

Warszawa, dnia 23 marca 2021 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Specjalistyczne Centrum Medyczne im.**
św. Jana Pawła II Spółka Akcyjna
ul. Jana Pawła II 2
57-320 Polanica-Zdrój,
Tel.: +48 74/86 21 100;
faks: +48 74/86 21 102
e-mail: zp@scm.pl
KRS: 0000438391

Odwołujący: **Baxter Polska Sp. z o.o.**
ul. Kruczkowskiego 8
00-380 Warszawa
KRS: 0000191358

reprezentowana przez
radcę prawnego
Łukasza Krawczyka
CZUBLUN TRĘBICKI
Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12
00-410 Warszawa
faks: 48 22 826 08 87
e-mail: l.krawczyk@cztr.pl

ODWOŁANIE

Dotyczy: **postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**
prowadzonego przez Specjalistyczne Centrum Medyczne im.

św. Jana Pawła II S.A., w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Zakup, dostawę wraz z rozładunkiem i montażem sprzętu medycznego dla potrzeb Specjalistycznego Centrum Medycznego im. św. Jana Pawła II S.A.”, Nr sprawy ZP/TP/2021/10-sprzęt, w zakresie pakietu nr 2, zwanego dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 marca 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00019642.

Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem: czynność Zamawiającego z dnia 18 marca 2021 r. polegająca na przygotowaniu i opublikowaniu dokumentów zamówienia w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2b do SWZ, w której warunki zamówienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Termin: 18 marca 2021 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazaną wyżej czynność w Postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz Baxter Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-380), przy ul. Kruczkowskiego 8, dalej: „**Baxter**” lub „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”, zgodnie z art. 513 pkt 1) w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 2019; - dalej: „**ustawa PZP**” lub „**Prawo zamówień publicznych**”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu w Postępowaniu treści warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ wraz z załącznikiem nr 2b stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez Zamawiającego w zakresie pakietu nr 2 Postępowania wymogów dotyczących aparatów do terapii nerkozastępczej – 4szt. w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w zakresie pakietu nr 2 niniejszego Postępowania. Zamawiający bowiem parametry te określił w sposób nadmierny oraz w sposób charakterystyczny dla urządzeń wyłącznie jednego producenta, a w konsekwencji – wykluczył w sposób nieuzasadniony wyroby innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował wymagania dotyczące aparatów do terapii nerkozastępczej – 4szt. w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP w następującym zakresie:

- 1) lp. 7 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego;
- 2) lp. 10 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Ustawienia aparatu poprzez czytelny, obrotowy, kolorowy monitor o średnicy minimum 15 cali;
- 3) lp. 11 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 10 profili własnych oraz 10 automatycznych;
- 4) lp. 14 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Ciągły, objętościowy pomiar ultrafiltracji;
- 5) lp. 15 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Całkowity brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta;
- 6) lp. 18 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji;
- 7) lp. 19 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Archiwizacja minimum 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego;
- 8) lp. 20 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Pełna automatyczna dezynfekcja ssawek koncentratu po każdym wykonanym zabiegu;
- 9) lp. 21 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość przechodzenia z kapsuły na płynny bikarbonat i odwrotnie w czasie zabiegu;
- 10) lp. 22 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi tuż przed dializatorem;
- 11) lp. 28 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Pamięć minimum 5 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu.

– *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy PZP, art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy PZP w zw. z art. 266 ustawy PZP*

2. W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) ustawy PZP, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany postanowień SWZ w sposób określony w Odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
- 2) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Jednocześnie wnoszę o przeprowadzenie dowodu z załączonych do przedmiotowego odwołania dokumentów:

- a) Instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun – załącznik nr 5

- na okoliczność określenia przez Zamawiającego wymagań w załączniku nr 2b do SWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie wymagań charakterystycznych dla urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta BBraun.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 18 marca 2021 r., tj. w dniu opublikowania na stronie internetowej prowadzonego Postępowania dokumentów zamówienia, w tym SWZ wraz z załącznikami. Tym samym pięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanych dokumentów zamówienia, w tym SWZ wraz z załącznikiem nr 2b dla pakietu nr 2, Wykonawca może ponieść szkodę polegającą na braku możliwości złożenia ważnej oferty w Postępowaniu, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Baxter wykazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w Postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 18 marca 2021 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego Postępowania, dokumenty zamówienia, w tym SWZ wraz z załącznikami. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentów zamówienia, w szczególności do załącznika nr 2b w pakiecie nr 2, postanowienia, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego przygotowanie OPZ w Postępowaniu we wskazany sposób jest niczym nieuzasadnione, a postanowienia wskazane przez Odwołującego w dalszej części powinny ulec zmianie zgodnie z treścią żądań Odwołującego.

W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zestawienia parametrów i warunków wymaganych w zakresie wyrobów medycznych będących przedmiotem zamówienia w zakresie pakietu nr 2 Postępowania jest niezgodne z ustawą PZP w zakresie w jakim w art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) określono zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Taki sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu w sposób istotny utrudnia bowiem Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wspomniane postanowienia są nadmierne w stosunku do celu w jakim prowadzone jest Postępowanie oraz w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że Zamawiający ogranicza możliwość złożenia oferty w Postępowaniu do konkretnych wykonawców. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w Postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Powyższy opis przedmiotu zamówienia określony w OPZ stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie niektórych wykonawców, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy PZP w związku z art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy PZP.

Odwołujący podkreśla, że obecne brzmienie OPZ w zakresie części 1 i 2A Postępowania wskazuje na konkretne produkty konkretnego producenta, co z pewnością nie pozwala złożyć oferty większej liczbie oferentów, a co z kolei ma oczywisty wpływ na nieuzyskanie atrakcyjnej ceny oferty w ramach przetargu z uwagi na brak w nim konkurencji.

Poniżej Odwołujący wykaże, że stawiane przez Zamawiającego wymogi nie są w żaden sposób związane z funkcjonalnością zamawianych wyrobów medycznych, nie przysługują się również do sprawniejszego/ lepszego/ bardziej wydajnego przeprowadzenia zabiegu hemodializy.

Dlatego też, zamawiający publiczny dokonując zakupu wyrobów medycznych winien w taki sposób ustalić wymagania oraz kryteria oceny ofert aby uzyskać pożądaną przez siebie funkcjonalność umożliwiającą przeprowadzenie wspomnianych zabiegów. Jednocześnie zaś wymagania te nie mogą zostać ustanowione w sposób nadmierny, tj. poprzez wymagania bądź też punktowanie parametrów, które nie mają faktycznego znaczenia dla przeprowadzanych zabiegów. Część wymagań Zamawiającego jest właściwa i zgodna z celem w jakim ma być wykorzystywany przedmiot zamówienia, natomiast część z wymagań w sposób nieuzasadniony zawęża krąg potencjalnych oferentów w Postępowaniu.

Poniżej Odwołujący przedstawi argumentację odnoszącą się do poszczególnych parametrów, o których usunięcie lub zmianę wnioskuje.

Ad 1)

lp. 7 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego

Zamawiający w lp. 7 tabeli załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego”

Odwołujący wskazuje, że z klinicznego punktu widzenia istotny jest finalny skład chemiczny płynu dializacyjnego. Kwestia wyświetlania proporcji mieszania komponentów stanowi pośrednią informację, która nie jest niezbędna dla personelu medycznego podczas prowadzonych zabiegów. Natomiast rozwiązanie to jest charakterystyczne dla jednego urządzenia, jednego producenta BBraun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi aparatu Dialog+ Dialysis Machine BBraun – załącznik nr 5

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko urządzenie jednego producenta, tj. BBraun.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę załącznika nr 2b do SWZ poprzez wykreślenie lp. 7 tabeli dla pakietu nr 2.

Ad 2)

lp. 10 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Ustawienia aparatu poprzez czytelny, obrotowy, kolorowy monitor o średnicy minimum 15 cali

Zamawiający w lp. 10 tabeli załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Ustawienia aparatu poprzez czytelny, obrotowy, kolorowy monitor o średnicy minimum 15 cali”

Odwołujący wskazuje, że z klinicznego punktu widzenia funkcjonalność w postaci obrotowego monitora stanowi wymóg techniczny nieistotny pod względem medycznym.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko niektórym wykonawcom.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę lp. 10 załącznika nr 2b do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Ustawienia aparatu poprzez czytelny, kolorowy monitor o średnicy minimum 15 cali.”

Ad 3)

lp. 11 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 10 profili własnych oraz 10 automatycznych

Zamawiający w lp. 11 tabeli załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 10 profili własnych oraz 10 automatycznych”

Odwołujący wskazuje, że programowanie ultrafiltracji stanowi niezwykle istotną cechę zabiegu HD i HDF. Obecność możliwych do wyboru profili automatycznych całkowicie wypełnia potrzeby kliniczne zabiegu, przy czym wymaganie 10 profili własnych i automatycznych jest wymaganiem nadmiernym, nieznajdującym potwierdzenia w uzasadnieniu medycznym.

Odwołujący wskazuje ponadto, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko na urządzenie jednego producenta, tj. BBraun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun str. 229 do 233 (11-13 do 11-17) – załącznik nr 5

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę załącznika nr 2b do SWZ poprzez wykreślenie lp. 11 tabeli dla pakietu nr 2.

Ad 4)

lp. 14 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Ciągły, objętościowy pomiar ultrafiltracji

Zamawiający w lp. 14 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Ciągły, objętościowy pomiar ultrafiltracji”

Odwołujący wskazuje, że pomiar ultrafiltracji stanowi niezwykle istotną cechę zabiegu HD i HDF. Nie jest istotne jednak, jaką technologiczną metodą pomiar ten jest dokonywany. Rodzaj pomiaru ultrafiltracji nie ma znaczenia z klinicznego punktu widzenia, istotna dla samego zabiegu jest możliwość przeprowadzenia pomiaru.

Odwołujący wskazuje ponadto, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko niektórym wykonawcom.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę lp. 14 załącznika nr 2b do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Ciągły objętościowy lub elektromagnetyczny pomiar ultrafiltracji”

Ad 5)

lp. 15 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Całkowity brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta

Zamawiający w lp. 15 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Całkowity brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta”

Odwołujący wskazuje, że w warunkach klinicznych czas oczekiwania na pacjenta stanowi zwykle przedział kilku do kilkunastu minut. Zużycie na poziomie 300 ml/min stanowi wartość relatywnie niską dla przeprowadzenia zabiegu.

Odwołujący wskazuje ponadto, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko na urządzenie jednego producenta, tj. BBraun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun str. 91 dział 4.10– załącznik nr 5

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę lp. 15 załącznika nr 2b do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Ograniczone zużycia wody i koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta”

Albo

Zamiana SWZ poprzez usunięcie wymagania określonego w lp. 15 załącznika nr 2b do SWZ.

Ad 6)

lp. 18 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji

Zamawiający w lp. 18 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Możliwość pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji”

Odwołujący wskazuje, że wymaganie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu w jakim ma być wykorzystywane urządzenie. Funkcja taka może stanowić potencjalne ryzyko niebezpiecznej pomyłki. Z klinicznego punktu widzenia wskazane jest zakończenie procesu dezynfekcji zanim możliwe będzie dalsze przygotowanie aparatu do następnego zabiegu.

Z informacji posiadanych przez Baxter wynika, że żaden dostępny aparat na rynku nie posiada możliwości pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji. Ponadto zaznaczyć należy, że użyte pojęcie pełnego przygotowania nie jest jasne i może być różnie interpretowane. Wobec powyższego Odwołujący nie znajduje powodu dla którego powyższe wymaganie powinno być określone w SWZ.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie wymagania określonego w lp. 18 załącznika nr 2b do SWZ.

Ad 7)

lp. 19 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Archiwizacja minimum 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego

Zamawiający w lp. 19 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Archiwizacja minimum 100 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomu programu użytkowego”

Odwołujący wskazuje, że archiwizacja danych na temat dezynfekcji stanowi istotną cechę urządzenia jednak wymaganie w zakresie konieczności archiwizacji minimum 100 wykonanych dezynfekcji jest wymaganiem nadmiernym, nie znajdującym uzasadnienia w celu w jakim prowadzone jest Postępowanie. Zdaniem Odwołującego możliwość archiwizacji już 50 wykonanych dezynfekcji jest wystarczająca dla prawidłowego przeprowadzenia zabiegów.

Odwołujący wskazuje ponadto, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko na urządzenie jednego producenta, tj. BBraun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun – załącznik nr 5

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę lp. 19 załącznika nr 2b do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Archiwizacja minimum 50 wykonanych dezynfekcji aparatu wraz z błędami i odczyt z poziomego programu użytkowego”

Ad 8)

lp. 20 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Pełna automatyczna dezynfekcja ssawek koncentratu po każdym wykonanym zabiegu

Zamawiający w lp. 20 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Pełna automatyczna dezynfekcja ssawek koncentratu po każdym wykonanym zabiegu”

Odwołujący wskazuje, że co prawda dezynfekcja złączy koncentratu stanowi istotną cechę urządzenia to jednak przy rozwiązaniu zakładającym używanie jednorazowych pojemników nie ma konieczności dezynfekcji ssawek koncentratu.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz nie ma uzasadnienia dla celu w jakim prowadzone jest Postępowanie.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie wymagania określonego w lp. 20 załącznika nr 2b do SWZ.

Ad 9)

lp. 21 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Możliwość przechodzenia z kapsuły na płynny bikarbonat i odwrotnie w czasie zabiegu

Zamawiający w lp. 21 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Możliwość przechodzenia z kapsuły na płynny bikarbonat i odwrotnie w czasie zabiegu”

Odwołujący podnosi, że wymaganie określone przez Zamawiającego jest jedynie wymogiem technologicznym, nie mającym żadnego znaczenia dla przebiegu zabiegu, zatem również dla

celu w jakim prowadzone jest Postępowanie. Wymóg ten nie ma również znaczenia dla jakości czy bezpieczeństwa prowadzonych zabiegów, więc nie jest uzasadniony względami medycznymi. Ponadto zaznaczyć należy, że korzystanie z otwartego baniaka z koncentratem zasadowym może prowadzić do dodatkowego zagrożenia jakie może stanowić kontaminacja koncentratu, a co za tym idzie ryzyko przedostania się nieczystego roztworu do płynu dializacyjnego jednocześnie stanowiąc ryzyko dla pacjenta. Takie ryzyko nie występuje w przypadku kapsuł z suchym ładunkiem wodorowęglanowym co jest bezpieczniejsze dla pacjenta ponieważ koncentrat jest wytwarzany dopiero po podłączeniu kapsuły i wymieszaniu proszku z wodą uzdatnioną. Uznać zatem należy, że istnieją na rynku rozwiązania, które spełniają swoje funkcje i umożliwiają prowadzenie bezpiecznej terapii nerkozastępczej.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz nie ma uzasadnienia dla celu w jakim prowadzone jest Postępowanie. Nadto Odwołujący wskazuje, że jest to rozwiązanie charakterystyczne dla urządzenia producenta BBraun.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie wymagania określonego w lp. 21 załącznika nr 2b do SWZ.

Ad 10)

lp. 22 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi tuż przed dializatorem

Zamawiający w lp. 22 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi tuż przed dializatorem”

Odwołujący wskazuje, że co prawda wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze stanowi istotną cechę urządzenia dotyczącą bezpieczeństwa pacjenta to jednak wymaganie aby monitorowanie to odbywało się tuż przed dializatorem nie znajduje żadnego uzasadnienia z klinicznego punktu widzenia, bowiem bezpieczeństwo pacjenta jest zapewnione już przez samą możliwość wykrywania skrzepów w dializatorze.

Odwołujący wskazuje, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz nie ma uzasadnienia dla celu w jakim prowadzone jest Postępowanie. Nadto Odwołujący wskazuje, że jest to rozwiązanie charakterystyczne dla urządzenia producenta BBraun.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę lp. 22 załącznika nr 2b do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi.”

Ad 11)

lp. 28 tabeli załącznika nr 2b do SWZ - Pamięć minimum 5 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu

Zamawiający w lp. 28 załącznika nr 2b do SWZ wymaga:

„Pamięć minimum 5 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu.”

Odwołujący wskazuje, że parametry każdego zabiegu są na bieżąco zapisywane w dokumentacji przez personel medyczny prowadzący zabieg, co wynika z przepisów prawa medycznego dotyczącego dokumentacji medycznej procedur leczniczych. Tak więc zapis poprzednich 5 zabiegów nie jest konieczny, gdyż parametry zabiegu na bieżąco wyświetlane są na monitorze w czasie jego trwania i mogą być przywołane przez personel w dowolnym momencie nawet do momentu zakończenia dezynfekcji po zabiegu w celu ich zapisania w dokumentacji.

Odwołujący wskazuje zatem, że wymaganie to jest nadmierne w stosunku do celu jaki ma spełniać przedmiot zamówienia i jego wprowadzenie do OPZ w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz nie ma uzasadnienia dla celu w jakim prowadzone jest Postępowanie. Nadto Odwołujący wskazuje, że jest to rozwiązanie charakterystyczne dla urządzenia producenta BBraun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun – str. 105 dział 5.3.5 - załącznik nr 5

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie wymagania określonego w lp. 28 załącznika nr 2b do SWZ.

UZASADNIENIE PRAWNE

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazany przepis stanowi o bezwzględnym zakazie przygotowania postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane wykonawcom muszą mieć walor istotnych, znaczących dla całego zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo więcej – zmierzającego do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego podmiotu.

Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do dokumentów zamówienia postanowienia w treści załącznika nr 2b do SWZ dla pakietu nr 2, które jawnie naruszają podstawowe zasady prowadzenia postępowania, takie jak zasada uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 16 i 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy PZP.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując takiego ustalenia brzmienia wymogów w postępowaniu, tj. w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego do dokumentów zamówienia postanowienia są niczym nieuzasadnione i winny ulec zmianie zgodnie z treścią żądania Odwołującego. W ocenie Odwołującego utrudniają bowiem one Odwołującemu dostęp do rynku zamówień publicznych. Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest kształtować postanowienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony prawnej i nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania dokumentacji zamówienia dostosowanej do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie oznacza dokonania opisu wymagań co

do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, nadmiernych, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie posiada interesu w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, gdyż właśnie poprzez dokonanie takiego opisu jego potrzeby mogą nie zostać zabezpieczone ze względu na mniejszą liczbę wykonawców składających ofertę w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że w tym zakresie pomimo wejścia w życie od 1 stycznia 2021 r. ustawy PZP, swoją aktualność zachowuje dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wobec jedynie redakcyjnych zmian omawianych przepisów. Odwołujący podziela zatem pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 28/11, zgodnie z którym:

„Nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

W tym zakresie Odwołujący podziela poglądy wyrażane dotąd przez KIO w poniżej przytoczonych orzeczeniach:

1. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08:

„fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać”

2. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:

„Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie

działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.”

3. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17:

„Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień dokumentów zamówienia w każdy sposób, który zaspokoi potrzeby Zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby Zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców (vide: wyrok KIO z dnia 22 listopada 2017 r., KIO 2211/17).

Brak zmian w treści dokumentów zamówienia, w tym SWZ oraz załącznika nr 2b do SWZ dla pakietu nr 2, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP poprzez jej niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący mu dostęp do niniejszego zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 514 ust. 2 ustawy PZP odwołanie w formie elektronicznej zostało w terminie na wniesienie odwołania przekazane Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 7 500,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:

radca prawny Łukasz Krawczyk

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie dokonania opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) potwierdzenie zapłaty wpisu w wysokości 7.500 zł,
- 5) instrukcja obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine BBraun,
- 6) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.