Sygn. akt: KIO 3321/23

POSTANOWIENIE

z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 listopada 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
6 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu ul. Jeleniogórska 4, 59- 700 Bolesławiec**

przy udziale wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz
Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa kwoty **15 000 zł 00 gr**
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 3321/23

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

Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywne dostawy odczynników do wykonywania badań biochemiczno-immunochemicznych, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych wraz z dzierżawą dwóch zintegrowanych systemów biochemiczno-immunochemicznych oraz wdrożenie systemu LIS, dostarczenie sortownika próbek biologicznych, dostarczenie chłodni laboratoryjnych, wirówek laboratoryjnych dla Centrum Diagnostyki Laboratoryjnej w Zespole Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
:. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2023/S 208-654106.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.
siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych
referencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje rozwiązania firmy Abbott. Odwołujący wniósł o dopuszczenie możliwości zaoferowania oferowanych przez niego produktów poprzez zmianę postanowień SWZ zgodnie
z poniższymi żądaniami.

Dotyczy Załącznika 2a do Formularza cenowego – opis ogólny przedmiotu zamówienia

1. W punkcie 1 przedmiot zamówienia obejmuje, Zamawiający postawił wymóg: „Sukcesywne dostawy odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych wraz
z dzierżawą dwóch zintegrowanych modułów biochemiczno-immunochemicznych (główny
i back-up), wydajność: 1200 oznaczeń/godzinę każdy."

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „Sukcesywne dostawy odczynników do badań biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą dwóch zintegrowanych modułów biochemiczno-immunochemicznych (główny i back-up), wydajność: 1200 oznaczeń/godzinę dla systemu głównego" oraz „Dwa analizatory biochemiczne pracujące w technologii tzw. „mokrej chemii" lub „ suchej chemii", o wydajności maksymalnej (łącznie z ISE) nie mniejszej niż 1200 testów / h dla biochemicznego modułu analitycznego będącego składową zintegrowanego systemu (głównego). Zamawiający dopuszcza mniejszą wydajność dla drugiego systemu biochemicznego, jednak nie mniejszą niż 700 testów /godz."

2. W poz. 100 i 101 Tabeli nr 1 Badania immunochemiczne, pkt. 1 WYTYCZNYCH dla Wykonawcy – tab.1, Załącznik 2a do Formularza cenowego oraz pkt. 1 parametrów granicznych systemu zintegrowanego, Załącznik 2g do Formularza cenowego, Zamawiający wyspecyfikował dwa oznaczenia – przeciwciała przeciwjądrowe ANA metoda CLIA

i przeciwciała przeciwjądrowe ENA metoda CLIA. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie dopuszcza wykonywania tych oznaczeń poza systemami będącymi przedmiotem zamówienia, pomimo, że wspomniane badania nie są badaniami pilnymi i dyżurowymi oraz zlecane są w niewielkich ilościach (po 720 badań / 36 miesięcy, czyli 20 badań miesięcznie), a więc możliwość zlecania ich na zewnątrz ma uzasadnienie ekonomiczne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu i dopuszczenie możliwości wykonywania tych oznaczeń poza systemami będącymi przedmiotem zamówienia, z wymogiem podania w formularzu cenowym kosztu ich wykonania, informacji dotyczącej laboratorium, w którym będą one wykonywane oraz sposobu realizacji (czas otrzymania wyników, forma transportu).

3. W poz. 102 Tabeli nr 1 badania immunochemiczne, Załącznik nr 2a do Formularza cenowego, Zamawiający autorytatywnie wyspecyfikował oznaczenia NGAL w części oznaczeń immunochemicznych, które jedynie w przypadku analizatorów Architect i oraz Alinity i firmy Abbott wykonywane są właśnie w modułach immunochemicznych. Nie istnieją żadne przesłanki aby badania te konieczne były do wykonania w części immunochemicznej. Większość dostawców oferuje oznaczenia NGAL w części biochemicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu i dopuszczenie możliwości wykonywania tego oznaczenia w module immunochemicznym lub biochemicznym.

4.W pkt. 3 parametrów granicznych systemu zintegrowanego, Załącznik 2g do Formularza cenowego, Zamawiający wymaga, aby „zintegrowane systemy umożliwiały dostawianie
i wyjmowanie probówek z aparatów, bez przerywania ciągłości ich pracy. Możliwość jednoczesnego wstawienia do podajnika minimum 300 próbek dla każdego Systemu zintegrowanego".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:

„Zintegrowane systemy umożliwiały dostawianie i wyjmowanie probówek z aparatów, bez przerywania ciągłości ich pracy. Możliwość jednoczesnego wstawienia do podajnika systemu biochemiczno-immunochemicznego głównego minimum 300 próbek".

5.W punkcie 8 parametrów granicznych, Załącznika 2g do Formularza cenowego, Zamawiający postawił wymóg: „Ze względu na ograniczoną przestrzeń laboratoryjną, Zamawiający zamierza przeznaczyć na instalację dwóch systemów dwie loże o wymiarach maksymalnych 2,5 x 1,4m. Zamawiający oczekuje, że Dostawca wykona adaptację pomieszczenia w którym będą pracowały zintegrowane systemy (…)."

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „Zamawiający wymaga instalacji dwóch systemów z adaptacją pomieszczeń, zapewniającą komfortową obsługę dwóch modułów biochemiczno-immunochemicznych".

6.W pkt. 10 wymagań dotyczących modułów biochemicznych będących składowym zintegrowanych systemów, Zamawiający wymaga zaoferowania: „dwa identyczne analizatory biochemiczne pracujące w technologii tzw. „mokrej chemii" lub „suchej chemii",
o wydajności maksymalnej (łącznie z ISE) nie mniejszej niż 1200 testów / h dla każdego
z nich. Odczynniki między jednym i drugim analizatorem muszą być w pełni kompatybilne,
i istnieje możliwość przełożenia odczynników z jednego analizatora na drugi w przypadku awarii jednego z systemów, bez strat odczynnika."

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:

„Dwa analizatory biochemiczne pracujące w technologii tzw. „mokrej chemii" lub „suchej chemii", o wydajności maksymalnej (łącznie z ISE) nie mniejszej niż 1200 testów / h dla biochemicznego modułu analitycznego będącego składową zintegrowanego systemu (głównego). Zamawiający dopuszcza mniejszą wydajność dla drugiego systemu biochemicznego, jednak nie mniejszą niż 700 testów /godz. Odczynniki do badań muszą być w pełni kompatybilne, i istnieje możliwość ich używania na jednym i drugim analizatorze."

7. W pkt. 11 wymagań dotyczących modułów biochemicznych będących składowym zintegrowanych systemów oraz w pkt. 21 wymagań dotyczących modułów immunochemicznych, Załącznik 2g do Formularza cenowego, Zamawiający wymaga „możliwości dokładania wszystkich odczynników na pokład analizatora w czasie pracy analizatora bez przerywania badań", a także: „Zamawiający bezwzględnie wymaga możliwości dokładania na pokład analizatora wszystkich niezbędnych odczynników do wykonania wszystkich oznaczeń bez zatrzymywania pracy analizatora lub pauzowania
(w czasie pracy analizatora – wykonywanie badań)".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany, ww. parametru / funkcji poprzez nadanie mu następującej postaci: „Zamawiający wymaga możliwości dokładania niezbędnych odczynników na pokład analizatora do wykonania wszystkich oznaczeń,
w czasie pracy analizatora bez przerywania badań, dopuszczając tryb "wstrzymanie pobierania statywów" oraz wymianę jednego odczynnika systemowego".

8. W pkt. 14 wymagań dotyczących modułów biochemicznych będących składowym zintegrowanych systemów, Zamawiający wymaga: „Moduły biochemiczne muszą być wyposażone zintegrowany moduł przystawki jonoselektywnej do oznaczania jonów sodu, potasu i chlorków, zawierający elektrody do oznaczania Na, K, i Cl – brak konieczności wymiany elektrod na okoliczność oznaczania danego jonu przez min 30 dni".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „Moduły biochemiczne muszą być

wyposażone w moduł ISE do oznaczania jonów sodu, potasu
i chlorków, zawierający elektrody do oznaczania Na, K, i Cl –wymiana elektrod zgodnie
z instrukcją”.

9. W punkcie 15 wymagań dotyczących modułów biochemicznych będących składowym zintegrowanych systemów Zamawiający postawił następujący wymóg: „Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych wystarczająca do jednoczesnego załadowania na pokład min 50 odczynników”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na:

„Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych wystarczająca do jednoczesnego załadowania na pokład min 50 odczynników dla zintegrowanego systemu głównego”.

10. W punkcie 33 wymagań odczynnikowych dla analizatorów, Załącznik 2g do Formularza cenowego, Zamawiający określił jakiej możliwości oczekuje od oznaczeń CRP,
a mianowicie: „Zamawiający wymaga zaoferowania możliwości oznaczania zarówno hs CRP jak i CRP posługując się jednym zestawem odczynnikowym.”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu na: „Zamawiający wymaga zaoferowania możliwości oznaczania zarówno hs CRP jak i CRP”.

11. W pkt. 36 wymagań odczynnikowych dla analizatorów, Załącznik 2g do Formularza cenowego, Zamawiający postawił wymóg: „Wpływ interferencji w oznaczanie bilirubiny całkowitej ze strony 10 g/L hemoglobiny: nie większy niż 10%”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany, ww. parametru poprzez nadanie mu następującej postaci: “Wpływ interferencji w oznaczanie bilirubiny całkowitej ze strony hemoglobiny do stężenia 8 g/L: nie większe niż 10%”.

12. W pkt. 23 wymagań dotyczących modułów immunochemicznych będących składowymi zintegrowanych systemów, Zamawiający wymaga: „Odczynniki gotowe do użycia (dopuszcza się wykonywanie czynności dodatkowych w odczynnikach dodatkowych)”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru poprzez nadanie mu następującej postaci: “Odczynniki gotowe do użycia (dopuszcza się przygotowanie w jednym odczynniku oraz wykonywanie czynności dodatkowych w odczynnikach dodatkowych).

13. W pkt. 26 wymagań dotyczących modułów immunochemicznych będących składowymi zintegrowanych systemów, Zamawiający wymaga: „Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych wystarczająca do jednoczesnego załadowania na pokład min. 35 odczynników”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany, ww. parametru poprzez nadanie mu następującej postaci: „Ilość chłodzonych miejsc odczynnikowych wystarczająca do jednoczesnego załadowania na pokład min. 35 odczynników w analizatorze głównym i 28 odczynników w analizatorze zastępczym.”.

14. Odwołujący wniósł o zmianę pkt. 28 wymagań dotyczących modułów immunochemicznych przez nadanie mu treści: „Przebieg reakcji w jednorazowej kuwecie”.

15. W pkt. 39 wymagań odczynnikowych dla analizatorów, Załącznik 2g do Formularza cenowego Zamawiający wymaga: „Oznaczenie kortyzolu zarówno w surowicy i w moczu
z próbki pierwotnej. Ze względu na ilość wykonywanych oznaczeń Zamawiający nie dopuszcza wstępnego przygotowania próbki moczu do oznaczenia kortyzolu. Spełnienie tych wymogów należy potwierdzić w ulotce odczynnikowej”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany, ww. parametru poprzez wskazanie liczby badań kortyzolu, w szczególności poprzez oddanie zapisu o następującej postaci: „Oznaczenie kortyzolu w surowicy lub w moczu lub w ślinie. Ilość badań kortyzolu w ślinie lub w moczu wynosi ..... w ciągu trwania umowy”.

16. W pkt. 1 Parametrów Ocenianych Załącznik 2g do Formularza cenowego Zamawiający określił: „Wszystkie zaoferowane kalibratory oraz dedykowane kontrole immunochemiczne niewymagające rekonstytucji”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru poprzez nadanie mu następującej postaci: „Wszystkie kalibratory modułu niewymagające rekonstytucji lub
w formie liofilizatów.”

17. W pkt. 2 Parametrów Ocenianych Załącznik 2g do Formularza cenowego Zamawiający określił: „Testy immunochemiczne oparte o system reakcji wolny od wiązania biotyna - streptawidyna”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru poprzez wykreślenie tego punktu.

18. W pkt. 4 Parametrów Ocenianych Załącznik 2g do Formularza cenowego Zamawiający określił: „Możliwości wykonania testu troponiny w próbkach zhemolizowanych dla stężeń hemoglobiny nie mniej niż 400 mg/dL”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru poprzez wykreślenie tego punktu.

19. W pkt. 5 Parametrów Ocenianych Załącznik 2g do Formularza cenowego Zamawiający określił: „Liniowość βhCG ≥ 14.000 mIU/ml”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru poprzez nadanie mu następującej postaci:

„Liniowość βhCG ≥ 14.000 mIU/ml z wykorzystanie funkcji automatycznego rozcieńczenia".

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości. Na posiedzeniu w dniu 21 listopada 2023 r., przed otwarciem rozprawy, Zamawiający powtórzył ww. oświadczenie.

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 21 listopada 2023 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp,
w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu odwołania w całości, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na posiedzeniu nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji art. 549 ust. 4 ustawy Pzp. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi
o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa
w art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu
z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :……