

Warszawa, dnia 12 października 2020 r.

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sokółce**
ul. Gen. Władysława Sikorskiego 40
16-100 Sokółka
Telefon: +48 (085) 722 04 64
Faks: +48 (085) 722 04 64
e-mail: przetargi@szpitalsokolka.pl

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

reprezentowana przez:

r. pr. 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 Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sokółce, w trybie przetargu nieograniczonego na: dostawę sprzętu i aparatury medycznej wg dodatku nr 2 i 5 do SIWZ CPV – 33100000-1 Urządzenia medyczne w ramach programu inwestycyjnego „Zakup sprzętu i aparatury medycznej do Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sokółce” na podstawie Rozporządzenia Rady**

Ministrów z dnia 27 lutego 2017 r. w sprawie dysponowania rezerwą ogólną budżetu państwa (Dz.U.2017r. poz.500), znak sprawy: SPZOZ APMED 3 / 2020, w zakresie grupy 2, zwanego dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu: ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 194-468646 z dnia 6 października 2020 r.

Czynność Zamawiającego objęta Odwołaniem: czynność Zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. polegająca na opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu oraz przygotowaniu i opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami której postanowienia zostały ukształtowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz opublikowaniu SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Termin: 6 października 2020 r. stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania na wskazane 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. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „ustawa PZP” lub „Prawo zamówień publicznych”), niniejszym:

I. Wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będącym dodatkiem nr 2 i 5 do SIWZ (dalej: „OPZ”) w zakresie grupy 2 wymogów dotyczących aparatu do hemodializy, każdy z wyposażeniem gotowego do użycia fabrycznie nowego rok produkcji 2019 lub 2020, w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję, bowiem wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktyczne dopuszczając do realizacji zamówienia jedynie jednego wykonawcę.

Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące aparatu do hemodializy w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. w szczególności zestawienie wymaganych parametrów technicznych i wyposażenia w dodatku nr 5 dla grupy 2, w zakresie:

- 1) Grupa 2 poz. 1 lp. 5 tabeli - kontrolowanej w sposób ciągły ultrafiltracja – objętościowy pomiar ultrafiltracji,
- 2) Grupa 2 poz. 1 lp. 6 tabeli - możliwość wykonania hemodializy octanowej i wodorowęglanowej na ogólnie dostępnych koncentratach,
- 3) Grupa 2 poz. 1 lp. 7 - przepływu dializatu od 0-300-500-800ml/min,
- 4) Grupa 2 poz. 1 lp. 9 - płynnej regulacja przepływu pompy krwi w zakresie od 15-600 ml/min,
- 5) Grupa 2 poz. 1 lp. 15 - programów dezynfekcji chemicznej z procedurą podgrzewania środka dezynfekcyjnego,
- 6) Grupa 2 poz. 1 lp. 16 - programu dezynfekcji termicznej w temp 84st.C,
- 7) Grupa 2 poz. 1 lp. 18 - centralnego systemu blokowania kół,
- 8) Grupa 2 poz. 1 lp. 24 - filtra wody uzdatnionej.

- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.*

II. Z ostrożności wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zamieszczeniu wbrew przepisom ustawy PZP, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 1 października 2020 r. przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co z kolei oznacza, że Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w Postępowaniu i prowadzi do konieczności unieważnienia Postępowania;

- *co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 37 ust. 2 oraz art. 42 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. art.93 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP;*

III. W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy PZP, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
- 2) dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść

tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;

3) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty;

IV. Z ostrożności, w związku z podniesionym w pkt II zarzutem wnoszę o uwzględnienie odwołania w zakresie tego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania;

V. Nadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 6 października 2020 r., tj. w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 14 ust. 1 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 skonstruowanego SIWZ oraz OPZ będącego dodatkiem do SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia w grupie nr 2 Wykonawca, może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości złożenia 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 niezyskaniu zamówienia.

UZASADNIENIE

I. Argumentacja dotycząca Opisu Przedmiotu Zamówienia

W dniu 1 października 2020 r. Zamawiający opublikował SIWZ wraz z dodatkami w tym OPZ, natomiast ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2020 r. Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania wprowadził do OPZ 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 i 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 grupie nr 2 dodatku nr 5 do SIWZ, utrudniają 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 w nieuprawniony sposób ograniczyły uczciwą konkurencję oraz potwierdziły, że Zamawiający oczekuje złożenia oferty na konkretne urządzenie, producenta urządzenia – Fresenius Medical Care Polska S.A. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony wskazał wymogi, które ograniczają konkurencję do jednego producenta.

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 w grupie nr 2 OPZ stanowi ewidentnie bezzasadne i sprzeczne z ustawą prawo zamówień publicznych uprzywilejowanie jednego wykonawcy, a tym samym nieuzasadnione wyeliminowanie innych wykonawców (producentów). Takie działanie nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - tj. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.

Odwołujący podkreśla, że obecne brzmienie OPZ w grupie nr 2 dodatku nr 5 do SIWZ Postępowania wskazuje na konkretny produkt 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.

Wskazać należy, że hemodializa jest zabiegiem leczenia nerkozastępczego przeprowadzanym u pacjentów z przewlekłą chorobą nerek w stadium V, ostrym uszkodzeniem nerek, bądź nałożeniem obu powyższych stanów klinicznych, a także w sytuacjach, gdy konieczne jest usunięcie toksycznych produktów przemiany materii, substancji powstałych przy wystąpieniu stanu zapalnego towarzyszącego innym schorzeniom, w tym w sepsie, a także gdy zaistnieje potrzeba usunięcia z organizmu zewnątrzpochodnych substancji – toksyn bądź leków, których nerki pacjenta nie są w stanie usunąć.

Aparat do hemodializy, przy tak szerokiej gamie wskazań, powinien spełniać pewne niezbędne wymagania. Część wymagań Zamawiającego jest właściwa i zgodna z celem w jakim ma być wykorzystywany przedmiot zamówienia, natomiast część z wymagań w sposób nieuzasadniony zawęża i nie dopuszcza alternatywnych funkcji w równie wysokim stopniu spełniających kliniczne bądź techniczne wymogi zabiegu. Takie przedstawienie wymogów w sposób nieuprawniony sprowadza możliwość spełnienia wymagań do zakupu aparatów od jedynie jednego producenta, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A.

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

1. Grupa 2 poz. 1 lp. 5 tabeli - kontrolowana w sposób ciągły ultrafiltracja – objętościowy pomiar ultrafiltracji

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 5 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Kontrolowana w sposób ciągły ultrafiltracja - objętościowy pomiar ultrafiltracji.”

Pomiar ultrafiltracji jest istotnym wymogiem zabiegu hemodializy jednak wymaganie objętościowego pomiaru ultrafiltracji wraz z kontrolowaną w sposób ciągły ultrafiltracją nie jest jedynym dostępnym na rynku rozwiązaniem. Istnieją jednak różne metody jej pomiaru, a alternatywnym i spełniającym wymogi kliniczne jest metoda ciągłego elektromagnetycznego pomiaru ultrafiltracji z kontrolowaną w sposób ciągły ultrafiltracją, która jakościowo nie różni się od wymagania Zamawiającego.

Powyższe wymaganie nie ma żadnego uzasadnienia w zakresie celu w jakim ma być wykorzystywane urządzenie. Wymagany parametr jest rozwiązaniem charakterystycznym dla Fresenius Medical Care Polska S.A., zatem 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 jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 5 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Kontrolowana w sposób ciągły ultrafiltracja – objętościowy lub elektromagnetyczny pomiar ultrafiltracji.”

2. Grupa 2 poz. 1 lp. 6 tabeli – możliwość wykonania hemodializy octanowej i wodorowęglanowej na ogólnie dostępnych koncentratkach

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 6 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„możliwość wykonania hemodializy octanowej i wodorowęglanowej na ogólnie dostępnych koncentratkach”

Odwołujący podkreśla, że jedną z funkcji hemodializy jest korekcja gospodarki kwasowo-zasadowej, a najczęściej skorygowanie kwasicy metabolicznej. Wymaga to zastosowania buforu, który zneutralizuje jony wodorowe i sprowadzi odczyn krwi do zakresu

fizjologicznego, czyli pH 7,35 – 7,45. Historycznie do tego celu w hemodializie stosowane były bufony octanowe. Ze względu na toksyczność octanów i wiele ich działań niepożądanych od kilkunastu lat, także w Polsce, standardem jest bufor wodorowęglanowy. Tak więc dopuszczanie dializy z wykorzystaniem buforu octanowego stanowi złamanie międzynarodowych zaleceń dotyczących prowadzenia takiego leczenia.

Wymaganie wskazane przez Zamawiającego używane jest przez jednego producenta i jak wskazał wyżej Odwołujący nie znajduje uzasadnienia w celu dla którego wymaganie zostało określone przez Zamawiającego.

Wniosek Wykonawcy:

Usunięcie wymagania określonego w lp. 6 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy.

3. Grupa 2 poz. 1 lp. 7 tabeli - przepływ dializatu od 0-300-500-800ml/min

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 7 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Przepływ dializatu od 0-300 –500- 800 ml/ min.”

Odwołujący wskazuje, że zwykle wymagane przepływy dializatu są nie wyższe, niż 600 ml/min. Hemodializa jest zabiegiem, w którym z założenia stosowany jest dializat, do którego z krwi pacjenta transportowane są usuwane toksyny. Tak więc jego przepływ w zakresie 0-300 ml/min uniemożliwia prawidłowe i skuteczne prowadzenie zabiegu, zatem wymaganie określone przez Zamawiającego jest niczym nieuzasadnione.

Wskazać również trzeba, że równoważnym wymogiem do wskazanego przez Zamawiającego są parametry przepływu w przedziale 300–800 ml/min, które są zgodne z celem w jakim omawiany parametr został wskazany przez Zamawiającego.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 7 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Przepływ dializatu od 0-300 –500- 800 ml/ min. lub od 300 - 800 ml/ min.”

4. Grupa 2 poz. 1 lp. 9 - płynnej regulacja przepływu pompy krwi w zakresie od 15-600 ml/min

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 9 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Płynna regulacja przepływu pompy krwi w zakresie od 15 – 600 ml / min.”

Odwołujący wskazuje, że wielkość przepływu krwi przez dializator jest istotnym czynnikiem wpływającym na skuteczność zabiegu. Jest on jednak ograniczony poborem krwi z cewnika bądź przetoki tętniczo-żylniej. Ponadto, im wyższy przepływ przez dializator, tym wyższa musi być minutowa objętość wyrzutowa serca, by zapewnić odpowiedni przepływ krwi przez inne narządy organizmu pacjenta. Tak więc im większy przepływ przez dializator, tym wyższe ryzyko wystąpienia lub nasilenia niewydolności serca, na którą i tak już cierpi istotny odsetek pacjentów dializowanych.

Wykonawca wskazuje, że nie stosuje się w praktyce przepływów wyższych niż 500 ml/min. Wobec powyższego przedział 20-600 ml/min jest klinicznie wystarczający, gdyż przy dolnej granicy przedziału wartości 15 i 20 ml/min nie stanowią żadnej różnicy od strony prowadzenia zabiegu.

Określenie wymagania w opisany przez Zamawiającego sposób nie jest uzasadnione celem w jakim ma być wykorzystywane urządzenie i prowadzi w sposób nieuprawniony do ograniczenia konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 9 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Płynna regulacja przepływu pompy krwi w zakresie od 15 – 600 ml / min. lub od 20 – 600 ml / min.”

5. Grupa 2 poz. 1 lp. 15 - programy dezynfekcji chemicznej z procedurą podgrzewania środka dezynfekcyjnego

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 15 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Programy dezynfekcji chemicznej z procedurą podgrzewania środka dezynfekcyjnego.”

Odwołujący wskazuje, że dezynfekcja aparatu do hemodializy jest niezbędnym procesem zapobiegającym rozprzestrzenianiu się zakażeń tym bardziej, że zwykle przy użyciu jednego aparatu do hemodializy leczonych jest w ciągu tygodnia kilku pacjentów. Procesy dezynfekcji mogą jednak mieć różne formy i są one mikrobiologicznie równoważne. Takim alternatywnym i równie skutecznym co chemiczny, jest proces dezynfekcji termicznej. Ponadto, wymóg dezynfekcji z procedurą podgrzewania środka dezynfekującego nie ma żadnego uzasadnienia, jeżeli producent aparatu gwarantuje skuteczną dezynfekcję z użyciem odpowiednich środków chemicznych.

Należy zatem uznać, że wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego zostało postawione. Nadrzędną kwestią jest dla tego parametru skuteczna dezynfekcja, sposób w jaki zostanie ona dokonana jest drugorzędny. Natomiast wprowadzenie postanowienia w przyjętym kształcie prowadzi jedynie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 15 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Programy dezynfekcji chemicznej z procedurą podgrzewania środka dezynfekcyjnego lub programy do dezynfekcji chemicznej prowadzone z użyciem środków do dezynfekcji.”

6. Grupa 2 poz. 1 lp. 16 - program dezynfekcji termicznej w temp 84st.C

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 16 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Programy dezynfekcji termicznej w temp 84st.C”

Odwołujący wskazuje, że w/w wymóg błędnie zakłada, że skuteczna jest dezynfekcja termiczna jedynie poniżej wyżej wymienionej temperatury. Tymczasem temperatury wyższe zapewniają nie mniejszą, a wręcz potencjalnie wyższą skuteczność procesu. Ustalenie górnych wymagań temperatury dezynfekcji na poziomie 84 st. C nie ma żadnego uzasadnienia, jeżeli producent aparatu gwarantuje skuteczną dezynfekcję przy wyższej temperaturze z użyciem odpowiednich środków chemicznych.

Należy zatem uznać, że wymaganie określone przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego zostało postawione. Nadrzędną kwestią jest dla tego parametru skuteczna dezynfekcja, sposób w jaki zostanie ona dokonana jest drugorzędny. Natomiast wprowadzenie postanowienia w przyjętym kształcie prowadzi jedynie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz umożliwia złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 16 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„Programy dezynfekcji termicznej w temp powyżej 83st.C”

7. Grupa 2 poz. 1 lp. 18 - centralny systemu blokowania kół

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 18 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Centralny system blokowania kół.”

Odwołujący wskazuje, że postawiony przez Zamawiającego wymóg jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w celu dla jakiego został postawiony przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, że niezbędne jest zablokowanie aparatu, by nie mógł się on poruszyć w sytuacji niepożądaney. Blokada kół jest niezbędnym wymogiem, ale zablokowanie dwóch z czterech kół od strony technicznej jest wystarczające do spełnienia wymogu możliwości unieruchomienia aparatu. System centralnego blokowania kół nie jest w żaden sposób uzasadniony potrzebami Zamawiającego, a stosowany jest jedynie przez jednego producenta.

Tym samym wymóg centralnej blokady kół w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję w postępowaniu poprzez wskazanie na aparat jednego producenta oraz zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wniosek Wykonawcy:

Zmianę lp. 18 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy, poprzez nadanie mu następującej treści:

„aparat z możliwością blokowania kół.”

8. Grupa 2 poz. 1 lp. 24 - filtra wody uzdatnionej

Zamawiający w Grupie 2, poz. 1, lp. 24 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ Aparat do hemodializy wymaga:

„Filtr wody uzdatnionej.”

Odwołujący wskazuje, że od kilkunastu lat w dializoterapii przy produkcji płynu dializacyjnego niezwykle nacisk kładzie się na stosowanie czystej wody, bądź ultraczystej wody (zgodnie z obowiązującymi normami ISO), gdy w grę wchodzi zabieg hemodiafiltracji, a takowy nie jest ujęty przez Zamawiającego jako wymóg dla zamawianych aparatów do hemodializy. W przypadku hemodializy ma to znaczenie, gdyż należy zapobiegać przedostaniu się do przestrzeni płynu dializacyjnego dializatu, który byłby zanieczyszczony mikrobiologicznie bądź chemicznie. By temu zapobiec, obecne systemy oczyszczania wody oprócz filtrów mechanicznych wyposażone są w urządzenie, które na zasadzie odwrotnej osmozy usuwa nawet śladowe ilości zanieczyszczeń. Dodatkowo aparaty wyposażone są w filtry wody uzdatnionej albo filtry dializatu. To ostatnie rozwiązanie w większym stopniu zapewniać czystość finalnego roztworu dializatu. Ze względu jednak na brak prac klinicznych pokazujących wyższość jednego rozwiązania nad drugim, należy uznać ich równoważność.

Zatem przygotowując OPZ w Postępowaniu Zamawiający powinien był wziąć pod uwagę różne rozwiązania dostępne na rynku, określając w OPZ jednoznacznie wskazane wymaganie, Zamawiający po raz kolejny preferuje aparat dostarczany przez jednego producenta, co w sposób oczywisty prowadzi do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu.

Wniosek Wykonawcy:

Usunięcie wymagania określonego w lp. 24 tabeli dodatku nr 5 do SIWZ dla Grupy 2 poz. 1 - Aparat do hemodializy.

UZASADNIENIE PRAWNE

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 7 ust 1 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 dokumentacji Postępowania postanowienia w treści OPZ będącego załącznikiem do SIWZ oraz SIWZ, 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. 7 i 29 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 SIWZ 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 podziela 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 bezpośrednio, jak i pośrednio, (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 pogląd wyrażony 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.”

Baxter wskazuje również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 1528/20, w którym Odwołujący również podnosił zarzuty sformułowania przez zamawiającego postanowień SIWZ w sposób ograniczający konkurencję, poprzez ukształtowanie parametrów opisu przedmiotu zamówienia umożliwiające złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi, tj. Fresenius Medical Care Polska S.A. KIO uwzględniło odwołanie Baxter, w uzasadnieniu wskazując m. in.:

„Granice uprawnień zamawiającego wyznaczają jednak przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, które są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Ponieważ dyspozycją art. 29 ust. 2 pzp objęte jest zaistnienie co najmniej

*możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, jej spełnienie niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Skoro ustawodawca w art. 29 ust. 2 pzp zawarł **wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zakazane jest więc nie tylko dokonywanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.***

*Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez **szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.** W szczególności dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.”*

Zamawiający jest zatem uprawniony do formułowania postanowień SIWZ 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.

Brak zmian w treści SIWZ, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym w niniejszym Odwołaniu, skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez jej niezgodność z treścią SIWZ. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia należy zmienić w sposób gwarantujący mu dostęp do niniejszego zamówienia.

II. Argumentacja dotycząca błędu formalnego Zamawiającego

Baxter z ostrożności wskazuje, że Zamawiający zamieścił dokumentację Postępowania, w tym SIWZ wraz z dodatkami na stronie internetowej w dniu 1 października 2020 r., co wynika bezpośrednio z informacji zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego:

<https://www.szpitalsokolka.pl/przetargi/przetargi.htm>

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w dniu 1 października 2020 r. przesłał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 6 października 2020 r. pod nr 2020/S 194-468646. Zgodnie z treścią art.

37 ust. 2 ustawy PZP oraz art. 42 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający udostępnia SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Należy zatem uznać, że zamieszczenie przez Zamawiającego SIWZ wraz z dodatkami na stronie internetowej przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, narusza wskazane przepisy ustawy PZP, które w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości określają moment udostępnienia SIWZ przez zamawiającego. Żadne inne przepisy ustawy PZP nie umożliwiają Zamawiającemu udostępnienia SIWZ przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Zamieszczenie SIWZ przed publikacją ogłoszenia o zamówienie, zdaniem Odwołującego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Podkreślenia wymaga bowiem, że Zamawiający poprzez udostępnienie SIWZ wraz z dodatkami przed publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zróżnicował sytuację wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, powodując, że mogli oni uzyskać informację na temat prowadzonego Postępowania, w tym na temat wymagań i warunków stawianych przez Zamawiającego, w różnych momentach, co jednym dawało nieuzasadnioną przewagę i dłuższy czas na przygotowanie oferty w Postępowaniu, innym teoretycznie mogło skrócić czas na wniesienie odwołania w Postępowaniu.

Stanowisko Odwołującego zostało potwierdzone przez KIO m.in. w uchwale z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. KIO/KU 72/19:

„Termin dokonania publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przez zamawiającego precyzyjnie wyznacza dyspozycja art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis w tym zakresie jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Obowiązek zamieszczenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze służy zapewnieniu w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystości, poprzez umożliwienie wszystkim wykonawcom zapoznanie się z postanowieniami publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym samym momencie i dysponowanie jednakowym czasem na przygotowanie ofert.”

Ponadto zdaniem Odwołującego konsekwencją naruszenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, takich jak zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu jest konieczność unieważnienia Postępowania, gdyż jest ono obarczone wadą, której na tym etapie Zamawiający nie jest w stanie usunąć, a zawarcie

umowy w Postępowaniu, w którym zostały naruszone przepisy ustawy PZP uniemożliwia zawarcie w Postępowaniu umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Wobec powyższego popełniony przez Zamawiającego błąd obliguje go do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP.

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. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 15 000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:

.....
r. pr. Łukasz Krawczyk

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) potwierdzenie opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15 000 zł,
- 5) potwierdzenie dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.