

**Sygn. akt: KIO 445/17**

**WYROK**  
**z dnia 23 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 17 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 marca 2017 r. przez Odwołującego – S. H. sp. z o.o. z siedzibą w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w W.,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogu dostępności pomiaru w próbkach (załącznik nr 3 do formularza oferty, l.p. 7) przez wykreślenie z tego wymagania słów „osocza”, „surowicy” i „powietrza”.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze 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**

SP ZOZ Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w W. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników, materiałów kontrolnych, materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych do wykonania oznaczeń parametrów gazometrycznych, elektrolitów i metabolitów wraz z dzierżawą 7 analizatorów (nr sprawy DZP.262.30.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 lutego 2017 r. pod nr 2017/S 040-072681.

Dnia 27 lutego 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

W dniu 7 marca 2017 r. wykonawca S. H. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) odwołanie wobec postanowień SIWZ, w którym zaskarżył:

1. sporządzenie SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. opisanie przedmiotu zamówienia przez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty,
3. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretne rozwiązania charakterystyczne dla danego producenta, a nie funkcjonalności, których opisanie prowadzi do osiągnięcia tego samego efektu,

co, zdaniem Odwołującego, stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i innych wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w sposób umożliwiający złożenie Odwołującemu ważnej i konkurencyjnej oferty tj. przez:

1. usunięcie w załączniku nr 3 do Formularza Oferty pod (l.p. 1 w rubryce „Opis parametru wymaganego”) słów: „z automatycznym podajnikiem próbek” oraz „podajnik próbek”, tj. nadanie mu następującego brzmienia: „Analizatory: 2 fabrycznie nowe rok produkcji 2017, 5 nie starszych niż 2013 rok. Kompletnie wyposażone, o zintegrowanej budowie /jednostka oksymetryczna, klawiatura, monitor, drukarka/ pracujące w systemie ciągłym, mające takie same materiały zużywalne i eksploatacyjne”,
2. usunięcie w załączniku nr 3 do Formularza Oferty (l.p. 7 w rubryce „Opis parametru wymaganego”) słów: „osocza”, „surowicy”, „powietrza”, tj. nadanie mu brzmienia: „Dostępność pomiaru w próbkach: krwi pełnej, płynów kontrolnych”,
3. dopisanie w załączniku nr 3 do Formularza Oferty (l.p. 10) słów: „o ile zaoferowane rozwiązanie technologiczne wymaga rutynowej wymiany i konserwacji elektrod poza pakietem pomiarowym”,
4. zmianę w załączniku nr 2 do Formularza Oferty (l.p. 6 w rubryce „Nazwa przedmiotu oferty”) przez nadanie brzmienia: „Pobieracze /strzykawki/ do pobierania krwi – 435.000 sztuk kompatybilne z analizatorem”.

Odwołujący stwierdził, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim analizatory oraz odczynniki do tej aparatury będące przedmiotem Postępowania i jest zainteresowany wzięciem w nim udziału, a opis przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy, niezgodnie z przepisami Pzp sporządził SIWZ, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji, przez co uniemożliwia Odwołującemu (i prawdopodobnie także innym potencjalnym wykonawcom) złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty na analizatory będące (m.in.) przedmiotem zamówienia, pomimo że jest on przedstawicielem jednego z czołowych producentów urządzeń będących (m.in.) przedmiotem zamówienia i stanowiących jego integralną część.

Podał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp do obowiązków zamawiającego należy opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo, zgodnie z ust. 2, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przepis art. 7 ust. 1 Pzp wprost nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zasady te naruszył przygotowując wymogi SIWZ w taki sposób, że ważną ofertę złożyć może wyłącznie wykonawca R. sp. z o.o.

### **1. Automatyczny podajnik**

Zgodnie z pkt 1 załącznika nr 3 do Formularza Oferty, zawierającym zestawienie parametrów opisujących przedmiot zamówienia, Zamawiający wymaga by analizatory zaopatrzone były w automatyczny podajnik próbek.

Automatyczny podajnik pozwala użytkownikowi na pozostawienie w analizatorze do 3 próbek jednocześnie. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że sama analiza (badanie próbek) nie następuje w sposób jednoczesny i wykonywana jest przez analizator w kolejności pozostawienia próbek – każda próbka oddzielnie. W praktyce oznacza to, że czas konieczny do wykonania pojedynczego badania nie ulega skróceniu – sama możliwość pozostawienia próbki w podajniku, nie ma wpływu na czas wykonania badania. Automatyczny podajnik nie będzie skutkował uzyskaniem oszczędności czasu niezbędnego do wykonania badania. Wziąwszy pod uwagę, że mamy do czynienia z badaniami gazometrycznymi należącymi do grupy tzw. badań krytycznych, gdzie kluczowym czynnikiem jest szybkość badania i uzyskania wyników, należy poddać w wątpliwość rzeczywistą potrzebę Zamawiającego uzasadniającą konieczność posiadania przez analizator automatycznego podajnika.

Odwołujący podkreślił dodatkowo fakt sprzeczności opisanego wyżej warunku posiadania przez analizator automatycznego podajnika z informacją podaną przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Formularza Oferty (pod tabelą), że analizatory będą wykorzystywane głównie w pojedynczych próbkach (70%), a także z wymogiem opisanym w pkt 8 załącznika nr 3 do Formularza Oferty, dopuszczającym analizatory o minimalnej wydajności 20 próbek na godzinę, tj. analizatory o dość niskiej wydajności (podczas gdy dostępne na rynku analizatory mają wydajność około 30 próbek na godzinę).

W ocenie Odwołującego niewątpliwie wskazuje to, że wymóg posiadania automatycznego podajnika nie jest podyktowany obiektywnymi i rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, lecz został wpisany tylko w celu ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Tylko analizatory marki R. będą w stanie sprostać tak sformułowanym wymogom SIWZ. Taki sposób ukształtowania parametrów narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

W portfolio Odwołującego, a także innych podmiotów oferujących na rynku analizatory przeznaczone do wykonywania tego typu badań, znajdują się analizatory umożliwiające szybsze wykonanie pojedynczego badania, w porównaniu do preferowanego przez Zamawiającego rozwiązania, mimo braku posiadania automatycznego podajnika, co więcej, umożliwiają one wykonanie znacznie większej liczby próbek, niż oczekiwane przez Zamawiającego minimum.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł, jak w pkt 1 i 4 powyżej.

Uzasadniając drugie z ww. żądań Odwołujący zasygnalizował dodatkowo, że w obecnym brzmieniu Zamawiający zakłada wycenę wyłącznie strzykawkę kompatybilnych z podajnikiem. Ponieważ tylko jeden producent (R.) ma w swoim portfolio automatyczny podajnik, oznacza to możliwość zastosowania wyłącznie strzykawkę tego producenta, a to z kolei ogranicza uczciwą konkurencję, eliminując z góry możliwość zaoferowania strzykawkę innych producentów, przy czym wykluczenie to nie jest uzasadnione żadnymi obiektywnymi i rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

## **2. Dostępność pomiaru w próbkach: krwi pełnej, osocza, surowicy, płynów kontrolnych, powietrza**

Zgodnie z pkt 7 załącznika nr 3 do Formularza Oferty Zamawiający wymaga dla analizatora dostępności pomiaru w próbkach: krwi pełnej, osocza, surowicy, płynów kontrolnych, powietrza.

Powyższy wymóg nie znajduje uzasadnienia ani w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, ani w zasadach wykonywania badań gazometrycznych, a służy wyłącznie ograniczeniu kręgu podmiotów mogących złożyć ważną ofertę, gdyż tylko wykonawca R. sp. z o.o. posiada taki zakres rodzaju próbek, który umożliwia wykonanie tego pomiaru.

W załączniku nr 3 do Formularza Oferty Zamawiający wskazuje, że planuje wykonać 420.000 oznaczeń, w tym: 1) gazometria z elektrolitami i metabolitami – 350.000 testów, 2) gazometria – 65.000 testów; 3) gazometria z krwi tętniczej z mikrosamplerów – 1.500 szt., 4) gazometria z krwi kapilarnej – 3.500 testów.

Z powyższego zestawienia wynika, że Zamawiający zamierza przeprowadzać przede wszystkim badania gazometryczne. Zgodnie z dostępną literaturą (patrz: Dembińska-Kieć A., Naskalski J.W.: *Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej*, Urban&Partner, Wrocław 2009) „podstawowym badaniem laboratoryjnym w diagnostyce zaburzeń równowagi kwasowo-zasadowej jest badanie gazometryczne krwi. Powinno być ono wykonywane w

pełnej krwi tętniczej. Przy braku możliwości uzyskania krwi tętniczej badanie można wykonać w pełnej krwi włośniczkowej, arterializowanej.”.

Z definicji tej wynika jednoznacznie, że zasadniczym materiałem niezbędnym do właściwego wykonania badania gazometrycznego krwi, jest krew pełna: tj. krew tętnicza, żylna lub włośniczkowa.

Mając na uwadze rodzaje planowanych przez Zamawiającego badań (wskazane powyżej), nie znajduje uzasadnienia oczekiwanie wymogu możliwości pomiaru z powietrza, osocza lub surowicy, jako że przywołane rodzaje próbek nie dają możliwości oznaczenia wszystkich parametrów niezbędnych we właściwym badaniu gazometrycznym.

Dodatkowo, z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że Zamawiający większość zamawianych analizatorów (tj. 5 sztuk) będzie wykorzystywał bezpośrednio na oddziałach szpitala, a tylko 2 sztuki z zamówionych analizatorów będą wykorzystywane w laboratorium. Żeby przygotować próbki np. osocza, konieczna jest wirówka, tj. sprzęt, który nie jest standardowym sprzętem na oddziale szpitalnym. Stąd uzasadnione przekonanie Odwołującego o braku rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w zakresie wymaganej funkcjonalności analizatora. Powyższe ogranicza konkurencję i uniemożliwia zaoferowanie analizatorów innych producentów (innych aniżeli wyraźnie przez Zamawiającego preferowany R.), które dawałyby możliwość zrealizowania potrzeb Zamawiającego związanych z wykonywaniem opisanych we wstępie do załącznika nr 3 do Formularza Oferty badań gazometrycznych z krwi pełnej, tj. materiału właściwego dla przeprowadzenia badań gazometrii krwi.

W konsekwencji Odwołujący wniósł, jak w pkt 2 powyżej.

### **3. Trwałość elektrody referencyjnej 48 miesięcy**

Zgodnie z pkt 10 załącznika nr 3 do Formularza Oferty Zamawiający wymaga trwałości elektrody referencyjnej minimum 48 miesięcy. Wymóg ten eliminuje oferowane na rynku rozwiązania, w których elektrody są zintegrowane z wymiennymi pakietami pomiarowymi (dostarczonymi w ramach zaproponowanej ceny, bez dodatkowych opłat), preferując rozwiązanie technologiczne jednego tylko producenta – R., co stanowi naruszenie zasad konkurencji nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, czy innymi wymiernymi korzyściami płynącymi z tego rozwiązania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że elektrody są elementem niezbędnym do wykonywania pomiarów na analizatorach gazometrycznych. Elektrody są elementami wymiennymi. W zależności od zastosowanej technologii konstrukcji analizatora, w starszych

technologicznie modelach, elektrody pomiarowe mogą być umiejscowione w jednostce głównej, czyli w samym analizatorze, w nowych modelach najczęściej są zintegrowane z wymiennymi pakietami pomiarowymi, co powoduje, że producenci nie muszą deklarować ich długiego terminu żywotności.

Zamawiający wprowadzając jako parametr graniczny 48-miesięczny termin żywotności elektrody referencyjnej, zawężył, po raz kolejny, możliwość złożenia oferty tylko do jednego podmiotu, wskazując na technologię obecną na rynku już od wielu lat i nie dopuszczając bardziej nowoczesnych rozwiązań, które są oferowane na rynku przez podmioty konkurencyjne, w tym Odwołującego. Termin ważności elektrody referencyjnej, nie ma wpływu na aspekt ekonomiczny oferty, może jednak mieć negatywny wpływ na aspekt jakościowy badania, ponieważ elektroda nie będzie wymieniana przez cały okres jej ważności. W nowoczesnych modelach gazometrów Zamawiający przy każdej wymianie pakietu pomiarowego otrzyma fabrycznie nowy komplet elektrod, w tym elektrodę referencyjną w jednym zestawie. Wymiana elektrody zintegrowanej z kasetą nie podraża oferty i nie stanowi dodatkowej czynności wykonywanej obok standardowych czynności obsługowych – elektroda wymieniana jest z kasetą zawierającą odczynniki, tj. wymiana następuje w ramach zwykłej czynności obsługowej.

Producenci zapewniający długą trwałość elektrody referencyjnej, który to wymóg preferuje Zamawiający, uzależniają tę trwałość od okresowej wymiany membran, co *de facto* jest kolejną czynnością obsługową wykonywaną przez personel szpitala w warunkach kiedy badania gazometryczne są, jak to już wyżej wspomniano, tzw. badaniami krytycznymi, w których czas ma kluczowe znaczenie.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł, jak w pkt 4 powyżej.

Podsumowując przedstawioną argumentację Odwołujący podał, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ naruszył wynikający z przepisu art. 29 ust. 2 Pzp zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Kwestionowane wymagania Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w jego obiektywnych, rzeczywistych potrzebach, a ich celem jest jedynie preferowanie określonego wykonawcy (w przedmiotowym stanie faktycznym – rozwiązań wykonawcy R.).

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia braku naruszenia przepisów w opisie przedmiotu zamówienia, co wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej Izby. Odwołujący natomiast ma obowiązek uprawdopodobnienia, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu

zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję. To na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo wprowadzone przez niego ograniczenia w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach. Jeżeli Zamawiający nie udowodni, że stawiane przez niego wymogi odnoszące się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia są uzasadnione jego potrzebami i stanowią realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, że są sprzeczne z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując podkreślając, że opis cech i funkcjonalności przedmiotu zamówienia został podyktowany wyłącznie jego rzeczywistą sytuacją i potrzebami.

### **1. Automatyczny podajnik**

Zamawiający stwierdził, że wymaga automatycznego podajnika próbek ze względu na konieczność wykonywania dużej liczby oznaczeń w próbkach pobranych w tym samym czasie przy możliwie małym nakładzie pracy, szczególnie w okresie ich natłoku np. o godzinie 6:00 i 18:00. Większość badań jest wykonywana w celu monitorowania sytuacji klinicznej pacjenta, w trakcie oraz po zabiegach chirurgicznych. Zakres wykonywanych badań obejmuje nie tylko badanie statusu gazowego, ale także inne istotne parametry (glukoza, mocznik, elektrolity, hemoglobina, bilirubina, mleczany). Automatyczny podajnik próbek zwalnia operatora (osobę wykonującą badanie) z konieczności przebywania przy analizatorze i podawania kolejnych próbek. Próbką umieszczona w podajniku jest automatycznie przesuwana do właściwego oznaczenia, a po jego zakończeniu nie musi być usunięta, aby można było wstawić następną próbkę, czego wymaga praca z użyciem analizatorów bez podajnika. Z praktyki Kliniki Kardiochirurgicznej wynika, że zbadanie średnio 8 próbek (średnia liczba koniecznych do wykonania oznaczeń o godzinie 6:00 i 18:00) wymaga ze strony operatora zaledwie około 2 minut, podczas gdy w analizatorze bez podajnika jest to aż 20 minut. Oznaczenia w analizatorach wykonywane są głównie przez pielęgniarki (analizatory będą umieszczone w Bloku Operacyjnym Kardiochirurgii, Salach Pooperacyjnych Chirurgicznych, Oddziałach Intensywnej Terapii, w tym do monitorowania pacjentów po przeszczepieniach wątroby). Po umieszczeniu próbek w analizatorze pielęgniarki mogą powrócić do wykonywania innych czynności. Przekłada się to na większe bezpieczeństwo, lepszą opiekę nad pacjentem i mniejszą liczbę powikłań. Po zakończeniu pomiaru wynik odsyłany jest do systemu informatycznego.

Wyposażenie analizatorów w automatyczne podajniki próbek pozwala także na wykorzystanie pobieraczy/strzykawek skonstruowanych tak, że nie ma konieczności



zdejmowania korka przed wykonaniem analizy. Wykonywanie oznaczenia odbywa się w tzw. systemie zamkniętym. Eliminuje to znacznie ryzyko zanieczyszczenia środowiska w czasie manipulacji z otwartymi strzykawkami z krwią, a co za tym idzie, rozprzestrzeniania się drobnoustrojów w miejscu wykonywania oznaczeń. Często stosowane leczenie immunosupresyjne zdecydowanie ogranicza odporność pacjenta, zwiększając ryzyko ich zakażenia. Pojawienie się tzw. szczepów wieloopornych stwarza aktualnie szczególne zagrożenie. Zastosowanie strzykawek w systemie zamkniętym ogranicza także ryzyko zakażenia personelu wykonującego badania.

Zamawiający podkreślił, że automatyczny podajnik zapewnia standaryzację w zakresie mieszania próbek, niezależniąc ten etap od operatora. Zwiększa znacznie homogenność/jednorodność mierzonych próbek, co w konsekwencji daje większą wiarygodność i porównywalność uzyskiwanych wyników. Cechy te są bardzo ważne, szczególnie dla oznaczeń wykonywanych w celu monitorowania pacjenta.

Informacja, że około 70 % badań wykonywanych jest jako pojedyncze próbki nie pozostaje w sprzeczności z wymaganiami automatycznego podajnika. Została podana w celu racjonalnego zaplanowania przez wykonawcę zużycia płynów płuczających i innych materiałów dodatkowych, niezbędnych do wykonania podanej liczby oznaczeń.

## **2. Dostępność pomiaru w próbkach krwi pełnej, osocza, surowicy, płynów kontrolnych, powietrza**

Zamawiający wyjaśnił, że stawiając wymagania określił wyłącznie swoje potrzeby w zakresie wykonywania oznaczeń w innych niż tylko krew pełna. Oznaczenia w powietrzu, czy innych płynach ustrojowych są standardowo wykonywane. Zamawiający sprzeciwił się próbie narzucenia przez Odwołującego ograniczenia swoich potrzeb. Szpital jest jednostką uniwersytecką o wysokim stopniu referencyjności, do której trafiają pacjenci o dużym stopniu skomplikowania i wymienione parametry służą właściwemu postępowaniu z pacjentem.

Zamawiający sprzeciwia się zarzutowi Odwołującego, że sugerowane oznaczenia dotyczyć będą wyłącznie oznaczeń parametrów w krwi tętniczej i dotyczyć wyłącznie oceny sytuacji gazowej. Jak już zaznaczano powyżej, oznaczenia wykonywane będą w zdecydowanie szerszym zakresie. Procedura pomiaru jest dokładnie taka sama i wykorzystane są w niej takie same odczynniki i materiały zużywalne. Na potrzeby innych materiałów określone są wartości prawidłowe (zakres normy).

### 3. Trwałość elektrody referencyjnej 48 miesięcy

Zamawiający oświadczył, że uzupełnia zaskarżone postanowienie SIWZ o sformułowanie „o ile zaoferowane rozwiązanie technologiczne wymaga rutynowej wymiany i konserwacji elektrod poza pakietem pomiarowym”.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację, z tą różnicą, że Odwołujący cofnął zarzut dotyczący trwałości elektrody referencyjnej.

Na potwierdzenie pierwszego z zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągów ze specyfikacji technicznych analizatorów marki R., R. D., W., C. i S., natomiast w zakresie drugiego z zarzutów – z treści wyciągu z publikacji A. Dembińskiej-Kieć, Jerzego W. Naskalskiego (red.): „Diagnostyka z elementami biochemii klinicznej”, wyd. 3, Urban&Partner, Wrocław 2009 oraz wyciągów ze specyfikacji technicznych analizatorów marki R. D. i R.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ uznając, że stan faktyczny sprawy (brzmienie kwestionowanych postanowień SIWZ) nie jest sporny.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że odwołanie, w zakresie podtrzymywanych przez Odwołującego zarzutów, zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający potwierdza trafność przytoczonej przez Zamawiającego argumentacji, że jego oczekiwania względem przedmiotu zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu tym wykonawcy. Fundamentalne zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców) nie mają bowiem wymiaru absolutnego. W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających. Właściwym, zdaniem Izby, podejściem jest jednak zapatrywanie zgoła odmienne, wyrażające się

dopuszczalnością stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Opisana sytuacja nie stanowi naruszenia prawa, mimo iż nie jest wyrazem realizacji wspomnianych powyżej zasad udzielania zamówień publicznych. *Ergo*, argumentacja Odwołującego, że nie może on aktualnie złożyć oferty i ubiegać się o udzielenie zamówienia nie stanowi *per se* potwierdzenia zarzutu ograniczania uczciwej konkurencji.

### **1. Automatyczny podajnik**

Uzasadniając wymóg posiadania przez analizatory automatycznego podajnika Zamawiający – zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie – zwrócił uwagę na następujące kwestie: (1) konieczność wykonywania dużej liczby oznaczeń przy możliwie małym nakładzie pracy, (2) możliwość wykonywania oznaczeń w tzw. systemie zamkniętym, tj. bez konieczności zdejmowania korka ze strzykawki (pobieracza) przed wykonaniem analizy oraz (3) zwiększenie homogeniczności (jednorodności) badanych próbek przez zapewnienie automatycznego mieszania ich zawartości.

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, jako że Zamawiający przedstawił racjonalne powody wprowadzenia kwestionowanego wymogu automatycznego podajnika, choć nie sposób zgodzić się wszystkimi przytaczanymi przez niego argumentami.

Skład orzekający dał wiarę stanowisku Zamawiającego odnośnie pierwszej z podstaw postawienia analizatorom przedmiotowego wymagania. Zauważyć należy, że przywoływane przez Zamawiającego dążenie do zmniejszenia nakładów pracy przy analizatorach Odwołujący konsekwentnie sprowadzał do czasu wykonania pojedynczego badania, podczas gdy nie są to kwestie tożsame. Wydaje się oczywiste, że automatyzacja procesu podawania próbek do analizatora, który następnie samodzielnie je zmienia powoduje zmniejszenie nakładu pracy personelu medycznego obsługującego urządzenie związane z manualnym umieszczaniem w podajniku każdej z próbek, a długość oczekiwania na wynik badania jest sprawą odrębną. Odwołujący nie przedstawił Izbie w tym zakresie kontrargumentów, niezasadnie koncentrując się na czasach wykonywania badań przez dostępne na rynku urządzenia (zob. dowody ze specyfikacji technicznych urządzeń), która to kwestia nie ma, zdaniem składu orzekającego, bezpośredniego przełożenia na czasochłonność czynności obsługowych. W konsekwencji Zamawiający trafnie argumentował, że czas zaoszczędzony przez personel na obsłudze analizatora może być wykorzystany na wykonywanie innych czynności, przykładowo, na opiekę nad pacjentami.

Co zaś dotyczy akcentowanej przez Odwołującego konieczności wykonywania większej liczby czynności konserwacyjnych w przypadku analizatorów wyposażonych w automatyczny podajnik, Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie została przez Odwołującego udowodniona, czy choćby uprawdopodobniona.

Izba uwzględniła również argumentację Zamawiającego w zakresie korzyści płynących z pracy z analizatorem w tzw. systemie zamkniętym uznając, że zmniejsza to ryzyko zakażenia osób mających styczność z materiałem biologicznym pobieranym do badań. Okoliczności tej Odwołujący zasadniczo nie przeczył, wskazując jedynie, że do zakażenia może dojść również w trakcie jego pobierania.

Skład orzekający nie podzielił natomiast argumentacji Zamawiającego, który kwestionowany wymóg uzasadniał dążeniem do zwiększenia homogeniczności (jednorodności) badanych próbek przez zapewnienie automatycznego mieszania ich zawartości. Podkreślenia wymaga, że Izba, podobnie zresztą jak sam Odwołujący, nie kwestionuje istotności tej kwestii w procesie wykonywania badań na próbkach, tym niemniej doszła do przekonania, że Zamawiający referował do innej niż automatyczny podajnik funkcjonalności urządzenia, tj. wyposażenia go w mieszalnik. W tym zakresie Odwołujący trafnie wskazywał, że na rynku dostępne są urządzenia wyposażone w mieszalnik, ale już niekoniecznie w automatyczny podajnik. Mając jednak na względzie, że skład orzekający uznał trafność innych przywołanych przez Zamawiającego argumentów przemawiających za pozostawieniem spornego wymogu, wyrażona powyżej ocena tej części stanowiska Zamawiającego nie przesądzała o trafności całego zarzutu odwołania.

W konsekwencji powyższego Izba nie uwzględniła omówionego zarzutu odwołania i związanego z nim żądania usunięcia z załącznika nr 3 do formularza oferty wymogu wyposażenia analizatora w automatyczny podajnik. Następstwem uznania przedmiotowego zarzutu za nieuzasadniony była również bezzasadność żądania zmiany postanowień załącznika nr 2 do formularza oferty w zakresie pobieraczy/strzykawek kompatybilnych z analizatorem.

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt 2 sentencji wyroku.

## **2. Dostępność pomiaru w próbkach krwi pełnej, osocza, surowicy, płynów kontrolnych, powietrza**

Spór w powyższym zakresie dotyczył wymogu, aby analizator zapewniał możliwość dokonywania pomiarów w osoczu, surowicy i powietrzu. Po przeanalizowaniu postanowień SIWZ i stanowisk stron Izba uznała, że Zamawiający nie przedstawił argumentów przemawiających za zasadnością pozostawienia tego wymagania.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający – wskazując w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ planowaną liczbę oznaczeń z rozbiem na konkretne badania – co najmniej zasugerował wykonawcom zakres funkcjonalności, jakie powinno posiadać oczekiwane urządzenie, pozostający w sprzeczności z kwestionowanym wymogiem.

Izba dała przy tym wiarę argumentacji Odwołującego odnośnie znaczenia pojęcia „gazometrii”, pod którym rozumieć należy – zgodnie z literaturą fachową przywołaną w odwołaniu i na rozprawie (zob. w szczególności wyciąg z publikacji pn.: „Diagnostyka z elementami biochemii klinicznej”) – badanie wykonywane zasadniczo na podstawie próbki krwi tętniczej. Przedstawiona konkluzja znajduje niejako potwierdzenie również w stanowisku Zamawiającego, który przyznał do protokołu, że pojęcie „gazometrii” zostało użyte niefortunnie. Jeżeli zatem – jak twierdził Zamawiający – przez „gazometrię” należało rozumieć inne jeszcze badania, to jego obowiązkiem było zdefiniowanie tego pojęcia w pożądanym przez Zamawiającego sposób, odbiegający od znaczenia nadanego mu w branży medycznej, czy w języku potocznym.

Dodać w tym miejscu należy, że jakkolwiek oczywiste jest, że zamawiający nie ma obowiązku tłumaczenia w postanowieniach SIWZ zasadności postawienia określonych wymogów, czy wyrażonych w niej zamierzeń, tym niemniej skoro określone treści zostają w SIWZ zamieszczone, to przyjąć należy, że mają one cechę istotności. Ergo, skoro Zamawiający zamieścił w SIWZ informację o planowanych rodzajach i ilości badań wykonywanych na analizatorach, to należało przyjąć, że jest to w istocie wymóg adresowany do samych urzędzeń, tj. żeby zapewniały możliwość wykonywania opisanych przez Zamawiającego badań. W konsekwencji pozostałe wymogi należało uznać za nieuzasadnione i nadmierne, a zatem naruszające uczciwą konkurencję.

Wobec potwierdzenia się omawianego zarzutu odwołania Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Na zakończenie dodać wypada, że na powyższe rozstrzygnięcie (nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w odniesieniu do jednej tylko cechy analizatora) wpływ miała również okoliczność, że Odwołujący nie wykazał, że obie kwestionowane funkcjonalności analizatora dotyczą jednego (tego samego) modelu urządzenia. Odwołujący nie wskazał na konkretny model urządzenia z oferty firmy R. i okoliczności tej nie sposób ustalić również na podstawie złożonych do akt sprawy fragmentarycznych opisów urządzeń oferowanych przez tego producenta.

O kosztach postępowania (pkt 4 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw.

z § 3 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.2010.41.238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....