

WYROK
z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez Odwołującego – **Terumo BCT Polska Sp. z o.o., ul. Hutnicza 14, 40-241 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, ul. Saska 63/75, 03-948 Warszawa**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, ul. Saska 63/75, 03-948 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Sprzedaż i dostawa zestawów do aferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora komórkowego i zestawów do plazmaferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora oraz dzierżawę separatorów do zaafierowanych zestawów*”, sygn. ZP/PN/11/2016.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 091-163222 z 12 maja 2016 r.

W dniu 23 maja 2016 r. Odwołujący – Terumo BCT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie dotyczącym pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia:

1. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), punkt I: Przedmiot, podpunkt 1.1.1.: Pakiet nr 1, lit. a) o treści: „dostawa zestawów jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS, z pojedynczego wkłucia (wymienne: z podwójnego wkłucia) w ilości 24 000 sztuk”.
2. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), punkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. a) o treści: „Zestawy

jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego oraz podwójnego wkłucia".

3. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), pkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. b): Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, poz. 3 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego) o treści: „Możliwość pobierania z pojedynczego lub podwójnego wkłucia".

2

4. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), punkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. b): Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, pozycja 9 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego) o treści „Separator wyposażony w automatyczny mankiety, pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem".

5. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), punkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. a): Zestawy jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego oraz podwójnego wkłucia, pozycja 11 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego) o treści: „Pojemniki do przechowywania KKP Af lub KKP/ RW Af i osocza powinny zawierać co najmniej 2 porty, zabezpieczone błoną od wewnątrz oraz odpowiednią ochroną z zewnątrz zapewniającą jałowość, umożliwiające łatwy dostęp do podłączenia zestawu do przetoczenia".

6. Załącznik nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), punkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. a): Zestawy jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego oraz podwójnego wkłucia, Pozycja 10 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego) o treści: „Etykieta macierzysta musi posiadać znak CE oraz kody odpowiadające standardom ISBT 128 (EAN 128). Etykiety muszą być w języku polskim i zawierać:
- 1) nazwę firmy i nazwę pojemnika,
 - 2) informację o przeznaczeniu pojemnika,
 - 3) miejsce na datę i numer donacji,
 - 4) numer serii w postaci literowo- cyfrowej i kodu kreskowego",

7. Załącznik nr 10 do SIWZ (Wzór umowy), § 2 ust. 7 o treści: „Zamawiający zastrzega sobie prawo zamawiania mniejszej ilości towaru niż określona w ofercie. Wykonawcy nie przysługują wobec Zamawiającego roszczenia odszkodowawcze z tytułu zmniejszenia zamówienia. Wykonawcy będzie przysługiwało jedynie wynagrodzenie za zrealizowane dostawy bez naliczania kar umownych w razie zmniejszenia ilości dostaw".

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i ust 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie wynika z usprawiedliwionych

3

potrzeb Zamawiającego lub innych obiektywnych okoliczności oraz w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez stawianie wymogów, które w sposób nieuzasadniony ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia oraz preferowanie wykonawcy oferującego zestawy do aferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora komórkowego i separatory komórkowe produkcji Fresenius Kabi,

2. art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 i 3531 Kodeksu cywilnego polegające na zastrzeżeniu Zamawiającemu możliwości jednostronnego zmniejszenia wielkości przedmiotu zamówienia bez określenia poziomu dopuszczalnej zmiany, czyli na opisie przedmiotu zamówienia w sposób powodujący niepewność wykonawców co do wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i na nadużyciu

prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umowy poprzez nieuwzględnienie interesu wykonawców.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

1. dopuszczenie, by wykonawca mógł zaoferować dla Pakietu nr 1 zestawy do pobierania koncentratów krwinek płytkowych wyłącznie z pojedynczego wkłucia (bez konieczności równoczesnego oferowania zestawów z podwójnego wkłucia),
2. dopuszczenie, by wykonawca mógł zaoferować dla Pakietu nr 1 dzierżawę separatorów bez możliwości pobierania z podwójnego wkłucia,
3. dopuszczenie możliwości zaoferowania dla pakietu nr 1 zestawów, w których pojemniki do przechowywania KKP Af lub KKP/RW Af będą zawierać co najmniej 1 port, zabezpieczony błoną od wewnątrz oraz odpowiednią ochroną z zewnątrz zapewniającą jałowość, umożliwiającą łatwy dostęp do podłączenia zestawu do przetoczenia,
4. dopuszczenie możliwości zaoferowania dla pakietu nr 1 separatora wyposażonego w fabryczny mankiet z półautomatyczną regulacją ciśnienia, wypełnianego ręcznie przez dawcę,
5. dopuszczenie możliwości zaoferowania zestawów z etykietami na opakowaniu zbiorczym oraz na indywidualnym opakowaniu zabezpieczającym, które posiadają wymagane przez Zamawiającego informacje w języku polskim i w postaci

4

piktogramów, zgodnych z normą i standardami ISO, oraz z etykietami na pojemnikach do przechowywania KKP Af lub KKP/ RW Af i osocza zawierającymi:

- 1) miejsce na datę i numer donacji,
- 2) numer serii oraz kod zestawu w postaci literowo- cyfrowej i kodu kreskowego,
- 3) piktogram daty ważności oraz datę ważności,

6. określenie w sposób jednoznaczny minimalnego zakresu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany,

oraz o zobowiązanie Zamawiającego do zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W związku z modyfikacjami SIWZ dokonanymi przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, Odwołujący na posiedzeniu przed Izłą w dniu 6 czerwca 2016 r., cofnął odwołanie w części dotyczącej postanowień specyfikacji wskazanych w pkt 5 – 7 odwołania (str. 2 odwołania) oraz cofnął w tym zakresie zarzut z pkt 2 odwołania (str. 3 odwołania). W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał odwołanie.

W odniesieniu do podtrzymanej części zarzutów Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że przedmiot zamówienia został podzielony na dwa pakiety. Pakiet nr 1 obejmuje dostawę zestawów do aferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora komórkowego wraz z dzierżawą 6 sztuk separatorów do zaoferowanych zestawów (pkt 1.3. lit. a SIWZ).

Odwołujący wyjaśniał następnie, że w przypadku pobierania krwi metodą tradycyjną pobiera się od dawcy krew pełną, zawierającą wszystkie składniki krwi, które następnie można rozdzielić na składniki w dziale preparatyki. Afereza polega natomiast na pobraniu (odseparowaniu) określonego składnika krwi, w czasie, gdy dawca podłączony jest przez wkłucie do żyły z separatorem - krew przepływa przez separator, który oddziela potrzebny składnik, a następnie reszta krwi wraca do dawcy. W przetargu, którego dotyczy odwołanie, separatory mają służyć oddzielaniu w ten sposób płytek krwi, krwinek czerwonych i osocza.

Odwołujący wskazał, że na rynku oferowane są wyroby do aferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora, służące oddzielaniu płytek krwi, krwinek czerwonych i osocza, pochodzące od trzech producentów:

1. zestawy i obsługujący je separator Trima Accel produkcji Terumo BCT,
2. zestawy i obsługujący je separator Amicus produkcji Fresenius Kabi,
3. zestawy i obsługujący je separator MCS+ produkcji Haemonetics.

Odwołujący podniósł, że zestawy i współpracujący z nimi separator MCS+ produkcji Haemonetics nie mogą być zaoferowane w przetargu, którego dotyczy odwołanie. Wyroby te nie spełniają bowiem wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ

5

(Opis przedmiotu zamówienia), pkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1: Pakiet 1, lit. b): Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego), a w szczególności:

1. Wymogu, by separator gwarantował ciągły przepływ krwi, zapewniający objętość pozaustrojową krwi dawcy w zestawie na poziomie poniżej 200 ml +/- 5ml (poz. 4 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego), ponieważ separator MCS+ pracuje w cyklach (nie występuje ciągły przepływ krwi), a ponadto objętość pozaustrojowa krwi dawcy w zestawie jest równa lub wynosi więcej niż 400 ml.

2. Wymogu możliwości zmiany parametrów pobierania przed i w trakcie donacji pod kątem specyficznych potrzeb dawcy (poz. 8 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego), ponieważ w separatorze MCS+ w trakcie zabiegu nie ma możliwości zmiany parametrów pobierania.

Separatory pozostałych dwóch producentów (Fresenius Kabi i Terumo BCT) są do siebie konstrukcyjnie zbliżone oraz mają podobną efektywność pobierania składników krwi.

Odwołujący jest dystrybutorem zestawów do aferezy produkcji Terumo BCT i współpracujących z nimi separatorów Trima Accel również produkcji Terumo BCT. Podniesiono, że Odwołujący nie może jednak zaoferować tych wyrobów w niniejszym przetargu z uwagi na następujące wymagania SIWZ:

1) Wymóg dostarczenia zestawów do pobierania koncentratów krwinek płytkowych z pojedynczego oraz z podwójnego wklucia

Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), a to punktem I: Przedmiot, podpunktem 1.1.1.: Pakiet nr 1, lit. a) oraz pkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunktem 1.1: Pakiet 1, lit. a), przedmiotem zamówienia w ramach pakietu nr 1 ma być dostawa zestawów jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS, z pojedynczego oraz z podwójnego wklucia.

Z powyższym koreluje wymóg, by separator, współpracujący z zestawami, był wyposażony w możliwość pobierania z pojedynczego lub podwójnego wklucia (Załącznik nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt II: Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1: Pakiet 1, lit. b): Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, poz. 3 w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego).

Zestawy produkcji Terumo BCT służą wyłącznie do pobierania koncentratów krwinek płytkowych z pojedynczego wklucia, w konsekwencji również separator Trima Accel

6

produkcji Terumo BCT umożliwia pobieranie z pojedynczego wklucia. Krew od dawcy pobierana jest w takim przypadku za pomocą jednego wklucia dożylnego, do którego podłączone są dwa dreny. Jeden dren służy odprowadzeniu krwi do separatora. Po oddzieleniu potrzebnego składnika krwi w separatorze pozostałe składniki krwi wracają do dawcy tym samym wkluciem, z którego zostały pobrane, ale drugim drenem.

Fresenius Kabi produkuje zestawy do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zarówno z pojedynczego wklucia (które działają we wskazany powyżej sposób), jak i z podwójnego wklucia. W przypadku zestawów do pobierania z podwójnego wklucia dawca podłączony jest do separatora dwoma wkluciami - z jednego wklucia pobierana jest krew, która, po oddzieleniu potrzebnego składnika w separatorze, powraca do dawcy drugim wkluciem.

Efektywność obu metod pobierania koncentratów krwinek płytkowych (z pojedynczego i z podwójnego wklucia) oraz jakość uzyskiwanych składników jest zbliżona. Pobieranie koncentratów krwinek płytkowych z podwójnego wklucia wiąże się jednak z gorszym komfortem dla dawcy, u którego trzeba wykonać dwa wklucia do żyły. Ponadto w większości wypadków wklucia wykonywane są na obu rękach - w konsekwencji dawca w czasie zabiegu, trwającego około 50 minut, musi trzymać wyprostowane obie ręce.

Biorąc pod uwagę powyższe, sposób poboru z pojedynczego lub podwójnego wklucia jest kwestią drugorzędną, w szczególności uzyskane w ten sposób koncentraty krwinek płytkowych nie różnią się znacząco co do jakości, a w przypadku separatora Trima Accel i współpracujących z nim zestawów jakość jest nawet wyższa niż w przypadku separatora Amicus.

Obie metody poboru koncentratu krwinek płytkowych są równoważne względem siebie i porównywalne pod względem efektywności i jakości otrzymywanych składników. Wymóg Zamawiającego, by wykonawca oferował zestawy do pobierania koncentratu krwinek płytkowych zarówno z pojedynczego, jak i z podwójnego wkłucia, nie wynika zatem z usprawiedliwionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Wymóg ten w sposób nieuzasadniony uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Co więcej, wymaganie to preferuje wykonawcę oferującego wyroby produkcji Fresenius Kabi, a tym samym ogranicza w sposób sztuczny krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie.

2) Wymóg zaoferowania dzierżawy separatora wyposażonego w automatyczny mankiet, pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), oferowany separator ma być wyposażony w automatyczny mankiet, pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem (punkt II:

7

Parametry techniczne. Minimalne wymagania, podpunkt 1.1.: Pakiet 1, lit. b): Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, pozycja 9. w tabeli: Charakterystyka (Minimalne wymagania Zamawiającego).

W celu rozpoczęcia zabiegu aferezy za pomocą separatora potrzebne jest podwyższenie ciśnienia krwi, co umożliwia wciągnięcie (pobranie) krwi do separatora.

Separatory Amicus produkcji Fresenius Kabi są wyposażone w mankiet służący do regulowania ciśnienia krwi, który jest automatycznie pompowany i zwalniany.

Dotychczas separatory Trima Accel nie były wyposażone w mankiet do regulacji ciśnienia krwi. Ciśnienie podwyższano poprzez zawiązanie na ramieniu dawcy opaski uciskowej, stazy (jak w przypadku tradycyjnego poboru krwi), a regulowanie ciśnienia w czasie zabiegu należało do pielęgniarki. Terumo BCT wprowadza właśnie na rynek separatory, które są wyposażone fabrycznie w mankiet służący do regulowania ciśnienia krwi. Mankiet jest pompowany ręcznie przez dawcę przy pomocy tzw. gruszki, natomiast specjalna zastawka reguluje poziom ciśnienia krwi bez ingerencji człowieka. Aktualnie separatory Trima są zatem wyposażone w mankiet półautomatyczny.

W przypadku wyrobów obu producentów zastosowanie mankietu realizuje tą samą funkcję - mankiet rozkłada równomiernie nacisk na ramieniu dawcy (a nie naciska na żyłę w jednym miejscu, jak to mam miejsce przy opaskach uciskowych). Okoliczność, czy mankiet jest pompowany i zwalniany automatycznie, czy też przez dawcę krwi, ma charakter drugorzędny. Podkreślić należy, że pompowanie mankietu nie jest uciążliwe dla dawcy, a doświadczeni dawcy robią to w sposób bardzo sprawny.

Wymóg Zamawiającego, by separator był wyposażony w automatyczny mankiet, pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Co więcej wymóg ten preferuje wykonawcę oferującego separatory produkcji Fresenius Kabi, spełniające to wymaganie, a tym samym ogranicza w sposób sztuczny krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie. Wymóg ten nie znajduje również uzasadnienia w obiektywnych i usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie, w odniesieniu do podtrzymanej części zarzutów Zamawiający podniósł, że określenie wymogu dostarczenia zestawów do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego oraz podwójnego wkłucia jest uzasadnione koniecznością zapewnienia dawcy możliwości wyboru między pojedynczym, a podwójnym wkłuciem oraz względami o charakterze

8

medycznym. Zamawiający odwołując się do wiedzy eksperta Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, wskazał, że:

1. Pobieranie płytek u osób szczupłych i osób z cienkimi żyłami.

Pobór przy użyciu podwójnego wkłucia polega na tym, że w obu zgięciach łokciowych dawcy umieszczone zostają igły, cały pobór odbywa się w jednym cyklu w sposób ciągły. Separator jedną igłą – wejściową pobiera krew, przetwarza ją i na bieżąco zwraca poprzez igłę zwrotną. Pobór za pomocą pojedynczego wkłucia wymaga, aby pewną ilość krwi pobrać

z jednego ramienia dawcy, przetworzyć pobierając płytki i zwrócić tą samą linią. U dawców z niską masą ciała, proporcjonalnie węższe są także przekroje naczyń oraz cieńsze są ściany żył (np. młode kobiety). Podczas zwrotu krwi do żyły dawcy, który odbywa się dosyć szybko, tętnica odprowadzająca krew może nie być w stanie z równą prędkością odprowadzić krwi z tego ramienia; dochodzi do przepełnienia żyły. Cienkie ściany żyły nie wytrzymują ciśnienia i dochodzi do pęknięcia żyły. W efekcie: stres dawcy, wynaczynienie krwi – siniak, czasem bardzo rozległy (cierpienie dawcy, leczenie). Ponadto podczas pęknięcia żyły nie dochodzi do zwrotu krwi, a więc dawca traci około 200 ml krwi pełnej, która pozostaje w zestawie. Procedura nie została zakończona – nie ma preparatu, a kosztowny zestaw do pobierania został zużyty.

2. Usztywnienie tej samej igły do poboru i zwrotu wydłuża czas procedury z pojedynczego wkłucia i aby to częściowo zrekompensować zwiększany jest przepływ krwi, co z kolei powoduje zwiększony odsetek reakcji dawcy na przetaczanie antykoagulantu oraz pęknięć żył w czasie odbierania krwi z dużą prędkością.

3. Czas pobierania płytek uzależniony jest od koncentracji płytek w krwi dawcy. Dawcy o mniejszej ilości płytek wymagają przetworzenia większej ilości krwi, aby pobrać wymaganą przepisami dawkę terapeutyczną. Dawcy z niższą ilością płytek nie godzą się na zabieg aferezy z uwagi na długi czas poboru przekraczający 60 minut. Ten czas postrzegany jest przez dawców jako bariera psychologiczna. Także lekarze obawiają się powikłań u tych dawców i niechętnie kwalifikują osoby z mniejszą ilością płytek do zabiegu aferezy. Przy procedurze z podwójnego wkłucia pobór płytek jest szybszy, co sprawia, że większa ilość dawców zdecyduje się na oddanie płytek. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że skracają procedurę można pobrać od jednego dawcy podwójną ilość płytek lub dwa składniki w trakcie jednego zabiegu.

Podniesiono następnie, że Zamawiający nie jest obecnie w stanie zrealizować potrzeb szpitali na terenie woj. mazowieckiego, w zakresie produkcji koncentratu krwinek płytkowych z aferezy. Wydłużenie czasu poboru płytek, pobór płytek w soboty – nie rozwiązały sytuacji ponieważ nie zwiększyły puli dawców. Zamawiający – aby sprostać

9

potrzebom produkcji płytek musi rozszerzyć bazę dawców płytkowych sięgając do dawców dotychczas niekwalifikowanych – szczupłych, z niską liczbą płytek. Dlatego niezbędna jest możliwość wykorzystania poboru zarówno z podwójnego wkłucia, jak i z pojedynczego wkłucia. Ograniczone możliwości lokalowe uniemożliwiają wstawienie separatora, który będzie pobierał tylko jedną metodą. Zamawiający posiada separator Trima do pojedynczego wkłucia, które nadal będzie wykorzystywał, ale chce powiększyć wyposażenie o uniwersalne urządzenia umożliwiające zarówno wykorzystanie pojedynczego, jak i podwójnego wkłucia.

Argumentowano także, że w zależności od parametrów dawcy oraz jego preferencji, personel zdecyduje, którą metodę pobierania należy wykorzystać u tego dawcy, aby zabieg był bezpieczny dla niego, a także efektywny, a więc zakończony poborem preparatu o określonej jakości (zawartości płytek).

W odniesieniu do wymogu dotyczącego zaoferowania dzierżawy separatorów wyposażonych w automatyczny mankiet pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem, Zamawiający wskazał, że także ten wymóg jest uzasadniony jego potrzebami i względami o charakterze medycznym. Podkreślono, że wymagania od dawców, aby ciągle pompowali mankiet jest niedopuszczalne.

Zamawiający odwołując się do wiedzy eksperta Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, wskazał, że:

Przeciętny dawca – mężczyzna o masie około 70 kg, oddaje płytki przez 50 minut. Na 50 minut przypada około 100 cykli poboru i zwrotu. W ciągu 1 cyklu poboru dawca musi wykonać 50 uciśnień gruszki lub zaciśnięcia dłoni. Na jedną minutę przypadają 2 cykle poboru, czyli pracy dawcy. W ciągu 50 minut – 2500 uciśnień. Dawcy odczuwają to jako znaczny dyskomfort. Ponadto, jeżeli dawca będzie uciskał gruszkę czyli krew, w czasie kiedy jest dokonywany zwrot krwi do żyły, dojdzie do przepełnienia żyły, nadciśnienia i wynaczynienia krwi (siniaki, przerwanie procedury, brak preparatu). Tak się dzieje u dawców, którzy po raz pierwszy oddają płytki i są zestresowani, ale także u dawców wielokrotnych, już w trakcie poboru (zmęczenie, znużenie). Intencją Zamawiającego jest dobór takiego urządzenia, które zapewni komfort i bezpieczeństwo dawcy. Dawcy, którzy odczuwali dyskomfort w trakcie zabiegu, dzielą się swoimi wrażeniami na forum internetowym, a ich

negatywna opinia (np. o przestarzałych separatorach w RCKiK) może skutkować zmniejszoną liczbą dawców płytkowych.

Zamawiający wskazał ponadto, że w orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w

10

sposób odpowiadający jego potrzebom. Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyroki o sygn. akt KIO 937/11; KIO 551/12; KIO 373/10.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W załączniku nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest „Sukcesywna dostawa zestawów do aferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora komórkowego i zestawów do plazmaferezy automatycznej wykonywanej za pomocą separatora oraz dzierżawa separatorów do zaoferowanych zestawów”.

Zamówienie podzielone zostało na dwa pakiety:

1.1.1 Pakiet nr 1

a) dostawa zestawów jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS, z pojedynczego wkłucia (wymienne: z podwójnego wkłucia) w ilości 24 000 sztuk,
b) dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów.

1.1.2 Pakiet nr 2

a) dostawa zestawów jednorazowego użytku do uzyskania i przechowywania osocza – 1.500 sztuk.

11

Jeżeli zestaw składa się z odrębnych elementów zamówienie oznacza: 1500 sztuk zestawów do separatora + 1500 sztuk pojemników transferowych na osocze a 1000 ml + 1500 sztuk igieł do aferez korekcyjnych lub leczniczych)

b) dzierżawa 1 sztuki separatora do zaoferowanych zestawów.

W pkt II pkt 1.1. Pakiet I lit. a) Załącznika nr 2 do SIWZ (OPZ) – Parametry techniczne. Minimalne wymagania – Zamawiający wskazał na zestawy jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego oraz podwójnego wkłucia.

W pkt II pkt 1.1. Pakiet I lit. b) Załącznika nr 2 do SIWZ (OPZ) – Dzierżawa 6 sztuk separatorów komórkowych do zaoferowanych zestawów, Zamawiający wskazał na wymóg o treści: „Możliwość pobierania z pojedynczego lub podwójnego wkłucia” (poz. 3 Tabeli) oraz na wymóg o treści: „Separator wyposażony w automatyczny mankiet, pompowany i zwalniany w procedurach z pojedynczym wkłuciem” (poz. 9 Tabeli)

W odpowiedzi z dnia 23 maja 2016 r., na pytania do SIWZ, w których zwrócono się m.in. o potwierdzenie, że dla Pakietu I Zamawiający dopuszcza zaoferowanie zestawów z pojedynczym wkłuciem, Zamawiający wskazał, że „przedmiotem zamówienia jest dzierżawa separatora umożliwiającego pobieranie płytek z pojedynczego wkłucia oraz pobierania płytek

z podwójnego wkucia. Zamawiane zestawy muszą współpracować z separatorem zgodnie z SIWZ, czyli umożliwiać pobór z pojedynczego wkucia a także z podwójnego wkucia w zależności od preferencji dawcy. Należy rozumieć, że Zamawiający chce otrzymać zarówno zestawy do pojedynczego wkucia jak i zestawy do pobierania płytek z podwójnego wkucia. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany proporcji zamawianych zestawów w zależności od zapotrzebowania. Elastyczność rozwiązania jest dodatkowo punktowana w kryterium oceny ofert”.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający uzna ww. wymóg z poz. 9 Tabeli za spełniony w przypadku „wyposażenia separatora w fabryczny mankiet z półautomatyczną regulacją ciśnienia, wypełniany ręcznie przez dawcę, przeznaczony do pracy z oferowanym urządzeniem, ułatwiający efektywne przeprowadzenie aferezy oraz komfort dawcy”, Zamawiający wskazał: „Nie. Zamawiający nie dopuszcza”.

Na pytanie o potwierdzenie, że dla pakietu nr 1 Zamawiający dopuszcza zaoferowanie separatora z możliwością pobierania wyłącznie z pojedynczego wkucia, Zamawiający odpowiedział: „Nie. Zamawiający nie dopuszcza”.

Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ m.in. w ten sposób, że:

- a) pkt 1.1.1 Pakiet nr 1 – pkt I Opisu przedmiotu zamówienia – otrzymał brzmienie:
„dostawa zestawów jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek

12

płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS, z pojedynczego wkucia i zestawów jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z podwójnego wkucia – ilości 24 000 sztuk, (Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany proporcji zamawianych zestawów w zależności od zapotrzebowania)”.

- b) pkt 1.1 lit. a) z pkt II OPZ – Parametry Techniczne. Minimalne wymagania – otrzymał brzmienie: „Zestawy jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub w płynie PAS z pojedynczego wkucia i zestawy jednorazowego użytku do pobierania koncentratów krwinek płytkowych zawieszonych w osoczu lub płynie PAS z podwójnego wkucia”.

- c) wers 3 Tabeli zawartej w lit. b) pkt 1.1. Pakiet I w pkt II OPZ – Parametry Techniczne. Minimalne wymagania – otrzymał brzmienie: „Separator musi pobierać składniki krwi zarówno z pojedynczego jak i z podwójnego wkucia. Wybór procedury zależy od preferencji dawcy”.

Odwołujący w pkt 1 odwołania (str. 3) postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Pomimo wskazania w podstawie prawnej zarzutu przepisu art. 29 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Odwołujący w swojej argumentacji referował w całości do przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, w myśl którego, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z uwagi, iż formalnie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp został postawiony, Izba odnosząc się do tego zarzutu wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uznania. Opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób jasny i czytelny, zgodnie z wymaganiami stawianymi przepisem art. 29 ust. 1 Pzp. Od początku postępowania Odwołujący rozumiał treść specyfikacji, w szczególności to, że przedmiotem dostawy nie mogą być wyłącznie zestawy

z pojedynczym wkuciem, jak również, że nie może nim być separator z możliwością pobierania wyłącznie z pojedynczego wkucia. Świadczą o tym chociażby pytania do SIWZ skierowane w toku postępowania przed Zamawiającym, gdzie Odwołujący dążył w istocie do modyfikacji specyfikacji w sposób pozwalający na zaoferowanie jego produktu.

Ponadto, nawet jeżeliby uznać, że pierwotna treść SIWZ – gdzie Zamawiający zawarł obok opisu mówiącego o pojedynczym wkucia, zapis zawarty w nawiasie o treści:

13

wymiennie: z podwójnego wkucia, a jednocześnie w dalszej części OPZ wskazywał w jednym miejscu na zestawy z pojedynczego oraz podwójnego wkucia, a w innym miejscu na

możliwość pobierania z pojedynczego lub podwójnego wkłucia – mogłaby by budzić wątpliwości, to (niezależnie od tego, że Odwołujący ich nie miał, gdyż dążąc do modyfikacji specyfikacji poprzez zadane pytania musiał odczytywać rzeczywistą istotę wymogów Zamawiającego)

w toku postępowania wątpliwości te zostały całkowicie wyeliminowane wskutek odpowiedzi i modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego pismem z dnia 23 maja 2016 r.

Spór w sprawie koncentrował się w istocie na przepisie art. 29 ust. 2 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do uznania, by w okolicznościach tej sprawy przypisywać Zamawiającemu naruszenie zakazu zawartego w tym przepisie. Tytułem uwag natury ogólnej należy wskazać, że zakaz zawarty w art 29 ust. 2 Pzp nie oznacza, że Zamawiający ma opisywać przedmiot zamówienia w taki sposób, by zapewnić każdemu rynek zbytu swoich towarów. Innymi słowy Zamawiający nie ma obowiązku by tworzyć opis przedmiotu zamówienia dopasowany do sytuacji przedsiębiorcy, który jest zainteresowany kolejnym kontraktem, jeżeli produkt tego przedsiębiorcy nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, które w danym postępowaniu występują, w tym nie pozwolą na osiągnięcie wszystkich celów, jakim to postępowanie ma służyć. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., sygn akt KIO 380/14, gdzie wyrażono ocenę, iż: *„4. Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do "uzasadnionych potrzeb zamawiającego".*

Izba dokonała w tej sprawie analizy, czy opis przedmiotu zamówienia wyłączający, jak podnosił to Odwołujący, jego produkty, znajduje uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego i doszła do wniosku, że w tym konkretnym postępowaniu potrzeby te niewątpliwie istnieją i tłumaczą działania Zamawiającego.

W ocenie Izby istota sprawy nie sprowadzała się do tego, czy metoda pojedynczego wkłucia jest tak samo dobra, czy nawet lepsze, od metody wkłucia podwójnego. Materiał dowodowy złożony przez Odwołującego, choć obszerny, nie mógł stanowić podstawy do przyjęcia kierunku rozstrzygnięcia postulowanego w treści odwołania. Izba nie miała podstaw, by kwestionować wiarygodność złożonych dowodów, dotyczących badań

14

naukowych i porównań metod pojedynczego i podwójnego wkłucia, niemniej jednak dowody te nie stanowiły materiału przesądzającego o racji Odwołującego, ani nie obalały faktu, iż przyjęty opis przedmiotu zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

W złożonych artykułach naukowych stwierdzono m.in., że:

“Pomimo faktu, że separatory AC działają za pomocą dwóch igieł, a separatory TA za pomocą jednej igły, zaobserwowano tylko niewielkie różnice” (dowód nr 9b).

“Jednoigłowe urządzenie Trima pobrało podwójną dawkę płytek krwi efektywniej, niż urządzenie dwuigłowe Amicus i COM.TEC” (dowód nr 9d).

“Urządzenie Trima Accel przetworzyło znacznie większą ilość krwi pełnej przy równej wydajności PLT, równym czasie przetwarzania i równej liczbie PLT na minutę w porównaniu do procedury jednoigłowej Amicus, miało jednak wyraźnie niższy wynik CE” (dowód nr 9a).

W złożonej broszurze informacyjnej (dowód nr 8) w akapicie *“Nacisk na wygodę”* wskazano m.in.: *“Technologia jednej igły dla prostej, bardziej wygodnej procedury”.*

W złożonej broszurze informacyjnej (dowód nr 7) wskazano m.in.: *“Jedna igła do wszystkiego lub dwie igły dla szerszych zastosowań”, “Amicus pozwala na wykonanie każdej procedury wydajnie i skutecznie z pomocą jednej igły – lub wybierz dwie igły gdy chcesz krótszą procedurę z takim samym uzyskaniem płytek krwi”* (dowód nr 7).

Okolicznością bezsporną jest to, że obie metody funkcjonują na rynku, jak również, że są wykorzystywane przez inne centra krwiodawstwa i krwiolecznictwa. Zamawiający nie kwestionował metody pojedynczego wkłucia. Dowody złożone przez Odwołującego mogły zostać uznane za materiał przemawiający zarówno za jedną, jak i za drugą metodą. Sam Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że obie metody poboru koncentratu krwiny płytkowych są równoważne względem siebie i porównywalne. Nie to jednak stanowiło, w ocenie Izby, sendo sprawy. Zamawiający trafnie argumentował, że dowody Odwołującego nie przesądzają, że metoda pojedynczego wkłucia jest lepsza pod każdym względem i nadaje

się do stosowania u każdego dawcy. Zdaniem Izby, dla niektórych dawców jedna metoda może być lepsza, a dla innych drugich. Istotą rozstrzyganej sprawy było to, że Zamawiający nie ma obecnie możliwości stosowania innej metody niż oferowana przez Odwołującego, niniejszym postępowaniem dąży do zmiany tego stanu rzeczy, gdyż wieloletnie doświadczenie i praktyka wskazuje na konieczność posiadania możliwości wyboru metod, w tym w zależności od preferencji dawcy, którzy obecnie nie mogą być kwalifikowani przez Zamawiającego do metody pojedynczego wkłucia – co jest wymierną stratą, zwłaszcza w sytuacji niedoboru dawców chętnych oddać krew.

W toku rozprawy Zamawiający argumentował m.in., że

15

„OPZ jest próbą dywersyfikacji, umożliwienia sobie korzystania nie tylko z tych urządzeń. Zamawiający teraz zamawia tylko część tego z czego będzie korzystał, też będzie dalej korzystał z urządzeń odwołującego. Urządzenia mają pewne zalety, ale gdy na rynku występują różne urządzenia zamawiający nie może korzystać tylko z urządzeń odwołującego”;

„Zamawiający jest uzależniony od dobrej woli dawców, by przyszli i chcieli oddać krew”;

„Zamawiający chce zastosować inne rozwiązania, bo mogą być one lepsze dla dawców krwi”;

„Idea było by posiadać też aparaty z podwójnym wkłuciem. Często dawcy nie decydują się na oddanie krwi z uwagi na czas jaki będzie potrzebny przy jednym wkłuciu”;

„Osoby chudsze, to przy pojedynczym wkłuciu przy zwrocie krwi dochodzi często do pęknięć żyły, wynaczynienia, dlatego osoby szczupłe często nie są kwalifikowane. Jest to strata gdy i tak brak dawców”;

„Nie kwestionuje wartości pojedynczego wkłucia, jest to dobra procedura, ale zamawiający chce mieć wybór, możliwość dotarcia do innych dawców, osób szczuplejszych, osób z gorszymi żyłami”;

„Chodzi o to, by zamawiający warszawski, który ma najwięcej procedur też miał możliwość wyboru innego modelu, częściowo w swojej pracy i by to zrobić musi to zapisać w OPZ, nie ma innego wyjścia. Celem nie jest wyeliminowanie odwołującego, ale dywersyfikacja i dotarcie do różnych pacjentów”;

„Komplet odwołującego jest niewłaściwy dla pacjentów o mniejszej wadze”;

„Złożone raporty pokazują, że na bieżąco dochodzi do przecieków krwi. Jest to kilkaset rocznie, kilka razy dziennie i sytuacja ta zmusza zamawiającego do poszukiwania nowych, innych rozwiązań”;

„Zamawiający musi coś zrobić, by ograniczyć ilość strat, tak więc dywersyfikacja jest najwyższą wartością dla zamawiającego i możliwość wyboru przez lekarza właściwego systemu dla danego dawcy to są te obiektywne przyczyny, które determinują wszystko”. (vide: protokół z rozprawy).

W ocenie Izby nie ma żadnych uzasadnionych podstaw, by odmawiać Zamawiającemu prawa do tego, by także w jego centrum możliwe było stosowanie obu z tych metod. Jedną Zamawiający już wykorzystuje, zaś aktualnie dąży do tego, by mieć możliwość korzystania także z drugiej metody. Nie można, w ocenie Izby, przywiązywać Zamawiającego do stosowania tylko metody pojedynczego wkłucia i narażać na ryzyko, że poprzez modyfikację specyfikacji żadaną przez Odwołującego nie otrzyma finansnie

16

możliwości korzystania z metody związanej z podwójnym wkłuciem. Zamawiający jest wiodącym ośrodkiem w kraju w ilości pobrań, niewątpliwie posiada rozległe doświadczenie i wiedzę w tym zakresie, jak również dostrzega występujące na bieżąco problemy, w tym pęknięcia żył u dawców, brak możliwości kwalifikowania niektórych potencjalnych dawców do pobrań, brak możliwości doboru innej metody pobrania w zależności od preferencji dawcy, dostrzega także potrzebę stosowania innych rozwiązań niż obecnie posiadane, zakładając, że może to przyczynić się czy to do zwiększenia liczby dawców, czy zmniejszenia strat obecnie występujących przy pobraniach. Izba nie znalazła żadnych podstaw czy przesłanek, by odrzucić te argumenty, czy uznać je za nieistotne. Przeciwnie, Zamawiający przedstawił przekonujące dla Izby powody swojego działania.

Należy dodatkowo wskazać, że nie jest tak, iż Zamawiający nie dysponuje już obecnie możliwościami technicznymi do wykonywania pobrań. Na rozprawie Zamawiający podkreślając problem, jakim jest brak wystarczającej liczby dawców, wskazał, że *“Może zabezpieczyć tylko 30% potrzeb, ale nie z powodu braku technologii, ale dlatego że nie ma chętnych do oddawania krwi”* (vide: protokół z rozprawy). Poziom ten nie wynika z tego, że wyższy poziom nie jest możliwy z uwagi na brak sprzętu. Przyczyny leżą gdzie indziej i ważnym celem obecnego zamówienia nie jest jedynie pozyskanie dodatkowych urządzeń, które Zamawiający już ma, ale w niewystarczającej liczbie w stosunku do liczby chętnych dawców. Nie jest więc tak, że Zamawiając w sposób arbitralny, ujmując rzecz kolokwialnie na zasadzie *“widzimi się”* zdecydował, że w tym postępowaniu wymaga sprzętu do pojedynczego i podwójnego wkłucia. Dla Izby argumenty Zamawiającego, w tym związane z koniecznością poszukiwania szerszej grupy dawców (przy niewystarczającej ich liczbie, przy ogólnej tendencji spadku liczby pobrań w skali kraju – na co wskazywał dowód złożony także przez Odwołującego pt. *“Działalność jednostek organizacyjnych służby krwi w Polsce w 2014 roku”*), argumenty związane z koniecznością poszukiwania rozwiązań pozwalających na kwalifikację dawców, którzy obecnie nie mogą być kwalifikowani do metody pojedynczego wkłucia, czy wreszcie związane z tym, że u Zamawiającego lekarz nie ma możliwości dopasowania lub zmiany metody pobrania do warunków danego dawcy, są argumentami o dużym ciężarze gatunkowym i świadczą o istnieniu uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które przesądzą o konieczności takiego właśnie opisu przedmiotu zamówienia. Ważąc interesy stron, z jednej strony Odwołującego, który zabiega o możliwość pozyskania kolejnego kontraktu, a z drugiej strony Zamawiającego, który tym zamówieniem chce osiągnąć oprócz dostawy także inne istotne cele, społecznie ważne, w tym związane z dotarciem do szerszego kręgu dawców, stworzeniem warunków pobrań, które dla części z dawców mogą być bardziej właściwe, komfortowe i bezpieczne – co wymaga stworzenia

17

bardziej optymalnych, uniewersalnych i elastycznych warunków wykonywania pobrań, Izba uznała ostatecznie, że przyjęty opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony okolicznościami sprawy i potrzebami Zamawiającego.

Dowody złożone przez Odwołującego, skoncentrowane na wykazywaniu zalet metody pojedynczego wkłucia, nie przystawały więc do istoty sprawy i nie obalały argumentów Zamawiającego, w tym nie wykazywały, że Zamawiający nie ma potrzeby zdywersyfikowania metod pobrań, że w swojej codziennej pracy nie spotyka się z koniecznością odmowy kwalifikacji do pojedynczego wkłucia, że dla niektórych pacjentów, w zależności od ich preferencji, bardziej właściwa może być metoda podwójnego pobrania, jak również nie obalały prezentowanych przez Zamawiającego założeń i celów, w tym związanych z możliwością powiększenia grupy dawców, czy możliwością zmniejszenia strat przy pobraniach, poprzez zastosowanie w odniesieniu do części dawców innej metody niż obecnie stosowana.

Dowody w postaci opinii prywatnych, złożone przez Odwołującego, Izba uznała więc za materiał, który nie mógł mieć przesądającego znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia. Opinie te cechuje przy tym pewien poziom ogólności i subiektywizmu, w tym w zakresie stwierdzeń o wyższym komforcie dawcy w przypadku metody z pojedynczego wkłucia do żyły. Jak wskazano wcześniej, w ocenie Izby, dla niektórych dawców jedna metoda może być lepsza, dla innych druga, jedna mniej lub bardziej traumatyzująca, zależy to od szeregu czynników i okoliczności i brak jest podstaw do wyprowadzenia jednej reguły w stosunku do wszystkich. Istotne jest to, by Zamawiający miał możliwość doboru lub zmiany metody, także z uwzględnieniem preferencji zdrowotnych dawcy, czy nawet jego własnych wyborów (nie można wykluczyć, że część dawców może czuć się bardziej bezpiecznie czy komfortowo przy metodzie podwójnego wkłucia). Odwołujący w sposób fragmentaryczny przedstawiał przy tym treść opinii, akcentując jedynie argumenty korzystne dla metody pojedynczego wkłucia. Przykładowo nie uwypuklano treści opinii, gdzie wskazano, iż *“niektóre opracowania wskazują na wadę metody z pojedynczym wkłuciem i speracją przerywaną ze względu na konieczność dobrania tak parametrów pobieranej okresowo krwi dawcy aby nie doprowadzić do reakcji hipotonicznych i omdleniowych”* (str. 3 opinii z dnia 4 czerwca 2016 r.). W drugiej opinii wskazano m.in., że *“separator z zastosowaniem pojedynczego wkłucia będą bardziej przydatne w centrach krwiodawstwa, tzn. gdy zabieg aferezy przeprowadzany jest u zdrowych dawców, a objętość krwi pozostającej poza krwiobiegiem jest niewielka”* (str. 1 opinii z dnia 3 czerwca 2016 r.). Ze stwierdzenia tego nie wynika, by w innych przypadkach,

dawców możliwych do zakwalifikowania do pobrania krwi. Nawet z dowodów złożonych przez Odwołującego można wnioskować, że metoda podwójnego pobrania może być wykorzystywana do szerszych zastosowań – przytoczona powyżej treść broszury *“(…) lub dwie igły dla szerszych zastosowań”, “(…) lub wybierz dwie igły gdy chcesz krótszą procedurę z takim samym uzyskaniem płytek krwi”* (dowód nr 7).

Dowód nr 6, będący wyciągiem z zasad pobierania krwi, Izba uznała za dowód nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zamawiający trafnie argumentował, że dowód ten nie przystaje do tezy Odwołującego. Dowód ten prezentował przykłady powikłań związanych z pobieraniem krwi, w żaden sposób nie obalał argumentów Zamawiającego świadczących o istnieniu uzasadnionych potrzeb takiego właśnie opisu przedmiotu zamówienia, czy też nie wykazywał, że powikłania te nie występują w przypadku metody pojedynczego wkłucia.

Podobnie Izba oceniła dowód prezentujący liczbę pobrań w 2014 r. (*“Pobór KKP metodą aferezy w roku 2014”*). Zestawienie to przedstawiało, że przybliżony udział w rynku firmy Terumo BCT z technologią Trima wynosi 30%. Jest to udział niewątpliwie znaczny, z czego nie można wnioskować, by w każdym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia musiał być dopasowywany do produktów Odwołującego. Z dowodu tego można by wnioskować także przeciwko stanowisku Odwołującego – skoro pozostałe 70% udziału w rynku rozkłada się na inne podmioty, to może to świadczyć o tym, iż metody inne niż oferowane przez Odwołującego są stosowane na rynku i nie ma żadnych podstaw, by prawa do ich stosowania odmawiać Zamawiającemu. Ponadto, dowód ten potwierdzał, że Zamawiający ma największą liczbę pobrań w skali kraju, znacznie przewyższającą inne ośrodki, a tym samym jest to podmiot, któremu nie sposób odmawiać doświadczenia, wiedzy oraz praktyki, a więc nie sposób także polemizować z zasadnością i rzeczowością twierdzeń dotyczących potrzeby dywersyfikacji metod pobrań w jego codziennej pracy.

Za nieprzystające do istoty sprawy Izba uznała ponadto dowody ze specyfikacji innych postępowań. Dowody te nie obalały w szczególności podnoszonych przez Zamawiającego potrzeb, przyczyn i celów, jakim ma służyć otrzymanie zarówno zestawów do pojedynczego wkłucia jak i zestawów do pobierania płytek z podwójnego wkłucia.

Za pozbawiony znaczenia i wartości dowodowej Izba uznała przedstawiony przez Odwołującego, w toku rozprawy, wywiad z jednym dawcą. Przede wszystkim zgłaszanie dowodu w takiej formie może stanowić obejście formy, jaką jest dowód z przesłuchania świadka i związane z tą formą zasady, w tym pouczenia o odpowiedzialności karnej, umożliwienia zadawania pytań, etc. Tego rodzaju “dowód”, przeprowadzony poza okolicznościami znanymi Izbie, jest przy tym jedynie subiektywną relacją wrażeń jednej osoby.

W żaden sposób nie przystaje to, ani nie konkuruje, z argumentami Zamawiającego, który wykonuje w skali roku ponad 9000 pobrań i posiada wieloletnie doświadczenie, wiedzę i praktykę.

Dowód nr 1 Izba uznała za materiał jedynie o charakterze poglądowym, pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący dowodził, że na rynku oferowane są produkty tylko trzech wytwórców, przy czym tylko produkt jednego z nich będzie mógł zostać zaoferowany w tym postępowaniu. Jeżeli nawet tak jest – co jest okolicznością niezależną od Zamawiającego – to nie oznacza to, że Zamawiający ma modyfikować opis przedmiotu zamówienia, tak by obejmował on także inne produkty, które nie zrealizują uzasadnionych potrzeb i celów, jakimi kieruje się Zamawiający.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał złożonymi dowodami, że faktycznie tylko jeden podmiot będzie miał możliwość złożenia oferty w tym postępowaniu. Samo twierdzenie, że zestaw innego producenta (Haemonetics) nie będzie mógł być oferowany, nie oznacza, że zestaw innego producenta, będzie mógł zostać zaoferowany tylko przez jednego wykonawcę. To, że produkt oferowany przez Odwołującego nie spełnia wymagań specyfikacji, czy nawet twierdzenie, że produkt konkurenta też nie będzie mógł zostać zaoferowany, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że w odniesieniu do produktu czy produktów trzeciego producenta, spełniających wymagania specyfikacji, nie będzie

możliwe otrzymanie ofert kilku wykonawców (dysponujących przykładowo możliwością ich zakupu, czy dystrybucji). Odwołujący wskazywał w swoich zestawieniach, jak i w treści odwołania, na urządzenie

o nazwie Amicus – gdy w złożonych dowodach (dowód nr 9d) mowa jest nie tylko o urządzeniach dwuigłowych Amicus, ale i COM.TEC. Odwołujący nie argumentował w ogóle, by te urządzenia (COM.TEC) także miały nie spełniać wymogów specyfikacji, ani że żaden inny podmiot (oprócz Frasenius Kabi Polska Sp. z o.o.) nie ma możliwości zaoferowania urządzeń producenta Fenwal, Inc. (czy to Amicus, czy COM.TEC). Ponadto, twierdzenie

o braku możliwości zaoferowania produktów Haemonetics zostało postawione ogólnie, w oparciu o własne tezy Odwołującego. Nie złożono innego dowodu, przykładowo pochodzącego od wykonawcy oferującego produkty tej firmy, dla potwierdzenia, że faktycznie opis przedmiotu zamówienia eliminuje również produkty tej firmy. Dowód z fragmentu publikacji internetowej, mający przedstawiać brak spełnienia wymogu objętości pozaustrojowej, Izba uznała za niewiarygodny. Był to przy tym fragment publikacji datowany na 2008 r. Za nie przekonujące Izba uznała twierdzenie Odwołującego, że produkt tej firmy nie ulegał od tego czasu zmianie.

20

Izba nie uznała także, by Zamawiający dopuścił się naruszeń poprzez wymóg mankietu automatycznego. To, że w innych postępowaniach nie są stawiane wymogi, co do mankietu automatycznego, czy to, że inne ośrodki stosują stazy nie oznacza, że Zamawiający nie może korzystać z nowszych rozwiązań, usprawniających procedurę pobrania i dogodniejszych dla dawców – tym bardziej, gdy tak jak w tym postępowaniu celom zamówienia nie przyświeca jedynie dostawa sprzętu, ale cele te są dalej idące. Dowody złożone przez Odwołującego,

w tym opinie prywatne, nie przemawiały przeciwko możliwości postawienia wymogu automatyzacji mankietu ucieśniniowego (z opinii można przy tym wyciągnąć wniosek, że automatyzacja nie jest nieodzowna, ale niewątpliwie może ułatwiać nadzór nad wykonywaną procedurą, może być rozwiązaniem wygodniejszym). Również w tym zakresie Zamawiający przedstawił rzeczowe powody swojego działania, ale co także istotne nie sposób zarzucać Zamawiającemu nie dopuszczenia rozwiązania, które nie było dotychczas znane, zostało jedynie ogólnie zasygnalizowane i ogólnie opisane przez Odwołującego, także przed Izbą. W treści odwołania wskazano, że Terumo BCT *“wprowadza właśnie na rynek separatory, które są wyposażone fabrycznie w mankiety służący do regulowania krwi. Mankiet jest pompowany ręcznie przez dawcę przy pomocy tzw. gruszki, natomiast specjalna zastawka reguluje poziom ciśnienia krwi bez ingerencji człowieka”*. Odwołujący dopiero więc wprowadza to rozwiązanie, wcześniej nie znane Zamawiającemu. Nie wiadomo, czy jest to rozwiązanie gotowe do sprzedaży, zatwierdzone i z jakimi cechami wyrobu. Nie sposób przypisywać Zamawiającemu, w tych okolicznościach, zarzutu nie dopuszczenia tego rozwiązania. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający argumentował rzeczowo na okoliczność potrzeby posiadania mankietu nie wymagającego pompowania ręcznego (z uwagi na uciążliwość, jakie występują po stronie dawcy, ale i w trakcie procedury pobrania). Z opisu Odwołującego wynika natomiast, że mankiety są pompowane ręcznie. To, czy może to być pompowanie sporadycznie (jak wskazywał Odwołujący na rozprawie: *“wystarczy kilka razy”*) stanowiło okoliczność nie udowodnioną, gdyż Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do ogólnego opisu i ogólnych twierdzeń. Izba w konsekwencji nie uznała, by dowody oznaczone przez Odwołującego nr 11 i 12 mogły mieć przesądzające znaczenie dla kierunku rozstrzygnięcia, w tym by podważały one argumenty Zamawiającego, który wskazywał m.in., że: *“Przy niskiej objętości krwi właściwe jest przeprowadzenie poboru z użyciem mankietu automatycznego. Nagła konieczność poboru krwi jest lepsza przy podwójnym wkłuciu i automatycznym mankiecie”*, *„Po tysiącach godzin pobrań zamawiający wie jakie są potrzeby dawców, widzi konieczność stosowania m.in. mankieta*

jest istotnym automatycznego”, *„Konieczność*

pompowania

21

i praktycznym problemem, poza tym dawcy muszą być cały czas czujni gdy nie ma automatycznego mankieta”, *„Pęknięcie żyły jest stresujące dla pacjenta. Przy*

automatycznym mankencie gdy jest gorszy przepływ krwi maszyna to sygnalizuje” (vide: protokół z rozprawy).

Reasumując, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego, w tym uznała doniosłość potrzeb i celów, którymi kieruje się Zamawiający, jak również doniosłość argumentacji merytorycznej zawartej w odpowiedzi na odwołanie oraz w opracowaniach złożonych na rozprawie. W ocenie Izby, Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych naruszeń dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji chybiony był też zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp (pkt 1 odwołania, str. 3). W związku z cofniętym zakresem kwestionowanych postanowień treści SIWZ, zdezaktualizował się zarzut z pkt 2 odwołania (str. 3), który został cofnięty na posiedzeniu.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: