

Warszawa, dnia 11 sierpnia 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
tel.: +48 22 826 08 58
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/2021/31-sprzęt II, zwanego dalej: „Postępowaniem”.
Ogłoszenie o zamówieniu:	ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00138954/01.
Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem:	czynność Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 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 2 do SWZ, w której warunki zamówienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Termin:	6 sierpnia 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 2021, poz. 1129; - 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 2 stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez:

1. sformułowanie przez Zamawiającego wymogów dotyczących aparatów do terapii nerkozastępczej – 4 szt. w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz

zasady równego traktowania wykonawców. 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 – 4 szt. w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP w następującym zakresie:

- 1) lp. 5 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość realizacji dializy jednoigłowej metodą click-clack;
- 2) lp. 11 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 6 profili własnych oraz 6 automatycznych;
- 3) lp. 20 załącznika nr 2 do SWZ - Pełna automatyczna dezynfekcja ssawek koncentratu po każdym wykonanym 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. ustaleniu kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący, naruszający zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu oraz nieuzasadniony celem w jakim prowadzone jest Postępowanie, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzeń, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent, które nie mają wpływu na jakość oferowanego rozwiązania.

Zamawiający sformułował zatem kryteria oceny ofert zamieszczone w „Formularzu asortymentowo-cenowym” będącym Załącznikiem nr 2 do SWZ, w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. przewidział dodatkowe punktowanie parametrów technicznych urządzenia w następującym zakresie:

- 1) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 7 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego,
- 2) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 15 załącznika nr 2 do SWZ - Całkowity brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta,
- 3) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 18 załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji
- 4) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 21 załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość przechodzenia z kapsuły na płynny bikarbonat i odwrotnie w czasie zabiegu

- 5) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 22 załącznika nr 2 do SWZ - Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi tuż przed dializatorem
- 6) dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 28 załącznika nr 2 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. 242 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 266 ustawy PZP*

3. Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności podnosi zarzut ukształtowania treści SWZ oraz załącznika nr 2 do SWZ w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny mogący prowadzić do braku możliwości oceny ofert w Postępowaniu w sposób prawidłowy, w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 17.6 SWZ oraz treści załącznika nr 2 do SWZ;

- *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*

4. 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) dokonanie zmiany ustanowionych w Postępowaniu w sposób dyskryminujący kryteriów oceny ofert w sposób określony w treści odwołania;
- 3) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;
- 4) 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) fragmenty instrukcji obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun
– załącznik nr 5

- *na okoliczność określenia przez Zamawiającego wymagań w załączniku nr 2 do SWZ w*

sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie wymagań charakterystycznych dla urządzenia Dialog+ Dialysis Machine producenta B.Braun.

b) specyfikacja techniczna aparatu do hemodializy - Fresenius 5008 S CorDiax

- na okoliczność określenia przez Zamawiającego wymagań w załączniku nr 2 do SWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie wymagań charakterystycznych dla Fresenius 5008 S CorDiax producenta Fresenius.

c) pismo Zamawiającego (w postępowaniu ZP/TP/2021/10-sprzęt) dotyczące unieważnienia postępowania

- na okoliczność określenia przez Zamawiającego wymagań w załączniku nr 2 do SWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców poprzez jedynie pozorną zmianę postanowień określonych SWZ.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 6 sierpnia 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 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

Ad. 1 Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 6 sierpnia 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 2, 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 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 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 zawęży krąg potencjalnych oferentów w Postępowaniu.

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

Ad 1 pkt. 1)

lp. 5 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość realizacji dializy jednoigłowej metodą click-clack

Zamawiający w lp. 5 tabeli załącznika nr 2 do SWZ wymaga:

„Możliwość realizacji dializy jednoigłowej metodą click-clack”

Odwołujący wskazuje, iż takie określenie warunku brzegowego dla urządzenia jest całkowicie bezzasadne oraz nastawione na faktyczną eliminację konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, stosując w tym zakresie tzw. dyskryminujący zbieg wymagań tj. kształtując wymagania techniczne w taki sposób, iż jego poszczególne elementy teoretycznie wskazują na możliwość zaoferowania urządzeń różnych producentów, podczas gdy łączne spełnienie wymagań możliwe jest jedynie przez urządzenie jednego, ściśle określonego producenta.

W przedmiotowym przypadku określona metoda dializowania jest możliwa do spełnienia przez urządzenia Fresenius i B.Braun, jednakże pozostałe wymagania wskazują na możliwość zaoferowania urządzeń jedynie producenta B.Braun.

Takie sformułowanie parametrów technicznych przez Zamawiającego, należy zatem uznać stworzone dla pozoru mającego, w odczuciu Zamawiającego, obalenie ewentualnych zarzutów celowego ograniczenia konkurencji, gdyż jak wynika z załączonych dowodów, pomimo zawarcia w OPZ przedmiotowej funkcjonalności użytkowanej przez producenta Fresenius, spełnienie pozostałych wymagań Zamawiającego jest możliwe jedynie przez B.Braun.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, żądana metoda jest mało efektywna, zaś wymaganie w sposób bezwzględny dla spełnienia wymogów SWZ jest całkowicie nieuzasadnione gdyż Zamawiający w punkcie lp. 4 Załącznika nr 2 do SWZ, wymaga tej samej metody zabiegu, jednakże ze stałym przepływem krwi przez dializator za pomocą dwóch pomp.

Wobec tego, Zamawiający *de facto* dubluje swoje wymaganie funkcjonalne, jednakże w sposób mający na celu eliminację zaoferowania innych urządzeń. Należy również nadmienić, iż metoda ze stałym przepływem krwi przez dializator w stosunku do metody „click-clack” jest bardziej efektywna i daje lepsze rezultaty dializacyjne wymagana metoda w tym punkcie.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi aparatu Dialog+ Dialysis Machine B.Braun – załącznik nr 5
- 2) Specyfikacja techniczna aparatu do hemodializy. Fresenius 5008 S CorDiax – załącznik nr 6

Wniosek Odwołującego:

Zamiana SWZ poprzez zmianę załącznika nr 2 do SWZ poprzez wykreślenie lp. 5 tabeli.

Ad 1. pkt. 2)

lp. 11 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 6 profili własnych oraz 6 automatycznych

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

„Możliwość zaprogramowania ultrafiltracji: min. 6 profili własnych oraz 6 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 6 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. B.Braun.

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 2 do SWZ poprzez wykreślenie lp. 11.

Ad. 1 pkt. 3)

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

Zamawiający w lp. 20 załącznika nr 2 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 2 do SWZ.

Ad. 1 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 2 do SWZ, 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 2 do SWZ, 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.

Dodatkowo, Odwołujący pragnie wskazać, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy zakupu przedmiotu zamówienia, które było już przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w I i II kwartale 2021 roku pod numerem ZP/TP/2021/10-sprzęt.

W ramach uprzedniego postępowania, Zamawiający sformułował analogiczne wymagania względem przedmiotu zamówienia, co spotkało się z tożsamą reakcją Odwołującego w postaci złożenia odwołania wobec treści SWZ, które jednak nie zostało merytorycznie rozpoznane z uwagi na unieważnienie postępowania przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu czynności unieważnienia uprzedniego postępowania Zamawiający podnosił m. in. zasadność podniesionych przez Odwołującego zarzutów, a także deklarował ponowne ogłoszenia postępowania wraz ze zmodyfikowanym opisem technicznym urządzeń, który dawałby rękojmię zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec treści aktualnie prowadzonego postępowania należy uznać, iż czynność unieważnienia postępowania ZP/TP/2021/10-sprzęt, dokonana przez Zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2021 roku została dokonana dla pozorów, a jej celem było niedopuszczenie do merytorycznego rozpoznania zarzutów względem przedmiotu zamówienia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Powyższe, w sposób pośredni, jednak niezaprzeczalny potwierdza zaprezentowane w odwołaniu tezy dotyczące działania Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami wyrażonymi w treści ustawy PZP.

Dowód:

- 1) pismo Zamawiającego (w postępowaniu ZP/TP/2021/10-sprzęt) dotyczące unieważnienia postępowania – załącznik nr 7

Ad. 2 ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzenia, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent.

W ocenie Odwołującego, podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie tylko opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na jednego producenta, ale również przyznaje dodatkowe punkty za rozwiązania stosowane na rynku wyłącznie przez tego producenta.

Zamawiający w rozdziale 17 pkt 17.3 SWZ określił kryteria oceny ofert w Postępowaniu. Wskazując, że za dodatkowe parametry techniczne przyzna wykonawcom punkty. Szczegółowa liczba punktów za poszczególne dodatkowe parametry techniczne została określona w „formularzu cenowo asortymentowym” stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Wskazać należy, że parametry techniczne, za które Zamawiający zamierza przyznać punktu w Postępowaniu w żaden sposób nie wpływają na funkcjonalność urządzeń jaka ma być uzyskana przy wykorzystaniu zamawianych urządzeń. Jedynym skutkiem jaki zostanie osiągnięty w wyniku przyznania punktów za te parametry jest preferowanie rozwiązań oferowanych przez jednego producenta, a zatem dyskryminowanie innych wykonawców w Postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów, o których usunięcie lub zmianę wnioskuje Odwołujący, wskazuje jak poniżej:

Ad. 2 pkt. 1)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 7 tabeli załącznika nr 2 do SWZ - Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego

Zamawiający w lp. 7 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny:

„Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego”

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia.

Jednocześnie tak sformułowane kryterium prowadzi do faktycznego i nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców oferujących urządzenia producenta B.Braun, zaś jego celem jest faktyczne obejście przepisów ustawy PZP, mającym na celu wyeliminowanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów.

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 B.Braun.

Dowód:

- 1) Instrukcja obsługi aparatu Dialog+ Dialysis Machine B.Braun – 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 dodatkowo punktowanej oferty w Postępowaniu tylko poprzez urządzenie jednego producenta, tj. B.Braun.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie z treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowane parametru technicznego określonego w lp. 7.:

~~*„Wyświetlanie proporcji mieszania bikarbonatu i koncentratu kwaśnego”*~~

Ad. 2 pkt. 2)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 15 załącznika nr 2 do SWZ - Całkowity brak zużycia wody oraz koncentratu w trybie oczekiwania na pacjenta

Zamawiający w lp. 15 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny:

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

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia.

Jednocześnie tak sformułowane kryterium prowadzi do faktycznego i nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców oferujących urządzenia producenta B.Braun, zaś jego celem jest faktyczne obejście przepisów ustawy PZP, mającym na celu wyeliminowanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów.

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 dodatkowo punktowanej oferty w Postępowaniu tylko na urządzenie jednego producenta, tj. B.Braun.

Dowód:

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

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie z treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowanego parametru technicznego określonego w lp. 15:

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

Albo

Zamiana SWZ poprzez modyfikację lp. 15 i nadanie mu następującej treści:

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

Ad. 2 pkt. 3)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 18 załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość pełnego przygotowania aparatu do zabiegu w trakcie trwania dezynfekcji

Zamawiający w lp. 18 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny:

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

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia.

Jednocześnie tak sformułowane kryterium prowadzi do faktycznego i nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców oferujących urządzenia producenta B.Braun, zaś jego celem jest faktyczne obejście przepisów ustawy PZP, mającym na celu wyeliminowanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów.

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 jako dodatkowy parametr podlegający ocenie.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie z treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowane parametru technicznego określonego w lp. 18:

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

Ad. 2 pkt. 4)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 21 załącznika nr 2 do SWZ - Możliwość przechodzenia z kapsuły na płynny bikarbonat i odwrotnie w czasie zabiegu

Zamawiający w lp. 21 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny:

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

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia.

Jednocześnie tak sformułowane kryterium prowadzi do faktycznego i nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców oferujących urządzenia producenta B.Braun, zaś jego celem jest faktyczne obejście przepisów ustawy PZP, mającym na celu wyeliminowanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów.

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, wraz z przyznaniem dodatkowej

punktacji w kryterium „parametry techniczne” 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 B.Braun, zatem możliwość uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium posiadają jedynie wykonawcy chcący zaoferować urządzenia tego producenta.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez usunięcie z treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowane parametru technicznego określonego w lp. 21:

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

Ad. 2 pkt. 5)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 22 załącznika nr 2 do SWZ - Wczesne wykrywanie skrzepów w dializatorze poprzez monitorowanie ciśnienia krwi tuż przed dializatorem

Zamawiający w lp. 22 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny:

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

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

Odwołujący wskazuje, że powyższe kryterium nie jest de facto kryterium jakościowym, nie prowadzi do ulepszenia oferowanego przez wykonawców urządzenia.

Jednocześnie tak sformułowane kryterium prowadzi do faktycznego i nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców oferujących urządzenia producenta B.Braun, zaś jego celem jest faktyczne obejście przepisów ustawy PZP, mającym na celu wyeliminowanie możliwości zaoferowania urządzeń innych producentów.

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 B.Braun.

Wniosek Wykonawcy:

Zamiana SWZ poprzez zmianę treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowane parametru technicznego określonego w lp. 22 i nadanie mu następującej treści:

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

Ad. 2 pkt.6)

dodatkowo punktowany parametr techniczny urządzenia wskazany w lp. 28 załącznika nr 2 do SWZ - Pamięć minimum 5 ostatnich zabiegów z możliwością analizy wszystkich parametrów zabiegu

Zamawiający w lp. 28 tabeli załącznika nr 2 do SWZ w wierszu „parametry graniczne” wskazał, iż w przypadku zaoferowania urządzenia spełniającego poniższy parametr techniczny

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

Przyzna Wykonawcy 5 pkt. w kryterium „Parametry techniczne”, zaś w przypadku zadeklarowania, że urządzenie nie posiada tej funkcjonalności przyzna 0 pkt.

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 B.Braun.

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 z treści załącznika nr 2 do SWZ dodatkowo punktowane parametru technicznego określonego w lp. 28:

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

Ad 2 – UZASADNIENIE PRAWNE

Mając na względzie powyższą argumentację merytoryczną, Odwołujący wskazuje na zastosowanie przez Zamawiającego dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert – ze względu na fakt, iż jeden z potencjalnych oferentów posiada w swoim asortymencie urządzenie, któremu Zamawiający przyznałby punkty w ramach ustalonych przez siebie kryteriów oceny ofert.

Odwołujący w pełni popiera w niniejszym aspekcie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 października 2016 r., KIO 1738/16 jednoznacznie wskazała na dowolność Zamawiającego w ustalaniu kryteriów oceny ofert, jednakże dowolność ta nie może prowadzić do dyskryminacji wykonawców:

*„Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. **Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy**”.*

W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r., KIO/KD 16/20:

*„Chociaż przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, **nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji**, tj. ograniczenia, które*

nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.”

Jak wynika z powyższej analizy, Zamawiający nie tylko opisał przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji w Postępowaniu, ale również w sposób dyskryminujący ukształtował kryteria oceny ofert w Postępowaniu, premiując jednego wykonawcę.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, praktyki takie poczytuje się za niedopuszczalne, a określenie kryteriów oceny ofert w sposób promujący jedno konkretne rozwiązanie zawsze musi być uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego, niezależnie od tego, że z samej natury kryteriów oceny ofert wynika zwiększanie szans jednych wykonawców kosztem innych. W takim tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r., KIO 2615/19:

*„Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, **nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w przeciwnym razie jedynym skutkiem ich zastosowania będzie uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych, ograniczenie możliwości ich konkurowania oraz przekroczenie zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo. Należy więc stwierdzić, że zamawiający ma prawo swobodnie jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że **jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**”***

W ocenie Odwołującego, w niniejszym przypadku nie można mówić o uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a tym bardziej o uzyskaniu w wyniku tak określonych kryteriów oceny ofert lepszej jakości zamówienia, gdyż Zamawiający premiuje wyłącznie rozwiązania dostępne u jednego producenta, tj. B.Braun i takie sporządzenie kryteriów oceny ofert ma na celu wyłącznie udzielenie zamówienia temu wykonawcy (nawet w sytuacji gdyby Zamawiający był zmuszony do zmiany obecnych zapisów SWZ w sposób umożliwiający złożenie ofert większej liczbie Wykonawców).

Ad 3.

Odwołujący wskazuje, że zarzut dotyczący niejednoznaczności i nieprecyzyjnego określenia postanowień warunków zamówienia określonych w SWZ i załączniku nr 2 do SWZ, dotyczy

sformułowania przez Zamawiającego postanowień SWZ w zakresie kryterium oceny ofert określonego w pkt 17.6 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał:

„Parametry techniczne (oferta może uzyskać maksymalnie 20% punktów całkowitej oceny): 0-20 pkt – najwyżej punktowana oferta uzyskuje najwyższą ocenę obliczaną wg wzoru:”

Jednocześnie w treści postanowienia nie ma żadnych odniesień do załącznika nr 2 do SWZ, gdzie zostały określone parametry techniczne. Nadto Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ wskazał wymagane parametry w tabeli *„Walory techniczno-eksploatacyjne wymagane przez użytkownika:”* w lp. od 1 do 41. W kolumnie *„Parametry graniczne”* wskazał możliwe scenariusze:

„Tak”

Albo

„Tak - 5pkt.

Nie – 0pkt.”

Jednocześnie po tabelę Zamawiający zamieścił postanowienie:

„Nie spełnienie któregokolwiek z parametrów granicznych spowoduje odrzucenie oferty.”

Zatem sformułowanie postanowień SWZ oraz załącznika nr 2 do SWZ, we wskazany sposób może prowadzić do niejasności i wątpliwości, czy wymagane parametry, przy określeniu w kolumnie parametry graniczne *„Tak - 5pkt. Nie – 0pkt.”* To parametry techniczne z kryterium oceny ofert, czy też również parametr techniczny, którego niespełnienie może skutkować odrzuceniem oferty.

Mając na względzie powyższe Wykonawca w zakresie zarzutu wnosi o:

- 1) Doprecyzowanie postanowień SWZ oraz załącznika nr 2 do SWZ w zakresie kryterium oceny ofert określonego w pkt 17.6 SWZ;**

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) fragmenty instrukcji obsługi urządzenia Dialog+ Dialysis Machine B.Braun,
- 6) specyfikacja techniczna aparatu do hemodializy - Fresenius 5008 S CorDiax,
- 7) pismo Zamawiającego (w postępowaniu ZP/TP/2021/10-sprzęt) dotyczące unieważnienia postępowania,
- 8) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.