Sygn. akt KIO 2503/14

WYROK

z dnia 11 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 28 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **bioMérieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przetarg nieograniczony PN/28DzOL/10/2014 o wartości powyżej 207 000 euro na dostawy odczynników, podłoży i testów wraz z dzierżawą do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej* prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiemu Szpitalowi Zakaźnemu w Warszawie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla pakietu nr 2 (hodowla i detekcja drobnoustrojów) polegającą na dopuszczeniu możliwości zaoferowania do hodowli grzybów podłoży, w których następuje jednoczesny wzrost grzybów i bakterii.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – bioMérieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Zakaźnego w Warszawie** na rzecz **odwołującego – bioMérieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Przetarg nieograniczony PN/28DzOL/10/2014 o wartości powyżej 207 000 euro na dostawy odczynników, podłoży i testów wraz z dzierżawą do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej.*

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_222-392107 z 18 listopada 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.zakazny.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 listopada 2014 r. Odwołujący: bioMérieux Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – {spółka zwana również dalej w skrócie „bioMérieux", które to określenie używanej jest również dla oznaczenia producenta, którego jest przedstawicielem} wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 2 – hodowli i detekcji drobnoustrojów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ – pn. *Specyfikacja asortymentowo-cenowa,* w brzmieniu: *wybiórcze podłoża do hodowli z krwi grzybów drożdżoidalnych, z dodatkiem czynnika umożliwiającego namnażanie się innych drobnoustrojów,* a także pkt 14 załącznika nr 6 do SIWZ – pn. *Zestawienie warunków koniecznych,* w brzmieniu: *dostępne podłoża wybiórcze do hodowli grzybów* – stanowią naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, gdyż wskazują one w sposób nieuprawniony na produkt jednego wytwórcy – Becton Dickinson, eliminując konkurencyjność postępowania. przepisów ustawy pzp

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w zakresie powyższych postanowień, przez dopuszczenie możliwości zaoferowania podłoży do hodowli grzybów, w których następy he jednoczesny wzrost grzybów i bakterii.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Na wstępie Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który gwarantuje wykonawcom zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Podstawowym celem zasady równego traktowania jest zapewnienie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach, a także zamierzających w nim wziąć udział, równych szans w dostępie do rynku zamówień publicznych oraz, podobnie jak w przypadku zasady zachowania uczciwej konkurencji, sprzyjanie celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków przez zamawiających.

Odwołujący zarzucił, że – przez Zamawiający sformułowanie wymogów przedmiotowych w sposób umożliwiający złożenie oferty na produkt tylko jednego wytwórcy, zaprzecza całej istocie procedury udzielenia zamówienia publicznego, którą stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku, jak również ogranicza możliwość złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że skarżone wymogi przedmiotowe wykluczają złożenie oferty przez wykonawców oferujących systemy do posiewów krwi i innych jałowych płynów ustrojowych – o analogicznym przeznaczeniu i funkcjonalnościach jak wskazany pośrednio aparat BACTEC firmy Becton Dickinson – będące w stanie zaspokoić obiektywne potrzeby Zamawiającego w zakresie diagnostyki laboratoryjnej. Odwołujący sprecyzował, że inne systemy odróżnia od aparatu BACTEC fakt, że obejmują one uniwersalne podłoża tlenowe przeznaczone do jednoczesnej hodowli bakterii i grzybów, a nie tylko grzybów – jak wymaga Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego skarżone wymagania nie mają znaczenia z punktu widzenia

potrzeb Zamawiającego, w szczególności ich spełnienie nie ma wpływu na zakres wykonywanych oznaczeń, funkcjonalność urządzeń, jakość uzyskiwanych wyników badań czy też ekonomikę procesu badań laboratoryjnych. Natomiast odnoszą się one jedynie do osobniczych cech danego urządzenia. Z kolei cechy te z istoty swej muszą się różnić z uwagi na posiadane, prawnie chronione rozwiązania patentowe, i każdy z producentów w inny sposób konstruuje urządzenia. Tym niemniej charakter stosowanych rozwiązań nie może przesądzać o dyskwalifikacji urządzeń, jeżeli uzyskuje się tożsame efekty. Według Odwołującego automatyczny system do hodowli drobnoustrojów z krwi oraz płynów ustrojowych oferowany przez bioMérieux, pomimo że nie spełnia skarżonych wymagań, w pełni realizuje założenia SIWZ.

Odwołujący ocenił, że nie do przyjęcia jest teza – którą próbuje posługiwać się Zamawiający – że podłoża uniwersalne umożliwiające jednoczesny odzysk bakterii i grzybów, a tym samym eliminujące dodatkowe koszty z tytułu nabycia wybiórczych podłoży do hodowli grzybów – nie pozwalają na zaspokojenie zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego.

10 grudnia 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie {pismo datowane na 9 grudnia 2014 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{1.}

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że zgodnie z przyjętym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, odwołujący w celu udowodnienia istnienia czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, powinien wykazać, że wymagania określone przez Zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb. Wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się jedynie do twierdzeń Odwołującego, przesuwających cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, że jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną i udowodnioną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu – art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp {Zamawiający wskazał przykładowo wyrok Izby z 24 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3008/13}.

Według Zamawiającego art. 29 ust. 2 pzp należy odczytywać w kontekście uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a także przez pryzmat dowodów przedstawionych przez odwołującego, który wywodzi występowanie przesłanek określonych w tym przepisie. Nie jest wystarczające wykazanie, że dany wykonawca czy grupa przedsiębiorców nie może zaoferować danego asortymentu w konkretnym przetargu, lecz konieczne jest udowodnienie, że ofertę przy określonym opisie przedmiotu zamówienia może złożyć tylko jeden wykonawca w warunkach braku występowania uczciwej konkurencji ze strony innych uczestników obrotu spowodowanych nieuzasadnionymi wymogami Zamawiającego.

Zamawiający ocenił, że w odwołaniu brak jest jakichkolwiek dowodów dla wykazania, że opisał przedmiot zamówienia w zakresie kwestionowanych postanowień SIWZ w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający podniósł w szczególności za nieudowodnione należy uznać twierdzenia Odwołującego odnoszące się do braku zasadności zawartego w SIWZ wymogu dostarczenia podłoży wybiórczych, a także do realizowania w pełni założeń SIWZ przez oferowany przez niego system.

{2.}

Odnosząc się jednak merytorycznie do zarzutu odwołania, Zamawiający stwierdził, że podtrzymuje z całą świadomością swoje stanowisko zawarte w treści odpowiedzi udzielonych w piśmie z 27 listopada 2014 r. na zapytania wykonawców do SIWZ dotyczące możliwości zaoferowania podłoży do łącznej hodowli grzybów drożdżoidalnych i bakterii (odpowiedź na pytanie 3 i 4).

Zamawiający na wstępie powołał się generalnie na to, że żaden zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym w danej branży na rynku złożenie oferty. Sama okoliczność, że wykonawca nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu niespełniania określonych parametrów, nie przesądza jeszcze o tym, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji {Zamawiający wskazał na wyrok Izby z 24 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1429/14}. Stanowisko takie wyraził również Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 22 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 25/08), podkreślając przy tym prawo Zamawiającego do opisania swoich potrzeb w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał jego potrzeby. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1350/14) zauważyła, że ochrona interesu wykonawców nie może prowadzić do decydowania przez nich, poprzez kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia, co jest zamawiającemu potrzebne, a co zbędne dla realizacji usług istotnych z punktu widzenia interesu publicznego. Ingerencja przez wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy, które z punktu widzenia zamawiającego są niezbędne i wynikają z jego obiektywnych potrzeb. Z kolei jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest analiza w odniesieniu do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Powszechnie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, jest on uprawniony do wprowadzenia wymogów, które mogą zawęzić krąg potencjalnych wykonawców {Zamawiający wskazał przykładowo wyroki Izby: z 5 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 765/14) oraz z 14 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 380/14). Takie ograniczenie konkurencji musi mieć jednak na celu uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego i realizowanym przez niego celom.

W związku z powyższym Zamawiający oświadczył, że opisując przedmiot zamówienia w zakresie hodowli i detekcji drobnoustrojów brał pod uwagę swoje indywidualne i uzasadnione obiektywnie potrzeby, a także dołożył wszelkich starań, aby przedmiot przyszłej umowy był zgodny z założeniami i celem, który zamierza osiągnąć.

Zamawiający wyjaśnił, że należy do największych w kraju specjalistycznych ośrodków

zakaźnych, leczy kilkadziesiąt tysięcy pacjentów rocznie. W jego oddziałach i poradniach diagnozowane są najcięższe i najbardziej skomplikowane przypadki kierowane z innych ośrodków leczniczych. Ponad 30% pacjentów stanowią pacjenci HIV+/ADIS (w tym niemowlęta), a pozostali pacjenci to osoby z chorobami układu odpornościowego lub po przeszczepach narządów, leczeni lekami immunosupresyjnymi, u których, tak samo jak u pacjentów z HIV+/ADIS, szybkie wykonanie precyzyjnych, rzetelnych badań w kierunku chorób wywoływanych przez grzyby drożdżoidalne decyduje o skutecznym włączeniu leków, a tym samym efekcie leczenia.

Powyższe zdaniem Zamawiającego uzasadnia wymóg dostarczenia przez wykonawcę wybiórczych podłoży płynnych do hodowli z krwi grzybów drożdżoidalnych, z dodatkiem czynnika uniemożliwiającego namnażanie się innych drobnoustrojów.

Zamawiający stwierdził, że dla uzyskania rzetelnych i powtarzalnych wyników badań nie może wykonywać badań na podłożach dedykowanych do łącznej hodowli grzybów i bakterii, gdyż z jego wieloletniej praktyki laboratoryjnej, obejmującej m.in. wykonywanie badań na różnych rodzajach podłoży (w tym dystrybuowanych przez Odwołującego), wynika, że gwarantują to wyłącznie podłoża wybiórcze:

1. Wyniki badań uzyskane przy zastosowania podłoży wybiórczych wskazują na znaczny i szybszy przyrost liczby wyhodowanych grzybów w stosunku do wyników hodowli prowadzonych na podłożach umożliwiających jednoczesny wzrost bakterii. Związane jest to ze specyfiką procesu hodowli bakterii, które rosną i namnażania się o wiele szybciej niż grzyby, tłumiąc ich wzrost i liczbę.
2. Zastosowanie podłoży wybiórczych skraca czas niezbędny do uzyskania wyniku dodatniego – wzrostu grzybów. Przykładowo uzyskuje się wzrost wolno rosnących grzybów już w pierwszych 24 godzinach hodowli, podczas gdy przy zastosowaniu podłoża do łącznej hodowli grzybów i bakterii okres ten może się wydłużyć *o 24, a nawet*

do 48 godz.

3. Jednoczesny wzrost grzybów i bakterii utrudnia rozróżnienie faktycznego patogenu, co wpływa znacznie na ryzyko zafałszowania wyniku badania w związku z szybszym i dominującym wzrostem flory bakteryjnej.
4. Podłoża nacelowane na grzyby mają protokół wydłużonej inkubacji, co znacznie zwiększa szanse ich wyhodowania.
5. Zastosowanie podłoży wybiórczych ogranicza liczbę wyników fałszywie ujemnych, tj. sugerujących nieobecność patogenów grzybiczych w próbce.
6. Wynik uzyskany z zastosowaniem podłoża ukierunkowanego jedynie na hodowlę grzybów jest bardziej wiarygodny dla klinicystów.

Zamawiający podsumował, że powyższe zalety podłoży wybiórczych pozwalają

na wcześniejsze rozpoznanie patogenu i szybsze wdrożenie ukierunkowanej terapii, co zwiększa szanse chorego na wyleczenie lub powstrzymanie rozwoju choroby. Może mieć też znaczenie dla uratowanie mu życia, gdyż czasami o powodzeniu leczenia decydują godziny, np. przy zakażeniu uogólnionym – posocznicy zwanej potocznie sepsą.

Zamawiający dodał, że zastosowanie podłoży wybiórczych daje także wymierne korzyści materialne, uzyskiwane m.in. w związku ze skróceniem okresu hospitalizacji, a także minimalizacją efektów niepożądanych, co skutkuje brakiem konieczności włączenia dodatkowych kosztownych leków i badań oraz skróceniem czasu hospitalizacji. W opinii Zamawiającego zysk uzyskiwany w ten sposób jest nieporównywalny z zarzucanym przez Odwołującego wzrostem kosztu badania, generowanym przez włączenie podłoża wybiórczego, w tym dodatkowych 900 probówek.

Pismem z 1 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że 28 listopada 2014 r. zamieścił na swojej stronie internetowej kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie złożonym na posiedzeniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania.

Izba dopuściła również zarówno dowód wnioskowany przez Zamawiającego, jak i dowody wnioskowane przez Odwołującego.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Przedmiotem zamówienia są dostawy odczynników, podłoży i testów wraz z dzierżawą sprzętu do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej, rozumianej jako wyhodowanie czynnika etiologicznego, określenie jego identyfikacji i lekowrażliwości, przy czym proces uważany jest za zakończony po otrzymaniu wyniku końcowego w postaci wydruku {pkt 3.1 i 3.2 s.i.w.z.}. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych na pojedynczy pakiet {pkt 3.6 s.i.w.z.}.

Na opis przedmiotu zamówienia składa się załącznik nr 1 do SIWZ {pn. *Specyfikacja asortymentowo-cenowa}* oraz załączniki nr 6 do s.i.w.z. {pn. *Zestawienie warunków koniecznych}*. Wynika z nich, że przedmiot zamówienia składa się z dwóch części {nazywanych pakietami}: pakiet nr 1 – identyfikacja drobnoustrojów i określanie ich wrażliwości (automatyczny analizator mikrobiologiczny do identyfikacji drobnoustrojów i określania ich wrażliwości) i pakiet nr 2 – hodowla i detekcja wzrostu drobnoustrojów (aparat do hodowli i detekcji wzrostu drobnoustrojów).

Z tabeli specyfikacji asortymentowo-cenowej dla pakietu nr 2 wynika, że obejmuje on: po pierwsze – dzierżawę aparatu, po drugie – dostawę odczynników, podłoży i testów, po trzecie – odczynniki uzupełniające, materiały eksploatacyjne i części zużywalne potrzebne dla wykonania 17500 posiewów. Przy czym Zamawiający zastrzegł w uwadze pod tabelą, że oferta ma zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym koszty odczynników, materiałów eksploatacyjnych, części zużywalnych i wszystkich komponentów. Natomiast elementy nieuwzględnione, a konieczne do wykonywania badań, będą dostarczane na koszt wykonawcy.

W ramach drugiej kategorii wyszczególniono zapotrzebowanie na następujące podłoża i ich ilości: 1) podłoża płynne do hodowli z krwi i płynów ustrojowych bakterii rosnących w warunkach tlenowych – 8 tys. szt., 2) podłoża płynne do hodowli z krwi i płynów ustrojowych bakterii rosnących w warunkach beztlenowych – 4 tys. szt., 3) wybiórcze podłoża płynne do hodowli z krwi i płynów ustrojowych grzybów drożdżoidalnych, z dodatkiem czynnika uniemożliwiającego namnażanie się innych drobnoustrojów – 900 szt., 4) podłoża płynne do hodowli z krwi i innych jałowych płynów ustrojowych bakterii o wysokich

wymaganiach pokarmowych – 4 tys. szt., 5) podłoża płynne do hodowli drobnoustrojów z małej objętości krwi, tzw. podłoża pediatryczne – 600 szt. {uwzględniono zmiany treści załącznika wprowadzone przez Zamawiającego 27 listopada 2014 r.}.

Zamawiający oczekuje wypełnienia powyższego druku m.in. przez określenie dla poszczególnych podłoży ich ceny jednostkowej netto, wartości netto, stawki VAT i wartości brutto.

W załączniku nr 6 do s.i.w.z. dla pakietu nr 2 opisano wymagania dla aparatu do hodowli i detekcji wzrostu drobnoustrojów. Wynika z nich w szczególności, że wymagana jest technologia hodowli w podłożach płynnych, z wytrząsaniem i automatyczną kontrolą wzrostu {pkt 2}, pojemność aparatu 120-200 miejsc inkubacyjno-pomiarowych {pkt 3}, ciągłe przeglądania hodowli – pomiary co najmniej 4 razy na godzinę {pkt 4}, system dźwiękowej i graficznej sygnalizacji prób dodatnich {pkt 7}, możliwość zmiany czasu inkubacji hodowli ujemnych {pkt 10}. W zakresie podłoży do aparatu wymagane są podłoża kompletne bez konieczności dodawania substancji wzbogacających {pkt 11}, następujących rodzajów: podłoża z inhibitorami antybiotyków {pkt 12}, podłoża pediatryczne {pkt 13} i podłoża wybiórcze do hodowli grzybów {pkt 14}.

Zamawiający oczekuje wypełnienia powyższego druku przez potwierdzenie lub zaprzeczenie spełniania poszczególnych wymagań {polegające na wpisaniu słów TAK albo NIE w poszczególnych wierszach} oraz podanie producenta oraz modelu i roku produkcji oferowanego aparatu.

W wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 27 listopada 2014 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 zrezygnował z wymagania zaoferowania w ramach odczynników uzupełniających suplementów wzrostowych dla drobnoustrojów o wysokich wymaganiach, konfekcjonowanych w opakowaniach po 4 szt., który to sposób pakowania – zdaniem

pytającego – jest charakterystyczny wyłącznie dla firmy Becton Dickinson, producenta systemów do posiewów krwi BACTEC.

W powyższym piśmie znalazły się ponadto w szczególności następujące pytania i wyjaśnienia Zamawiającego treści s.i.w.z.

Pytanie nr 3: *Do pkt 14 opisu przedmiotu zamówienia i pkt 3 Specyfikacji asortymentowo-cenowej – Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaproponowanie podłoży do hodowli grzybów, w których następuje jednoczesny wzrost grzybów i bakterii? W załączeniu przesyłamy listę przykładowych grzybów hodowlanych z butelek uniwersalnych do hodowli bakterii i grzybów sporządzoną na podstawie publikacji oraz Klubu Rzadkich Organizmów (również w załączeniu) prowadzonego przez producenta podłoży dzięki*

zgłoszeniom użytkowników systemów BacT/ALERT.

Pytanie nr 4: *Do Specyfikacji asortymentowo-cenowej pkt 3 – Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaproponowanie podłoża uniwersalnego, w którym odbywa się hodowla bakterii i grzybów drożdżoidalnych jednocześnie, pozwalając na dokonanie oszczędności dzięki braku stosowania dodatkowej butelki przeznaczonej wyłącznie dla grzybów jednakże z zapewnieniem ich odzysku? Czy w powyższym przypadku Zamawiający będzie* żądał *zaoferowania dodatkowych 900 szt. butelek uniwersalnych (równoważnych testom z pozycji 1 specyfikacji asortymentowo-cenowej), czy też wyrazi zgodę na pominięcie 900 szt. testów z pkt. 3 w wycenie pakietu z uwagi na to,* że *podłoża uniwersalne z pozycji 1 zabezpieczą wzrost zarówno bakterii jaki i grzybów?*

Odpowiedź pytania nr 3 i 4: *Nie. Zamawiający nie wyraża zgody na zaoferowanie wyżej opisanych podłoży. Za jakość diagnostyki odpowiada wyłącznie Zamawiający. Uwzględniając specyfikę pacjentów Szpitala (duży procent pacjentów HIV+/AIDS, w tym niemowlaków) Zamawiający wymaga podłoży specjalizowanych ułatwiających wzrost tylko grzybów drożdżoidalnych. Jednoczesny wzrost grzybów i bakterii utrudnia rozróżnienie faktycznego patogenu. Dodatkowo podłoża nacelowane na grzyby mają protokół wydłużonej inkubacji, co znacznie zwiększa szanse ich wyhodowania. Wynik uzyskany z zastosowaniem takiego podłoża jest bardziej wiarygodny dla klinicystów, z którymi współpracujemy.*

Aktualnie na rynku występują tylko trzy systemy (aparaty) do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej w zakresie bakterii i grzybów: BACTEC, którego producentem jest Becton Dickinson, BacT/ALERT, którego produkowany przez bioMérieux i VersaTREK, produkcji Thermo Fisher. Spośród nich wyłącznie BACTEC stosuje rozwiązanie polegające na użyciu wybiórczych podłoży do hodowli grzybów, pozostałe dwa systemy opierają się na stosowaniu podłoży uniwersalnych {okoliczność niesporna}.

Podłoże selektywne dla grzybów i drożdżaków BD BACTEC Mycosis IC / F Culture Vials przeznaczonej jest do wybiórczej hodowli i odzysku grzybów i drożdżaków z krwi w systemie BACTEC, przy czym deklarowany przez producenta Becton Dickinson czas niezbędny do ich wykrycia w godzinach wynosi nie więcej niż 72 godziny dla drobnoustrojów *Candida albicans, Candida tropicalis, Candida parapsilosis, Candida krusei, Candida (Torulopsis) glabrata, Cryptococcus neoformans* {tzw. metodyka producenta Becton Dickinson dotycząca tego podłoża}.

Podłoże to w porównaniu do uniwersalnego podłoża Plus Aerobic / F przy diagnozowaniu fungemii, czyli zakażenia krwi grzybami chorobotwórczymi w systemie BACTEC pozwala na: częstsze uzyskanie wyniku pozytywnego (w szczególności

w przypadku jednoczesnego współwystępowania na podłożu uniwersalnym drożdży i bakterii) oraz skrócenie czasu wykrywania {wyciąg z artykułu pt. *Porównanie podłoży do hodowli krwi Mycosis IC / F i Plus Aerobic / F w diagnostyce fungemii w systemach monitorowania Bactec 9240,* Journal of Clinical Microbiology, luty 2004, str. 773}

System BacT/ALERT z użyciem butelek hodowlanych {inna nazwa podłoży płynnych} typu SA, FA, FA Plus, PF, PF Plus stosowany jest do testów jakościowych do namnażania i wykrywania drobnoustrojów (bakterie i grzyby) we krwi (wszystkie podłoża), a także innych normalnie jałowych płynach ustrojowych (niektóre podłoża), w tym drożdżaków z rodzaju *Candida* {tzw. metodyki producenta bioMérieux dotyczące poszczególnych podłoży}. Deklarowany przez producenta bioMérieux czas niezbędny do ich wykrycia (Candida *albicans, Candida T. glabrata, Candida tropicalis)* w godzinach zawiera się w zakresie od 17,3 do 82,8 godzin (przy zagregowaniu wyników dla wszystkich pięciu podłoży łącznie, tzn. biorąc pod uwagę czas najkrótszy i najdłuższy, niezależnie od podłoża, na którym został osiągnięty, ani objętości inokulum – dawki zakażającej) {tzw. metodyki producenta bioMérieux dotyczące poszczególnych podłoży}.

Dla podłoży FA i FAN w systemie BacT/ALERT dla drożdżaków (Candida *albicans, Candida tropicalis, Candida glabrata, Candida kefyr* i *Candida parapsilosis* oraz *Cryptococcus neoformans)* czas wykrycia dla hodowli dodatnich w pierwszych 72 godzinach inkubacji zawierał się w przedziale od 12,2 do 64,8 godzin, a średnio około 30 godzin (przy zagregowaniu wyników dla obu podłoży łącznie) {artykuł pt. *Kontrolowane porównanie oryginalnych wentylowanych tlenowych podłoży FAN z nowymi niewentylowanymi podłożami do posiewu krwi BacT/ALERT FA,* Journal of Clinical Microbiology, czerwiec 2002, str. 2098-2101}.

Natomiast dla podłoży PSA i VA dla grzybów w systemie BacT/ALERT średni czas wykrycia dla grzybów {Candida *albicans, Candida tropicalis, Candida glabrata, Candida parapsilosis* oraz *drożdżaków}* wynosił 46,9 godzin dla butelek PSA i 51,9 godzin dla butelek VA {artykuł pt. *Ocena niewentylowanych butelek z tworzyw sztucznych na posiewy krwi w kierunku drobnoustrojów tlenowych, przeznaczonych do stosowania w Systemach Wykrywania Drobnoustrojów typu BacT/ALERT,* Journal of Clinical Microbiology, grudzień 2002, str. 4757-4759}.

W systemie BacT/ALERT można wyizolować z posiewów krwi co najmniej następujące gatunki grzybów z rodzaju *Candida: Candida albicans, Candida tropicalis, Candida glabrata, Candida kefyr, Candida parapsilosis, Candida lusitaniae, Candida famata, Candida dubliniensis, Candida krusei* {zestawienia długookresowe z laboratorium i pracowni

diagnostyki mikrobiologicznej}

W systemie BacT/ALERT uzyskano wykrycie następujących rzadkich grzybów: *Asprgillus, fumigatus, Aspergillus Niger, Candida glabrata, Candida lipolytica, Candida magnoliae, Candida lusitaniae, Candida nivariensis, Candida pelliculosa, Candida subhashii, Coccidiodes immitis, Cryptococcus neoformans, Fusarium species, Histoplasma capsulatum, Malassezia furfur, Malassezia pachydermatis, Malassezia species, Mucor species, Mucor velutinosus, Penicillium marneffei, Rhizopus species, Scedosporium prolificans, Scedosporium species, Scedosporium brevicaulis, Trichosporon asahii, Trichosporon beigelii, Trichosporon debeurmannianum, Ustilago species* {tzw. *Klub Rzadkich Organizmów,* lista wykrytych mikroorganizmów prowadzona przez bioMérieux na podstawie zgłoszeń użytkowników systemu BacT/ALERT wg stanu na listopad 2014 r.}.

Aparat BacT/ALERT 3D posiada opcję zmiany maksymalnego czasu testu (tzw. protokół wydłużonej inkubacji), a także procedurę obsługi butelek z niepotwierdzonym wynikiem dodatnim {wyciąg z podręcznika użytkownika producenta bioMérieux}.

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu od wielu lat do posiewów krwi i innych płynów ustrojowych wykorzystuje analizator BacT/ALERT wraz z całą gama podłoży uniwersalnych, stosowanych zarówno przy podejrzeniu zakażenia bakteriami, przy czym aktualnie wykonuje około 7 tys. posiewów rocznie. Szpital zajmuje się również diagnozą i leczeniem pacjentów zarażonych wirusem HIV w bardzo różnym wieku {oświadczenie kierownika działu diagnostyki laboratoryjnej tego szpitala z 2 grudnia 2012 r.} .

Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie, który obsługuje m.in. osoby powracające z misji wojskowych, dla diagnostyki bardzo trudnych i złożonych przypadków, w tym zakażeń związanych z łożyskiem naczyniowym, stosuje między innymi system BacT/ALERT, przy

czym używane podłoża dają wysoki odzysk wyników dodatnich zarówno w stosunku do bakterii, jak i grzybów będących patogenami wywołującymi zakażenia. Dodatnie wyniki posiewów krwi i płynów ustrojowych z systemu BacTALERT potwierdzane w systemie identyfikacji i oznaczania lekowrażliwości w systemie VITEK2. Przy czym zarówno przy fungemii, jak i bakteriemii uzyskiwane wyniki są zawsze zgodne z obrazem klinicznym pacjentów.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja

do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie zamierza się ubiegać, a także może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż może to rzutować na możliwość uzyskania przez niego tego zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi konkretyzację na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przestrzeganie uczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego Izby potwierdził się zarzut, że wymaganie, aby w skład oferowanego systemu do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej w zakresie hodowli i detekcji wzrostu drobnoustrojów (czyli bakterii i grzybów) wchodziły wybiórcze podłoża do hodowli grzybów, jest opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami funkcjonującymi na tym specjalistycznym rynku.

Odwołujący wykazał, że nie może zaoferować systemu do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej producenta bioMérieux (aparat BacT/ALERT), służącego do wykrywania patogenów zarówno typu bakteryjnego, jak i grzybowego, wyłącznie z powodu dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, który pośrednio wskazuje wyłącznie na system producenta Becton Dickinson (aparat BACTEC).

Skoro niesporne jest, że na tym specjalistycznym rynku aktualnie funkcjonują tylko 3 systemy, spośród których wyłącznie w systemie BACTEC występują podłoża selektywne dla grzybów, a w pozostałych dwóch dla hodowli i detekcji tych drobnoustrojów stosuje się podłoża uniwersalne, czyli takie, na których wzrastają zarówno bakterie, jak i grzyby, nie ma wątpliwości, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie tyle ogranicza, ale praktycznie wyłącza konkurencję.

W tych okolicznościach obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie (udowodnienie), że tak dalece idące ograniczenie konkurencji – do jednego produktu konkretnego producenta – uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Przy czym należy zaznaczyć, że im większe ograniczenie konkurencji, tym lepsze powinno być uzasadnienie dla jego wprowadzenia. Zamawiający, co prawda, generalnie i wielokrotnie powoływał się w toku postępowania odwoławczego na taką okoliczność, jednak ograniczało się to głównie

do przytaczania słusznych tez z innych orzeczeń dotyczących problematyki stosowania art. 29 ust. 2 pzp. Tymczasem nie budzi żadnych kontrowersji, że udzielenie zamówienia służy zaspokojeniu zobiektywizowanych i racjonalnych potrzeb zamawiającego, co może i powinno znaleźć odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia. A jeżeli dla osiągnięcia tego celu zastosowano proporcjonalne środki, opis przedmiotu zamówienia może prowadzić

do ograniczenia konkurencji wyłącznie do wykonawców zdolnych do zaoferowania produktów odpowiadających uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W takim przypadku nie dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, gdyż wyrażona w tym przepisie zasada nie ma charakteru absolutnego, w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku dostosowania się do możliwości wszystkich zainteresowanych wykonawców, którzy nie są w stanie sprostać wymaganiom takiego opisu przedmiotu zamówienia.

Przedmiotowe zamówienie (pakiet nr 2) służy zaspokojeniu potrzeby Zamawiającego uzyskania systemu diagnostyki mikrobiologicznej do hodowli i detekcji wzrostu drobnoustrojów (bakterii i grzybów), który będzie pozwalał na otrzymanie wiarygodnych, powtarzalnych, a jednocześnie w jak najkrótszym czasie, wyników badań. Racjonalność i obiektywność tej potrzeby nie była kwestionowana.

Przedmiotem sporu było natomiast dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że diagnostyka w zakresie grzybów drożdżoidalnych ma być oparta na podłożach wybiórczych, z zastosowaniem czynnika uniemożliwiającego namnażanie się innych drobnoustrojów (bakterii). Według Zamawiającego wyłącznie takie podłoża gwarantują prawidłową diagnostykę patogenów grzybowych. Zamawiający zawarł w odwołaniu swoisty katalog wyższości podłoży wybiórczych nad podłożami uniwersalnymi.

Izba zważyła, że twierdzenia Zamawiającego dotyczące przewag podłoży wybiórczych w stosunku do podłoży uniwersalnych przy wykrywaniu patogenów grzybowych nie zostały w żaden sposób udowodnione jako adekwatne dla systemów, w których nie stosuje się w ogóle podłoży selektywnych w celu wykrycia patogenu grzybowego. Stanowisko Zamawiającego okazało się być oparte wyłącznie na porównaniu skuteczności podłoży uniwersalnych i selektywnych w diagnostyce fungemii w systemie BACTEC. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że stosowanie w konkurencyjnych systemach podłoży uniwersalnych nie pozwala na osiągnięcie równie dobrych rezultatów przy diagnostyce fungemii, co stosowanie podłoży wybiórczych w systemie produkowanym przez Becton Dickinson.

Po pierwsze – Zamawiający nie wykazał, że w przypadku podłoży uniwersalnych z pozostałych dwóch systemów zachodzi efekt tłumienia wzrostu i liczby grzybów przez szybciej rosnące i namnażające się grzyby, co ma z kolei utrudniać rozróżnienie faktycznego patogenu i zwiększać ryzyko zafałszowania badania, a także ograniczać ryzyko wyników

fałszywie ujemnych, czyli błędnie sugerujących nieobecność patogenów w próbce. Zamawiający nie odniósł się konkretnie do przedstawionych przez Odwołującego opisów producenta i badań skuteczności podłoży uniwersalnych systemu BacT/ALERT w zakresie diagnostyki grzybów. Dodatkowo kierownik działu diagnostyki laboratoryjnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu oświadczył, że w jego ocenie podłoża tego systemu również w przypadku hodowli mieszanych zapewniają prawidłowy odzysk grzybów. Zamawiający nie zgłosił również żadnych zastrzeżeń do listy typowych patogenów grzybów wykrywanych w tym systemie, która wynika nie tylko z opisów i badań, ale również z dodatkowo przedstawionego przez Odwołującego zestawienia wyizolowanych grzybów z rodzaju *Candida* w dwóch laboratoriach diagnostycznych stosujących system BacT/ALERT. Zamawiający w ogóle nie odniósł się również do listy rzadkich patogenów grzybowych i czasu ich wykrycia znajdujących się na liście sporządzonej przez producenta bioMérieux na podstawie zgłoszeń użytkowników systemu BacT/ALERT (tzw. Klub Rzadkich Organizmów). W konsekwencji powyższe tezy z pkt 1, 3 i 5 odpowiedzi na odwołanie zostały (co najwyżej) udowodnione jedynie w odniesieniu do podłoży uniwersalnych systemu BACTEC.

Po drugie – Zamawiający nie udowodnił, że zastosowanie podłoży wybiórczych skraca czas niezbędny do uzyskania wyniku dodatniego dla grzybów. Również w tym zakresie Zamawiający nie odniósł się konkretnie do przedstawionych przez Odwołującego opisów podłoży wybiórczych systemu BACTEC i podłoży uniwersalnych systemu BacT/ALERT, z których wynika, że w obu przypadkach maksymalny czas wyrycia jest zbliżony. Oba systemy osiągają również podobny średni czas wykrycia, co wynika z porównania badań podłoży wybiórczych przedstawionych przez Zamawiającego i badań podłoży uniwersalnych przedstawionych przez Odwołującego. Przy czym dla systemu

BacT/ALERT przedstawiono informacje na większym poziomie szczegółowości). W szczególności nieudowodniona w stosunku do systemu BacT/ALERT pozostała teza Zamawiającego jakoby stosowanie podłoży uniwersalnych wydłużało wzrost wolno rosnących grzybów {wszystkie tezy z pkt 2 odpowiedzi na odwołanie}.

Po trzecie – przypisywany przez Zamawiającego wyłącznie podłożom wybiórczym protokół wydłużonej inkubacji {teza z pkt 4 odpowiedzi na odwołanie}, który ma znacznie zwiększać szanse wyhodowania grzybów, występuje również w przypadku podłoży uniwersalnych systemu BacT/ALERT. Należy zauważyć, że możliwość zmiany czasu inkubacji hodowli ujemnych jest jednym z wymaganych dla aparatów parametrów, który w ogóle nie był kwestionowany w odwołaniu. Dodatkowo Odwołujący przedstawił wyciąg z podręcznika użytkownika aparatu BacT/ALERT, potwierdzający, że ma on funkcję zmiany maksymalnego czasu testu.

Po czwarte – zdaniem Izby teza, że wynik uzyskany z zastosowaniem podłoża ukierunkowanego jedynie na hodowlę grzybów jest bardziej wiarygodny dla klinicystów, jest subiektywną oceną pracowników Zamawiającego. Jest to zatem argument perswazyjny, związany z subiektywnymi preferencjami określonych osób, a nie obiektywna cecha danego systemu do diagnostyki mikrobiologicznej. W tym kontekście należy odnotować, że – jak to wykazał Odwołujący – w co najmniej dwóch placówkach medycznych, w tym w szpitalu o profilu zakaźnym i pediatrycznym obsługującym pacjentów zarażonych HIV w różnym wieku (czyli o profilu zbliżonym do placówki Zamawiającego), uważa się system BacT/ALERT za odpowiedni zarówno przy hodowli bakterii i grzybów, a uzyskiwane w nim dodatnie wyniki posiewów krwi i płynów ustrojowych zarówno w przypadku fungemii, jak i bakteriemii za zgodne z obrazem klinicznym pacjentów.

Wobec tego Izba uznała, że nie realizuje uzasadnionej potrzeby Zamawiającego – szybkiego uzyskiwania wiarygodnych wyników badań w zakresie wykrycia i identyfikacji patogenów grzybowych, opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konieczność oferowania dla ich podłoży selektywnych, gdyż jest to jedynie jeden wykrycia ze stosowanych w systemach diagnostyki mikrobiologicznej środków do osiągnięcia tego celu – drugi polega na stosowaniu podłoży uniwersalnych odpowiednio wzbogaconych dla hodowli grzybów.

Izba zważyła, że z art. 190 ust. 1 pzp wynika, że strony postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co obejmuje dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej. O ile w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zarzucał Odwołującemu brak inicjatywy dowodowej, o tyle na rozprawie, kiedy takie dowody zostały już zgłoszone, Zamawiający zachował niemal całkowitą bierność, nie tylko nie zgłaszając dowodów przeciwnych, ale nawet konkretnie nie odnosząc się do szczegółowych informacji wynikających z dokumentów przedłożonych przez stronę przeciwną. Zauważyć przy tym należy, że część tych materiałów została Zamawiającemu przesłana w związku z pytaniami do treści s.i.w.z. zadanymi przez Odwołującego.

Nie umknęło również uwadze Izby, że pomimo braku w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 pzp, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał za celowe oświadczyć, że dokonany przez niego w załącznikach nr 1 i 6 opis przedmiotu zamówienia precyzyjnie oddaje jego oczekiwania. Do zamknięcia rozprawy Zamawiający nie wyjaśnił jednak, w jaki sposób miałoby to uchylać naruszenie art. 29 ust. 2 pzp, skoro ten precyzyjny opis ogranicza konkurencję do jednego systemu diagnostyki mikrobiologicznej, wyłącznie z tego powodu,

że w innych systemach – również służących do kompleksowej diagnostyki mikrobiologicznej, w tym w zakresie identyfikacji patogenów grzybowych – nie stosuje się wybiórczych podłoży do hodowli grzybów, a podłoża uniwersalne.

Nie sposób nie zauważyć w tym kontekście, że o ile Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poniekąd sprecyzował swoje oczekiwania co do pożądanego czasu uzyskania wyniku dodatniego dla grzybów, takiego parametru nie uczynił elementem opisu przedmiotu zamówienia. Podobnie próżno szukać w tym opisie jakiejkolwiek parametryzacji wymagań np. w zakresie efektywności hodowli grzybów, listy typowych (i ewentualnie nietypowych) gatunków grzybów z rodzaju *Candida* lub innych grzybów podlegających wykryciu, długości przedłużonego czasu inkubacji itd. Taki sposób opisu dodatkowo potwierdza pośrednie preferowanie dotychczas stosowanego przez Zamawiającego systemu BACTEC, który najwyraźniej spełnia jego oczekiwania w tym zakresie. Skoro wiadomo, że jedynie ten system oferuje podłoża selektywne dla grzybów, zamieszczenie takiego wymagania jako elementu opisu przedmiotu zamówienia uczyniło zbędnym opisywanie szczegółowych parametrów oczekiwanych od systemu diagnostyki mikrobiologicznej w zakresie hodowli i detekcji grzybów Tymczasem sprecyzowanie przez Zamawiającego wymagań odnośnie szybkości, skuteczności i adekwatności zamawianego systemu pozwalałoby na rzeczywiste zweryfikowanie, czy stosowanie podłoży uniwersalnych stanowi metodę niepozwalającą na uzyskanie wiarygodnych, a przy tym odpowiednio szybkich wyników badań.

Wreszcie można odnotować, że jeżeli rozwiązanie polegające na stosowaniu podłoży selektywnych do hodowli grzybów jako jedyne gwarantowałoby właściwe wyniki badań w zakresie grzybów drożdżoidalnych, przy jednoczesnej świadomości, że jest ono oferowane tylko przez jednego producenta (de *facto* wykonawcy będącego jego przedstawicielem na terenie Polski), otwierałoby to Zamawiającemu drogę do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, z powołaniem się na przesłankę, że dostawy z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp). Nic jednak na to nie wskazuje, że tak przedstawia się sytuacja – niesporne było, że aktualnie rynek systemów diagnostyki mikrobiologicznej służących do hodowli i detekcji drobnoustrojów dzielą między siebie, mniej więcej w takim samym stopniu Becton Dickinson i bioMérieux, przy niewielkim udziale trzeciego gracza na rynku.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w kwocie 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……