyższego, forsowane przez Zamawiającego parametry (niezależnie od tego czy są parametrami granicznymi czy ocenianymi) faworyzują jednego wyłącznie potencjalnego wykonawcę (Sysmex Polska sp. z o.o.) w sposób sprzeczny z przepisami PZP – brak jest bowiem jakichkolwiek przesłanek merytorycznych oraz faktycznych uzasadniających tak sformułowane warunki Zamówienia w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, jak również parametrów ocenianych określonych w Załączniku nr 2 do SWZ (braku gwarancji wyższej jakości bądź dopasowania tak sformułowanych warunków zamówienia do indywidualnych potrzeb Zamawiającego).

W związku z powyższym, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 PZP – poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie specyfikacji warunków zamówienia części drugiej zamówienia wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ (w zakresie parametrów ocenianych) 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 – poprzez jego niezastosowanie skutkujące sformułowaniem specyfikacji warunków zamówienia (w zakresie parametrów ocenianych) w taki sposób, aby dodatkową punktację warunków zamówienia w części LOT-0002 mógł otrzymać jeden potencjalny wykonawca;

3.art. 14 PZP w zw. z art. 3531 K.c. i art. 29 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wymagania Zamawiającego czynią z jego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa,

4.art. 7 ust. 1 i art. 223 ust. 1 mutatis mutandis PZP – poprzez 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.

5.art. 99 ust. 2 PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji sporządzenie SWZ w zakresie Załącznika nr 2 dotyczącej części drugiej zamówienia w zakresie parametrów ocenianych przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty, która mogłaby uczciwie konkurować z ofertą innego potencjalnego wykonawcy.

6.art. 16 pkt. 3 w zw. z art. 112 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie w postępowaniu parametrów ocenianych w sposób całkowicie nieproporcjonalny do celu (wagi punktacji ogólnej przyznawanej Wykonawcom), który Zamawiający chce osiągnąć poprzez realizację zamówienia, gdyż ww. parametry oceniane, a sformułowane są wyłącznie celem ograniczenia potencjalnego kręgu wykonawców.

7.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 124 pkt. 2 PZP – poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji sformułowanie warunków zamówienia (w wersji po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 5.03.2025 r.) w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w sposób niejednoznaczny tj. sprzeczny z parametrami granicznymi określonymi w Załączniku nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej zamówienia oraz w sposób niepozwalający na ocenę przez Odwołującego możliwości wykonania zamówienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) niniejszego Odwołania i jego uwzględnienie,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania jak również dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia,

3. zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji:

i. aktualnie obowiązującej (po zmianach z dnia 5.03.2025 r. wersji Rozdziału IV SWZ tj. „INFORMACJA C

PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH" i opublikowania treści SWZ w zakresie Rozdziału IV pkt. 1 pp w następującym brzmieniu: „Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Oświadczenie Producenta oferowanego systemu analitycznego potwierdzające możliwość wykonania pełnej analizy moczu z deklarowanej minimalnej objętości próbki badanej moczu tj. 1 - 3 ml – dotyczy części 2 zamówienia.”,

ii. ewentualnie, w sytuacji braku uwzględnienia przez Izbę ww. wniosku i zobowiązania Zamawiającego do modyfikacji SWZ w konkretnie wyżej wskazany sposób, wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany ww. postanowienia SWZ w ten sposób, aby nie był on sprzeczny z parametrem granicznym określonym w pkt. 4 Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej;

iii. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści SWZ w zakresie Załącznika nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej zamówienia wraz z pominięciem postanowień niezgodnych z przepisami PZP2 tj. bez aktualnych na dzień wnoszenia odwołania parametrów ocenianych, wprowadzonych przez Zamawiającego w dniu 3.03.2025 r. i przywrócenia parametru ocenianego przed dokonanymi w dniu 3.03.2025 r. zmianami SWZ w tym zakresie (tj. termin dostawy),

iv. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści SWZ w zakresie Rozdziału XII SWZ – „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRY ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW” przywrócenia parametru ocenianego przed dokonanymi w dniu 3.03.2025 r. zmianami SWZ w tym zakresie (tj. termin dostawy),

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

5. w oparciu o art. 544 ust. 2 PZP wnoszę o zarządzenie łącznego rozpoznania niniejszego odwołania wraz z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego, na podstawie którego toczy się postępowanie pod sygnaturą **KIO 718/25** – z uwagi na fakt, iż zostały spełnione ustawowe przesłanki do wydania takiego zarządzenia, o czym będzie mowa szerzej w uzasadnieniu niniejszego pisma.

6. w przypadku uznania wniosku wyartykułowanego w pkt 6 wyżej, wnoszę o zwrot całej kwoty wpisu od niniejszego Odwołania z uwagi na to, że działania Zamawiającego noszą znamiona celowego działania zamierzonego na wymuszenie ustępstw ze strony Wykonawcy poprzez stosowanie przymusu ekonomicznego – zdaje się, że Zamawiający może chcieć tak długo operować tymi samymi niedozwolonymi klauzulami w ramach jednego postępowania, aż Wykonawca uzna wnoszenie dalszych odwołań kosztujących po 15.000 zł każde, za całkowicie nieopłacalne z ekonomicznego punktu widzenia,

7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny diagnostyki laboratoryjnej, medycyny lub wyrobów (maszyn) medycznych na okoliczność oceny przydatności zaskarżonych przez Odwołującego postanowień SWZ3 w zakresie ich przydatności do osiągnięcia celu Postępowania, jakim 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 zakresie „analizy parametrów fizykochemicznych wraz z osadem moczu oraz pasków testowych z przeznaczeniem ich wykorzystania jako back-up”, a także udzielenie przez biegłego odpowiedzi na pytania czy:

a) cytometria przepływowa, której wymaga Zamawiający, jest jedyną zalecaną oraz dostępną metodą automatycznego badania osadu oraz czy jest ona bardziej korzystna (i na czym te korzyści polegają) z punktu widzenia realizacji przedmiotu Zamówienia niż inne metody stosowane w diagnostyce laboratoryjnej (w szczególności te dopuszczone zgodnie z pkt. 3 parametrów granicznych określonych w Załączniku nr 2 do SWZ w zakresie części drugiej Zamówienia),

b) czy inni uczestnicy rynku niż Sysmex Polska sp. z o.o. oferują rozwiązanie, o którym mowa w lit. a powyżej,

c) jaka jest standardowa objętość moczu wymagana do przeprowadzenia ogólnego badania moczu oraz jakie objętości moczu zwyczajowo pobiera się od pacjentów,

d) w świetle odpowiedzi na pytanie ad. lit. c wyżej - czy wymagana przez Zamawiającego (w formie oświadczenia stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy dodany przez Zamawiającego do SWZ w dniu 5.03.2025 r.) objętość moczu używana do badania znajduje uzasadnienie w warunkach rynkowych i medycznych,

e) czy zasadnym jest promowanie w postaci dodatkowej punktacji (a więc czy z punktu widzenia celu Zamówienia bardziej korzystnym jest), aby wyniki badania moczu prezentowane były na skatergramach oraz histogramach, czy wystarczającym jest prezentacja w postaci rzeczywistych zdjęć pojedynczych elementów oraz czy możliwym jest

prezentacja wyników w postaci skategramów i histogramów bez stosowania technologii cytometrii przepływowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 marca 2025 r. (pismo z dnia 25 marca 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Sysmex Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2025 r. (pismo z dnia 25 marca 2025 r.) przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP:

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.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 124 pkt 2 ustawy PZP, W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 353¹ KC, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do zarzutu dotyczącego „objętości moczu do badania”.

Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 03.03.2025 r. (opublikowane – 05.03.2025 r.) dokonał zmiany treści SWZ w zakresie Załącznika nr 2 do SWZ tj. - Zestawienie warunków parametrów granicznych, zmieniając pkt. 4, który otrzymał następujące brzmienie: „Możliwość wykonania pełnej analizy moczu (zawierającej wszystkie dostępne rodzaje analizy) z objętości próbki 1,0 –3,0 ml”.

Jednocześnie Zamawiający w dniu 05.03.2025 r. (opublikowane – 06.03.2025 r.) dokonał zmiany treści SWZ w zakresie rozdziału IV. INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH w pkt. 1 ppkt 7), który otrzymał następujące brzmienie: „Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Oświadczenie Producenta oferowanego systemu analitycznego potwierdzające możliwość wykonania pełnej analizy moczu z deklarowanej minimalnej objętości próbki badanej moczu tj. 1 ml.” – dotyczy części 2 zamówienia“.

Izba zważa, iż zdaniem Odwołującego, te dwa wyżej wskazane zapisy wzajemnie się wykluczają umożliwiając złożenia oferty wyłącznie wykonawcy Sysmex Polska, która może wylegitymować się takimi parametrami, a co za tym idzie, wyłącznie ten wykonawca może złożyć przedmiotowy środek dowodowy.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż nie popiera argumentacji Odwołującego „jakoby dwa wyżej wskazane zapisy wzajemnie się wykluczają”. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający

wymagając przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta potwierdzające możliwość wykonania badania z 1 ml moczu nie wykracza poza zakres parametru granicznego, w którym określony został przedział objętości próbki moczu, tj. 1,0 – 3,0 ml.

W ocenie Izby, oświadczenie producenta, jakiego wymaga Zamawiający stanowi de facto potwierdzenie deklarowanej przez Wykonawcę możliwości wykonania badania, również z 1 ml. Nie można przecież tracić z pola widzenia, że sam Odwołujący w treści odwołania oświadczył, że aktualnie funkcjonujące u Zamawiającego „urządzenie wykonuje pełne analizy moczu z objętości próbki 1-3 ml” (tj. urządzenie Odwołującego), a tym samym zdaniem Izby Odwołujący składając powyższe oświadczenie powinien mieć możliwość otrzymania od producenta oświadczenia potwierdzającego możliwość wykonania badania z 1 ml moczu.

Izba zważa, iż Odwołujący wskazuje, iż: „Zalecenia Polskiego Towarzystwa Diagnostyki Laboratoryjnej dotyczące badania upostaciowanych elementów moczu w medycznym laboratorium diagnostycznym **zalecana, tj. wystarczająca ilość moczu do badania ogólnego moczu to około 50-100 mililitrów (s. 153 pkt. 2.4.1. ppkt. 1) natomiast pojemniki na mocz powinny mieć co najmniej objętość 50 – 100 mL (s.154 pkt.2.4.3.)**”. Jednakże należy zauważyć, że zapis zaleceń Polskiego Towarzystwa Diagnostyki Laboratoryjnej dotyczy objętości rekomendowanych do pobrania materiału przez pacjenta określoną techniką, a nie objętości wystarczających do samego wykonania konkretnych analiz, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym. Z kolei z zaleceń rządowych, na które powołuje się Odwołujący opisana jest m.in. technika mikcji spontanicznej i wpisana jest objętość próbki około 50-100 ml, zaś w przypadku niemowląt i małych dzieci brak jest wzmianki o zalecanych do pobrania objętościach moczu.

Nie można również tracić z pola widzenia, że próbka pierwotna o objętości 50-100 ml często zostaje poddana porcjowaniu, o czym świadczy niniejszy fragment wynikający z zaleceń EFLM (European Urinalysis Guidelines) wskazany przez Przystępującego: „*Próbkę moczu należy poporcjować, dodając konserwanty do próbek wymagających transportu. Zakres potrzebnej objętości moczu wynosi zwykle 1–10 ml w przypadku badań fizykochemicznych i oceny cech morfologicznych, a czasami nawet 100 ml w przypadku specjalistycznych oznaczeń biochemicznych. Do analizy mikrobiologicznej wystarczy 1–3 ml moczu w czystym pojemniku. Dla dużych laboratoriów istotna jest wystandaryzowana probówka o objętości 3–10 ml ze względu na zastosowanie zautomatyzowanych systemów analitycznych.*”

Niezależnie od powyższego, w zaleceniach Polskiego Towarzystwa Diagnostyki Laboratoryjnej mowa jest również o noworodkach, niemowlętach, osobach z niewydolnością nerek, od których można uzyskać do badania jedynie „niewielkie” ilości moczu, o czym świadczy fragment: „Badanie moczu nieodwirowanego jest metodą z wyboru u noworodków, niemowląt i osób z ostrą niewydolnością nerek, od których uzyskuje się niewielką objętość moczu do badania (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że wymóg Zamawiającego dotyczący możliwości wykonania badania z objętości moczu nie większej niż 1 ml (co ma potwierdzać oświadczenie producenta) wynika z faktu, że u Zamawiającego funkcjonuje Oddział Neonatologiczny II stopnia referencyjności z salą intensywnej terapii noworodka, czy też Oddział Urologiczny. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w Oddziale Neonatologicznym

„Hospitalizowane są w nim noworodki urodzone przedwcześnie i z niską masą urodzeniową. Uzyskanie od tak małych pacjentów moczu w ilości >1 ml jest często bardzo trudne. W przypadku noworodków, szczególnie urodzonych przedwcześnie, w trosce o dobro pacjenta diagnostyka musi być wykonana możliwie najszybciej, ponieważ jakiegokolwiek opóźnienia we wdrożeniu terapii skutkuje stanem zagrożenia życia”.

Dodatkowo Izba zważyła za Zamawiającym, iż: „Szpital współpracuje ze stacją dializ, gdzie pojawia się konieczność wykonania badania moczu u pacjentów, których nerki filtrują mocz w ilościach śladowych. Są to pacjenci z upośledzoną odpornością, a więc każde zakażenie również stanowi stan zagrożenia życia. Pacjenci Szpitala – noworodki, ale również pacjenci oddziału dziecięcego, pacjenci leczeni onkologicznie, pacjenci z anurią (bezmocz), pacjenci SOR-u – wszystkie te grupy pacjentów nie zawsze podlegają standaryzacji i niejednokrotnie nie spełniają wymagań dotyczących rekomendowanej objętości moczu”.

Niezależnie od powyższego, Izba odniosła się jeszcze do dowodu Odwołującego (maila Pana dr n.med. Marcina Sawickiego), z którego wynika, iż: „w Medycznym laboratorium pediatrycznym Centralnego Szpitala Klinicznego UMED w Łodzi standardowa objętość moczu do wykonania badania ogólnego moczu z osadem wynosi 10ml. W przypadku braku możliwości pobrania takiej objętości dopuszcza się wykonanie badania w objętości 5 ml moczu”. Izba zważyła, iż w ww. dowodzie mowa jest o 10 ml objętości „mocz z osadem” i 5 ml objętości moczu, przy czym wcale z powyższego oświadczenia nie wynika, że objętość ta dotyczy także noworodków, pacjentów leczonych onkologicznie, pacjentów z anurią (bezmocz), pacjentów SOR-u. Już tylko z tego powodu, w ocenie Izby, oświadczenie złożone przez dr n.med. Marcina Sawickiego jest nieadekwatne do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do twierdzenia Odwołującego na rozprawie, że „wcześniejsi na 1 godzinę produkują 6 ml moczu”, co ma wynikać z artykułu Urologia 2007/60, to po pierwsze należy zauważyć, że nie zostało to w żaden sposób udowodnione (tj. przedstawione w formie jakiegokolwiek dowodu Izbie), a po drugie, jak wskazywał Zamawiający na rozprawie, informacja ta nie wynika z aktualnej wiedzy medycznej. Poza tym, nie można tracić z pola widzenia, iż noworodki, niemowlęta nie mają fizycznej możliwości oddania moczu w ilości 5ml-10 ml, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, a Izba uznała je jako wiarygodne i logiczne. Izba zważyła, iż istotne jest przy tym również to, że liczy się de facto „ilość moczu, jaką pacjent jest zdolny wytworzyć, a nie objętość pęcherza moczowego”.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, w realiach niniejszej sprawy, Zamawiający zobiektywizował swoje uzasadnione potrzeby, a tym samym mógł określić wymóg przedstawienia oświadczenia producenta oferowanego systemu analitycznego potwierdzającego możliwość wykonania pełnej analizy moczu z deklarowanej minimalnej objętości próbki badanej moczu, tj. 1 ml, co w żaden sposób, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie narusza podstawowych zasad zamówień publicznych, czy też zasad opisu przedmiotu zamówienia.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2009 r. o sygn. akt KIO 1848/09, w którym Izba wskazała: „(...) w przypadku zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta. W takim wypadku celem takiego opisu przedmiotu zamówienia nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia (produktu) odpowiadającego jego potrzebom. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich. Wymaga także podkreślenia, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do podporządkowania dokonywanych zamówień wyłącznie interesom wykonawców i tym samym narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, prowadziłoby do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych zadań, nie dając pogodzić się z podstawowym celem ustawodawcy wyrażonym w przywołanych przepisach”.

Konkludując, zarzut dotyczący „objętości moczu do badania” jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego „badania elementów upostaciowanych moczu – parametr oceniany (dodatkowo punktowany)” oraz „wyniki prezentowane na skategramach i histogramach – parametr oceniany, dodatkowo punktowany”, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważyła, iż Zamawiający w dniu 03.03.2025 r. (opublikowane – 05.03.2025 r.) dokonał zmiany treści SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert znajdujących się w rozdziale XII SWZ.

Izba zważyła, iż przed dokonaną zmianą kryteriami oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia były „cena” o wadze 60% oraz „termin dostawy” o wadze 40%. Po zmianie treści kryterium oceny ofert zostały ustalone przez Zamawiającego w postaci „cena” o wadze 60% oraz „jakość” o wadze 40%. W ramach kryterium „jakość”, Zamawiający określił, iż będzie przyznawał punkty za określone w Zestawieniu warunków, parametrów granicznych – Załącznik nr 2 do SWZ i Umowy –

parametry oceniane zaofertowanego przez Wykonawcę asortymentu. Punktacja za poszczególne parametry oceniane została przedstawiona w Załączniku nr 2 do SWZ i Umowy w następujący sposób: „Badanie elementów upostaciowanych moczu metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią, Tak – 30 pkt. nie - 0 pkt.”; „Wyniki prezentowane na skategramach i histogramach, Tak – 10 pkt. nie- 0 pkt”.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż Zamawiający stosuje obecnie u siebie metodę obrazowania elementów upostaciowanych moczu, tj. automatyczną mikroskopię obrazującą upostaciowane elementy moczu (od 2022 r. Zamawiający korzysta z aparatury oferowanej przez Odwołującego), ale w ocenie Izby wcale to nie oznacza, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie może dodatkowo punktować wykonawców, którzy dysponują możliwością wykonania badania elementów upostaciowanych moczu inną metodą, tj. metodą fluorescencyjnej cytometrii przepływowej z ogniskowaniem hydrodynamicznym i konduktometrią oraz prezentowania wyników na skategramach i histogramach, a która to metoda stanowi uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Izba zważyła za Zamawiającym, iż przy użyciu fluorescencyjnej cytometrii przepływowej, która to metoda wykorzystuje zdolność barwników fluorescencyjnych do reakcji z materiałem genetycznym komórki, skutkuje tym, iż znakowanie w ten sposób komórek, umożliwia ich dokładne zliczanie i różnicowanie. Metoda ta zapewnia bardziej obiektywną ocenę składników upostaciowanych moczu, ze względu na fakt, iż metoda ta klasyfikuje składniki moczu na podstawie ich wielkości, kształtu, objętości i charakterystycznego barwienia w przeciwieństwie do automatycznej mikroskopii obrazującej upostaciowane elementy moczu. Nadto metoda ta nie posiada znamion estymacji, nie jest szacowaniem, zaś w zakresie klinicznej cytometrii przepływowej znajduje zastosowanie jako metoda potwierdzająca badania skriningowej, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym.

Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również Przystępujący w piśmie procesowym, iż metoda fluorescencyjnej cytometrii przepływowej innowacyjnie dokonuje „preklasyfikacji bakterii na Gram ujemne i Gram dodatnie oraz sygnalizuje obecność komórek atypowych wpływając tym samym na ukierunkowanie pacjenta na przyspieszoną diagnostykę histopatologiczną”. Co istotne, metoda fluorescencyjnej cytometrii przepływowej umożliwia precyzyjniejszą diagnozę, ze względu na dokładniejsze obrazowanie, a także fakt, iż metoda ta umożliwia dodatkową weryfikację uzyskiwanych wyników liczbowych i ewentualnych flag, które są prezentowane na skategramach i histogramach.

Poza tym, jak zauważył Przystępujący w piśmie procesowym, iż metody automatyczne wymagają weryfikacji w sytuacjach, gdy wynik ten jest wynikiem niewiarygodnym, ponieważ należy zauważyć, że istotne jest pytanie ujęte w zaleceniach Polskiego Towarzystwa Diagnostyki Laboratoryjnej „Czy była możliwa wiarygodna ocena upostaciowanych elementów moczu wg kryteriów zastosowanej technologii?”, NIE – wykonanie badania standaryzowaną metodą mikroskopową, Tak – wydanie wyniku z informacją o rodzaju zastosowanej metody.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, skategramy i histogramy będące sposobem do graficznego prezentowania wyników liczbowych mogą bezpośrednio posłużyć jako narzędzie w ocenie wiarygodności uzyskanych wyników. Nie można również tracić z pola widzenia, że komórki moczu przy badaniu mikroskopowym za pomocą zdjęć nakładają się na siebie w przeciwieństwie do metody cytometrii przepływowej, w której to metodzie widać „każdą jedną komórkę”, na co zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie, a nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w wystarczający sposób uzasadnił swoje potrzeby, aby punktować dodatkowo wykonawców, którzy posiadają w swojej ofercie metodę fluorescencyjnej cytometrii przepływowej wraz z prezentowaniem wyników na skategramach i histogramach.

Nadto Izba zważyła, iż Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż „Zamawiający dodatkowo punktuje zastosowania rozwiązania technicznego, które jest obecne **jedynie** w analizatorach oferowanych przez Sysmex Polska sp. z o.o. której jest jedynym producentem stosującym takie rozwiązania w Polsce (i na świecie). Z załączonej ulotki Sysmex Polska sp. z o.o. wynika, że ich analizator posiada „flow cytometry”, czyli rozwiązanie oparte na bazie cytometrii przepływowej”. W ocenie Izby, nawet uznając to za prawdę (wskazywany przez Przystępującego analizator AUTION HYBRID AU-4050 nie jest oferowany przez dystrybutora tego sprzętu – spółki Medista.c.z. , co wynika z dowodu Odwołującego wraz z tłumaczeniem), jednakże, nie jest tak, że Zamawiający nie może dokonać opisu przedmiotu zamówienia, który spełniałby określone wymagania nawet jeden wykonawca, jeśli jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego. W realiach niniejszej sprawy, w ocenie Izby mamy do czynienia z takimi właśnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Poza tym, stwierdzenie Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2025 r., iż „brak odpowiedzi na swoje zapytania odnośnie sprzętu (tj. do producenta firmy Arkray, dystrybutora sprzętu producenta Arkray spółki Axon Lab sp. z o.o. – dopisek Izby), o którym wspomina w swoim piśmie Sysmex jest znamieny i oznacza ni mniej ni więcej niż to, że sprzętu tego obecnie nikt w Polsce (ale również w innych krajach) nie oferuje”, jest w ocenie Izby zbyt daleko idącym stwierdzeniem, ponieważ może się okazać, że taki sprzęt jest jeszcze oferowany.

Z kolei co do twierdzeń Odwołującego odnośnie wyników prezentowanych na skategramach i histogramach, który

stwierdza w treści odwołania, iż: „dodatkowa punktacja tego parametru jest możliwa do uzyskania wyłącznie przez jednego potencjalnego wykonawcę – Sysmex Polska sp. z o.o., który jako jedyny posiada w swoich urządzeniach technologię cytometrii przepływowej”, to należy zauważyć, że prezentowanie wyników na skategramach i histogramach jest możliwe także w urządzeniach innych producentów, co potwierdza zrzut ekranu z materiału wideo, przedstawiającego oprogramowanie analizatora Mindray, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym. Zresztą nie było to kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie ani w piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2025 r. „wyrób medyczny uzyskałby tylko 10% dodatkowej punktacji, ale nadal nie otrzymałby pozostałych 30%”.

Konkludując, zarzut dotyczący „badania elementów upostaciowanych moczu – parametr oceniany (dodatkowo punktowany)” oraz „wyniki prezentowane na skategramach i histogramach – parametr oceniany, dodatkowo punktowany” jest w ocenie Izby niezasadny, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał, że nie jest w żaden sposób złożyć oferty w niniejszym postępowaniu.

Nadto Izba zważa, iż pozostałe dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: